Cours de droit civil

Tome II

Droit du contrat

Renaud ROLLAND

2026

Cours de droit civil

Tome II – Droit du contrat

Année 2026

Renaud ROLLAND

Maître de conférences (université d'Orléans)

Également accessible sur le site célène 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 – Régime général de l'obligation (2026) :

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

tome III – Droit de la responsabilité civile (2026) :

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

tome IV – Droit des sûretés (2026) :

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

Les quatre tomes (sans les travaux dirigés, ni les annales) sont également téléchargeables en pdf et accessibles en connexion anonyme et gratuite 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

1ère partie : La formation du contrat ..... p. 61
Chapitre 1er : Le consentement des contractants ..... p. 63
Section 1ère : L'existence du consentement ..... p. 65
Section 2ème : L'expression du consentement ..... p. 119
Section 3ème : Les vices du consentement ..... p. 155
Conclusion du chapitre 1er ..... p. 202

Chapitre 2ème : Le contenu du contrat ..... p. 207
Section 1ère : Le contenu certain du contrat ..... p. 209
Section 2ème : Le contenu licite du contrat ..... p. 231
Conclusion du chapitre 2nd ..... p. 278

2ème partie : Les effets du contrat ..... p. 325
Chapitre 1er : La valeur du contrat ..... p. 305
Section 1ère : La force obligatoire du contrat ..... p. 309
Section 2ème : La nullité du contrat ..... p. 381
Conclusion du chapitre 1er ..... p. 437

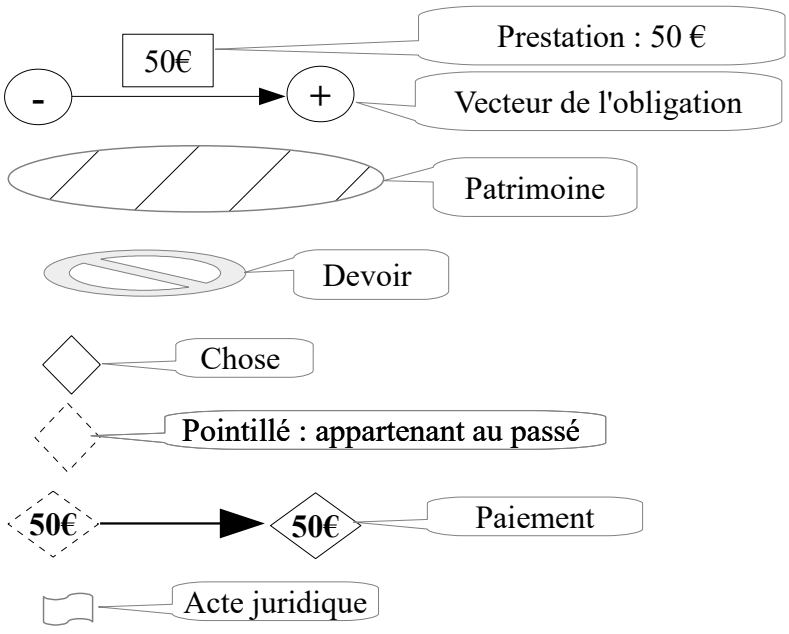
Chapitre 2ème : L'exécution volontaire du contrat ..... p. 441
Section 1ère : La révision du contrat ..... p. 447
Section 2ème : L'inexécution du contrat ..... p. 495
Conclusion 2ème partie ..... p. 541

Index (mots-clés) ..... p. 551
Table des matières (plan) ..... p. 561

Abréviations courantes

al. : alinéa
art. : article
c-à-d. : c'est-à-dire
c. civ. : code civil
Civ. 1ère, 2e … : première, deuxième ... chambre civile de la cour de cassation
Com. : chambre commerciale de la cour de cassation
Cons. constit. : conseil constitutionnel
€ : euro
p. : page
préc. : précité
suiv. : suivant

Légendes courantes (schéma)



Introduction au droit du contrat

Résumé

Le **contrat** est un accord de volontés qui porte sur une ou plusieurs obligations, et qui peut contenir certains devoirs.

- Cet accord de volontés est un acte juridique, volontaire dans sa conclusion comme dans ses effets. Il 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.
- Des devoirs peuvent accompagner les obligations convenues entre les parties : le vendeur devra informer l'acquéreur sur l'existence d'un vice caché.

Lorsque le contrat est valablement formé, chacun doit respecter la parole donnée et exécuter ses obligations contractuelles. Toutefois, celles-ci ne valent rien de plus que les autres obligations (de source légale). Le contractant est un créancier comme un autre.

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. Le contrat répond à des besoins individuels, sans égard à leurs répercussions sociales. Le contrôle social exercé sur les contractants sera donc minimal : ils mènent normalement la politique contractuelle de leur choix.
- 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 réduite.

Le droit français du contrat, applicable à tous les contrats, établit donc des règles générales que tous les contractants doivent respecter, afin de pouvoir échanger valablement 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 contrat[1] trouve sa source dans la commune volonté des parties ; il porte sur des obligations (au sens du régime général) ; il peut contenir également des devoirs (qui fixent des interdits).

– 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 résulte d'une décision (volontaire) qui devient obligatoire (elle produit alors son « 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 (au sens du régime général). 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).

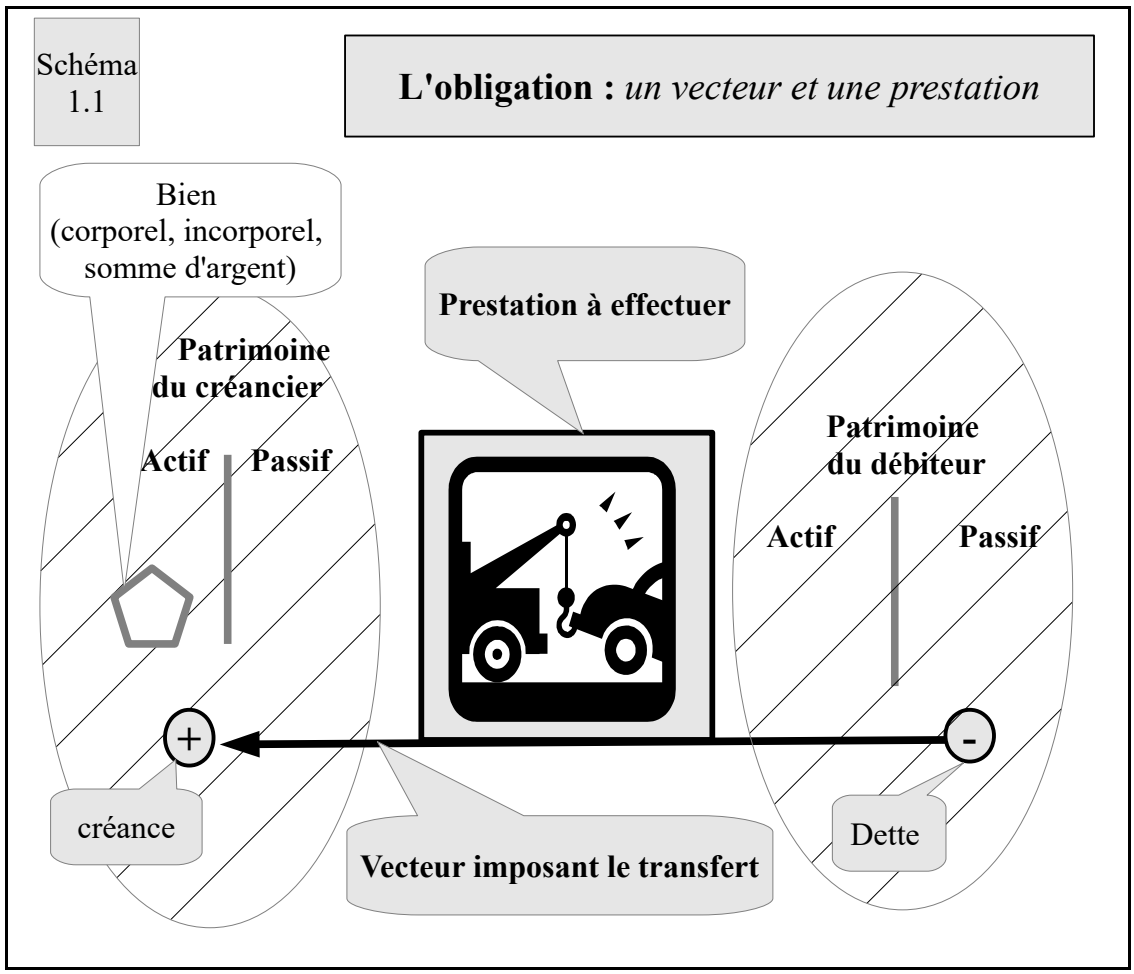
– L'article 1101 c. civ. ne mentionne pas l'existence de devoirs contractuels qui accompagnent l'obligation (au sens du régime général). Le vendeur du véhicule doit informer son cocontractant sur l'existence d'un vice caché. Le transporteur de personnes doit exécuter sa prestation avec prudence, en s'assurant que les passagers sortiront du bateau sains et saufs.

Lorsque deux personnes se mettent d'accord sur une ou plusieurs obligations (éventuellement complétées par certains devoirs), 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

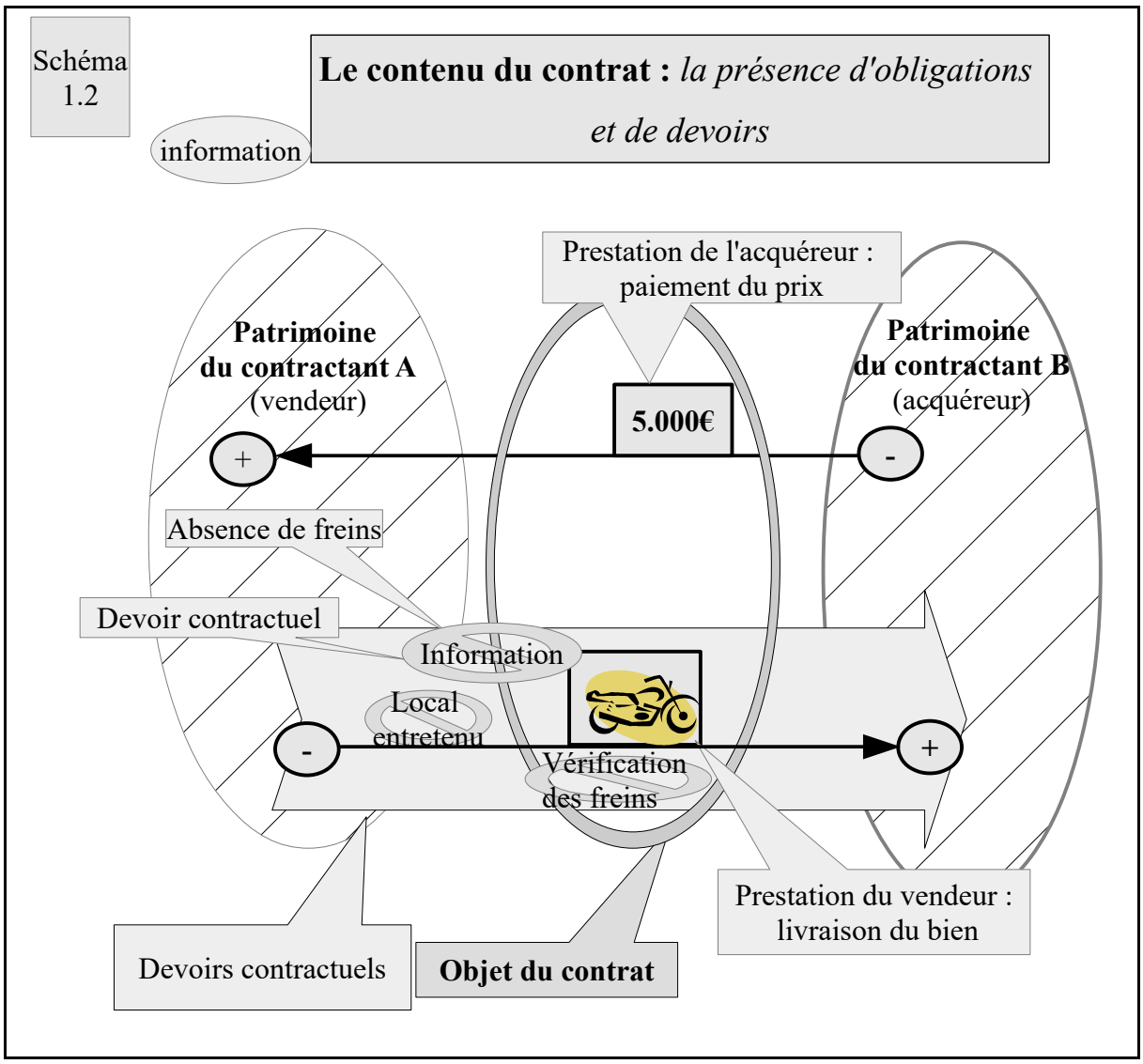
[2] Art. 1100-1 c. civ. : « Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux.
« Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats. »



L'*exécution du contrat* impose aux parties de respecter la parole donnée à l'autre. Ce devoir juridique est dénommé force obligatoire, et il sera sanctionné, en cas d'inexécution du contrat.

– La force obligatoire du contrat est consacrée à l'article 1103 c. civ., selon lequel « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». Lorsqu'un contrat est formé (légalement), il s'inscrit dans la légalité : les obligations (incluant les devoirs) qu'il contient doivent être exécutées. Selon Portalis (un des principaux rédacteurs du code civil de 1804), « 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 »[1]. La force obligatoire est un devoir : comment est-il sanctionné ?

[1] Portalis, *Présentation au corps législatif*, (1804), De la vente, in Fenet, p.113



– En cas d'inexécution du contrat, notamment lorsqu'un contractant (débiteur) n'exécute pas la prestation qu'il doit, le créancier impayé disposera, ni plus, ni moins, des mêmes protections que celle octroyées à tout créancier impayé. Le respect de la parole donnée est un devoir comme un autre : il ne vaut rien de plus que l'obligation (légale) de payer ses impôts ou de verser une pension alimentaire à son enfant.

L'exécution du contrat présentera donc les mêmes risques d'inexécution que ceux qui affectent le paiement de toutes les autres obligations.

Le contrat est ainsi un acte juridique comme un autre, qui contient des obligations comme les autres. Ce qui distingue le contrat, c'est sa formation : il faudra l'accord des deux contractants, pour

que l'échange (au sens de transfert de valeurs entre deux patrimoines) puisse acquérir sa force obligatoire.

1-1. 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. 1er 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 identique à celle de l'article 1103 c. civ.

2. La **formation du contrat** repose sur la commune volonté des contractants. C'est son trait spécifique : à un moment précis, les deux contractants sont d'accord sur une opération portant sur une obligation.

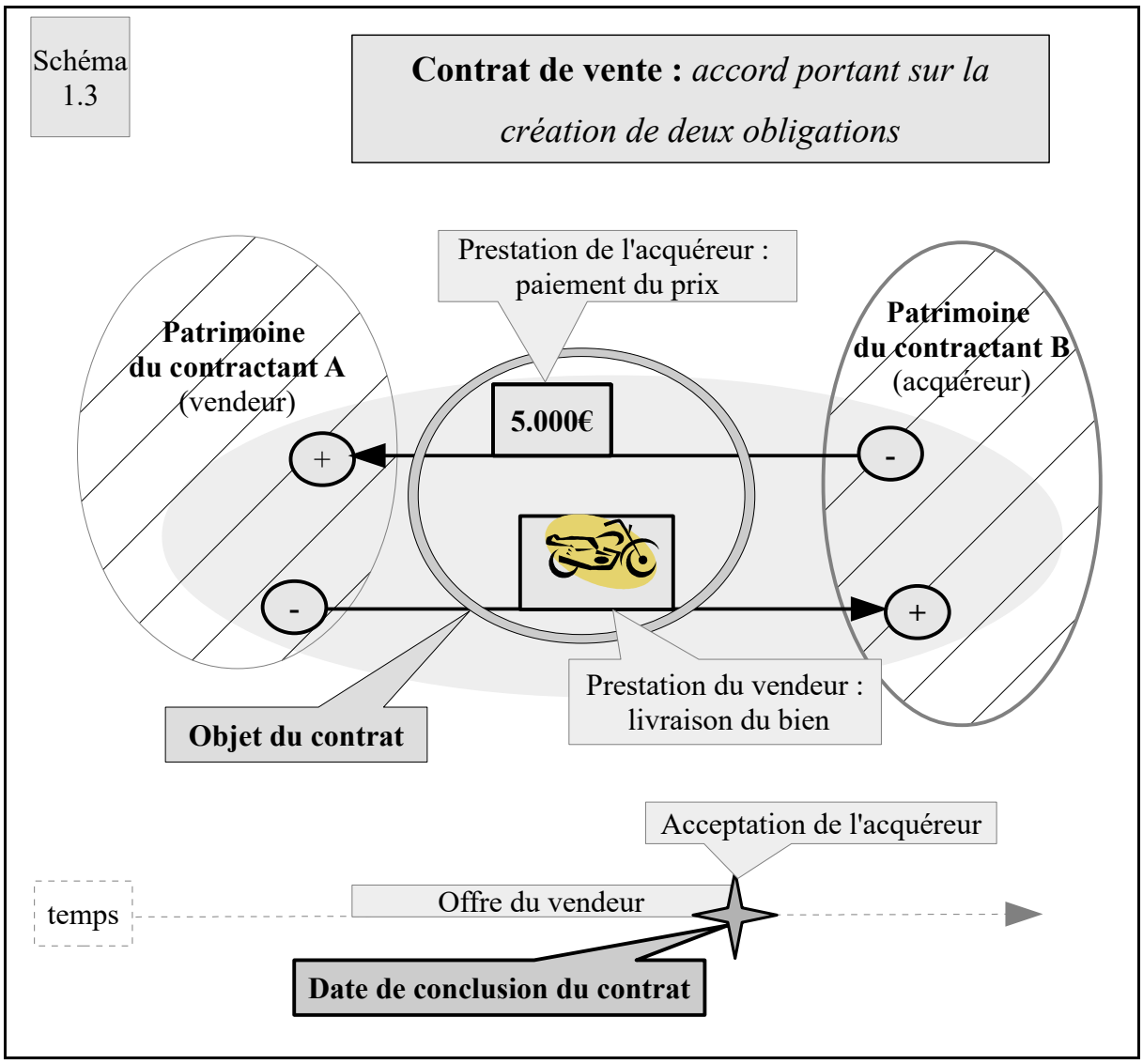
L'*accord mutuel des contractants* est établi par la rencontre d'une offre (de prestation) et d'une acceptation (dénommée demande, en économie). C'est à cette date que le contrat est conclu (schéma 1.3).

– 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.

– Le contenu de l'obligation, avec ses modalités d'exécution, sera (plus ou moins) librement déterminé 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 (crées 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 suffira de ne pas consentir.

[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. »



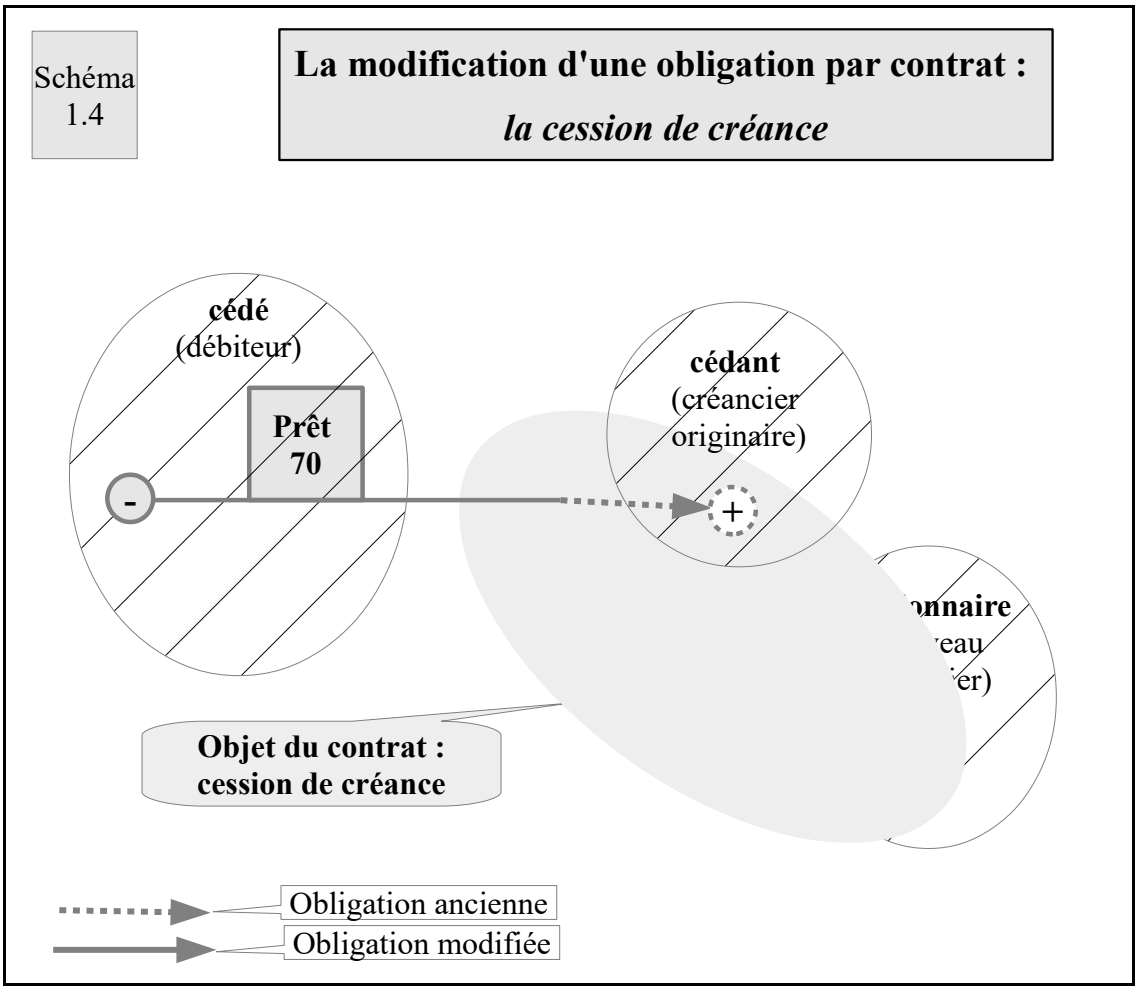
La commune volonté des contractants a pour *objet une obligation* « à créer, modifier, transmettre ou éteindre » précise l'article 1101 c. civ.[1]. Selon cet article, l'objet du contrat porte exclusivement sur une obligation (au sens du régime général) ; l'opération convenue entre les contractants peut 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 (supra, schéma 1.3).

[1] 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. »

– 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 (administration fiscale 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).

– 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 originaire) et le cessionnaire (acquéreur : nouveau créancier) porte sur la créance que doit le débiteur originaire. Ce dernier paiera (à certaines conditions : infra) son nouveau créancier (schéma 1.4).



– 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 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 créancier[1]. L'obligation (objet du contrat) est quelconque : on remarque que la variété des opérations décrites induit que les contractants disposent d'une certaine marge de manœuvre, appelée liberté contractuelle (infra).

Résumons.

– 1°/ 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°/ L'objet du contrat porte sur des obligations, qui imposent au débiteur (de la prestation) de l'exécuter au profit du créancier.

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

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 …), mais aussi des devoirs (contractuels) qui lui est associé : 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) qui s'est inscrit dans la légalité. Lorsque le contrat est conclu, l'obligation de payer le prix (pesant sur l'acquéreur au profit du vendeur) est dotée de sa force obligatoire : le prix devra être payé, exactement d'ailleurs comme un impôt devra l'être.

[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 originaire sera remplacé par un nouveau débiteur (ainsi, lorsque l'acquéreur de la maison prend en charge le remboursement du crédit en cours).

La *force obligatoire du contrat* résulte de la création d'un acte juridique destiné à produire « des effets de droit » (art. 1100-1 c. civ.[1]). Tout acte juridique qui s'inscrit dans la légalité a une valeur légale : le contrat, comme l'arrêté municipal interdisant le stationnement ou la loi elle-même, vaut loi. 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, modifiés, 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, avec son contenu (c-à-d. avec les obligations qu'il contient), « tient lieu de loi » (art. 1103 c. civ.). Le contrat est devenu aussi obligatoire qu'une loi : chacun sait désormais que le vendeur n'est plus propriétaire de son immeuble, que l'acquéreur l'est devenu et qu'il doit le prix.

L'*exécution des obligations* prévues au contrat devra avoir lieu. 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).

- 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).

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

– Le paiement (volontaire) éteint l'obligation (art. 1342 c. civ.[1]). Lorsque le débiteur exécute correctement la prestation (il paye le prix ; il livre le bien vendu ; il 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 consiste donc à rendre obligatoire la commune volonté des parties, ce qui conduira à exécuter les obligations que les contractants ont créées, modifiées, éteintes ou transmises.

– La force obligatoire du contrat (art. 1103 c. civ.) signifie que la décision des parties est devenue obligatoire, exactement comme une loi.

– Le droit à l'exécution 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.

Le respect de la parole donnée (par un contractant : qui promet, contrairement au redevable de l'impôt qui ne promet rien) n'a donc 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. Spinoza[3], *Traité théologico-politique* (1670), de ce point de vue, se borne à constater l'état du droit (inchangé depuis des siècles) :

[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. »

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

« 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 nature[1], 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 par rapport à un créancier quelconque : la **liberté contractuelle**, établie à l'article 1102 c. civ.[2], permet à chaque contractant de défendre son intérêt, dans le cadre fixé par la loi.

Selon l'article 1102 al. 1er 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.

La liberté contractuelle des contractants est néanmoins limitée par la loi (impérative). Elle doit s'exercer « dans les limites fixées par la loi » (art.1102 al. 1er in fine) : et, effectivement, la loi retreint 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 le respect de prescriptions sanitaires pour les aliments ...), et notamment de celle imposant la bonne foi contractuelle (art. 1104 c. civ.[3]), 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 ces limites.

- La liberté contractuelle (§1er) permet à chaque contractant de s'assurer que le contrat correspond à son intérêt.

---

1 L'expression « droit de nature » signifie ici : naturellement, conformément au penchant naturel des hommes.

2 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. »

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

– Les lois impératives limitant la liberté contractuelle (§2ème) conduiront à préciser le degré de liberté dont bénéficient effectivement les contractants.

§1er/ 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.

– 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 (I), lequel prend une consistance particulière quand le contrat doit être exécuté dans la durée (II).

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] :

> « *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 : monétisée 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).

[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. »

- 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, qui 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. 1er 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 (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.

[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. »

La liberté de consentir est donc exercée lorsqu'une relation de confiance s'établit entre les contractants, préalablement à la conclusion (éventuelle) du contrat[2]. 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.

[2] Gael Chantepie, « Contrat : effets », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2018, spéc. n°3 : « Instrument normatif, le contrat noue une relation ou se superpose à une relation préexistante, entre les parties. Longtemps délaissée, faute de juridicité très nette, la relation interpersonnelle a pourtant connu un regain d'intérêt, peut-être lié à la notion de contrat relationnel, mise en lumière par la doctrine nord-américaine (I.R. Macneil, *The Many Futures of Contract*, South California Law Rev. 1974, vol. 47). »

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.

11. [**La distance contractuelle** : *l'expression d'une politique de la relation*]. 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 politique[1], que possède le contrat, ce qui explique probablement pourquoi aucune société humaine n'ignore le contrat (selon les données rapportées par l'ethnologie[2]), et ce même lorsque l'appropriation par l'un d'une ressource détenue par autrui ne répond pas à

[1] Voir : Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, 1932, *La notion de politique*, Calmann-Lévy, 1972, préface de Julien Freund, trad. Marie-Louise Steinhauser, 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.

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*[1] (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 tête 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).

12. [**L'apparition de la bonne foi contractuelle :** *une exigence du commerce dans la Rome antique*] 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 Rome[2] ; 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.

Jacques Ellul[3] 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 préteur pérégrin qui est chargé uniquement des rapports entre citoyens et étrangers. Le préteur 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

[1] 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 type 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.

[2] 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.

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

progressivement entrer ce jus *gentium* dans le droit romain lui-même lorsque le préteur 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 Ellul[1], 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 transcendantale, 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)

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 qui 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.

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

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. 1er 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. 1er 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 1ère ou 2de 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 : « Donne-moi ce dont j'ai besoin, et tu auras ce dont tu as besoin »[1] (A. Smith). L'intérêt du

[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

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 synallagmatique**[1]) 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 1.3).

Le terme *synallagmatique* est le plus utilisé (en droit). Il met l'accent sur le caractère réciproque de l'échange (art. 1106 al. 1er c. civ.[2] : « 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 la contrepartie (art. 1107 al. 1er c. civ.[3] : « 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 » 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. 1er c. civ.[4] : « Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à

que nous attendons notre dîner, mais du souci qu'ils ont de leur propre intérêt »

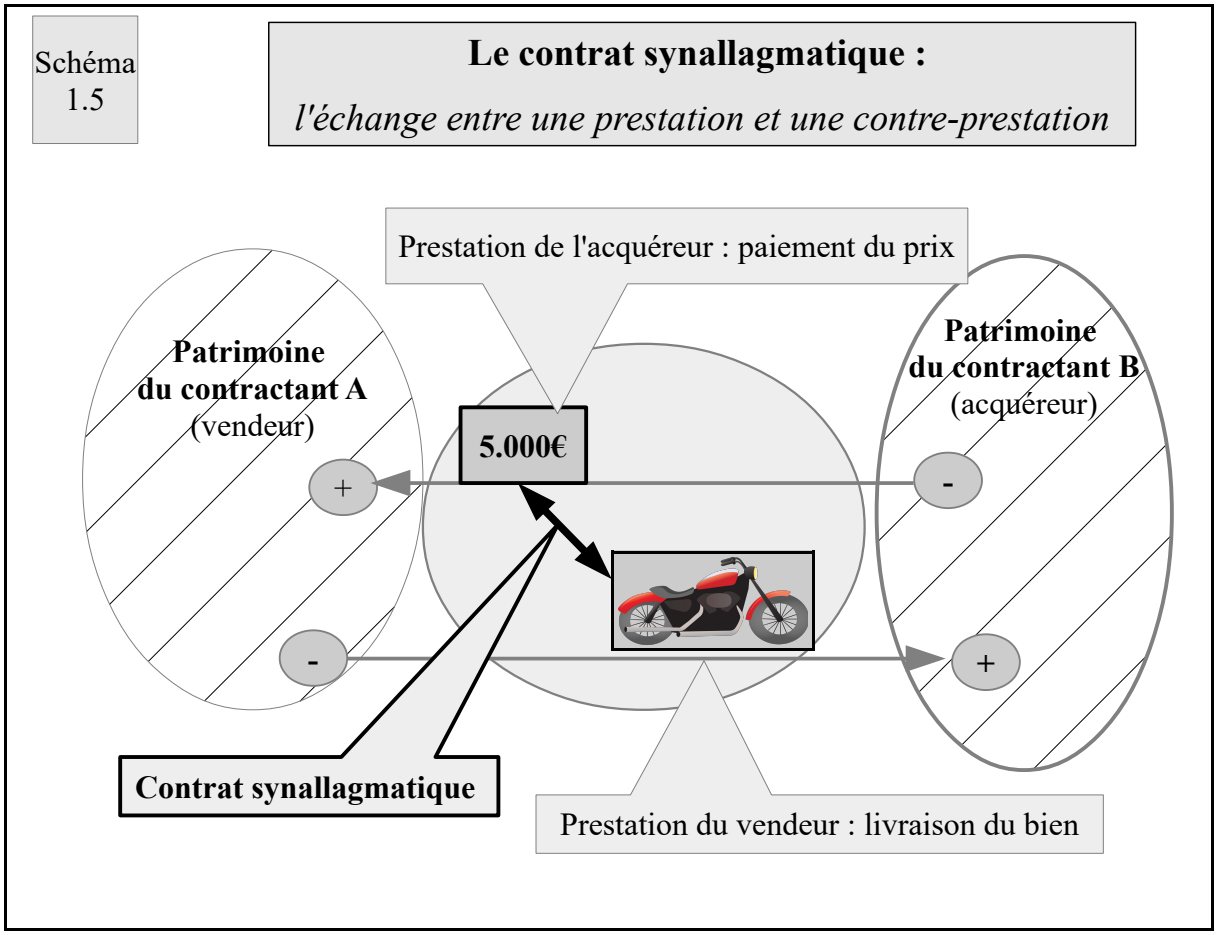
[1] Synallagmatique : le terme vient du grec, synallagma, échange.

[2] Art. 1106 al. 1er c. civ. : « Le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres. »

[3] Art. 1107 al. 1er 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. »

[4] 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.

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).



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[1], 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

« 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. »

[1] Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (JO 11 févr. 2016), entrée en vigueur le 1er octobre 2016 (art. 9 ord.).

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[1] : 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.

[1] Voir : S. Lequette, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, 2012, Economica

- 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 est 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'une obligation (à laquelle 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 le rendant crédible, ce qui lui permettra 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

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 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 l'économie du contrat. Chaque contractant exerce son pouvoir individuel (dénommé liberté contractuelle) afin 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, dépourvu de fiabilité, il mènera une politique à court terme : un paiement comptant sera exigé.

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, mais par intérêt (si l'on en juge par ce que dit Spinoza) : 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 pas (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 ainsi 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 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 ainsi 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, que cette date d'exécution détermine le consentement des contractants.

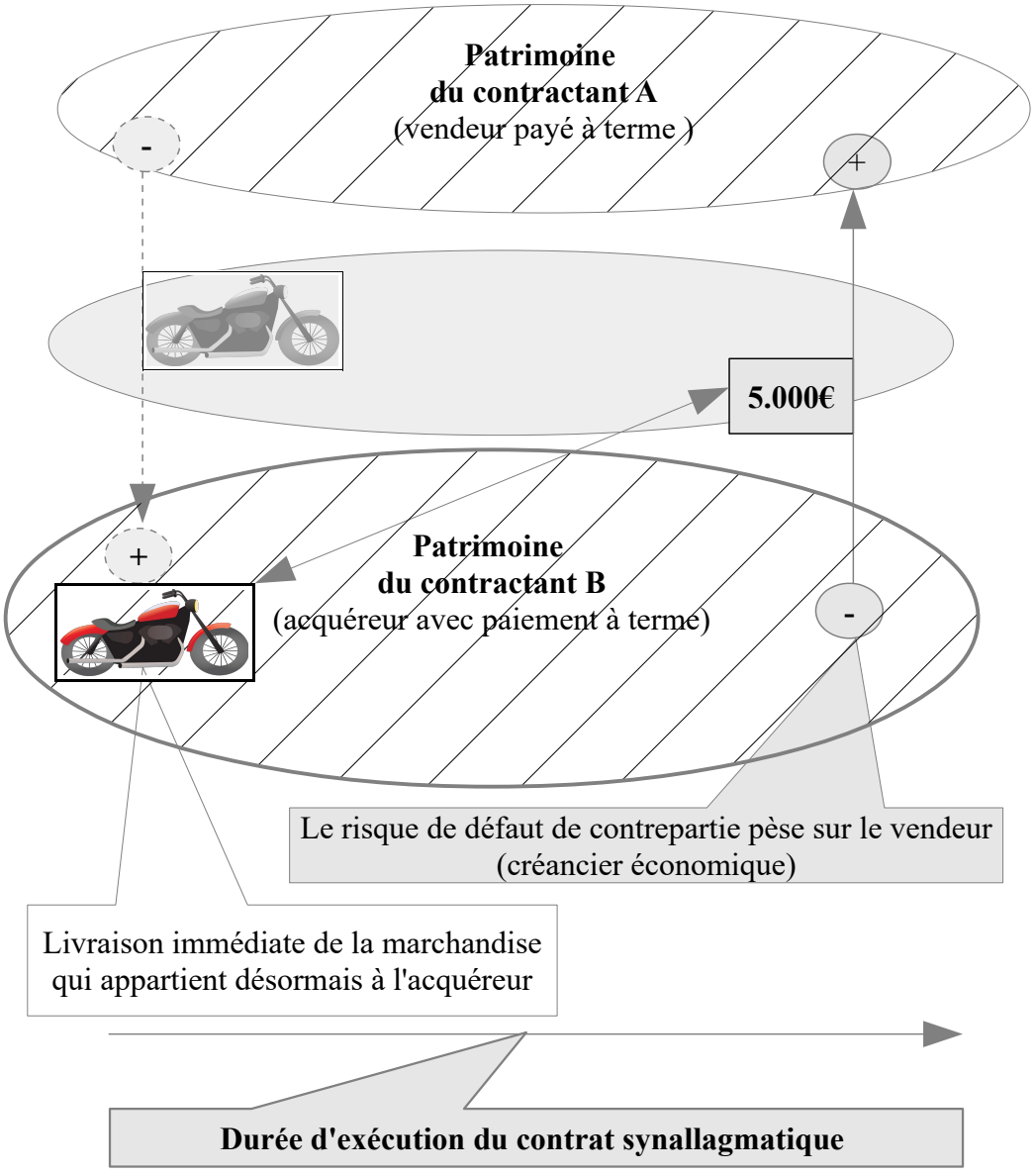
- Lorsque la date d'exécution de la prestation de l'un est identique à celle de la contre-prestation de l'autre, l'exécution trait-pour-trait aura lieu entre contractants (à t+1 ou à t+5, peu importe) : ni l'un, ni l'autre n'occupent la position de créancier économique. La vente conclue et immédiatement 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 (schéma 1.6). 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 1.6

Notion de créancier économique :

la date d'obtention de la contrepartie



La notion de créancier économique se distingue donc de la notion de créancier juridique. On sait (supra n°1) que, en droit, le terme de créancier ou débiteur est destiné à identifier *les deux polarités du transfert de valeur*. Même dans une vente conclue comptant et immédiatement exécutée (schéma 1.2), il y aura eu un vendeur (débiteur de la chose à donner, créancier du prix) et un acheteur (créancier de la chose, débiteur du prix).

- En droit, toute obligation (même immédiatement éteinte par l'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 contre-prestation). 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 1789[1], la personne subissant l'expropriation doit obtenir une « juste et

[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. »

préalable indemnité ». Préalable 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 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 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 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 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 qu'elle bénéficie de la durée pour payer sa dette, parce qu'en face, un contractant accepte d'occuper la position de créancier économique (et de s'exposer au risque du défaut de contrepartie).

– La difficulté véritable, pour le débiteur, est donc l'accès au contrat (et à la prestation fournie immédiatement par le cocontractant). Le besoin du contrat n'est pas également réparti : le contractant (créancier économique) peut souvent se passer du contrat.

– Pour obtenir le bénéfice de la durée, 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 au risque 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 »[1]. 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 cautions[2]. L'absence de fiabilité d'un débiteur produisit deux conséquences (classiques).

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

[2] 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 ».

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 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 consenti[1] (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 débourser 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 équivalent[3]. 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 étrangers[4]. Si l'État français veut continuer à emprunter sur le marché, il doit se montrer irréprochable.

(28. à 33. : réservés)

Conclusion §1er/ 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. 1er c. civ. apparaît comme une garantie pour chaque contractant : chacun est invité à ne s'engager que s'il estime que le contrat correspond à son intérêt. Cette présentation de la liberté contractuelle est toutefois orientée, car contracter est, dans une société monétisée et spécialisée, une nécessité.

Côté face, la liberté individuelle est une *garantie individuelle*.

– La liberté individuelle de contracter permet à chacun de ne pas être engagé au-delà de sa volonté individuelle. Si un contrat ne répond pas suffisamment à l'intérêt individuel de l'un, il lui appartient de ne pas y consentir ;

---

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 contrat est une opportunité pour chacun des contractants. Il permet de satisfaire des besoins immédiats ou lointains. 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).

Côté pile, la liberté contractuelle, en présence d'une *nécessité individuelle de contracter*, conduira à justifier le transfert réalisé par le contrat, sans avoir à constater que le contrat correspond davantage à l'intérêt de l'un qu'à celui de l'autre.

- Dans une société monétisée 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 coexistait avec la pauvreté de catégories numériquement importantes de la population. Chaque contrat repose sur un rapport de force entre les contractants, solution logique lorsque l'un et l'autre doivent consentir.
- Le contrat correctement formé sera soumis à la force obligatoire des obligations (art. 1341 c. civ.) : le contractant devenu 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 : celui qui consent à un mauvais contrat peut se ruiner.

La liberté contractuelle reconnue à chaque contractant signifie donc, au final, que deux personnes exercent leur *pouvoir individuel dans un contexte de nécessité*.

- La nécessité qui s'impose à l'un et à l'autre, dans une proportion variable, si elle conduit à la conclusion d'un contrat, est dénommée « liberté contractuelle », en réalité pour justifier le résultat : les obligations portées par le contrat seront obligatoires.
- Les obligations portées par le contrat correspondent, à ce stade, aux intérêts combinés de l'un et de l'autre (selon une proportion variable : 50-50 ou 20-80). On peut donc dire que le contrat correspond à l'intérêt des contractants ; mais les contractants doivent composer avec un intérêt autre que les leurs.

§2ème/ 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. 1er 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 » (disposition reprenant 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 »). Si le législateur décide de fixer un maximum au taux d'intérêt (dans le cadre d'un prêt : usure[1]) ou un minimum au salaire horaire (dans le cadre d'un contrat de travail : le smic[2]), les 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 »[3] (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.

– La législation impérative peut avoir pour effet de déstabiliser l'économie d'un 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

---

[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. (...) ».

[3] 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. »

raison de son diagnostic énergétique ou ne devra plus le donner en location saisonnière (afin de favoriser la location de longue durée).

– Les lois d'ordre public (pour les contrats conclus et ceux à conclure) constituent une véritable menace pour les contractants, et ce risque peut s'avérer bien plus lourd que celui qui 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. 1958[1]) : 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 effective.

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*

[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 ; »

36. La **primauté des lois impératives** sur la liberté contractuelle signifie que la force obligatoire du contrat (à savoir une loi privée adoptée par les contractants) est inférieure à celle des lois impératives[2].

- 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).
- 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 2000, 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*, compétent (désormais avec le conseil constitutionnel) pour fixer le régime de la liberté contractuelle[2], donne lieu à un cadre fixé à l'article 2 c. civ.[3], 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, 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

[2] Pascel Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD Civ. 1999 p.771, spéc. n°7 : « la « loi contractuelle » est une loi inférieure, subordonnée à la loi étatique. (...) Les contractants n'ont le pouvoir de créer des normes que parce que, et dans la mesure où l'Etat le leur reconnaît. Cette subordination permet d'expliquer que le contenu de la norme contractuelle échappe dans une large mesure à la volonté des parties : soit que le droit étatique impose tel ou tel contenu au contrat par des lois impératives, soit que, dans le silence des parties, il prescrive au juge d'intégrer dans la norme contractuelle le contenu des lois supplétives et/ou de le compléter par le recours aux usages ou à l'équité selon la formule de l'article 1135 [devenu 1194] du code civil. »

[2] 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, F*édération 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. »

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

applicable, quelle que soit la date de conclusion du contrat de travail. La loi impérative peut donc décider de modifier l'économie du contrat de travail, 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 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 2022[1]).
- 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 2018[2]).

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

[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 (…). »

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

– Si le législateur estime que l'inflation est un problème économique, il interdira les clauses d'indexation, grâce auxquelles l'un des contractants maintenait son pouvoir d'achat. 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.

– Si le législateur estime que les logements classés G (au titre du diagnostic énergétique) sont des logements indignes[1], 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 énergétique[2].

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

[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. »

(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.

– Le législateur peut décider de protéger des catégories de population qu'il juge vulnérables. Le locataire, personne physique, qui ne paye pas son loyer n'est pas expulsable pendant l'hiver (trêve hivernale[1]).

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[2]. Elle 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 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 atteintes excessives commises au nom de l'intérêt général*

38. Le **contrôle exercé par le conseil constitutionnel sur le législateur** date de 2000. Auparavant (Cons. constit., 3 août 1994[3] ; Cons. constit., 20 mars 1997[4]), le conseil constitutionnel avait affirmé que la liberté contractuelle ne figurait pas parmi les libertés protégées par la Constitution. Mais il a opéré un revirement de jurisprudence en 2000 (Cons. constit., 7 décembre

[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] Sur la justification des lois impératives. Voir : Portalis, in P.-A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Videcoq, éd. 1827, t. 6, p. 362 : « Des jurisconsultes ont poussé le délire jusqu'à croire que des particuliers pouvaient traiter entre eux comme s'ils vivaient dans ce qu'ils appellent l'état de nature, et consentir tel contrat qui peut convenir à leur intérêt, s'ils n'étaient gênés par aucune loi... Toutes ces dangereuses doctrines, fondées sur des subtilités, et éversives des maximes fondamentales, doivent disparaître devant la sainteté des lois. Le maintien de l'ordre public dans une société est la loi suprême. Protéger des conventions contre cette loi, ce serait placer des volontés particulières au-dessus de la volonté générale, ce serait dissoudre l'Etat »

[3] 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 (...) ».

[4] Cons. constit., 20 mars 1997, n°97-388 DC, *Loi créant les plans d'épargne retraite* : « 48. Considérant que le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle ; que sa méconnaissance ne peut être invoquée devant le Conseil constitutionnel que dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis ».

2000[1]) : la liberté contractuelle est devenue une liberté implicitement protégée par l'article 4 déclaration de 1789[2], justifiant le contrôle de proportionnalité exercé par le conseil constitutionnel.

> La formulation actuelle[3] de la jurisprudence du conseil constitutionnel est la suivante : « 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. (...) »[4].

La liberté contractuelle (comme la liberté d'entreprendre[5]) est protégée dans le cadre de l'article 4 de la déclaration de 1789. La *liberté contractuelle peut créer ou provoquer des nuisances*.

- La liberté contractuelle (comme la liberté d'association) 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 de la déclaration de 1789[6], pour la liberté d'expression).

---

[1] 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 ; » ; Cons. constit., 19 décembre 2000, déc. n°2000-437 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001* : « 37. Considérant, par ailleurs, que, s'il est vrai que le dispositif institué par le législateur a notamment pour finalité d'inciter les entreprises pharmaceutiques à conclure avec le comité économique des produits de santé, en application de l'article L. 162-17-4 du code de la sécurité sociale, des conventions relatives à un ou plusieurs médicaments, visant à la modération de l'évolution du prix de ces médicaments et à la maîtrise du coût de leur promotion, une telle incitation, inspirée par des motifs d'intérêt général, n'apporte pas à la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen une atteinte contraire à la Constitution ; ».

[2] 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 »

[3] 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 ; »

[4] 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.

[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* : « 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. » ;

[6] 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 déterminées par la loi »

– Lorsque la liberté contractuelle provoque des nuisances, il appartient au législateur de les limiter par des lois impératives. Il y a alors un motif d'intérêt général[7]. Une loi impérative pourra également limiter la liberté contractuelle en présence d' « exigences constitutionnelles » (Charte de l'environnement ; liberté d'expression ...).

Pour porter atteinte à la liberté contractuelle, le législateur doit donc constater une nuisance : il pourra alors adopter une loi impérative. La protection de l'intérêt général n'est donc pas limitée par les intérêts d'un contractant.

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 ». Entre la nuisance que crée la liberté contractuelle et l'interdit posé par la loi impérative, il doit y avoir un rapport : une proportion.

– 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 2015[2]).

– 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

[7] 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. »

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

conclue) sera caduque (de sorte que les salariés ne seront plus protégées par aucune convention collective), le législateur commet une atteinte excessive aux droits des salariés (Cons. constit., 29 novembre 2019[1]).

– En revanche, l'atteinte sera proportionnée quand le législateur impose une réduction du tarif 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 2020[2]).

– L'atteinte sera pareillement proportionnée quand le législateur permet au juge de contrôler le caractère équilibré du contrat conclu entre deux professionnels et de sanctionner le déséquilibre en imposant à l'un d'indemniser l'autre (Cons. constit., 30 novembre 2018[3]).

Le conseil constitutionnel admet donc sans restriction qu'une loi impérative puisse porter une atteinte proportionnée à la liberté contractuelle : les intérêts d'un contractant ne seront jamais pas protégés, puisque l'intérêt général s'impose à lui.

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 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. »[4].

---

1 Cons. constit., 29 novembre 2019, n°2019-816 QPC, F*édération 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. »

4 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.

Le contrôle de constitutionnalité est alors renforcé. Le conseil constitutionnel vise, outre l'article 4, l'article 16 de la déclaration de 1789 selon lequel « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution. » La « garantie des droits (acquis) » sert de justification au contrôle exercé par le conseil constitutionnel : une loi rétroactive porte atteinte aux droits (acquis par contrat).

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 2023[1] 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 2020[2] a validé une disposition similaire par laquelle le législateur a pu réduire le tarif 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.

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.

[1] 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. »

[2] 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. »

38-2. Le conseil constitutionnel n'impose pas au législateur de **contrôler le contenu du contrat**, mais une décision, isolée à ce jour (Cons. constit., 9 novembre 1999[1]), a imposé une réserve d'interprétation centrée sur les conditions de rupture d'un contrat spécifique, le pacs.

En 1999, le conseil constitutionnel affirme qu'« il appartient au législateur, en raison de la nécessité d'assurer pour certains contrats la protection de l'une des parties, de préciser les causes permettant une telle résiliation, ainsi que les modalités de celle-ci, notamment le respect d'un préavis » (Cons. constit., 9 novembre 1999, préc., point 61). Le législateur doit donc contrôler le contenu de « certains contrats » ; l'ordre public de protection « de l'une des parties » est une exigence constitutionnelle (rattachée à l'art. 4 décl. de 1789) dont le domaine d'application porte sur les modalités de la rupture unilatérale (respect d'un préavis ; indemnisation en cas de faute commise dans la rupture).

Cette décision reste isolée à ce jour. Toutes les autres décisions traitent des lois impératives limitant la liberté contractuelle des contractants.

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

39. La **primauté des lois impératives** sur les dispositions contractuelles convenues entre les contractants montre donc que la liberté contractuelle des contractants n'est pas une liberté publique similaire à la liberté d'expression (garantie par l'article 11 déclaration de 1789) ou au droit de propriété.

- La liberté contractuelle n'est protégée que dans la mesure où son exercice ne crée pas de nuisances (ce qui correspond au cadre de l'article 4 déclaration 1789) : les intérêts d'un contractant ne s'opposeront donc pas à l'intérêt général.
- La liberté contractuelle n'est pas une liberté publique, et c'est probablement la raison pour laquelle le conseil constitutionnel a, dans un premier temps (entre 1994 et 2000), refusé de la protéger.

La liberté contractuelle sert à justifier le *pouvoir individuel* dont dispose chacun pour faire face aux nécessités de sa vie dans une société monétisée et spécialisée. La nécessité de contracter n'est pas une liberté : c'est une exigence de la vie en société (au même titre que la nécessité de respirer).

- Celui qui a besoin d'une ressource n'aura pas le droit de l'obtenir en pouvant contraindre un autre à la lui fournir. L'exigence d'un accord mutuel des contractants prive chacun du droit d'exiger le contrat. La liberté d'aller et venir est un droit : pas la liberté contractuelle.

[1] Cons. constit., 9 novembre 1999, déc. n°99-419 DC, *Loi relative au pacte civil de solidarité* : « 61. Considérant que, si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants, l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties ; qu'à cet égard, il appartient au législateur, en raison de la nécessité d'assurer pour certains contrats la protection de l'une des parties, de préciser les causes permettant une telle résiliation, ainsi que les modalités de celle-ci, notamment le respect d'un préavis ; ».

– Le pouvoir individuel de contracter est appelé « liberté », en réalité pour justifier la conséquence du contrat : lorsque le contrat est conclu, les obligations qu'il contient seront soumises (comme toutes les obligations) à la force obligatoire (des obligations).

La primauté des lois impératives sur les volontés individuelles (et les nuisances qu'elles peuvent créer) possède une conséquence.

– Il n'est pas certain que le contrat conclu entre les contractants correspondra à leurs intérêts, puisque le législateur peut modifier le prix de certains contrats (après leur conclusion) ou imposer leur résiliation.

– La seule réserve imposée par le conseil constitutionnel est que la loi impérative identifie la nuisance créée par des contrats et que les mesures prises par le législateur ne portent pas une atteinte « excessive » aux intérêts des contractants.

Dans ces conditions, le législateur dispose, en réalité, d'une marge de manœuvre importante pour mener la politique de son choix et l'imposer aux contractants.

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

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 monétisée 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[1]. 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 »[2]. De sa conclusion à son extinction par l'exécution, le législateur admet largement le contrôle exercé à la fois sur le

[1] Éric Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, th., LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 264, 1997, n°355, p.256 ; Rafael Encinas de Munagorri, *Kelsen et la théorie générale du contrat,* 2001, https://shs.hal.science/halshs-01651976v1/document, spéc. n°4 : « Pour reprendre les termes employés par M. Savaux, la théorie générale du contrat est à la fois un mythe et une réalité. Le mythe, c'est de faire croire que la théorie générale du contrat a une valeur positive, qu'elle est du droit positif. La réalité, c'est de se rendre compte que la théorie générale est le résultat d'une activité doctrinale à prétention scientifique ».

[2] Jacques Ghestin, *L'utile et le juste dans le contrat*, D. 1982, p. 1 et suiv. ; J. Ghestin, *La notion de contrat*, D. 1990., chr., p,147.

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 contractant (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[1].

- 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 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 » ;

[1] V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980, p.84 et suiv. ; Dimitri Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, coll. Paradigme, 10e éd., 2025, n°70 et suiv., p.99.

– 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 débiteur[1]. 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 2020[2]) ou quand un contractant (faible) lésé par un

[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

prix abusivement bas[1] 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, 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 »[2] (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 dirigiste[3]. La liberté contractuelle (analysée comme un droit-fonction[4]) une liberté économique dirigée par des lois impératives qui garantissent que le contrat sera et restera (socialement) utile et (économiquement) juste.

---

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. (...) »

[1] 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.

[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. »

[3] 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).

[4] Jacques Ghestin, *L'utile et le juste dans le contrat*, D. 1982, p. 1 et suiv. ; J. Ghestin, La notion de contrat, D. 1990, chron., p.128.

– 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*.

– 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). 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 (1793) donne lieu à des interprétations universitaires variées[1]. 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-culotte[2]. 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 ?

[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..

– Le contrôle juridique exercé par le conseil constitutionnel, avec « l'atteinte excessive » à la liberté contractuelle, repose sur des arguments variés et un nombre relativement limité de décisions (une dizaine depuis 2000). Certaines d'entre elles sont compatibles avec l'argumentaire solidariste (not. Cons. constit., 30 novembre 2018[1] ; 28 décembre 2020[2] *;* 6 octobre 2022[3]), d'autres avec l'argumentaire libéral (Cons. constit, 5 août 2015[4]).

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

43. L'**autonomie de la volonté** désigne le courant libéral, lequel perçoit les lois impératives portant atteinte à la liberté contractuelle comme une atteinte aux intérêts des contractants et à terme comme un facteur de dérèglement du marché. Lorsque l'intérêt général impose de restreindre la liberté contractuelle, ces restrictions doivent avoir un champ d'application réduit au strict nécessaire, car la liberté contractuelle s'exerce dans l'intérêt individualiste des contractants.

Les lois impératives peuvent 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 établit des normes qui dérèglent ou désorientent le marché :

– 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 2015[5], supra n°38). Le courant libéral prône un

[1] Cons. constit., 30 novembre 2018, n°2018-749 QPC, *Société Interdis et autres* : « 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. (...) »

[2] Cons. constit., 28 décembre 2020, n°2020-813 DC, *Loi de finances pour 2021* : « 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. (…) 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., 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 ; »

[5] 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,

contrôle intense sur les lois portant atteinte à la liberté contractuelle, mais le conseil constitutionnel a peu recours à ce type de raisonnement pour invalider une loi impérative portant une atteinte excessive à la liberté contractuelle.

– Le libre jeu de l'offre et de la demande (acceptation, en droit), sera déréglé quand le législateur fixe ou encadre les prix, et plus généralement, lorsque la législation d'ordre public interdit aux contractants d'obtenir ou de fournir des prestations adaptées à leur besoin. Si le prix d'une marchandise ou d'un service est plafonné, l'activité de celui qui tire sa ressource de la vente de la marchandise ou du service devient moins rentable (voire non rentable), ce qui conduit à terme à un risque de pénurie. La loi impérative porte atteinte aux orientations spontanées du marché (c-à-d. à la capacité de chaque débiteur de proposer des prestations adaptées aux besoins évolutifs de ses clients).

Les lois impératives doivent rester exceptionnelles, car la fonction essentielle du contrat est d'être conforme aux intérêts individuels des contractants, et non pas à l'intérêt général, tel que le législateur se le représente. Le libre jeu du marché produit des orientations spontanées : elles n'ont pas à être dirigées par le législateur.

– Le caractère autonome[1] 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 dominante[2]. 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.

– 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 (offre pléthorique de travail) a le choix entre accepter un contrat (s'il estime que la contrepartie de l'autre 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 ; »

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

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

suffisante, bien que faible) ou refuser le contrat. Tout contrat est donc « juste » dès qu'une offre rencontre une acceptation : le marché exprime un équilibre (ponctuel et évolutif).

L'autonomie de la volonté perçoit donc avec hostilité les lois impératives portant atteinte à la liberté contractuelle, car elles perturbent le libre jeu du marché. Le marché est un instrument : il sert uniquement à constater l'état et l'évolution de la demande (donc des besoins).

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 est utile si la *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).

– Contrairement à ce qu'affirment certains solidaristes[1], 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 nations[2]. Les principaux théoriciens libéraux (Adam Smith lui-même[3] et ses successeurs comme Joseph Schumpeter[4])

[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 ».

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. « Qui dit contractuel, dit juste », selon la formule de Fouillée[1]. Le juste prix, en présence ou en l'absence de mécanisme de marché, marque une situation ponctuelle d'équilibre (économique).

– 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.

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 Malthus[2]. 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 »[3] 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

[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] 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. »

[3] Karl Polanyi, *La grande transformation* (die grosse Umwandlung)

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 mesure[1]), 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 Fouillée[2] « 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.

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.

[1] Ernst Cassierer, *La révolution des Lumières*,

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

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 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.
- Mais la protection de la liberté contractuelle par le conseil constitutionnel s'inscrit dans une logique libérale. En soi, la liberté contractuelle n'était pas une véritable liberté : elle ne l'est devenue qu'en raison des atteintes résultant des lois impératives.

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

46. Les **lois impératives limitant la liberté contractuelle** sont justifiées par la supériorité de l'intérêt général sur les intérêts individuels des contractants. La liberté contractuelle (reflet des intérêts des contractants) crée parfois des nuisances ; lorsque c'est le cas, le législateur limitera la liberté contractuelle par des lois impératives proportionnées (aux nuisances à combattre).

Les nuisances créées par la liberté contractuelle sont de deux types.

- Parfois, la nuisance résulte du déséquilibre du contrat : la loi impérative restaure l'équilibre, en protégeant un contractant victime de l'autre (ordre public de protection). Le

contrat de travail conclu entre l'employeur et le salarié doit prévoir un salaire au minimum égal au smic.

– Parfois, la nuisance résulte du contenu du contrat : la loi impérative interdit le contrat qui porte atteinte à l'ordre social (ordre public de direction). Les logements classés « G » sont interdits de location.

Les lois impératives peuvent donc porter atteinte aux intérêts des contractants, lorsque ces derniers utilisent leur liberté contractuelle pour conclure un contrat nuisible. Il suffira que les mesures adoptées par le législateur soient proportionnées.

La liberté contractuelle des contractants (qui leur permet de satisfaire leurs besoins privés) n'est donc pas une exigence constitutionnelle qui s'impose au législateur. Il pourra donc arriver que le contrat (considéré comme nuisible par le législateur) soit modifié (ou résilié) par la loi (même après la conclusion du contrat). Aucune exigence n'impose que le contrat, à savoir un accord de volonté conclu entre deux personnes et portant sur des obligations (supra n°1), corresponde aux intérêts des contractants.

La supériorité de l'intérêt général sur les intérêts individuels des contractants ne garantit donc pas que le contrat correspondra, même partiellement, aux intérêts des contractants ou de l'un d'eux. La liberté contractuelle, c-à-d. la nécessité pour chaque contractant de satisfaire un besoin grâce à la ressource de l'autre, ne garantit ni que l'autre acceptera, ni que le contrat (conclu) lui procurera la ressource envisagée : une loi impérative peut priver de ressource (de logement : bail résilié[1]) un contractant, qui devra chercher ailleurs sa ressource (parce que la loi autorise le bailleur à louer ses logements de préférence à ses salariés plutôt qu'à des étrangers).

(47- à 49. : réservés)

Conclusion de l'introduction : l'intérêt des contractants dans le contrat

48. Le **contrat** est un accord de volontés qui porte sur des obligations (art. 1101 c. civ.). Pour que cet acte juridique spécifique naisse, il faut le consentement des deux contractants et qu'ils s'entendent sur les prestations à exécuter. Les conditions de naissance du contrat et ses modalités d'exécution sous-entendent que le contrat correspond à l'intérêt des deux contractants.

La *formation du contrat* suppose un double consentement, de l'un et de l'autre. Logiquement, ce consentement n'aura lieu que si son auteur estime que l'opération envisagée (le contrat) présente

[1] Cons. constit., 6 avril 2018, n°2018-697 QPC, *Époux L.* (préc., supra n°36).

pour lui un intérêt. Si le législateur veut imposer sa volonté, il doit recourir à l'obligation légale (typiquement : l'impôt). Les conditions de formation du contrat, gouvernées par la liberté contractuelle (de principe), permettent de présumer que la conclusion du contrat répond à l'intérêt de chacun des contractants. Quitte à ce qu'une loi impérative impose le respect d'un intérêt autre.

L'*exécution du contrat* ne correspondra à l'intérêt des contractants que si aucune loi impérative ne vient modifier l'équation initialement convenue. Le contrat, acte juridique volontaire dans sa source et dans ses effets, remplit alors sa fonction. Il n'en ira autrement que si l'exécution du contrat fait apparaître une nuisance (combattue par une loi impérative).

Le contrat est donc un instrument qui permet l'échange (c-à-d. un transfert de valeur entre les patrimoines), a priori dans des conditions conformes aux intérêts de ceux qui y consentent. L'idée que le contrat correspond exactement aux intérêts des contractants est toutefois inexacte :

- Le contrat n'y correspondra que si les contractants exercent leur liberté contractuelle sans causer de nuisance (c-à-d. dans les limites imposées par les lois impératives). Louer un logement classé « G » est considéré comme une nuisance : le contrat est purement et simplement interdit. La loi impérative porte alors directement atteinte à la liberté contractuelle ;
- Le droit du contrat, fixé par des dispositions impératives, correspondra effectivement aux intérêts des contractants, lorsque le régime applicable met effectivement en œuvre les principes de liberté contractuelle (propres à garantir que le contrat correspondra aux intérêts des contractants). Or, les lois impératives peuvent indirectement porter atteinte aux intérêts de l'un des contractants, voire des deux. Tout dépend ce que l'on appellera un « consentement librement donné » ou une « exécution conforme à la prévision des parties ».

  Pour savoir si le contrat garantit effectivement les intérêts de chacun des contractants, il faudra donc examiner en détail les solutions adoptées en droit, et spécialement en droit du contrat.

49. Le **droit du contrat** (issu de la loi n°2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016[1]) reconnaît donc que les règles impératives peuvent limiter la liberté contractuelle dont dispose les contractants. Pour imposer cette solution, deux dispositions se combinent : la première fixe le domaine d'application du droit du contrat ; la seconde impose une exigence générale (la bonne foi).

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

Le *domaine d'application du droit du contrat* 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. 1er c. civ.[1] « 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 domaine d'application du 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.[2]). 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 demeure est nécessaire pour résoudre un contrat, lorsque l'autre n'exécute pas ses obligations : sauf exception[3].

Le domaine d'application du droit du contrat donne lieu à une première disposition impérative : les contractants ne peuvent pas prétendre échapper à l'application du droit français du contrat.

[1] 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. »

[2] 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 »

[3] 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).

L'*exigence de bonne foi* (art. 1104 c. civ.[1]) est une seconde disposition impérative qui s'impose à tous les contractants, quel que soit le contrat dans lequel ils s'engage. L'exigence de bonne foi apparaît donc en droit du contrat :

- Elle permettra au juge, dans tout contrat, de contrôler l'usage que les contractants font de leur liberté contractuelle, aussi bien lors de la conclusion du contrat (incluant la période des négociations) que lors de son exécution (jusqu'à l'extinction complète des obligations figurant dans le contrat).
- Le caractère impératif de la bonne foi possède, à ce stade, un contenu vague qui ne permet pas de savoir si le contrat, accord de volontés portant sur des obligations (art. 1101 c. civ.), correspondra davantage à l'intérêt de l'un des contractants, à celui de l'autre ou à l'intérêt général.

Le droit du contrat impose donc de respecter des dispositions communes à tous les contrats : les articles 1104 et 1105 c. civ. jouent un rôle stratégique, le premier substantiel (tout ce qui ne correspond à l'exigence de bonne foi sera privé de valeur) et le second formel (puisque tout ce qui est nommé contrat est soumis à l'article 1104 c. civ.). Les contractants ne pourront donc pas échapper à l'application des dispositions impératives figurant en droit du contrat.

Pour savoir si le droit du contrat garantit, précise ou limite la liberté contractuelle (et donc correspond véritablement aux intérêts de chacun des contractants), il faudra étudier les règles gouvernant la formation du contrat (1ère partie) et son exécution (2ème partie).

[1] 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** traite des conditions exigées par le législateur pour que l'accord de volontés convenu entre les parties soit considéré comme un contrat valable. La liste des conditions à respecter sont habituellement réparties en deux catégories qui se recoupent néanmoins, parce que la volonté d'une personne a toujours un objet. En droit du contrat, la volonté de chaque contractant est nommée consentement au contrat ; l'objet de leur accord correspond au contenu du contrat.

Le *consentement au contrat* désigne la décision prise par chacun des contractants. La décision de l'un est nommée offre de contrat ; celle de l'autre acceptation (demande, en économie). La rencontre entre l'offre de l'un et l'acceptation de l'autre correspondra à la date de conclusion du contrat : le contrat est devenu un acte juridique (art. 1100-1 c. civ.[1], supra n° 2-1), juridiquement obligatoire.

- En principe, dès que l'un et l'autre se sont manifesté réciproquement leur volonté, le contrat est définitivement conclu : un contractant ne peut plus se rétracter.
- L'acte juridique (volontaire dans sa source et ses effets, selon sa définition) créé par le contrat correspond, dans l'ensemble, à la commune volonté des parties, sous réserve toutefois des lois impératives par lesquelles le législateur peut imposer sa propre volonté aux contractants.

Le *contenu du contrat*, objet de la décision des contractants, porte sur les obligations que les contractant ont créées, modifiées, transmises ou éteintes (art. 1101 c. civ.[2]). Le contrat de vente, de cession de créance ou de remise de dette répond à une économie propre qui doit être suffisamment précisée (par la volonté des parties), sous réserve des lois impératives établies en droit (général) du contrat). Le contenu du contrat correspondra alors plus ou moins à intérêt d'un contractant (celui qui achète de l'essence pour son véhicule devra payer 80% de taxes) et il devra être toujours conforme à l'intérêt général.

La formation du contrat obéira donc à des conditions légales qui garantissent, précisent ou limitent le respect de la volonté des contractants et donc l'intérêt que chacun d'eux a dans le contrat.

- Le consentement au contrat (chapitre 1er) repose, en principe, sur une décision librement adoptée par chacun des contractants, sauf exception résultant d'une loi impérative.
- Le contenu du contrat (chapitre 2ème) est, en principe, librement déterminé par les contractants, sauf loi impérative restreignant voire supprimant la liberté des contractants.

[1] Art. 1100-1 al. 1er 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. 1101 c. civ. : « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. »

chapitre 1er

Le consentement au contrat

51. Le **consentement au contrat** désigne la décision prise par chacun des contractants par laquelle ils s'expriment mutuellement leur volonté d'être tenus d'exécuter les obligations prévues au contrat.

- Si la décision prise par l'un et celle prise par l'autre sont adoptées librement, le contrat correspondra à la volonté individuelle des contractants, et donc a priori à leur intérêt.
- Si l'une des décisions est réputée adoptée, en application d'une loi impérative, la décision d'au moins l'un des contractants sera contrainte (par la loi).

Il conviendra donc de préciser ce que l'on entend par le « consentement au contrat ». En droit du contrat, la décision prise par chacun des contractants doit exister, être correctement exprimée et dépourvue de vice.

L'*existence du consentement au contrat* sera acquise lorsque chaque contractant a pris une décision, celle d'offrir pour l'un, celle d'accepter pour l'autre et que ces deux volontés existent au même moment (nommé rencontre des volontés). Avant la rencontre des volontés, il existe une voire deux volontés individuelles (juridiquement : des actes juridiques unilatéraux). Lors de la rencontre des volontés, les deux consentements individuels deviennent un contrat. Le consentement au contrat existe.

L'*expression du consentement* désigne le comportement à adopter pour manifester à l'autre son consentement au contrat. Celui qui offre doit savoir comment exprimer sa volonté ; celui qui accepte devra non seulement savoir exprimer son consentement, mais également en informer l'autre, afin qu'il sache que le contrat a été conclu. Les contractants doivent se manifester réciproquement leurs consentements.

Les *vices du consentement* sont des défauts qui affectent la décision prise par l'un des contractants (voire celle des deux). Cette décision doit répondre à certaines exigences psychologiques (pour que l'on soit en présence d'une volonté de contracter) et respecter certaines conditions morales (limitant les défauts admis). À défaut, le consentement du contractant sera vicié, de sorte qu'une des conditions posées à la formation du contrat ne sera pas remplie.

Le consentement au contrat sera donc établi quand la décision de chacun des contractants existe (section 1ère), parce qu'elle est correctement exprimée (section 2ème) et dépourvue de vice (section 3ème).

(52- à 54. : réservés)

Section 1ère / L'existence du consentement au contrat

Résumé :

L'**existence du consentement au contrat** est établie lorsque l'offre de l'un rencontre l'acceptation de l'autre. Cette rencontre des volontés marque la conclusion du contrat.

La *décision individuelle de contracter* (offre ou acceptation) présente des caractères communs : elle émane d'une personne capable de prendre une décision, libre de la prendre et adoptée fermement (sans réserve).

- La décision émane d'une personne disposant du pouvoir de s'engager. En principe, celui qui parle s'engage 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 prise de décision est, en principe libre. 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 : il faudra parfois offrir le contrat à un destinataire ou motiver un refus ; 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 une proposition contient des réserves, explicites comme tacites, elle n'est pas une offre. 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.

La *conclusion du contrat* a lieu lors de la rencontre des volontés, lorsque les parties sont d'accord sur l'essentiel et s'en informent mutuellement. La date de formation du contrat est celle à laquelle l'acceptation envoyée par l'un est reçue par l'offrant.

- En principe, dès que l'acceptation rencontre l'offre, le contrat est formé immédiatement. Si l'offre est rétractée avant l'acceptation, le contrat n'est en principe pas conclu, même en présence d'une rétractation fautive. Il existe une exception en présence d'une promesse unilatérale de contrat : l'offre est réputée maintenue pendant le délai convenu, de sorte que l'acceptation, même après retrait de la promesse, permet une rencontre des volontés. Le refus illicite de contracter est alors tenu pour nul.
- Exceptionnellement, le législateur impose une *temporisation*. Quand un contractant bénéficie d'une faculté de rétractation, la date de la rencontre des volonté sera antérieure à la date à laquelle le contrat acquiert sa force obligatoire (parce que le contractant ne peut plus se rétracter). Quand un contractant se voit imposer un délai de réflexion, son acceptation sera retardée : le contrat ne sera formé qu'à l'expiration de ce délai.

L'existence du consentement au contrat est donc acquise lorsque deux décisions se sont rencontrées. Le principe (conforme à la théorie libérale) impose une rencontre simultanée de deux volontés effectives. Exceptionnellement, des lois impératives (inspirées par le solidarisme) limitent la liberté de refuser et tiennent certains refus de contracter pour nuls. La volonté (à des degrés divers) est alors réputée exister : elle existe en droit, même quand elle n'existe pas en fait.

55. L'**existence du consentement au contrat** sera établie lorsque l'offre de contracter de l'un rencontre l'acceptation de l'autre. Cette rencontre des volontés marque la conclusion du contrat. L'existence du consentement au contrat sera donc acquise lorsque deux décisions individuelles sont prises et lorsque leur durée de validité permet une rencontre des volontés.

- Chaque décision, individuellement considérée, est un acte volontaire : c'est un acte juridique unilatéral, volontaire dans sa source et dans son effet. Celui qui offre et celui qui accepte entendent être liés par leur décision individuelle, pendant une certaine durée.
- La décision de chacun des contractants ne deviendra un consentement au contrat que si survient la rencontre des volontés. À défaut, il y aura eu une offre qui n'aura pas été acceptée ou une acceptation qui n'a pas rencontré d'offre.

  L'existence du consentement au contrat repose donc sur deux séries de conditions : il faut deux décisions et une rencontre des volontés.

La *décision de contracter* prise par chaque contractant résulte d'un acte juridique unilatéral (conforme à la définition qu'en donne l'article 1100-1 al. 1er c. civ.[1]) : ce sont « des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit ». Il y a donc une correspondance à établir entre la décision de contracter et la volonté de son auteur d'être lié par sa décision.

- Le consentement au contrat est volontaire (puisqu'il faut un acte juridique unilatéral) : celui qui offre et celui qui accepte expriment, l'un et l'autre, leur volonté. Le contrat (acte juridique bilatéral : infra) est formé par deux actes juridiques unilatéraux, c-à-d. par deux décisions volontaires.
- La notion de « décision volontaire » présuppose que son auteur estime qu'il est préférable de prendre la décision plutôt que de s'en abstenir. Il s'estime « libre » de la prendre : en tout état de cause, c'est lui qui prend sa décision, et non pas la loi qui l'impose. Une décision imposée par la loi n'est pas une décision volontaire.

La *rencontre des consentements* (c-à-d. des deux décisions volontaires ou réputées telles par la loi) est le moment où se forme le contrat, acte juridique bilatéral. À ce moment, la décision de l'un et celle de l'autre sont identiques (« unifiées » disait Kant[2]) : la commune volonté des parties s'établit à partir de leur décision. En première approximation, on peut poser une équivalence entre la date de la rencontre des volontés et la date à laquelle le contrat acquiert sa force obligatoire (c-à-d. devient un acte juridique bilatéral).

---

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

[2] Kant, *Métaphysique des moeurs, 1ère partie : Doctrine du droit,* Vrin, 1993, 5e éd. , § 18 in fine : le contrat est « l'acte de la volonté unifiée de deux personnes, par lequel en général le bien de l'un devient celui de l'autre »

– Le débiteur de la prestation ne peut plus se désengager unilatéralement : pour détruire le contrat, il faudra conclure un autre contrat (portant destruction de l'ancien : art. 1101 c. civ.).

– Une loi impérative pourra dissocier la date de la rencontre des volontés de la date à laquelle la force obligatoire est définitivement acquise : si un contractant bénéficie d'une faculté de rétractation, la date de la rencontre des volonté sera antérieure à la date à laquelle le contrat acquiert sa force obligatoire (lorsque le contractant ne peut plus se rétracter).

L'existence du consentement au contrat est donc acquise assez simplement : il suffit que la décision de contracter soit prise de part et d'autre (§1er) et qu'une rencontre des volontés se produise (§2ème).

§1er/ La décision de contracter : *l'existence de deux volontés individuelles*

56. La **décision de contracter** prise par chacun des deux contractants prend deux formes juridiques distinctes, l'offre et l'acceptation. Ces deux décisions possèdent un trait commun : elles sont volontaires, ce qui explique trois caractères (que l'on retrouve dans tous les actes juridiques unilatéraux). Chaque décision de contracter émane d'une personne capable (de vouloir et donc) de s'engager ; elle exprime un choix individuel (une volonté) ce qui conduira à parler de décision libre ; elle présente un caractère psychologique propre à la volonté, à savoir la fermeté.

L'auteur de la décision de contracter émane d'une personne dotée de la *capacité et du pouvoir d'engager* un patrimoine. Le contractant est celui qui s'engage en son nom et pour son compte. C'est également celui qui est représenté par un mandataire : le représenté est seul engagé par les actes de son représentant.

La *décision libre* signifie que la décision est prise volontairement par son auteur. Ce dernier estime préférable de contracter : en cela, sa décision de contracter est considérée comme « libre » (et conforme à son intérêt). Le régime de la liberté de contracter 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. La fermeté de la décision distingue la volonté de la velléité.

En droit du contrat, la décision de contracter sera acquise lorsque ces trois conditions cumulatives sont remplies : l'auteur de la décision est une personne capable d'engager un patrimoine (I), qui prend librement (II) une décision ferme (III).

I/ L'auteur de la décision de contracter : *la capacité et le pouvoir de vouloir*

57. L'**auteur de la décision de contracter** est une personne capable d'engager le patrimoine qu'elle représente. Ce sera soit l'auteur de la décision lui-même, quand il engage son patrimoine ; ce sera le représentant du contractant, quand ce dernier est représenté. Pour prendre la décision de contracter, son auteur doit ainsi être capable de vouloir et d'en avoir le pouvoir.

La *capacité de consentir au contrat* est réservée aux personnes adultes, les seules qui en droit peuvent être l'auteur d'un acte juridique valide, en l'occurrence une offre de contrat ou une acceptation du contrat. La capacité de prendre la décision de contracter 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 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.

[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. »

– Selon l'article 1145 alinéa 1er, « Toute personne physique peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi ». Sauf incapacité d'exercice[1], en présence d'une volonté qui n'est pas suffisamment mature (mineur non émancipé ou majeur protégé : art. 1146 c. civ.[2]), ou incapacité de jouissance (art. 909 c. civ. pour les donations ou legs[3], etc.[4]) 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.[5]) et en droit des sociétés[6], 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.[7] ; art. 237-2 c. com. pour les sociétés commerciales[8]).

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.

---

[1] 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.1er 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 ».

[2] 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. »

[3] Art. 909 al. 1er 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. 1ère, 4 nov. 2010, n° 07-21.303.

[4] 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. »

[5] 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. »

[6] Art. L 210-6 al. 1er 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 (...) » ;

[7] 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. »

[8] 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. »

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 fragile[4]) 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.

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.[5]) : 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. [6]).

---

[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. »

[5] 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. »

[6] 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. »

2/ Le pouvoir d'engager le patrimoine

60. Le **pouvoir d'engager le patrimoine** permet d'identifier qui est le véritable contractant (et même, plus précisément, le véritable débiteur de l'obligation prévue au contrat). 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 son débiteur est la personne physique qui signe (entrepreneur individuel, consommateur) ou 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.* La personne (physique) qui signe un contrat engage son patrimoine personnel : elle agit dans sa sphère de compétence personnelle, conformément au principe est fixé à l'article 1203 c. civ.[1]: « On ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même. » Ce principe s'applique donc dans différents cas de figure :

- Le contractant (personne physique) qui signe un contrat sans préciser à quel titre il agit engage son patrimoine personnel. Le pouvoir d'engager un patrimoine appartient à son gérant (titulaire du patrimoine).
- Lorsque le contractant précise qu'il agit « pour le compte d'autrui », mais qu'il « contracte en son propre nom », le contractant engage son propre patrimoine (art. 1154 al. 2 c. civ.[2]). Le motif personnel qui guide le contractant (agir pour le compte d'autrui) n'est pas un pouvoir (un mandat). Le voisin contracte avec l'entrepreneur « en son nom », même quand l'entrepreneur est chargé de réparer une fuite d'eau chez le voisin et qu'il le sait.
- Lorsque le mandataire agit au-delà des limites (objectives) du pouvoir qu'il a reçu de son mandant, le contrat engage le patrimoine du seul pseudo-mandataire. Le mandant se fait représenter pour acquérir un bien avec un prix-limite : si le mandataire signe le contrat au-delà du prix-limite, le mandataire engage son propre patrimoine.

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.[3]) La personne représentée (sarl) sera alors

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

[2] 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. »

[3] 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. »

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. 1er c. civ.[1], « 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 ».

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, au nom et pour le compte du représenté.

Le représentant doit produire un *document* qui établit son pouvoir (art. 1153 c. civ.[2]). Ce document est soit un contrat (de mandat), soit un jugement (donnant lieu à une représentation judiciaire : l'époux, devenu sénile, sera représenté par son conjoint), soit la preuve d'une qualité donnant lieu à représentation légale (les statuts de la sarl précisent qui est le gérant). La représentation d'une personne a donc trois sources :

- La représentation contractuelle repose sur la volonté du représentant et celle du représenté. 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).
- La représentation judiciaire a lieu sans ou contre la volonté du représenté[3]. Pendant la procédure collective, la société en faillite sera représentée par un autre que

[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.
« 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. 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. 217 c. civ. : « Un époux peut être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement de son conjoint serait nécessaire, si celui-ci est hors d'état de manifester sa volonté ou si son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille. »

son dirigeant : le jugement ouvrant la procédure désignera un administrateur provisoire (c-à-d. un représentant de la société).

– Les statuts (publiés) de la société (dotée de la personnalité morale) seront présentés au cocontractant, afin que ce dernier puisse identifier la personne désignée comme gérant de la sarl : ce pouvoir est « légal » (prévu par la loi). Le parent de l'enfant (mineur) est son représentant légal.

La source de la représentation montre que la volonté du représenté n'est exigée que dans un cas de figure (la représentation contractuelle) ; dans les autres cas, le représenté sera engagé malgré ou contre sa volonté.

La source de la représentation exerce une influence sur le pouvoir exercé par le représentant et sur celui que le représenté peut encore ou non exercer.

– En présence d'une représentation légale ou judiciaire, le représentant est le seul à disposer du pouvoir pour engager le représenté. Son pouvoir est exclusif : le représenté a perdu son propre pouvoir. La représentation effectue donc un transfert de pouvoir : « L'établissement d'une représentation légale ou judiciaire dessaisit pendant sa durée le représenté des pouvoirs transférés au représentant » (art. 1159 al. 1er c. civ.) ;

– En présence d'une représentation contractuelle, « La représentation conventionnelle laisse au représenté l'exercice de ses droits. » Le représenté et le représentant exercent un pouvoir concurrent : le représenté (mandant) peut révoquer le représentant contractuel (mandataire) ; le représenté peut contracter directement (en son nom et pour son compte) avec le cocontractant.

Le cocontractant (qui contracte avec le représentant) vérifiera l'*étendue des pouvoirs* conférés par la représentation. On sait (supra) que si le représentant excède ses pouvoirs, le représenté ne sera pas engagé.

– 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

[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. »

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 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]). La disposition ne s'applique qu'à la représentation contractuelle, puisque l'on sait qu'elle seule maintient le pouvoir du représenté.

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 conclu entre le représenté (bailleur, vendeur …) et le cocontractant (locataire, acquéreur …). Le représentant (gérant de sarl, mandataire ...) est transparent (art. 1154 al. 1er c. civ.[3]) : il n'engage pas son patrimoine personnel.

62. L'exercice du pouvoir de représentation par le représentant peut donner lieu à des **fautes**, lorsque le représentant ne respecte la limite objective de ses pouvoirs ou leur finalité. Deux types de faute sont évoquées par le législateur, avec leurs sanctions propres.

Lorsque le pseudo-représentant agit « sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs » (art. 1156 c. civ.), il commet un *excès de pouvoir* lequel se constate objectivement. Dans ce cas, on sait (supra) qu'il est engagé personnellement envers le cocontractant, en application du principe selon lequel chacun parle en son nom et pour son compte (art. 1203 c. civ.[4]), sauf l'exception et les deux limites prévues à l'article 1156 c. civ.[5] :

---

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

[5] 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. »

- L'acte accompli par excès de pouvoir est « inopposable au représenté ». Le pseudo-représenté n'est pas engagé, solution logique puisque le représentant n'a aucune compétence pour engager un tiers (le représenté). Cette solution est écartée si le représenté a créé l'illusion de la représentation ; l'acte lui devient alors opposable (art. 1156 al. 1er c. civ.). Conséquence : le représentant (ayant commis l'excès de pouvoir) et le représenté (ayant créé l'illusion) sont alors tous les deux tenus envers le cocontractant.
- L'excès de pouvoir commis par le représentant permet au cocontractant d'obtenir l'annulation du contrat (art. 1156 al. 2 c. civ.). Il est victime d'un vice du consentement, et plus précisément d'une erreur-obstacle (selon la dénomination doctrinale). Le cocontractant n'aura à établir qu'une seule preuve, à savoir son ignorance de l'excès de pouvoir commis par le représentant. Cette erreur sur la personne sera invoquée en présence d'un contrat conclu en considération de la personne (contrat de travail, contrat de bail) ou d'un contrat courant (la solvabilité et la fiabilité du débiteur étant probablement déterminante du consentement).
- Si le représenté « ratifie » l'excès de pouvoir commis par le représentant, le contrat est confirmé dès la ratification (art. 1156 al. 3 c. civ.) : le cocontractant ne peut plus invoquer l'inopposabilité de l'acte ; le représenté ne peut plus en invoquer la nullité.

En présence d'un *détournement de pouvoir*, le représentant respecte les limites objectives de son pouvoir (aucun excès de pouvoir n'est commis), mais il agit dans un but illicite. C'est un abus de droit : le représentant malhonnête engage sa responsabilité envers le représenté, mais l'acte réalisé par le représentant reste valide. Le législateur prévoit néanmoins l'annulation dans deux cas de figure.

- Lorsque le cocontractant se rend complice du détournement de pouvoir commis par le représentant (art. 1157 c. civ.[1]), le représenté peut demander l'annulation du contrat conclu entre le représentant et le cocontractant. Cette sanction (spécifique[2]) permet d'attaquer à la racine l'abus de confiance qui a été commis par le représentant frauduleux et le cocontractant (trop peu regardant).
- En présence d'un conflit d'intérêts entre le représentant et le représenté (personne physique), le représentant doit s'abstenir de contracter au nom du représenté. Afin de respecter l'intérêt de chaque représenté, le représentant ne doit représenter des intérêts divergents, ni le sien propre (art. 1161 c. civ.[3]). L'agent immobilier ayant reçu un mandat de vente de la part de son client ne peut donc pas se porter personnellement acquéreur de l'immeuble, ni se porter acquéreur au nom d'un autre client (lui ayant donné un mandat d'achat).

La compétence du représentant pour engager le représenté est donc limitée, premièrement par le pouvoir de représentation (excès de pouvoir), deuxièmement par la finalité de ce pouvoir (abus de droit), mais aussi par la privation de pouvoir du représentant lui-même (lorsqu'il subit une incapacité ou une interdiction de gérer : art. 1160 c. civ.[4]).

---

[1] 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. »

[2] En régime général de l'obligation, la fraude commise par débiteur avec la complicité de son cocontractant est sanctionnée par l'inopposabilité (art. 1341-3 c. civ.).

[3] 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. »

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

(63. : réservé)

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 volonté 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. 1er 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 ».

Le *principe* fixé en droit du contrat affirme que la décision de contracter est libre, parce qu'elle est volontaire. Celui qui prend sa décision doit toujours disposer d'un choix : soit il préfère contracter, soit il préfère s'en abstenir (au regard des circonstances qui s'imposent à chacun : supra). 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 ; l'autre aura pareillement le choix entre l'accepter ou non. Le principe correspond donc à ce qu'enseigne la théorie libérale.

Les « limites fixées par la loi » sont des *exceptions*, prévues par des dispositions spéciales inspirées par la théorie solidariste. Les inconvénients sociaux que présentent certains refus de contracter

[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. 1er 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. »

conduiront le législateur parfois à contraindre une personne à effectuer une offre de contrat, parfois même à rendre obligatoire la conclusion d'un contrat (lors de l'exercice de telle ou telle activité). La décision de contracter sera alors contrainte.

En droit du contrat, la décision de contracter est en principe libre, c-à-d. effectivement volontaire (1) ; exceptionnellement, cette décision est contrainte (2).

1/ Le principe de la liberté de contracter : *un libre choix individuel*

66. Le **principe de la liberté de contracter** est fixé à l'article 1102 al. 1er 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. » Telle qu'elle est présentée, la décision de contracter exprime un libre choix individuel, qui porte sur tous les aspects du contrat.

Le principe de la liberté de contracter établit une correspondance entre une décision volontaire et une décision libre.

- L'auteur de la décision doit avoir effectivement le choix entre contracter ou préférer ne pas contracter : ce choix volontaire est considéré comme libre. À ce stade (infra, vices du consentement), peu importent les contraintes qu'une personne peut subir dans la vie : celui qui a besoin d'une ressource proposera ses services à prix "cassé". Sa décision est volontaire : elle est donc libre.
- Le principe et le régime de la liberté de contracter (ou de la liberté contractuelle : le terme est un synonyme) ont conduit la théorie libérale à analyser la liberté contractuelle comme une liberté personnelle : chacun mène la politique contractuelle de son choix avec la personne de son choix.

Le régime de la liberté de contracter porte sur tous les aspects de la décision prise par chacun des contractants. Le domaine d'application de la liberté contractuelle est 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 refus de faire une offre ou le refus d'accepter une offre sont soumis à un même régime.
- 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

[1] Art. 1102 al. 1er 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. »

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 "cassé". La relation personnelle pourra exercer une influence sur l'équation contractuelle convenue entre les contractants.

– Les contractants peuvent convenir de respecter des formes spécifiques : il faudra que la résiliation du contrat ait lieu par accusé-réception ; il faudra, pour modifier le contrat, conclure un « avenant » écrit et signé des deux parties (ce qui exclut donc une modification convenue par mail).

Le domaine d'application du principe de la liberté de contracter régit tous les aspects du contrat et notamment la période pré-contractuelle des négociations.

67. Ce régime de liberté de contracter s'applique également aux **négociations**. Selon l'article 1112 al. 1er c. civ.[1], « 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 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 faute[2] (négocier une vente, alors que le terrain est déjà vendu à un tiers[3] ; rompre brutalement la négociation alors

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

[2] 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. 1ère, 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 »).

[3] 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).

que l'autre accepte la contre-proposition que l'un vient d'effectuer[1] ; engager des négociations afin de l'empêcher de négocier utilement avec un concurrent[2] …) 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 tiers[3]). 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 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.[4]).

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, c-à-d. volontaires.

---

[1] 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 ».

[2] 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. 3e, 28 juin 2006, n°04-20040, Bull. n°164.

[3] 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.

[4] 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 décision individuelle de contracter est présentée comme une liberté, afin de donner un plein effet aux deux volontés individuelles qui s'exprimeront. L'un (qui offre ou n'offre pas) et l'autre (qui accepte ou qui n'accepte pas) sont traités à l'identique, parce que leur décision de contracter est identique : la décision est volontaire, donc réputée libre ; elle libre, donc réputée volontaire.

Le pouvoir exercé par chacun s'exerce librement, mais de manière responsable. 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. 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 spécial[1] 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 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

[1] Civ. 3e, 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 1er juillet 1901 ou, y ayant adhéré, d'en demeurer membre ».

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 identique[1] 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.

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 consommation ont pour but d'obliger la banque à envoyer une offre contenant des informations techniques et essentielles sur le crédit proposé (contrats de prêt immobilier[2] ou à la consommation ; location-vente[3], crédit

[1] Civ. 3e, 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.

[2] 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. »

[3] 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. »

viager hypothécaire[1] ...). 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.[2]) et une amende sont encourues (art. 341-57 c. conso.[3]).

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'habitation[4], d'un local commercial[5] ou d'une exploitation agricole[6]). 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 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'accident[7]. L'objectif est que la victime ne soit pas confrontée à la lenteur d'un assureur, qui espèrerait 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 punitifs[8]).

b/ Le contrôle des motifs d'un refus

---

[1] 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 ; (...) »

[2] 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. »

[3] 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. »

[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 (…) »

« 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).

[5] 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. [...] ».

[6] 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.

[7] 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. 2e, 25 février 2010, n°08-20.587.

[8] 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.

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 syndicale[1] (art. L 1132-1 c. trav.[2]). Conformément au droit commun, la charge de la preuve de la discrimination pèse sur le contractant exclu[3] : la preuve du motif véritable de l'exclusion sera donc parfois difficile à rapporter, notamment en présence d'un contrat conclu 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

[1] 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. »

[2] 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

[3] 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.

donner à répression pénale (délit de discrimination : art. 225-1 et -2 c. pén.[4] ; 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.[1]). 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, etc[2]... 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 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

[4] 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. »

[1] 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. [...] ».

[2] 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).

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 française[1] ainsi que la cour edh (Cour edh, *Willem contre France*, 16 juill. 2009[2]) décident que le boycott constitue systématiquement une discrimination, sans examiner les motifs des auteurs du boycott[3]. 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 ennemi[4] : 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 autrui[5] 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 affrontement plus collectif. Le refus du contrat exprime une politique, puisque le contrat suppose d'établir avec le cocontractant une relation distanciée (donc politique).

---

[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, 5e 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).

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'assurance[1] : 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'électricité[3] (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 ?

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

[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. 1ère , 14 janvier 2016, n° 14-26.443.

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 standardisée[1].

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 II/ 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 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

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

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. 1er 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 d'emploi » n'en est pas une. La véritable offre viendra plus tard, si le demandeur

[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 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 explicite[1], l'offrant est définitivement engagé dès que le premier acceptant manifeste sa volonté. L'offrant ne peut pas prétendre agréer l'acceptant[2], 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 suspensive[3] (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 caduque[4] 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. 1er 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 offre (et qu'il ne l'a pas révoquée), l'offre deviendra caduque à l'issue d'un délai raisonnable[6]

---

1 Civ. 3e, 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. 3e, 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. »

6 Civ. 3e, 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

(implicite). À l'expiration de ce délai (explicite ou implicite), l'offre sera détruite (caduque), sans nécessiter de rétractation de la part de son auteur[1].

Selon l'article 1117 al. 2 c. civ.[2], 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 décédé[3] 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).
- 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.

---

n'avait fourni aucune réponse dans un délai raisonnable. (…) L'offre était caduque. » ; Civ. 3ᵉ, 30 mai 2009, n°08-13.230, Bull. n°118 (offre émise en 1995 et une acceptation intervenue en 2001) ; Civ. 3ᵉ, 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).

[1] Civ. 3ᵉ, 11 mai 2011, n°10-14.536, Bull. n°76.

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

[3] Avant 2016, la jurisprudence était fluctuante sur cette question : Civ. 3ᵉ, 9 nov. 1983, n°82-12996, Bull. n°122 (le décès de l'offrant, vendeur, ne rend pas l'offre caduque) ; Civ. 3ᵉ, 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. 3ᵉ, 10 mai 1989, n°87-18130, Bull. n°109 (le décès du vendeur rend l'offre caduque).

86. La **promesse unilatérale** de contrat est définie à l'article 1124 al. 1er 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 objet[3], 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 disposent d'aucune option. La conclusion formelle (ou officielle) du contrat "définitif" aura lieu chez le notaire.

---

[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.

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 longtemps[1] et consacrée en jurisprudence[2], 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 que par un officier public (maire) : légalement, la promesse de mariage (fiançailles) peut être (librement) rompue, comme une négociation.

[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 engagemens, 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. 3e, 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 ».

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 §1er/ 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.

§2ème/ 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. 1er 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. 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 la rencontre l'offre (I), sauf exception imposant une temporisation (II).

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

[1] Art. 1113 al. 1er 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. »

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'offrant[1] : 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 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)*,

[1] Acceptation trop tardive, interdisant la rencontre des volontés : Civ. 3e, 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. »

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 2017[1]) : 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 passions[3]. 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 bios[4]) 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 moeurs*, s'inscrit dans ce courant. Il distingue entre une forme inférieure de la faculté 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 morale[5]). Lorsque Kant affirme l'autonomie

---

[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] Giorgo 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 la volonté (bien distincte de la réinterprétation que le courant juridique du même nom en a faite[6]), 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.

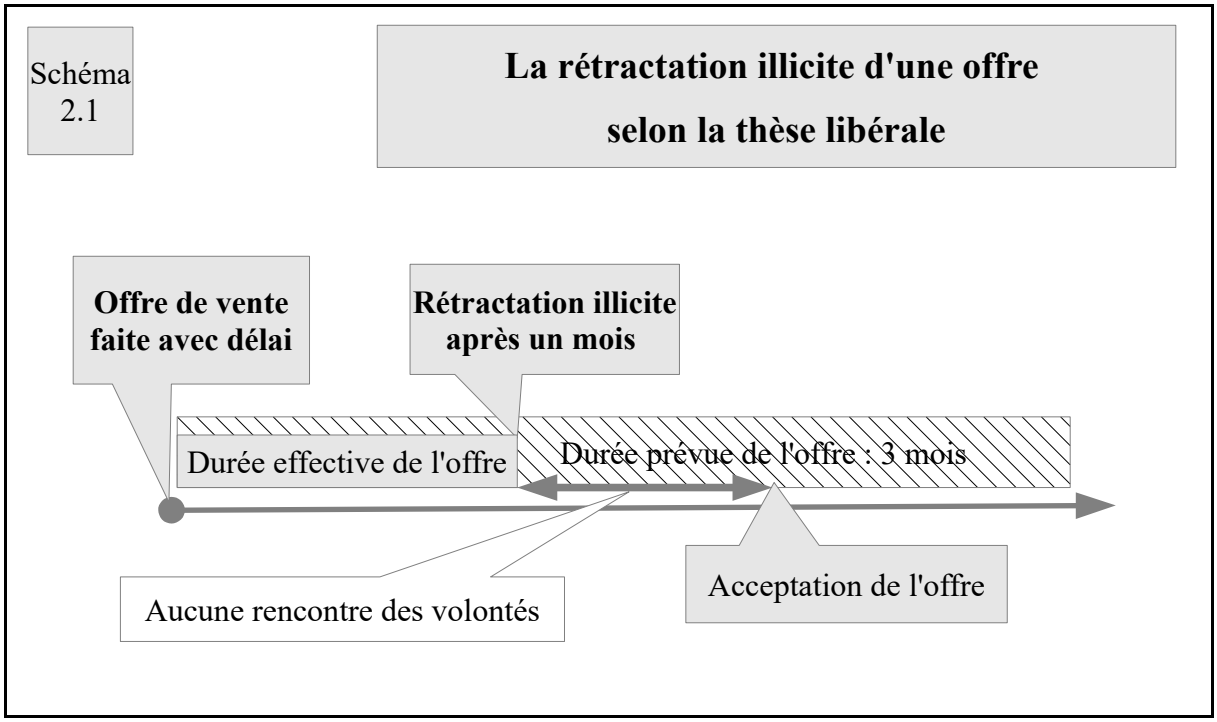
Le débat philosophique sur le concept de volonté possède des répercussions juridiques potentielles. Si la volonté apparaît comme un concept dual, imposant au préalable une qualification, sera privé de volonté (ou de parole) l'être humain qui n'exprime pas une intention (adulte), mais un caprice : il 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.

[5] E. Kant, *Critique de la raison pure* (1787), 2e éd., (trad. Jules Barni) p.58 : « Il y a deux souches de la connaissance humaine, qui viennent peut-être d'une racine commune, mais inconnue de nous, à savoir la sensibilité et l'entendement, la première par laquelle les objets nous sont *donnés*, la seconde par laquelle ils sont pensés ».

[6] Chez Kant, l'impératif catégorique est une obligation morale, applicable à tout être humain (qui se pense et agit donc en tant qu'être humain) : la volonté est autonome, car morale. Dans le courant (juridique) de l'autonomie de la volonté, la volonté est discrétionnaire : rien n'indique qu'elle suive une loi morale, sauf à considérer que les passions humaines sont une loi de la nature.



Premièrement, *aucun contrat ne peut se former*. Le retrait illicite de l'offre faite avec délai (hypothèse visée à l'article 1116 al. 1er 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. 3e, 15 déc. 1993[2] ; Civ. 3e, 11 mai 2011[3] ; Com., 11 mars 2014[4]) comme celle du conseil d'État (C.E., 2 avril 2015[5]). La rétractation détruit l'offre : l'acceptation ne peut plus la rencontrer.

[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. 3e, 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. 3e, 5 avril 1995, n°93-15.572, Bull. n°101.

[3] Civ. 3e, 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 Dorothée 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 ».

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.[1]). Le montant de l'indemnisation conduira à compenser le temps perdu et les frais exposés (billets de train …), mais le profit du contrat (la revente d'un immeuble avec profit) ne l'est pas. Selon l'article 1116 al. 3 c. civ.[2] : « 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.[3], en cas de rupture fautive d'une négociation.

Troisièmement, ces solutions valent à titre de *principe*. Lorsque le législateur ne prévoit pas la sanction applicable[4] à un refus illicite (refus d'offre[5] ; motif illicite[6]) ou à une décision illicite[7], 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

[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] Art. 1116 al. 3 c. civ. : « 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. »

[3] Art. 1112 c. civ. : « L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.
« En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu. »

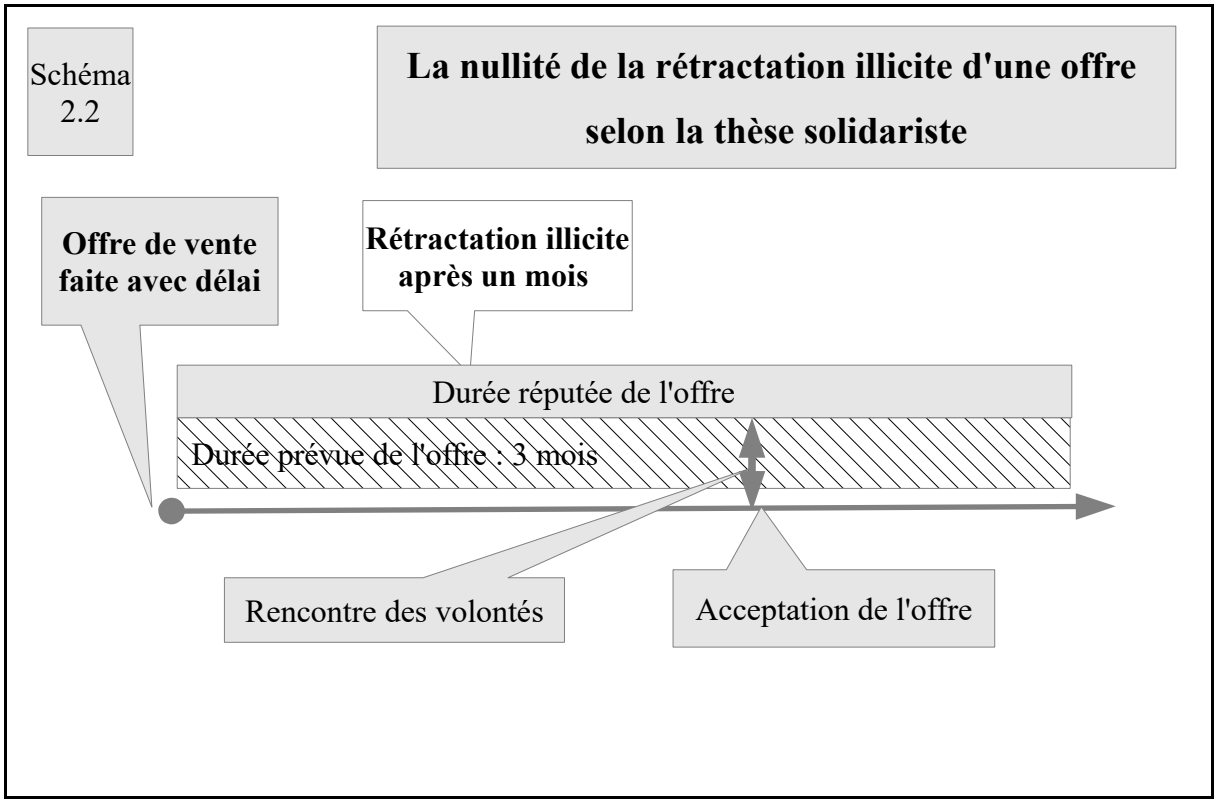
[4] Art. L 122-11 c. conso. : « Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime ». La sanction n'est pas précisée. Voir également : art. 22-1 al.1er (inséré par loi 17 janv. 2002) de la loi n° 89-462 du 6 juill. 1989 relative aux baux d'habitation : «Lorsqu'un cautionnement pour les sommes dont le locataire serait débiteur dans le cadre d'un contrat de location conclu en application du présent titre est exigé par le bailleur, celui-ci ne peut refuser la caution présentée au motif qu'elle ne possède pas la nationalité française. » : la sanction n'est pas clairement exprimée.

[5] Civ. 3e, 3 juillet 2013, n°12-19.442, Bull. n°92 : « La méconnaissance du droit de préemption du locataire est constitutive d'une faute ouvrant droit à réparation du préjudice qui en résulte. » ; Com., 11 mars 2014, n°13-10.366, Bull. n°49 : « la violation d'une clause de préemption figurant dans les statuts d'une société à responsabilité limitée n'emporte pas par elle-même nullité de la cession de parts conclue entre deux associés » mais indemnisation.

[6] Crim., 12 oct. 1987, n°86-92343, Bull. n°346 : en présence d'un refus illicite opposé à un consommateur, le « refus opposé à des acheteurs de produits n'engage que la responsabilité civile ou commerciale de son auteur » ; Com., 18 déc. 2001, Bull. n° 201 ; D. 2002.Somm.3009, obs. Ferrier.

[7] Ainsi, le refus illicite de prendre une décision conduira simplement l'auteur du refus illicite à engager sa responsabilité civile, mais la décision ne sera pas prise. Voir : Civ. 3e, 21 décembre 2017, n° 15-25.627, Bull. ; D. 2018, somm., p. 6, note Alain Lienhard ; JCP 2018, éd. G, II, 115, note Julie Klein ; Rev. sociétés 2018, p. 91, note Bruno Dondero ; Bull. Joly sociétés 2018, p. 74, note Jean-François Barbièri ; RLDAff. 2018, n° 6384 ; JCP 2018, éd. E, II, 1077, note Clément Barrillon : (abstrat) « Un abus de minorité n'est pas susceptible d'entraîner la validité d'une résolution adoptée à une majorité insuffisante. »

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 rétractée[2]. 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).

[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. 3e, 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. »

– La seconde exception est établie en présence d'une violation d'un *pacte de préférence* (défini à l'article 1123 al. 1er c. civ.[1]). 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 tiers. Selon l'article 1123 al. 2 c. civ.[2] (reprenant partiellement la jurisprudence[3]), 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 indemnisation[4].

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 »[5]. 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.

[1] Art. 1123 al. 1er 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. »

[2] 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. »

[3] 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. 3e, 31 janv. 2007, n°05-21.071, Bull. n°16.

[4] 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).

[5] 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 (…) ».

103-1. La **nullité de la volonté illicite** (rétractation illicite[1] ; refus illicite d'offrir ; décision illicite de licencier un salarié) est prévue dans certains droits européens (germaniques[2]). 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 vente[3], mais la safer ne peut pas se substituer à l'acquéreur. Il existe de nombreux textes réputant nulle une rétractation : en présence d'une offre faite à un juge[4] ; en cas de surenchère du 10e, qu'un créancier hypothécaire peut requérir en cas de vente amiable de l'immeuble[5] ; etc ...[6].

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

---

[1] 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.

[2] 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. »).

[3] Civ. 3e, 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. »

[4] 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 ».

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

[6] 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.

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.

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'architecte[2].
- en revanche, si un *détail essentiel* manque encore, les négociations peuvent encore être rompues[3]. 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

[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. 3e, 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. »

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 collective[1]) (Soc., 19 déc. 1989 [2]).

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.

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 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'acception, il faudra distinguer entre le principe et les exceptions :

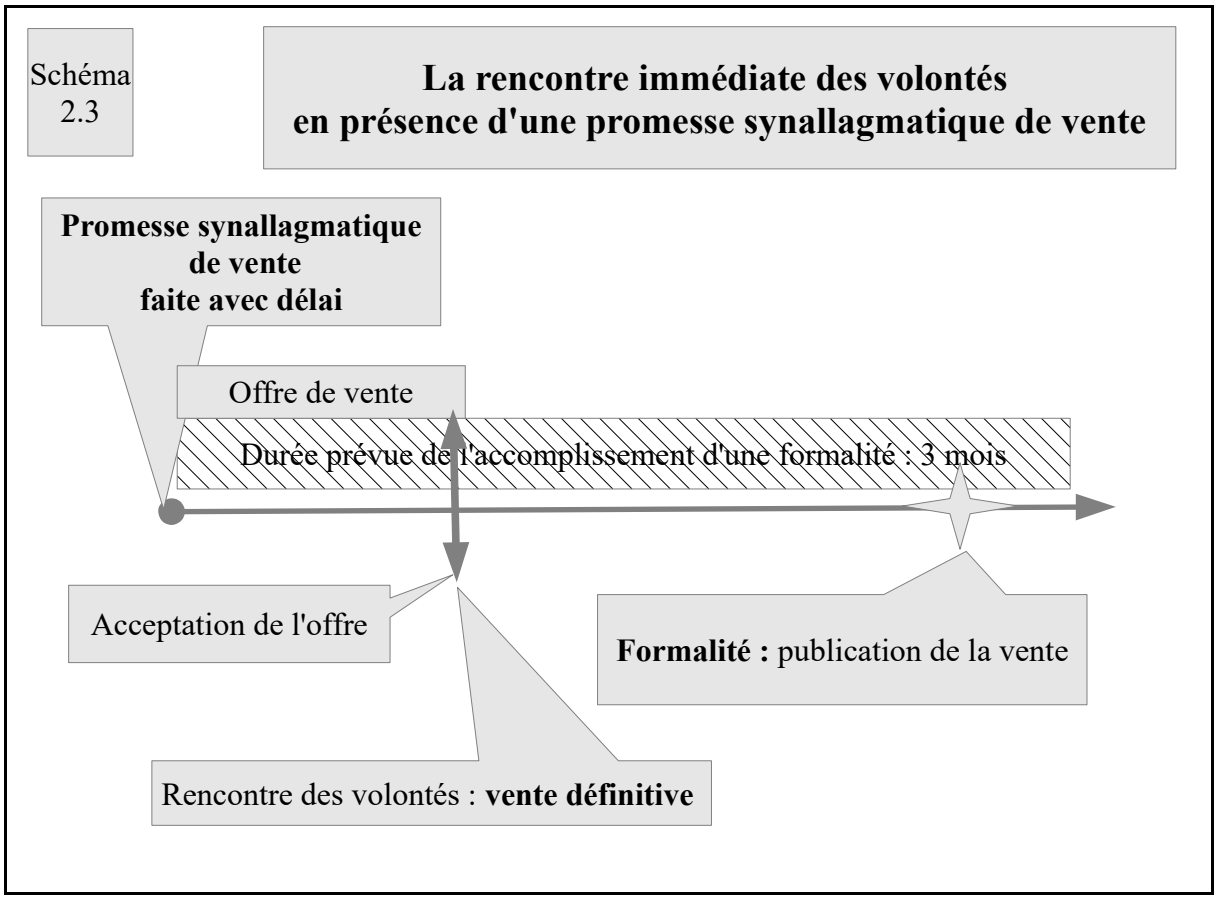
[1] La convention collective est un acte juridique spécifique : conclue entre l'employeur et les syndicats représentatifs, elle produit ses effets entre l'employeur et les salariés.

[2] 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 ».

– 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 essentiels[2]. La promesse synallagmatique de contracter n'existe pas : elle doit être requalifiée en contrat définitif (schéma 2.3).

[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. 3e, 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.



– 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.

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 inverses[3].

[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.

En présence d'un contrat conclu par *échange de courriels* (art. 1147-3 al. 1er c. civ.[1]), 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.[2]).

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.[3], « 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

[1] Art.1127-3 al. 1er 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. »

[2] 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.

[3] 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. »

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. 1er 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.

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 ».

[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. »

(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.

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'acception (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. 1er 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.

---

[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. 1er 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. »

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.)[1], 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 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.[2])[3]. 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 acceptation[4] intervenant au cours de ce délai est nulle.

L'acception immédiate, avec faculté de repentir est une autre technique utilisée[5]. 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.[6], existe dans les contrats de démarchage à domicile (art. L. 311-41 c. conso.[7]), dans les opérations de vente à distance comme le téléachat (art. L. 121-21 c. conso.[8]), ainsi que dans le crédit à la consommation

---

[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 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. »

[3] 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] ».

[4] Et plus généralement, tout engagement est nul : Civ. 1ère, 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 ».

[5] 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.).

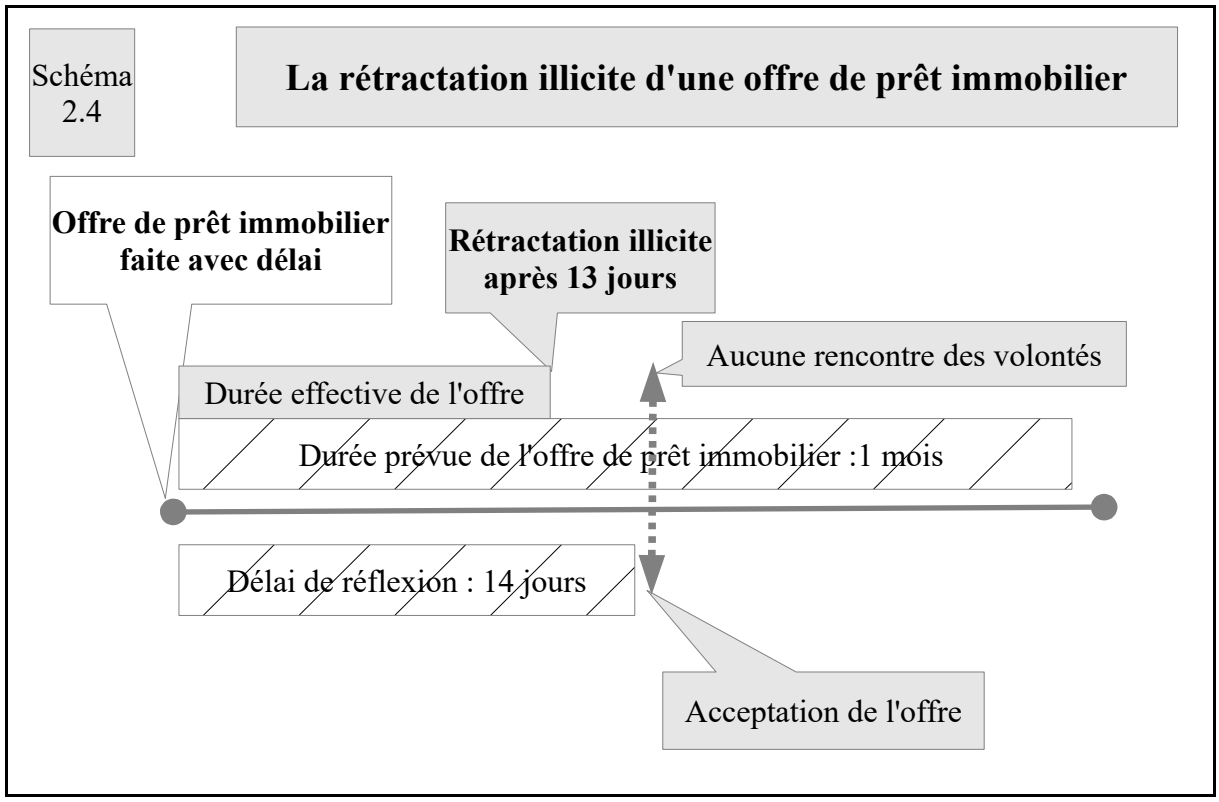
[6] Art. 1122 c. civ. : « La loi ou le contrat peuvent prévoir (…) un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement. »

[7] 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).

[8] 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.(...) »

(art. 312-19 c. conso.[9], opération qui impose également une offre avec délai minimal) ou l'acquisition d'un immeuble par un consommateur[10] etc[11] … Si, à l'issue du délai, le consommateur reste silencieux, le contrat est irrévocablement formé : la force obligatoire du contrat est simplement différée.

En présence d'une rétractation illicite d'une offre (par un banquier qui apprend l'existence d'un facteur défavorable au sujet de son client : chômage, maladie …), conformément au principe (supra : schéma 2.1), le contrat de prêt proposé au client n'est pas conclu (schéma 2.4).



(129- à 147. : réservés)

[9] 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. »

[10] 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.

[11] Art. L.271-1 al. 1er 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. (...) ».

Conclusion de la section 1ère / L'existence du consentement

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 2ème).

Section 2ème
L'expression du consentement au contrat

Résumé :

L'**expression du consentement au contrat** prend deux formes. Chaque contractant doit exprimer (individuellement) son consentement au contrat, par une offre pour l'un ou une acceptation pour l'autre ; les obligations du contrat sont exprimées par des clauses qu'il faudra interpréter en présence d'une expression maladroite.

L'*expression individuelle du consentement* doit avoir lieu, pour que l'un puisse manifester à l'autre sa volonté de contracter. L'expression du consentement est réglé par le droit du contrat : en principe, un signe (explicite et univoque) est exigé, afin que la volonté de contracter soit certaine. Mais le droit admet également des indices, à titre exceptionnel : certains silences vaudront décision de contracter.

- En principe, une volonté explicite est exigée, ce qui 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. Le signe exigé est quelconque mais communément compris : c'est le *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.
- Une seconde exception conduira, à l'inverse, à se contenter d'une *volonté douteuse* établie par un simple indice. Le silence exprimera alors une volonté de contracter. Elle sera probable, en présence d'une tacite reconduction : les contractants ont fixé le sens de leur silence. Elle sera douteuse, lorsque celui qui reçoit une offre de modification du contrat doit manifester son refus, faute de quoi il sera présumé avoir accepté. La loi favorise alors l'intérêt d'un des contractants : la modification unilatérale qu'il propose peut devenir contractuelle ; le cocontractant qui reste passif sera tenu au-delà de sa volonté : le législateur interprète le silence dans un sens orienté.

L'*interprétation du contrat* suppose une expression obscure ou maladroite. Lorsque les contractants ont exprimé clairement leur volonté, il suffira d'appliquer le contrat. Interprétation et application ont un domaine différent.

- L'interprétation du contrat a lieu, en principe, en recherchant la commune intention des parties.
- L'interprétation "contre" conduira à retenir un sens défavorable au rédacteur du contrat.

L'expression du consentement correspond, en principe, à la volonté effective des contractants ; mais certaines dispositions inspirées du solidarisme orientent l'expression du consentement : un silence ou une ambiguïté sera interprété comme exprimant une volonté socialement souhaitable, mais fictive.

---

150. L'**expression du consentement au contrat** désigne le comportement à adopter pour manifester (par un ensemble de signes que tous doivent comprendre) la volonté de s'engager dans le contrat, avec les obligations qu'il contient. Chaque contractant doit savoir comment se comporter pour exprimer une offre de contrat ou son acceptation, par exemple en signant un document rédigé par écrit. L'expression du consentement au contrat conduira donc à distinguer deux questions, celle de l'expression individuelle du consentement et celle de la formulation des obligations figurant dans le contrat.

L'*expression individuelle du consentement* correspond à un comportement destiné à faire connaître à l'autre sa décision. 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. Le consentement au contrat sera donc exprimé par un acte juridique individuel, émanant de chacun des contractants.

- En droit du contrat, il s'agira de régler le mode d'expression de chacun : le consentement peut-il s'exprimer par la seule parole, faut-il respecter une forme précise ou peut-on consentir en restant silencieux ?
- Lorsque cette modalité d'expression est accomplie, elle produira l'effet de droit qui s'attache à tout acte juridique individuel. Ce sera soit une offre, soit une acceptation.

L'expression individuelle du consentement consiste donc à régler le mode d'expression par lequel chacun exprime légalement sa volonté de contracter. Ce comportement exprime légalement un consentement : ainsi, celui qui clique sur l'onglet "accepter" quand il est connecté à un site internet.

Les *obligations figurant dans le contrat* seront exprimées, lorsqu'elles portent sur des obligations essentielles et lorsque les parties conviennent d'écarter une disposition supplétive de volonté. La rédaction du contrat conduira à fixer des clauses ; en signant le document, les parties exprimeront leur consentement aux obligations exprimées dans le contrat.

- Les obligations exprimées ne correspondent qu'à une partie des obligations figurant le contrat. Les obligations tacitement convenues sont acquises par le silence, quand la loi établit une disposition supplétive de volonté : si aucune clause ne précise la date de livraison, c'est que la livraison aura lieu dans un délai raisonnable ; dans le silence du contrat, les frais de livraison sont à la charge de l'acquéreur.
- Les obligations exprimées devront être prouvées par le créancier. La solution est acquise en régime général des obligations (art. 1353 al. 1er c. civ.) : le prétendu créancier doit prouver l'obligation (dont il réclame l'exécution). Le mode de preuve imposé par la loi

exercera une influence sur l'expression du consentement : si le créancier doit produire un écrit signé, alors que les contractants se sont mis d'accord uniquement par oral, l'absence de preuve produira un effet équivalent à l'absence de contrat. Les règles de preuve peuvent donc conduire à distinguer entre les obligations qui ont été mutuellement convenues et les obligations qui (légalement : en droit de la preuve) exprimées.

Les obligations exprimées dans le contrat correspondront ainsi plus ou moins à ce qui a été mutuellement convenu entre les parties : il faut y inclure les obligations tacitement convenues et ne prendre en compte que les obligations correctement prouvées. Le client a acquis un véhicule (obligation prouvée) ; le délai de livraison est normal, puisque le contrat ne prévoit rien à ce sujet.

L'expression du consentement au contrat traite donc de deux questions distinctes, l'une portant sur la modalité par laquelle chaque contractant exprime individuellement son consentement (§1er), l'autre portant sur le contenu du contrat, à savoir les obligations exprimées dans le contrat (§2ème).

§1er/ L'expression individuelle du consentement au contrat :

la modalité d'expression du contractant

151. L'**expression individuelle du consentement au contrat** sera acquise, en droit, lorsqu'une personne adopte un certain comportement qui est décrit (par une loi) comme exprimant son consentement au contrat. Ce comportement valant (en droit) expression d'un consentement correspond-il (plus ou moins) à la volonté de son auteur ? En droit du contrat, le législateur devra effectuer un premier choix :

- Soit il exige un signe, c-à-d. un comportement intentionnel adopté par son auteur, montrant de manière univoque sa décision : le signe exprime la volonté certaine de chaque contractant.
- Soit le législateur se contente d'un indice, c-à-d. d'un comportement équivoque : l'indice exprime une volonté incertaine, à divers degrés (volonté probable ou fictive).

L'expression individuelle du consentement pose donc la question du lien qui sera légalement établi entre l'expression (comportement) et le consentement (la volonté de son auteur).

L'exigence d'un signe garantit que le consentement au contrat correspondra à la volonté certaine de l'un et à celle (tout aussi certaine) de l'autre. Il n'y aura pas de doute sur l'existence du consentement : soit le signe y est, soit il n'y est pas.

- 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 de la part de chacun des contractants signifie que les deux contractants seront donc à égalité, lors de la conclusion du contrat ou lors de sa modification. Personne ne sera tenu au-delà de sa volonté : celui qui s'exprime par un signe garantit ses intérêts.

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 (le consentement) sera inféré d'un fait connu (un comportement inerte : un silence) : la présomption de consentement, déduite d'un silence, établit un lien peu fiable entre la volonté et l'indice.

- La volonté de consentir de l'un pourra être établie, 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.

  Lorsque le législateur établit une présomption de consentement, il oriente donc la volonté des contractants ou de l'un d'eux. La présomption a un objectif.

En droit positif, il faudra donc identifier la politique législative menée par le législateur, en commençant par identifier le principe et les exceptions. Or, en cette matière, le principe applicable

en droit français n'apparaît pas dans un texte ; il transparaît dans de multiples applications[1] centrées pour l'essentiel sur l'expression de l'acceptation.

– Selon l'article 1113 alinéa 1er 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 acception.

En droit français, pour exprimer correctement son consentement, on peut donc déduire des articles 1113 et 1120 l'existence d'un principe et d'exceptions. Un signe est exigé en principe (I) ; exceptionnellement, la loi se contentera d'un indice (II) .

I/ L'exigence de principe d'un signe : *le choix d'une volonté certaine*

152. L'**exigence de principe d'un signe** transparaît dans les articles 1113 et 1120 c. civ. : chaque contractant doit exprimer, par un signe, son consentement au contrat. À défaut de signe, le contrat n'est pas conclu.

– En droit français, le législateur affirme donc que le contrat (mutuellement convenu) repose sur la volonté certaine des deux contractants. L'expression du consentement confirme donc que le contrat, acte juridique bilatéral, correspondra à la volonté effective des parties : les règles gouvernant l'expression du consentement le garantissent.

– Pour régler l'expression du consentement, le législateur peut exiger des signes spécifiques ou génériques. Dans un cas comme dans l'autre, le signe est accompli volontairement et il montre sans aucune ambiguïté le consentement au contrat de son auteur.

[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. »

Le choix entre le signe spécifique (formel) et le signe générique (consensuel) exprime une politique législative.

Le droit réglera donc l'expression de chaque contractant : deux systèmes peuvent être utilisés, le formalisme et le consensualisme.

Avec le *formalisme*, un contractant doit accomplir un signe spécifique (à l'exclusion de tout autre signe) pour consentir valablement, faute de quoi son consentement ne sera pas valablement exprimé. Pour consentir au mariage, il faut être en présence du maire ; pour consentir à une hypothèque, il faut un notaire.

- 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. La condition de forme est le signe qui exprime le consentement mais également aussi la compréhension de son auteur.

Le bilan du formalisme est donc mitigé. Le législateur optera pour ce système, lorsqu'un contrat grave est conclu.

Dans 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. Le contrat pourra pareillement être aisément modifié. Ce système facilite la conclusion de contrats entre absents, ainsi que leurs modifications. Il suffit de s'entendre, aucune formalité n'est exigée.
- Cette formation rapide du contrat impose à chacun de maîtriser son expression, et notamment ses paroles. Le consentement est plus facile à capter. Celui qui a exprimé son consentement ne pourra pas invoquer un vice de forme pour contester son engagement.

Le bilan du formalisme est, lui aussi mitigé.

En droit positif du contrat, et plus précisément dans les dispositions relatives à la forme du contrat[1] (art. 1172 et 1173 c. civ.), le législateur français a adopté le principe consensualiste (1). Selon 1172

[1] Section III, *La forme du contrat* : en réalité, l'expression du consentement

al. 1er c. civ.[1] : « Les contrats sont par principe consensuels ». Il faudra donc une exception pour imposer le formalisme (2).

153. 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*[2], 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 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 antique[3]).

Avec le développement de la modernité, ces formalités furent critiquées : l'accomplissement de ces formalités ralentissaient trop le commerce ou interdisaient des opérations utiles[4] (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.

1/ Le principe consensualiste : *l'exigence d'un signe quelconque*

154. Le **principe consensualiste** est fixé à l'article 1172 al. 1er c. civ. (« Les contrats sont par principe consensuels »), mais il faut de référer à l'article 1109 al. 1er c. civ.[5] 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.

---

[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. »

[2] Selon Marc Bloch, *La société féodale*, (1939), éd. Albin Michel 1994, p.123, les contrats conclus au IXe siècle étaient exprimés en latin "de cuisine". À compter du XIe siècle, le notaire rédige les contrats importants : Fernand Braudel, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme, XVe XVIIIe*, tome 3, Le temps du monde, 1979, Poche, p.686 et suiv. Au XIIIe 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).

[3] 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 ».

[4] 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.

[5] 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. »

– 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)[1]. 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 connaître[2]) 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.

Le consensualisme de principe permet ainsi de conclure et de modifier un contrat de manière rapide et informelle, tout en s'assurant de la volonté certaine des deux contractants.

– Le respect de la parole donnée (exprimée) s'impose sans avoir à respecter un rituel. Ce système impose à chacun de maîtriser son expression[3]. La solution est admise depuis le Moyen-Age en France : « On lie les bœufs par les cornes, et les hommes par les paroles », disait Beaumanoir[4] au XIII^{e} siècle ; « 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 », disait Portalis[5] en 1804.

– L'exigence d'une volonté explicite, de part et d'autre, est une garantie d'égalité entre les contractants. Chaque contractant est assuré de ne pas être engagé au-delà de sa décision : le cocontractant ne pourra pas 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 :

---

[1] 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. »

[2] Civ. 1ère, 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.

[3] Confucuis (Kong tseu) (vers 551- 479 av. J.-C.), *Entretiens de Confucius*, Seuil, Points, livre II De l'homme, n°22, p.37 : : « 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 ».

[4] Beaumanoir, *Les coutumes de Beauvaisis*, (1283), cité par Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire du droit civil*, coll. Précis Dalloz, Dalloz, 2e éd., 2010, n°535

[5] Portalis (1804), *Présentation au corps législatif*, De la vente, in Fenet, p.113

– 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 rien[2].

– 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 1er, « 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. » 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.[4] ; Civ. 1ère, 24 avril 2013[5]). Si la caution s'est engagée à garantir le locataire pendant trois ans

[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 (...). »

[4] 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. »

[5] Civ. 1ère, 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

(durée du bail), la caution n'est pas tenue si le bail est prorogé ou renouvelé par tacite reconduction[1]. Le silence ne dit rien : il n'alourdit pas les obligations de l'un, au-delà de ce qui a été explicitement convenu[2].

– L'absence de modification mutuellement convenue (art. 1193 c. civ.[3]) 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. 3e, 22 janvier 2014[4]). 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 de la conclusion du contrat de travail, non révisé) (Soc., 29 nov. 2011[5]). La solution vaut en principe, mais le législateur a établi une exception en droit du travail (art. 1222-6 c. trav.[6] : en présence d'une modification justifiée par un motif économique, et si la condition d'un envoi par accusé-réception est respectée : infra).

Le principe consensualiste, combiné au principe exigeant un signe (volonté expresse), garantit 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. Ce choix effectué par le législateur français est conforme à la théorie libérale.

– Le principe consensualiste facilite la conclusion de contrats courants, ainsi que leur modification. Les obligations contractuelles seront mutuellement convenues, et aucun

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 ».

[1] 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. »

[2] 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. »

[3] 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. »

[4] Civ. 3e, 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 bailleresse [...] 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 [...] ».

[5] 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. »

[6] 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. »

contractant ne pourra invoquer un vice de forme pour contester le consentement qu'il a effectivement exprimé.

– 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 ; aucun contractant n'est mis en tutelle, par l'exigence d'un signe formel.

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.

2/ L'exception du formalisme : *l'exigence d'un signe formel*

155. 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 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.

[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. »

Lorsque, à titre exceptionnel, la loi impose le formalisme, les contractants devront exprimer leur volonté en accomplissant un signe formel. Il en existe deux types, mentionnés à l'article 1109 al. 2 et 3 c. civ.[1] (et reprise à l'article 1172 al. 2 et 3 c. civ.).

- 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*

156. 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 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.

157. 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.[2]), que les époux ont choisi tel contrat de mariage (art. 1394 c. civ.[3]) ou que tel donateur a choisi de donner une fraction de son patrimoine à tel bénéficiaire[4] (donataire) (art. 931 c. civ.[5]).

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

[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. »

[2] Art. 2416 c. civ. : « L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte notarié. »

[3] Art. 1394 al. 1er 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 ».

[4] 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. 1ère, 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 1er faisait échapper au formalisme le « don qui se consommait sans acte par la tradition réelle du meuble ou d'une somme modique ».

[5] 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 ».

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 habitation[1]; vente d'immeuble à construire, lorsque l'immeuble à est usage d'habitation : art. 1601-2 c. civ.[2]).

158. 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 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* impose à l'un des contractants d'écrire à la main (ou par ordinateur) une phrase. Selon le législateur, en écrivant (ou en recopiant), le contractant consent et comprend les obligations auxquelles il s'engage.

- Quand une caution, personne physique, s'engage envers un créancier professionnel (art. 2297 al. 1er c. civ.[3]), elle 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 : 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.
- Quand une caution, personne physique s'engage envers un créancier professionnel, elle doit également écrire à la main qu'elle renonce au bénéfice de discussion ou de division : selon l'article 2297 al. 2 c. civ. la caution « reconnaît dans cette mention ne pouvoir exiger du créancier qu'il poursuive d'abord le débiteur ou qu'il divise ses poursuites entre les cautions. » La caution personne physique qui n'écrit pas correctement cette mention pourra exiger que la banque saisisse d'abord les biens du débiteur (bénéfice de discussion)

[1] 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. »

[2] 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. »

[3] Art. 2297 al. 1er 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.

ou elle n'exigera de ne payer que sa part dans la dette, quand il existe plusieurs cautions (bénéfice de division).

La *clause dactylographiée* précisera un aspect essentiel du contrat. Ainsi, dans le prêt à intérêt[1], l'article 1907 al. 2 c. civ.[2] 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'amortissement[3].

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'habitation[4] ou d'un contrat de gage[5].

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 forme (art. L 1242-12 c. trav.[6]).
- Si la signature de l'employeur manque sur le contrat de travail, le salarié (ayant conclu un CDD) est réputé embauché en CDI[7].

---

[1] 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).

[2] 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. »

[3] 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 ; (...) »

[4] 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 : (…) ».

[5] 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. »

[6] Art. L 1242-12 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. » Sur la sanction (nullité partielle) de l'absence de signature de l'employeur : infra.

[7] 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.

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).

b/ Les contrats réels : *la remise de la chose*

159. 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 manuel[2], 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. 1ère, 28 mars 2000[5]).

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.

---

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. 1ère, 10 oct. 2012, n°10-28.363, Bull. n°195 ; JCP G 2012, n°1129, p. 1930, note Bélinda 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. 1ère, 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 ».

Conclusion 2/ L'exception du formalisme : l'exigence d'un signe formel

160. L'**exception du formalisme** est donc établie en présence de contrats considérés comme graves par le législateur.

– Traditionnellement, le contrat grave porte sur une fraction importante du patrimoine : l'hypothèque porte sur un immeuble ; le contrat de mariage gouverne la répartition de tous les biens acquis par les conjoints … ; l'emprunt immobilier souscrit par une personne physique engage le patrimoine sur le long terme.

– En droit contemporain, la multiplication des formes exigées rend le droit particulièrement complexe. En réalité, certains professionnels sont exposés à des pièges juridiques : la caution, personne physique, pourra refuser de payer en invoquer un vice de forme, quand le débiteur est défaillant ; le salarié pourra prétendre bénéficier d'un CDI, quand l'employeur n'a pas signé en personne le contrat de travail … Ces pièges juridiques résultent d'une législation inspirée par le solidarisme : il s'agit de favoriser certaines catégories sociales.

Le formalisme exprime donc différentes politiques législatives : parfois, il s'agit de s'assurer de la compréhension d'un contractant, parfois il s'agit d'établir un piège juridique.

Le bilan global du formalisme est donc mitigé. Le formalisme contemporain est utilisé par la théorie solidariste, afin de permettre à un contractant d'invoquer un vice de forme, de nature à priver de valeur un titre juridique, sans avoir à établir que le contractant s'est trompé ou a commis une erreur. La bonne foi traditionnelle (respecter la parole donnée) est en recul, du moins dans la loi.

161. L'**irrespect de la condition de forme** signifiera que le contrat est atteint d'un vice (de forme). 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. »

Contrairement à ce qu'affirme l'article 1172 c. civ., la *nullité* (totale ou partielle) du contrat pour vice de forme ne sera prononcée que lorsque le contrat vicié est pourvu de sa force obligatoire. Or, l'irrespect de la forme peut l'en priver : l'hypothèque qui n'est pas consentie par acte notarié n'existe pas. À l'inverse, le contrat de cautionnement dépourvu de mention manuscrite devra être annulé (infra, la nullité).

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 : c'est l'hypothèse que vise l'article 1172 c. civ.

– Une autre modalité de régularisation, non mentionnée à l'article 1172 c. civ. est également permise, en présence d'un vice de forme. La forme exigée afin de protéger une seule partie peut donner lieu à renonciation : le client ayant conclu un contrat de construction de maison[1] ou la caution n'ayant pas recopié la mention manuscrite[2] peut renoncer à invoquer le vice de forme (de sorte que le contrat sera validé malgré son défaut). Le contrat est alors réputé correctement formé dès sa conclusion.

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 indemnisation[3] (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 fiable[5]. 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 fiançailles[6] : 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.

(162. et 163. : réservés)

[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. 3e, 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. 3e, 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 I/ L'exigence de principe d'un signe : le choix d'une volonté certaine

164. L'**exigence de principe d'un signe** pour établir, de part et d'autre, une volonté correctement exprimée remplit un objectif principal. Il s'agit de s'assurer de l'existence d'une volonté certaine de s'engager chez l'un comme chez l'autre. Cette position de principe impose à chaque contractant de rechercher le consentement explicite de l'autre, face à tout projet de contrat ou face à toute modification du contrat. La position est conforme à la thèse libérale.

En droit contemporain, on note une résurgence du formalisme, en réalité afin d'établir des pièges juridiques envers certaines catégories de contractants, souvent professionnels. L'objectif est de permettre à d'autres catégories de contractants (salariés, cautions personnes physiques, locataires …) d'invoquer un vice de forme, afin d'obtenir un avantage qui n'a pas été convenu. La caution ne paye pas ; le salarié est engagé en CDI ; l'emprunteur ne paie pas l'intérêt convenu …

L'exigence de principe d'un signe, assez curieusement, ne garantit pas systématiquement le respect de la volonté certaine des deux cocontractants. Le vice de forme permet d'échapper à un contrat qui déplaît désormais : ces applications solidaristes sont exceptionnelles (comprendre : il faut un texte, mais ces textes se multiplient). Le législateur établit une autre série d'exceptions, lorsqu'il se contente d'un indice pour établir le consentement au contrat.

II/ L'admission exceptionnelle d'un indice : *le silence valant consentement*

165. L'**admission exceptionnelle d'un indice** pour établir le consentement au contrat est évoquée 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 réserve établie par le texte (« à moins que ») établit une liste d'exceptions : un silence (exceptionnellement parlant) exprimera correctement un consentement (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[1] reconduction : une habitude contractuelle déjà établie conduira à affirmer que le silence des contractants signifiera qu'ils

[1] Tacite (du latin tacere, se taire ; taisible en ancien français) : qui est sous-entendu (terme apparu au XVIe siècle).

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 tarifs[1].
- 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.

- 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 (le consentement) sera inféré d'un fait connu (silence en présence d'une habitude contractuelle) pour en déduire une conséquence (un consentement correctement exprimé). La présomption correspond à une situation fréquente : 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. C'est la tacite reconduction.
- La fiction permettra d'établir l'existence d'une volonté fictive, lorsque le législateur décide d'interpréter un silence dans un sens favorable aux intérêts du contractant qui propose une modification, et ce même lorsque la proposition est contraire aux intérêts du contractant réputé acceptant.

  Le législateur décide donc 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)

[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.»

correspondent à des volontés probables ; d'autres silences correspondent à un consentement fictif, lorsque le refus doit être exprimé (3).

1/ La présomption de consentement établie par les circonstances : *le consentement probable au contrat*

166. La présomption de consentement établie par les circonstances est utilisée quand une habitude contractuelle a été préalablement établie entre les contractants. Ils appartiennent à un même milieu professionnel ou ils sont déjà liés par un contrat : l'habitude est la circonstance qui modifie le sens du silence et de la parole.

- Le silence des contractants signifiera désormais l'habitude établie est poursuivie ; la parole sera nécessaire pour changer l'habitude. On se tait face à l'évidence ; on ne parle que pour indiquer un changement.
- La règle implicite gouvernant l'expression du consentement impose donc à chacun de parler pour signaler un point qui ne va de soi ; et de conserver le silence, face à ce qui va tacitement de soi. Cette règle d'expression est utilisée lors de la conclusion du contrat : le vendeur du véhicule doit révéler à l'autre que le véhicule a un défaut ; l'acquéreur doit révéler à l'autre qu'il attend une fonction spéciale du véhicule (pour faire du rallye).

La présomption de consentement établie par les circonstances consiste donc à se référer à une règle d'expression communément utilisée : le silence signifie qu'il est inutile de parler face à une évidence. Concernant l'expression du consentement, l'évidence existe en présence d'un usage professionnel et d'une tacite reconduction.

L'*usage professionnel* (propre à un milieu professionnel) signifie parfois que le professionnel, destinataire d'une commande, l'accepte tacitement : on évite les paroles inutiles, on se tait face à l'évidence.

- 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 2003[1]). La passivité du destinataire de l'offre vaut acceptation (tacite), car, dans ce milieu spécifique, toute commande est normalement acceptée.

[1] Com., 13 mai 2003, n° 00-21555, Bull. n° 82 ; D. 2004, p. 414 à 416, note J.-M. Bahans et M. Menjucq (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.

– En l'absence d'usage professionnel, on retourne au principe. Le destinataire d'une commande doit exprimer son acceptation ; on sait que personne n'a à exprimer son refus à chaque sollicitation (supra : silence neutre).

La *tacite reconduction du contrat* a lieu, lorsque les parties à un contrat continuent de l'exécuter après son expiration. 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 dénoncer[1], 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 contrat[2]. 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.[3]). S'il n'est pas correctement informé, le consommateur peut résilier le contrat à tout moment.

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.[4]). L'objectif

---

[1] 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 ».

[2] La clause de tacite reconduction figurant dans les conditions générales est valable : Civ. 1ère, 11 mars 2014, n°12-28.304, Bull. n°35.

[3] 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. »

[4] Art. 1214 c. civ. : « Le contrat à durée déterminée peut être renouvelé par l'effet de la loi ou par l'accord des parties.

du législateur (infra) est de lutter contre la création de clientèles captives, de nature à créer des rentes de situation.

La présomption de consentement établie à partir d'un silence circonstancié correspond à la volonté probable des contractants. L'habitude propre à un milieu professionnel ou établie entre les contractants est la circonstance qui transforme le sens du silence : le silence devient parlant.

– En présence d'une évidence, on se tait : c'est la règle qui s'applique au consentement au contrat, comme au contenu du contrat. On ne parle que pour signaler un détail qui ne va pas de soi : rompre l'habitude contractuelle, signaler l'existence d'un défaut ou d'une attente particulière.

– L'article 1120 c. civ. se réfère donc à une règle communément admise. De ce point de vue, il n'établit pas véritablement une exception, contrairement à d'autres dispositions légales plus spécifiques.

166-1. 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 souvent 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.

2/ L'obligation d'exprimer son refus : *le consentement douteux au contrat*

167. L'**obligation d'exprimer son refus** est parfois imposée par le législateur. Le destinataire d'une offre sera considéré comme acceptant quand il ne manifeste pas son refus temps utile : à la différence du cas précédent (silence tacite), le consentement du contractant réputé acceptant ne correspond pas à sa volonté probable, parce que la proposition qu'il reçoit n'est pas favorable à ses intérêts : on sera en présence d'une volonté souhaitable (selon la loi), c-à-d., en réalité, d'une volonté douteuse, voire même fictive.

L'obligation d'exprimer le refus est établi par des dispositions ponctuelles, lorsque le législateur permet à un contractant d'*apporter unilatéralement une modification substantielle* au contrat :

– si l'on appliquait le principe (supra §1er, 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.,

« Le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée. »

29 nov. 2011[1]). 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 établie par une lois spéciale 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 bref. Le législateur favorise donc l'adaptation du contrat (conformément aux intérêts de l'un des contractants).

L'obligation ponctuelle d'exprimer un refus est imposée par le législateur, lorsqu'il estime que le cocontractant possède un intérêt légitime à obtenir, sur un point particulier, une modification du contrat. Le législateur n'est donc pas neutre : il applique une solution justifiée par le courant solidariste, selon lequel certains refus sont peu justifiés.

168. 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 (principe[2]) ou de refus (les exceptions[3] légalement prévues couvrant, semble-t-il, 2/3 des cas[4]). 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).

---

[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. 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.

[3] 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 ».

[4] 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 ».

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)[1] :

- 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 (2ème 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.[2]). L'exception est étroitement encadrée : un 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.)[3].
- Lorsqu'un assuré propose une modification[4] du contrat d'assurance, l'assureur est réputé accepter dix jours après réception de la lettre (art. L. 112-2 c. assu.[5]).
- 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.[6]). La jurisprudence de la chambre commerciale s'avère même particulièrement

[1] 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 (...) ».

[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. 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. [...] »

[4] Dès lors que la modification est substantielle, la jurisprudence refuse l'acceptation implicite. Voir : Civ. 1ère, 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. »

[5] 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. (…) »

[6] 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. [...].»

protectrice des intérêts du créancier, en l'absence de tout texte explicite : le client qui ne proteste pas quand la banque prélève des frais[1] ou des intérêts[2] 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 des frais d'avocat) (art. 1183 c. civ.[3]). 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.[4]) : 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.

169. 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.

---

[1] 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. ».

[2] 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 [...].

[3] 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. »

[4] 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. »

Un arrêt ancien (Req., 29 mars 1938[1]) 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. Cette analyse menée par les juges en 1938 ne correspond pas au droit positif, réformé en 2016.

- Le bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie doit accepter pour obtenir le bénéfice du contrat ; la stipulation pour autrui (art. 1206 c. civ.[2]) 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 eu lieu, le promettant peut rétracter son offre. De même, en présence d'une succession, l'acceptation doit être explicite.
- La remise de dette définie à l'article 1350 c. civ.[3] est un contrat qui suppose une offre et une acceptation, et aucune disposition n'indique que l'acceptation pourrait être tacite.

Un arrêt plus récent (Civ. 1ère, 24 mai 2005[4]) 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.[5]) 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).

Conclusion II/ L'admission exceptionnelle d'un indice : le silence valant consentement

170. L'**admission exceptionnelle d'un indice** pour exprimer le consentement à partir d'un silence (légalement parlant) signifie que le législateur se contente d'une volonté probable voire même douteuse pour établir le consentement au contrat.

La tacite reconduction a lieu en présence d'une habitude contractuelle. La volonté des contractants est probable : leur silence, présumé par la circonstance de l'habitude, ne sera rompu que pour

[1] 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 ».

[2] 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. »

[3] Art. 1350 c. civ., « La remise de dette est le contrat par lequel le créancier libère le débiteur de son obligation. »

[4] Civ. 1ère, 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).

[5] 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. »

signaler un changement, en l'occurrence la rupture du contrat. La parole est d'argent, le silence est d'or, dit le proverbe.

L'obligation de refuser explicitement la modification du contrat est ponctuellement imposée par le législateur, afin 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. Le silence du contractant est réputé être une acceptation, alors même que le changement ne correspond pas à son intérêt : la volonté du contractant réputé acceptant est douteuse.

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.

(171- à 173. : réservés)

Conclusion §1er/ L'expression individuelle du consentement au contrat

174. L'**expression individuelle du consentement au contrat** est donc réglée par la loi.

En principe, un signe (par ailleurs quelconque) est exigé : les mêmes règles gouvernent l'offre et l'acceptation, parce que le consentement au contrat doit être acquis chez l'un (offrant) comme chez l'autre (acceptant).

– L'exigence d'un signe vaut, en pratique, spécialement pour l'acceptation : contrairement à l'offre, qui doit décrire le contrat avec suffisamment de précision et qui ne peut donc pas être silencieuse, l'acceptation sera acquise très simplement. Il suffit d'acquiescer. La loi impose l'acquiescement explicite, implicitement en présence d'un contrat ponctuel à conclure et en l'absence d'habitude.

– L'admission d'un silence circonstancié n'est exceptionnelle qu'en apparence. Certes, la volonté des contractants n'est que probable, puisque présumée. Mais elle est hautement probable : la parole n'est nécessaire que pour signaler un point qui ne va de soi, comme le fait de rompre une habitude ; la tacite reconduction, en présence d'un contrat déjà conclu et d'une habitude déjà créée, a lieu, sans exiger un acquiescement formel de l'un ou l'autre des contractants.

En droit français, deux règles (ou principes) gouvernent l'expression du consentement et du contenu du contrat (infra) : selon la première, le silence (parlant) signifie tacitement que tout

est normal et selon la seconde, la parole n'est nécessaire que pour signaler un point qui ne va de soi.

Il existe de véritables exceptions à ces deux règles (ou principes) du droit civil français.

- L'exigence d'un signe formel permet à un contractant (personne physique) de consentir et de comprendre. Cette exigence légale est imposée, traditionnellement, dans les contrats qui portent sur une fraction importante du patrimoine du contractant (contrat de mariage, donation, hypothèque, emprunt immobilier) ;
- L'exigence d'un signe formel permet parfois aussi à une catégorie de contractant (personne physique, salarié, emprunteur …) qui traite avec une autre catégorie de contractant (professionnel) d'obtenir le bénéficie d'un piège juridique. Ces exceptions contemporaines résultent de l'influence du solidarisme ;
- L'exigence d'un refus explicite pour éviter d'être considéré comme acceptant permet à des contractants (ayant un intérêt légitime aux yeux du législateur) d'imposer à l'autre une modification du contrat. L'acceptation du cocontractant est douteuse : mais elle est socialement souhaitable. Là encore, le solidarisme exerce son influence.

L'expression individuelle du consentement au contrat exprime donc une certaine politique législative. En principe, le contrat, avec les obligations qu'il contient, doit être explicitement voulu par l'un et par l'autre contractant. L'acceptant ne doit pas être tenu ni en dehors de sa volonté, ni au-delà.

§2ème/ Les obligations exprimées dans le contrat :

la rédaction du contrat

175. Les **obligations exprimées dans le contrat** ne sont pas nécessairement consignées par écrit, puisque l'on sait, qu'en principe, les parties peuvent utiliser le mode d'expression qui leur convient pour exprimer leur consentement (supra). L'utilisation d'un document fiable et durable (l'écrit-papier ou le document électronique) pour consigner les obligations des contractants est toutefois fréquente, pour des raisons pratiques et juridiques. Si, après la conclusion du contrat, un litige survient entre les contractants, pour savoir ce qui doit être exécuté (ou non), deux questions se poseront : les obligations contenues dans le contrat sont-elles prouvées ? Si oui, le contenu du contrat doit-il être interprété ?

La *preuve du contrat* (comprendre : des obligations qu'il contient) est réglée par la loi, et plus précisément par des dispositions prévues extérieures au droit du contrat (art. 1353 et suiv. c. civ., figurant dans le titre IV bis « De la preuve des obligations »). En cas de litige entre les contractants, deux règles de preuve exercent une influence :

- « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver » (art. 1353 al. 1er c. civ.). Le prétendu créancier (contractant) devra donc prouver l'existence et le contenu du contrat ;
- La preuve qu'il doit rapporter n'est pas libre, le plus souvent : le créancier prétendu doit disposer d'un écrit signé des deux parties (art. 1359 et 1367 c. civ.).

  Indirectement, le droit de la preuve impose donc le plus souvent de rédiger un contrat, comportant la signature des parties, c-à-d. un signe explicite de leur consentement. Celui qui signe un document affirme que les obligations exprimées dans le document reflètent l'accord des parties.

L'*interprétation du contrat*, avec ses différentes clauses, suppose qu'il existe un écrit rédigé. En cas de rédaction imprécise ou contradictoire du contrat, le juge tranchera le litige en prenant en compte le contrat, tel qu'il a été rédigé par écrit (puisque l'écrit est la seule preuve admise pour établir le contenu du contrat, c-à-d. des obligations qu'il contient). L'interprétation du contrat se fondera donc sur ce qui a été rédigé dans le contrat (en excluant évidemment les obligations non prouvées, qui auraient été conclues à l'oral sans être consignées par écrit).

Les obligations exprimées dans le contrat seront donc rédigées le plus souvent par écrit (au sens large : papier ou électronique), alors même que les parties peuvent convenir à l'oral de leurs obligations. En cas de litige, la valeur (probatoire) supérieure reconnue à l'écrit permettra d'une part de prouver les obligations figurant dans le contrat (I) et d'autre part d'interpréter les clauses du contrat en cas d'obscurité (II).

I/ La preuve du contrat : *le lien entre l'écrit signé et la volonté des parties*

176. La **preuve du contrat** consiste à établir, en droit, l'existence du contrat (c-à-d. du consentement des parties) ainsi que son contenu (c-à-d. les obligations contenues dans le contrat). Les règles de preuve établies dans le code civil (titre IV bis « De la preuve des obligations ») s'appliquent donc au contrat : l'une d'entre elles, combinée à une autre, conduira les contractants à prendre la précaution de rédiger leur accord par écrit et à le signer. Ce mode de preuve, en effet,

établira sans contestation possible le lien entre l'expression de la volonté et la volonté effective des contractants.

En cas de litige, le contractant créancier, confronté à un débiteur qui n'exécute pas correctement (à ses yeux) ses obligations, devra saisir le juge et prouver l'existence du contrat, avec les obligations qu'il contient. Selon l'article 1353 al. 1er c. civ.[1], « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ».

- Le bailleur doit donc prouver que le locataire doit 830€ de loyer (à savoir 800€ de loyer convenu, et 30€ au titre de la clause indexant le loyer sur tel indice licite).
- La banque doit prouver que la caution doit payer 1.600€ à la place du locataire défaillant.

À ce stade, prouver l'existence et le contenu du contrat ne suppose pas la détention d'un écrit : il faut une *preuve*. Mais quelle preuve ?

Lorsque l'obligation trouve sa source dans un acte juridique (ce qu'est un contrat), l'article 1359 c. civ. impose un mode de preuve spécifique : la preuve doit être un *écrit* (signé des parties : infra) et aucune autre preuve n'est admise, du moins en principe.

- Si le prétendu créancier contractant ne produit pas un écrit comportant la signature de son débiteur, ce dernier pourra affirmer qu'il ne lui doit rien (ou qu'il ne se souvient pas du prétendu contrat). Même si l'un et l'autre ont exprimé à l'oral leur consentement en précisant le contenu exact de leurs obligations respectives. Le débiteur exige une preuve de ce que prétend le créancier ; le créancier n'en a pas ; le créancier est débouté de son action en justice.
- Le mode de preuve exerce une influence indirecte sur les contractants, qui prendront la précaution de rédiger par écrit leur contrat et de le signer. Le bailleur produit le contrat de bail (avec la clause fixant le loyer et la clause d'indexation) ; la banque produit le contrat de cautionnement, avec évidemment la signature de la caution (et la mention manuscrite qu'elle doit rédiger : supra). À défaut de document, il faudra produire les mails envoyés et le contenu de la conversation montrera qu'il existe un contrat, avec des obligations précises, ce qui est compliqué.

  La preuve du contrat, de son existence et de son contenu, impose donc la rédaction d'un écrit, en raison des exigences de l'article 1359 c. civ. Ce texte limite le mode de preuve : il

[1] 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. »

faut un écrit, le plus souvent, lorsque le contrat porte sur une obligation dont le montant est supérieur à 1.500€. L'écrit doit être signé.

La *signature* du débiteur prouve qu'il a consenti à ce qui est écrit dans le document signé : le lien entre le contenu de l'écrit et le consentement est prouvé par la signature.

- C'est le cas avec la signature sur écrit-papier. Selon l'article 1367 al. 1er 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. (...) »
- C'est également le cas avec la signature électronique. Selon l'article 1367 al. 2 c. civ., « Lorsqu'elle [la signature] est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. »

L'un des contractants ne pourra pas prouver que les parties ont convenu à l'oral de modifier une clause écrite dans le contrat. La signature établit le lien avec la volonté.

La preuve des obligations contenues dans le contrat est donc établie par un écrit signé des parties (et notamment du débiteur). Lorsque le créancier produit un tel document, il prouve que son débiteur cocontractant a consenti à toutes les obligations qui sont rédigées par écrit dans le contrat. Peu importe ce qui a été dit à l'oral.

177. La **preuve par l'écrit** est imposée (depuis longtemps[1]) par l'article 1359 c. civ.[2], mais le domaine d'application de cette exigence est limité.

La preuve légale ne s'applique qu'en présence d'un contrat qui porte une obligation d'un montant supérieur à 1.500€[3]. En présence d'une exception, la preuve morale signifie que la preuve est 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).

- Lorsque le contrat porte sur une obligation d'un montant inférieur à ce montant, la preuve est libre. Selon l'article 1358 c. civ., « Hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen ». 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 1.500€) ;

---

1 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).

2 Art. 1359 al. 1er 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. »

3 Art. 1er décret n°80-533 du 15 juillet 1980 (mod. par décret n°2016-1278 du 29 septembre 2016, art. 1 V) : « La somme ou la valeur visée à l'article 1359 du code civil est fixée à 1 500 euros ».

– En droit commercial, un texte établit une exception à l'exigence de la preuve écrite. Selon l'article 110-3 c. com.[1], les commerçants peuvent établir l'existence et le contenu du contrat par tout moyen (réponse par mail, conversation enregistrée …, document comptable[2]) et peu importe le montant du contrat ;

Lorsque la *preuve légale* s'applique, le contractant (créancier qui réclame l'exécution d'une obligation) ne peut prouver qu'en produisant un écrit (papier ou électronique). L'article 1359 al. 2 à 4 c. civ. précise deux points :

– Selon l'alinéa 2, « 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. » Le contractant qui prétend qu'il a été convenu à l'oral d'autre chose que ce qui est écrit ne doit pas être cru. Légalement, il ment. Le locataire prétend que le bailleur lui a dit, à l'oral, que le loyer ne serait pas révisé : il ment.

– Selon les alinéas 3 et 4[3], la preuve écrite est exigée quel que soit le montant de la demande du (prétendu créancier). Le bailleur réclame 30€ au titre de la clause de révision du bail : il faut un écrit, puisque l'obligation globale (800€/mois pendant 3 ans) dépasse 1.500€.

L'exigence d'un document écrit pour prouver l'existence et le contenu d'une obligation contractuelle conduira donc les contractants à rédiger un document faisant apparaître clairement les obligations de l'un et de l'autre. À défaut, d'un tel document, il y aura une difficulté de preuve : a priori, le prétendu créancier qui n'est pas en mesure de produire un écrit, il sera donc débouté de sa demande ([4]).

178. En l'absence de contrat écrit et signé des deux parties, la rigueur de l'exigence légale portant sur la preuve écrite s'amoindrit, mais uniquement lorsque des circonstances précises sont établies (art. 1360 c. civ.[5]). Le logement du créancier est incendié : la perte de l'écrit (par force majeure : art. 1218 c. civ.) lui permettra de prouver par un autre moyen. Il est d'usage, entre commerçants, de prouver par tout moyen (supra), par exemple

[1] 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. »

[2] Com., 1er 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. »

[3] Art. 1359 al. 3 et 4 : « 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. »

[4] Civ. 3e, 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. »

[5] Art. 1360 c. civ. : « Les règles prévues à l'article précédent reçoivent exception en cas d'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit, s'il est d'usage de ne pas établir un écrit, ou lorsque l'écrit a été perdu par force majeure. »

en produisant un échange de mails (faisant apparaître les points d'accord entre les contractants : c'est un commence de preuve par écrit[1]).

Lorsque les contractants ont convenu à l'oral de clauses ne figurant sur l'écrit ou lorsqu'aucun écrit n'a été dressé, l'expression du consentement à l'oral n'interdit pas la formation du contrat, mais sa preuve. Dans ce cas de figure, le législateur admet que le prétendu créancier puisse demander l'aveu judiciaire : il demande au prétendu débiteur de jurer qu'aucun contrat n'a été conclu.

- Si le débiteur jure qu'aucun contrat n'a été conclu, le prétendu créancier perd.
- Si le débiteur refuse de jurer, ne se présente pas ou avoue que le contrat a été conclu à l'oral, la preuve (judiciaire) de l'existence et du contenu du contrat est rapportée.

(179- à 183. : réservés)

184. Les règles de preuve permettent donc d'établir un lien entre les obligations fixées par écrit dans le document et la commune volonté des parties. Lorsque chacun signe le document, toutes les obligations qu'il contient expriment la volonté effective de chaque signataire.

Les obligations exprimées par écrit sont prouvées, dans leur existence et dans leur contenu. Il pourra arriver que l'obligation exprimée ait une suite tacite : il est prouvé que le véhicule a été vendu ; l'acquéreur peut s'attendre à ce que le véhicule soit normal (avec des freins qui fonctionnent …). L'existence d'une obligation prouvée entre la preuve de l'existence d'une obligation tacitement convenue.

Le lien entre la volonté exprimée et la volonté effective des parties résulte d'une présomption : mais il n'est pas absolument certain que ce lien existe. Les parties ont pu modifier à l'oral leur contrat : le contractant débiteur peut l'avouer en justice. Les parties ont pu rencontrer des difficultés à rédiger leur contrat : il faudra alors l'interpréter.

II/ L'interprétation du contrat *: les obligations mal exprimées*

185. 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.

[1] 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. »

[2] Art. 1192 c. civ. : « On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation. »

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 autorisée, au motif qu'une habitude antérieure (purement précaire) se serait créée[1] ou qu'un paiement fractionné permettrait de rompre un contrat conclu au forfait et à durée déterminée[2]. 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 : l'interprétation de principe consiste à rechercher la commune volonté des contractants (1). Mais l'interprétation peut conduire également le juge à rechercher la volonté souhaitable des contractants : 'interprétation "contre" (2) interdira au rédacteur malhonnête du contrat d'invoquer une clause de nature à tromper l'attente légitime de son cocontractant.

186. Lorsque les contractants dissimulent délibérément leur volonté réelle derrière une fausse apparence[5], 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 fictive[7]), sur ses effets (opération déguisée[8]) 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 payement 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 1ère, 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 fraude[9], 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.[1]). 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 de principe : *la recherche de la commune intention des parties*

187. L'**interprétation de principe** 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.[2] : « 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)[3]. Il faudra se contenter d'une volonté probable, lorsque des contradictions apparaissent.

L'article 1119 c. civ.[4] prévoit 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 parties[5]. La clause figurant dans les conditions générales sera donc supplétive de volonté.

---

9 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. (...) »

1 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. »

2 Art. 1188 al. 1er 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. »

3 O. Deshayes, *Les directives d'interprétation du code civil : la cohérence des textes*, RDC 2015. 159 ; J. Dupichot, Pour un petit retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du code civil, *in* Études J. Flour, 1979, Defrénois, p. 179

4 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. »

5 Civ. 2e, 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. »

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. 2017[1]) : le silence sur la période postérieure à l'échéance est interprété, et ne signifie pas absence d'intérêt.

L'interprétation du juge peut également conduire à faire apparaître une volonté loyale, différente de celle qui a été littéralement convenue. L'interprétation permet alors 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 1942[2], 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 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.).

L'interprétation montre que le juge dispose d'un certain pouvoir.

– En principe, il recherche la commune intention des parties : l'interprétation n'a pas pour fonction de réviser le contrat ;

– Le juge exerce un pouvoir de révision, lorsqu'un contractant invoque la lettre du contrat, afin d'obtenir un avantage abusif. La clause claire et précise, applicable, sera interprétée, lorsque l'application est perçue comme inadéquate par le juge. Le contrat sera alors revu et corrigé : c'est ce qui se produit avec l'interprétation "contre".

2/ L'interprétation "contre"

[1] 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 ».

[2] Soc., 11 juin 1942, S*oc. 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.

188. 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 contrat[3]. 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 garanti[4] :

- 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. 1ère, 21 janvier 2003[5]) ;
- 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. 2e, 3 juillet 2014[6]) ;
- 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 accident. Peu importe la qualité de la victime (tiers ou contractant), lorsque le dommage est le même (Civ. 2e, 20 oct. 2005[7]).

[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 XVIIe 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. 2e, 13 juill. 2006, n°05-18104, Bull. n°214 ; Civ. 2e, 1er juin 2011, n°09-72.552 et 10-10.843, Bull. n°126.

[5] Civ. 1ère, 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. 2e, 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.» ;

[7] Civ. 2e, 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

L’interprétation contre permet de sanctionner le contractant déloyal et d'imposer à l'assureur de respecter son obligation essentielle (art. 1170 c. civ.[8]). 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).

(189- à 198. : réservés)

engage sa responsabilité contractuelle envers la victime). Le dommage subi par la victime est le même.

[8] Art. 1170 c. civ. : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. »

Conclusion de la section 2ème/ L'expression du consentement au contrat

199. L'**expression de la volonté** consiste à émettre un signe par lequel son auteur affirme un lien entre son comportement (intentionnel et univoque) et sa volonté. Un contractant offre ou accepte, premièrement en exprimant son consentement, deuxièmement en signant le document qui relate les obligations des parties. L'expression du consentement est donc réglée par le droit.

L'expression individuelle du consentement obéit à un principe qui impose à chaque contractant d'exprimer sa volonté de contracter.

- 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 (réputé accepté lorsque la modification proposée par l'un ne correspond probablement pas à la volonté de l'autre). La loi oriente alors le consentement.

L'expression individuelle du signe est réglée par le droit. Chacun s'exprime par la modalité de son choix (consensualisme, incluant la tacite reconduction), sauf quand la loi exige un signe formel (formalisme, en présence d'un contrat grave).

Les obligations exprimées dans le contrat sont, dès que le contrat devient important (par le montant des obligations), rédigées par écrit. L'objectif est que l'écrit témoigne de la volonté effective des contractants. Le législateur veut éviter les litiges qui naissent lorsque l'un prétend qu'un accord oral dit autre chose que ce qui écrit : la signature des contractants règle en principe le litige, en faveur de ce qui est écrit.

Le législateur règle donc l'expression du consentement et des obligations contractuelles. L'objectif est d'établir un lien (fiable) entre le signe (parole, écrit …) et le consentement (la volonté effective de chacun des contractants). Cette politique générale conduit parfois à orienter le consentement des contractants : parfois un silence exprimera une acceptation implicite ; parfois la commune intention des parties sera interprétée. Lorsque le lien entre le signe et le consentement n'est pas fiable, il y aura vice du consentement.

Section 3ème
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 (§1er). 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. 1er 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 contenance[2] …) ou lorsque la victime résiste à la pression injuste qu'elle subit[3] : 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 juge[4] 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. 3e, 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-Préameneu, 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'esprit[2]) 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 (§2ème), ni l'erreur (§1er).

---

[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)

§1er / 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 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 entier[1]. Il y aura également absence de consentement quand une signature est falsifiée[2]. 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. 3e, 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. 3e, 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 bas[4] 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. 1ère, 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 solidariste[1], 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'intérêt[4]) 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 boiteux[5]. 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. 3e, 17 janv. 2007, D. 200, p. 1051 : l'auteur estime que l'eigence 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. 1ère, 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. 1ère, 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 incorrecte[1]. L'erreur de droit conduira un acquéreur à se tromper sur la possibilité de louer un logement[2] ou sur la durée du contrat[3]. 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 cause[4]. 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. 2003[5]).

Un arrêt (Civ. 1ère, 19 juin 2024) a admis qu'une information légalement exigée mais absente était « nécessairement déterminante du consentement »[6]. Il est peu probable qu'une information secondaire puisse être admise. La solution donnée par l'arrêt laisse perplexe.

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.[7], « 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 »[8]. 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.

---

1 Civ. 1ère, 27 fév. 2007, n°02-13420 (statuette faisant l'objet d'une erreur de datation).

2 Civ. 3e, 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 Civ. 1ère, 19 juin 2024, n°22-20.533, Bull. ; D. 2024 p.1229: « (…) en matière de prêt viager hypothécaire, l'évaluation à dire d'expert du bien hypothéqué, entrée dans le champ contractuel par l'effet de la loi, est nécessairement déterminante du consentement de l'emprunteur. »

7 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. »

8 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 ».

– 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 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°200[1]).

– 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. 1er 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, courantes[3] (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

[1] Art. 1130 al. 1er c. civ. : « sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. »

[2] Art. 1133 al. 1er 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.

spécifique du client sera convenue quand il l'a signalée à l'autre (lors de l'envoi d'un message, par exemple[1] ; en précisant que l'acquisition d'un bien bénéficie d'un dispositif de défiscalisation[2]), afin qu'il en tienne compte ;

– 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.[3], 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 contrat[4] 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

[1] Civ. 1ère, 1er 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 l'animal » (cheval impropre à la compétition, donnant lieu à résolution pour vice rédhibitoire) ; Civ. 3e, 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).

[2] Com. 22 juin 2022, n° 20-11.846 , D. 2022. 1204 ; RTD civ. 2022. 610, obs. H. Barbier : « les parties peuvent convenir, expressément ou tacitement, que le fait que le bien, objet d'une vente, remplisse les conditions d'éligibilité à un dispositif de défiscalisation constitue une qualité substantielle de ce bien »

[3] 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. »

[4] 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.(...) ».

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.

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-médecin[1]) 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

[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. »

contrat de donation sera annulable. Ce mobile purement subjectif[1], absent ou illicite[2], est pris en compte : le donataire devra restituer.

(210- à 215. : réservés)

3/ L'erreur (moralement) excusable *: la cause de l'information manquante*

216. L'**erreur excusable** (art. 1132 c. civ.[3]) 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.[4]) 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 1990[5]).
- Le vendeur professionnel a omis de vérifier le taux de conversion du franc en euro (Civ. 3e, 4 juill. 2007[6]), quand la vente est stipulée en euros.

---

1 Civ. 1ère, 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. »

2 La cause d'une donation peut être inconnue de l'autre. Voir : Civ. 1ère, 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 ».

3 Art. 1132 c. civ. : « L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, (...) ».

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.
« 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. »

5 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 ».

6 Civ. 3e, 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

– 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 rigueur[1].

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 réglementation[2] (parce que le local était loué avant la vente et que la réglementation interdisant la location de surfaces trop petites avait changé[3]) ;
– 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.

notaire.

[1] 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.

[2] Civ. 3e, 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 (...) ».

[3] 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 (...) ».

– 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 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

[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. »

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.

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. 1er et 2 c. civ.[1] apparaît comme similaire au

[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. »

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) ;
- 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. 1er : « 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 (notaire[2]), 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 contre-prestation anormale, notion nettement plus restreinte que la prestation déloyale.

[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 …

En revanche, l'article 1138 c. civ.[1] admet (depuis 2016) que le *complice du cocontractant* déloyal puisse être l'auteur d'un dol.

- Un tiers complice achète à prix d'or des statuettes contrefaites, que le contractant berné achètera auprès de son cocontractant (complice)[2] : une fois la vente effectuée, le complice disparaît[3].
- 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 contractant[4].

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 juge[5] 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 situation[6]. 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 mensongères[7].

---

[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] Civ. 1ère, 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. 1ère, 3 juill. 1996, D. 1997, p.500, note Reigné (installation d'un point-vidéo en rase campagne)

[3] Civ. 1ère, 22 juin 2004, n°01-17258, Bull. n°182 ; RTD civ. 2004, p. 503-505, obs. Jacques Mestre et Bertrand Fages (affaire des statuettes).

[4] Civ. 3e, 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. »

[5] 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 »

[6] Civ. 1ère, 13 mai 2003, n°01-11511, Bull. n°114 ; D. 2003, p.2308, obs. V. Avena-Robardet.

[7] Civ. 3e, 15 juin 2022, n°21-13.286, Bull. : la venderesse avait apporté des réponses mensongères aux demandes répétées de l'acquéreure 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 oubli[1] (même fautif[2]). Le courtier en assurance, qui confond liste du personnel et liste des bénéficiaires de l'assurance-santé[3], mentionne une information fausse, 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. 1er 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 solvabilité[4] ; 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 dol[5]. 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. 1ère, 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., 1er 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. 3e, 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 caché[1] ; 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 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 *certains 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. 1er 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. 3e, 21 fév. 2001[2], 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. 3e, 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. 3e, 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. 3e, 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'échec[3] ou que le débiteur sera prochainement en cessation des paiements[4]. 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. 3e, 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. 1ère, 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 générait 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. 1ère, 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 2016[1]). L'arrêt rendu par la Civ. 3e, 21 fév. 2001[2] (au sujet de l'hôtel exploité sans autorisation : supra) a pu (avec des doutes[3]) 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 spéciaux**[5] 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

[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. 3e, 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. 3e, 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. 3e, 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. 1ère, 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 Desgorces ; 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.)

professionnels et consommateurs[1]. Mais les pratiques commerciales trompeuses (art. L 121-2 c. conso.[2]) sont des délits (sanctionnés par l'art. 132-2 c. conso.[3]).

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)[4].

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.[5]) : 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

[1] Civ. 1ère, 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.

[2] 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 ; (…). »

[3] 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. »

[4] Civ. 3e, 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).

[5] 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. »

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 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 indemnisation[2] (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 incident[4].

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.

[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. 1ère, 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. 1ère, 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. 3e, 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 »).

(« L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable »), systématiquement admise. L'erreur provoquée devient excusable car le 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 le caractère constructible du terrain) n'est pas un dol[1] : 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 jurisprudence[2].

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. 3e, 17 janv. 2007[5]). 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 réaliser[6]). Plus généralement (art. 1112-1 al. 2 c. civ.), le

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. 3e, 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. 1ère, 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. 3e, 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

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*[1] ou la valeur d'un bien grâce à un artifice. Par cette manœuvre (manipulations de cours[2], silence sur une prochaine baisse de cours[3], altération des éléments servant à fixer le prix[4]), 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 supérieur[5]. 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.[6]), 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

---

premières n'est pas tenu de révéler à son cocontractant le profit qu'il compte retirer de cette opération. »

1 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 »).

2 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. »

3 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.

4 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 »).

5 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.

6 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. (...) ».

effectuer[1] ; fausse rentabilité escomptée en raison de la dissimulation du montant des charges dans un immeuble de grande hauteur[2]). 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. 1ère, 22 juin 2004[3]).

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 §1er/ 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

[1] Civ. 3e, 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 »

[2] Civ. 3e, 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. »

[3] Civ. 1ère, 22 juin 2004, n°01-17258, Bull. n°182 ; RTDCiv. 2004, p. 503-505, obs. Jacques Mestre et Bertrand Fages (affaire des statuettes) ; Civ. 1ère, 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, obs. Françoise Labarthe ; Dalloz 1997, p.500, note Philippe Reigné (installation d'un point-vidéo en rase campagne)

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.

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.

§2ème/ 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 chantage[1]) 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 :

- 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.[2], « 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

[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.

[2] 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. »

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/ La menace de violence : *le rapport de force excessivement brutal*

256. La **menace de violence** sera établie quand l'un des contractants (voire les deux[1]) 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

[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.).

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 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 1995[1]).

– saisir les juridictions compétentes, lorsque l'un estime que l'autre a commis une faute. Selon l'article 1141 c. civ.[2], « 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*[3] indemnisant la victime d'un délit (et conduisant la victime à renoncer à porter plainte[4]), 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. 1ère, 4 déc. 1995[5]). Dernier exemple : si l'emprunteur ne rembourse pas 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

[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. »

[2] 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. »

[3] 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. »

[4] 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. »

[5] Civ. 1ère, 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.

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 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.
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. 1986[1]) : 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

[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. »

ses intérêts. Le salarié, victime de harcèlement sexuel[1] (Soc., 30 nov. 2004[2]) ou moral[3] (Soc., 30 janvier 2013[4]) préfèrera 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 donation afin que cessent les pressions constantes exercées par le mari (Civ. 1ère, 17 juin 2003[5]).

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 conjugal[6] 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 incriminé[7] 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 2013[8]) ;

---

[1] 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. »

[2] 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).

[3] 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. »

[4] 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.

[5] Civ. 1ère, 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.

[6] Civ. 3e, 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).

[7] 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. »

[8] 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 …).

le navire de l'armateur continuera d'être occupé illégalement par les grévistes (Soc., 8 nov. 1984[1]) 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.).

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.

[1] 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 »).

- 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 (générant le consentement) : *le vice de contrainte*

265. La **crainte générant 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 2019[1]). 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

[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. »

une émotion de la victime. La crainte est une anticipation rationnelle des rétorsions (et c'est ainsi qu'elle est analysée en philosophie politique[1] : « céder à la force est un acte de nécessité, non de volonté » disait Jean-Jacques[2]). L'émotion est superflue en présence d'une menace de représailles.
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 justifiée[3]. Si le passant ne donne pas volontairement une pièce, le groupe de punks lâchera les chiens (délit de remise de fonds sous la contrainte : art. 312-12-1 c. pén.[4]) ; 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

[1] 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).

[2] 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 violence.

[3] 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. »

[4] 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. »

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.

II/ Le chantage : *la menace d'exercer une prérogative de manière abusive*

275. Le **chantage**[1] (en droit du contrat[2]) 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 révèlera 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

[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. »

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.

Depuis 2016, en droit du contrat, le législateur français a pris la décision d'*interdire certaines prédations 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

[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. »

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 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 jurisprudence[2]) affirme que « la menace d'une voie de droit ne constitue pas 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 droit[3]) 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. 1ère, 4 février 2015[4]). Le créancier, banque impayée, menace de saisir l'ensemble des biens de l'entreprise, sauf si le débiteur consent une dation en paiement[5] 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)

---

[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. 3e, 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 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 ».

[3] 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).

[4] Civ. 1ère, 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 "dénuées de toute chance de succès". Voir aussi : Civ. 1ère, 17 juill. 1967, D. 1967.509

[5] 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.

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, 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 2013[1]). 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 détresse[2].
- 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

[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.

client d'une banque mécontent de l'augmentation du tarif de location d'un coffre-fort n'est pas dépendant de sa banque (Civ. 1ère, 18 février 2004[1]) : 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 2015[2]).

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. 1ère, 30 mai 2000[3]).

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 négocié[4] ; si le contrat n'est pas déséquilibré, aucune extorsion n'a eu lieu[5].

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

[1] Civ. 1ère, 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. 1ère, 18 février 2015, n°13-28.278.

[2] 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. »

[3] Civ. 1ère, 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* ».

[4] Civ. 1ère, 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 ».

[5] 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) bénéfice 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 ».

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 situation[1] : 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.

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.[2] et L 442-6 I 2°/ b/ c. com.[3].

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.[4], 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.

[1] Civ. 1ère, 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).

[2] Art. 420-2 al.1er 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. »

[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 : (...)
« 2º (…) 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 ; »

[4] 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. »

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 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'a*nticipation 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 2013[1]) : 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.

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'engament qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte » (art. 1143 c. civ.[2]).

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 2014[3]).

(283- à 288. : réservés)

[1] Soc., 23 mai 2013, n°12-13.865, Bull. n°128 (préc.).

[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. »

[3] 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. »

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.
- 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 3ème
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.

Conclusion du chapitre 1er
Le consentement mutuel au contrat

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 obligations (au sens du régime général) pesant sur les parties. Le contrat porte sur des obligations qui sont créées (entre les contractants), transmises ou éteintes. L'objet des obligations portent sur des prestations : elles doivent être dotées 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 (tangibles[2]) que l'un devra exécuter au profit de l'autre (art 1126 c. civ.[3]), en fixant une équation contractuelle précise (xA = y€, dans un contrat synallagmatique ; y€ pour A, dans un contrat unilatéral, de donation ou de cautionnement).

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 1ère). Son contenu licite conduira à examiner la fonction du contrat (section 2ème).

(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 1ère / 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.

- 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 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 converser 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 (§1er) combinées à des dispositions tacites (§2ème).

> **405-1.** La doctrine s'est interrogée sur le contenu exact du contrat : outre les obligations (au sens du régime général : un vecteur portant une prestation), le contrat peut-il établir d'**autres normes**, comme des interdits ? Les juges français l'affirment depuis 1911 : ils affirment que le contractant (débiteur d'une prestation) est tenu d'une obligation contractuelle de sécurité envers son cocontractant (créancier).
>
> Le législateur n'a jamais consacré l'existence de l'obligation contractuelle de sécurité, inventée par les juges en 1911. Ces derniers ont affirmé que le contractant qui subissait un dommage (atteinte à la personne ou à ses biens) lors de l'exécution du contrat ne pouvait pas invoquer la responsabilité délictuelle (art. 1240 et suiv.) et

[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. »

que le contrat devait régir ce cas de figure. Les juges ont affirmé que le contrat comportait une suite (tacite) : le débiteur serait tenu d'une obligation contractuelle de sécurité, en réalité d'un devoir de prudence. Cette obligation n'est pas une obligation au sens du régime général : ce n'est pas un vecteur doté d'une prestation. Cette obligation est une norme de prudence, similaire à celle qui impose à chacun de ne pas commettre d'imprudence ou de négligence (art. 1240 et 1241 c. civ.).

Selon la jurisprudence française, le contrat peut donc contenir des normes (des interdictions).

- Lorsque l'obligation de sécurité est violée, le contractant (débiteur) doit réparer le dommage subi par le contractant : les juges créent alors une obligation (répondant à la définition du régime général), en imposant au contractant de réparer le dommage subi par la victime (conformément à ce qui se produit, en présence d'un accident frappant une victime tiers).
- Les contractants peuvent convenir entre eux de respecter une procédure spécifique pour régler un litige. Ils devront, avant de pouvoir saisir le juge, tenter une conciliation. Si la procédure n'est pas suivie, le client ne pourra pas réclamer d'indemnisation à raison des inexécutions commises par son cocontractant.

Le contrat ne contient donc pas uniquement des obligations (de type régime général). Il peut contenir des normes spécifiques de comportement, pesant sur les contractants.

§1er/ 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.

Les *clauses essentielles* préciseront le type de contrat (vente, louage), l'objet sur lequel il porte (tel appartement[1], tel terrain[2] …) 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

[1] Civ. 3e, 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. 1ère, 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. »

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.1er c. civ.[1] 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).
>
> 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 cession[2].

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.

---

[1] Art. 1163 al. 1er c. civ. : « L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. »

[2] Civ. 3e, 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.

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. 1er c. civ.[1]) ; 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.[2]). 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 solidariste 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 : 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

[1] Art. 1163 al. 1er c. civ. « L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. ».

[2] 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. »

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, le silence sur le prix est un manque essentiel. L'absence de prestation identifiée (peindre un mur ou le ravaler), le défaut d'identification du bien à vendre ou l'absence de prix convenu[1] 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 objectif[3] (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 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.[6] impose un prix chiffrable : « Le prix de la

[1] Civ. 1ère, 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. 1ère, 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. »

[6] 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

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.[1]).

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 parties sociales (art. 1843-4 c. civ.). En Allemagne, en Suisse[2] ou en Grande-Bretagne (ainsi que selon les principes de droit européen des contrats[3]), 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 marché[4].

(411- à 414. : réservés)

415. En somme, l'exigence d'un **prix explicitement convenu** entre les parties signifie que 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*

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 et désormais en régime général des obligations, la prohibition de l'obligation potestative[5] interdit de soumettre l'un des contractants à l'arbitraire de l'autre (art. 1304-2 al. 1er c. civ.[6]).

– Deuxièmement, le prix fixé par l'un des contractants n'est pas chiffré (ou chiffrable), donc indéterminable, lors de la conclusion du contrat.

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 ? ».

[1] 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 ».

[2] 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. »

[3] 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. ».

[4] Jacques Ghestin, *La formation du contrat*, n°709, p.691 et les références citées en droit anglais, américain et allemand.

[5] L'obligation potestative est fixée à la discrétion d'un seul.

[6] Art. 1304-2 al. 1er c. civ. : « Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. »

Le principe de la *nullité de l'obligation potestative*, interdit 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 impose le consentement mutuel[1] : un prix fixé unilatéralement est un prix arbitraire (potestatif en droit[2]) ou indéterminé.

La jurisprudence française, avant 2016, avait toutefois été confrontée à une difficulté d'application, avec *certains 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.[3] valide le tarif-fournisseur conclu dans une convention-cadre (a) ; l'article 1165 c. civ.[4] 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.

---

[1] 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 ? »

[2] 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 a la charge du promettant, est purement potestative puisque, pour s'y soustraire, il lui suffit de manifester des exigences excessives. »

[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] 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. »

Contrairement à ce que suggère l'article 1164 al. 1er 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 *certains 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 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 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 chauffes-eau, boulanger employant telle farine bio …) ;
- la *distribution sélective* signifie que la marque contrôle davantage son réseau de distribution[1], 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

[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

(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.[1]) 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)[2]. La dépendance du 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).

[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. »

[2] 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 dispose d'une certaine indépendance) : toutefois, cette indépendance du distributeur sera formelle, lorsque la clientèle est sensible aux prix.

420. Juridiquement, le contrat de distribution exclusive (concession, franchise, distribution exclusive) débute par la conclusion d'une convention-cadre[1] (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.
- 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. 1er c. civ.[2]). 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.

[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. »

[2] Art. 1164 al. 1er 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*. »

420-1. Avant 2016, la validité du tarif-fournisseur combinée à la clause d'approvisionnement exclusif donna lieu à un vaste débat doctrinal[3] 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)[2], 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 1970[3], la jurisprudence annula systématiquement toutes les conventions-cadre et tous les contrats d'exécution en se fondant soit sur l'obligation potestative[4] (anc. art. 1174 c. civ.[5]), soit sur l'indétermination du prix[6] (anc. art. 1129 c. civ.[7]) (quel que fû 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 fournisseur[8], rendait nuls la convention-cadre et tous les contrats d'exécution.

L'annulation de l'ensemble de ces conventions, parfois longtemps après la conclusion de la convention-cadre, donnait lieu à des difficultés[9], 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 opérant[10]. Finalement, dans le milieu des années 1990, l'A.P., 1er déc. 1995[11] revira et consacra la théorie solidariste. L'origine historique de l'article 1164 c. civ. trouve sa source dans cette jurisprudence.

---

3 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.

2 Jacques Ghestin, *L'indétermination du prix de vente et la condition potestative*, D. 1973, p.293.

3 Avant 1971, la jurisprudence validait le tarif-fournisseur. Voir :Com., 29 janv. 1968, D. 1968, p.341.

4 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* " ».

5 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. »

6 Com., 11 oct. 1978, J.C.P. 1979. II. 19034, note Loussouarn, D. 1979, p. 135, note Houin.

7 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. »

8 Au début, la jurisprudence a annulé l'ensemble en se fondant sur l'art. 1591 c. civ. (le prix déterminé de le 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).

9 L'annulation du contrat-cadre interdisait au franchisé d'être indemnisé du gain manqué (perte de rémunération).

10 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 influer 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

11 A.P., 1er 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 »

421. L'article 1164 al. 1er c. civ.[12] 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).

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.

[12] Art. 1164 al. 1er 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. ».

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, de nombreux 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 1er décembre 1986 a libéralisé les prix[1] : divers professionnels ont réclamé des prix parfois prohibitifs, contestés par certains clients. Face à la multiplication des litiges, la jurisprudence a pris position.

[1] Art. 1er ordonnance n°86-1243 du 1er 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. »

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 conclu 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 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 acquis[1].

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

[1] Civ. 2e,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 ».

signifie que le prestataire de service doit « en motiver le montant », en apportant différents justificatifs. En cas de litige, le juge constatera ou non l'abus du professionnel (infra).

(427. et 428. : réservés)

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

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 pas va 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 spécifique[1] 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 conscient de sa propre situation et de ses propres besoins[2]. *Emptor debet esse curious* (adage du droit anglais : l'acheteur doit être curieux).

Or, ce cadre consensualiste fonctionne mal quand l'un, le client, est incompétent 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

[1] Civ. 1ère, 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. »

[2] Civ. 1ère, 11 juin 1980, Bull. n°186 ; RTD civ. 1984.734, obs. J. Huet ; Civ. 1ère, 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).

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** sont destinés 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 professionnel[1].

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.
  - 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 poreuses[2]), etc[3] …
  - Une « entreprise d'entretien de l'ascenseur doit informer son client sur les réparations qui s'imposent »[4]. Un garagiste[5] devra déconseiller des réparations trop onéreuses ;

[1] 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 »

[2] Civ. 1ère, 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. »

[3] Civ. 1ère, 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. 1ère, 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. »

[4] Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Pierre-Yves Gautier, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 2e éd., 2005, n°750

[5] Com., 12 mai 1966, Bull. n°243 :

- 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.[1]) ; 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. 2e, 8 décembre 2016[2]) etc[3].

- 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'échec[4] : le créancier (la banque) devra donc délivrer une information désagréable, même lorsque l'engagement de la caution est adapté à sa situation financière[5].

  - De même, le prêteur devra mettre en garde l'emprunteur sur l'existence d'un risque de change[6], d'un endettement excessif[7] (etc... [8]).

---

[1] 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.

[2] Civ. 2e, 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. 1ère, 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. »

[3] Civ. 3e, 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 » ; Com., 12 juin 2024, n° 23-11.630 : « la banque dispensatrice de crédit est tenue d'une obligation d'informer l'emprunteur sur les modalités de mise en oeuvre d'une garantie souscrite au profit de celle-ci ».

[4] Civ. 1ère, 10 mai 1989, n° 87-14.294, Bull. n°187 ; D. 1990. 385, obs. L. Aynès.

[5] 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. »

[6] 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)

[7] Com., 9 février 2016, n°14-23210, Bull. n°881, Bulletin d'information 2016, n°844 ; Com. 1er 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).

[8] Civ. 1ère, 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. »

– 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. 1ère, 14 février 2018[1]).

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.[2]). 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 qu'il contient et de rechercher l'opération la plus favorable à ses intérêts ("optimisation" fiscale, successorale …).

Les professionnels concernés sont les médecins, les notaires[3], mais également les conseillers financiers (notamment sur le régime fiscal des placements financiers[4]) ou les agents immobiliers[5].

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.[6]) qu'au consentement éclairé (art. 1112-1 al. 6 c.

1 Civ. 1ère, 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. »

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. »

3 Civ. 1ère, 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).

4 Civ. 2e, 8 décembre 2016 , n°14-29729, Bull., préc. : l'assureur est tenu d'un devoir d'information (supra) et d'un devoir de conseil.

5 Civ. 1ère, 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 »

6 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.

civ.[1]). 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 dû[2], 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 effectif global), le prêteur subira la déchéance de son droit aux intérêts (art. 341-1 c. conso.[3], sanctionnant l'irrespect de la mention du taeg imposé à l'art. 312-12 c. conso.[4]). 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.

[1] 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. »

[2] 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.

[3] 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. »

[4] 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. [...] ».

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.

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).

§2ème/ 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

[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.

(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.[1]), et que le versement d'une somme d'argent est portable (art. 1343-4 c. civ.[2] : le débiteur verse le prix du timbre). Un contractant ne s'attend pas à être informé par l'autre de ce qui est évident.

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.[3], 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.[4]).

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 (I) (qualité de la prestation, durée du contrat, frais de port …) et inclut des obligations secondaires (II), qui dérivent des obligations expressément convenues.

(451- à 454. : réservés)

[1] 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.

[2] 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.

[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. 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. »

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 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

[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. »).

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.

– 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 faible durée de vie 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.

[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. »

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 défectueux[1]) 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 et sa rupture : *une liberté contractuelle restreinte*

460. La **durée du contrat et sa rupture** est une question importante, car le contrat est de nature à créer une habitude contractuelle, laquelle peut déboucher sur une rente de situation pour l'un des contractants. Le législateur adopte une attitude ambivalente face à ce type de contrats, d'où un mélange de dispositions impératives et supplétives de volonté.

Le législateur adopte des *dispositions impératives* en présence de contrats établissant entre les parties une relation durable. Parfois le législateur estime que certains de ces contrats peuvent créer une rente de situation. Pour éviter ce résultat, ces contrats seront précaires, et leur rupture sera facilitée ; parfois, à l'inverse, le législateur entend sécuriser la position d'un contractant, donc créer une rente de situation. Les dispositions impératives traitant de la durée du contrat sont ambivalentes.

[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. 1er 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.

Les dispositions supplétives de volonté permettent aux parties d'employer leur liberté contractuelle des parties, pour écarter ou préciser le sens d'un silence parlant. Leur contrat sera conclu à durée déterminée ; s'il est conclu à durée indéterminée, un préavis de rupture sera exigé.

Face à la durée du contrat et à sa rupture, le législateur mène une politique en réalité volontariste : les dispositions impératives (a) sont nombreuses ; les règles supplétives de volonté (b) laissent aux contractants une marge de manœuvre limitée.

a/ Les dispositions impératives : *le contrat précaire librement révocable*

461. Les **dispositions impératives** relatives à la durée et à la rupture du contrat ont pour objectif principal de lutter contre les rentes de situation. 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 la position 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 (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. 1er c. civ.[1] *prohibe les engagements perpétuels* au motif que ces contrats réalisent une atteinte trop importante à la liberté individuelle[2]. Les contractants qui ne fixent pas une durée précise (éventuellement dans une limite légale maximale[3]) 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

[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. »

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 révocable[1]) organisent donc la durée de tous les contrats.

- Les 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) sont concernés : le contrat de travail ou le contrat d'assurance sont à durée indéterminée.
- Le contrat créant un engagement continu est pareillement conclu à durée indéterminée. Le pacte de préférence (par lequel un propriétaire promet de proposer prioritairement la vente à un bénéficiaire) conclu sans durée précise est donc conclu à durée indéterminée (Civ. 1ère, 25 septembre 2024[2]).

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 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).

---

[1] 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 ».

[2] Civ. 1ère, 25 septembre 2024, n°23-14.777, Bull. ; D. 2024 p.1670 : « 6. Les engagements perpétuels ne sont pas sanctionnés par la nullité du contrat mais chaque contractant peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable.
« 7. Il en résulte qu'en l'absence de résiliation du pacte de préférence, M. et Mme [U] pouvaient exercer leur droit de préférence. »

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 contrat[1].

– 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 rupture[2] (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 spécifiée[3], 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 exposant[4]) ses causes de rupture.

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.[5] affirme également que « nul ne peut exiger le renouvellement du

[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 moins lorsqu'il émane du bailleur. Toutefois, en cas (loi n°2002-73 du 17 janv. 2002) « d'obtention d'une 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.1er : « 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 »

[5] 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. »

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.[1]) : l'absence de motif valable rend le licenciement abusif[2] (voire même nul en cas de harcèlement moral[3], de discrimination[4] ou d'atteinte à un droit fondamental[5]).

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 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

---

[1] 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. »

[2] 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.

[3] Art. L122-49 (inséré par loi nº 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.

[4] 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. »

[5] 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 ».

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 rupture[1] (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 embauche[2]) 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 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

[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 ; (...) »

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 clause[1]) : ce que la commune volonté crée, seule la commune volonté peut le détruire (ou le modifier, sauf exception[2]). 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 remplacement[4]. 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 chiffrage 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. 2014[5]).

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 :

- 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.[6],

[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. 1ère, 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 ».

[6] Art. 1214 c. civ. : « Le contrat à durée déterminée peut être renouvelé par l'effet de la loi ou par l'accord des parties.

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 accroit 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.[1] : il y aura tacite reconduction, ce qui signifie que le contrat devient précaire (durée indéterminée).

    Cette solution a été imaginée par la jurisprudence (Civ. 1ère, 15 nov. 2005[2]) : la prorogation d'un contrat de travail conclu à durée déterminée transforme ce dernier en contrat conclu à durée indéterminée (Soc., 13 déc. 2007[3]), les autres clauses du contrat étant purement et simplement reconduites[4].

466. Les **dispositions supplétives de volonté** donnent donc un sens au silence des parties, sauf pour 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.
- S'ils s'engagent à durée indéterminée, ils respecteront un délai raisonnable de préavis, sauf à préciser ce délai par une clause explicite.

« Le renouvellement donne naissance à un nouveau contrat dont le contenu est identique au précédent mais dont la durée est indéterminée. »

[1] 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. »

[2] Jurisprudence constante : Civ. 1ère, 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 ».

[3] 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 ».

[4] Sur le respect de la clause fixant la procédure de résiliation : Com., 11 avril 2012, n°10-20.505, Bull.

– 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.

Les parties ont la possibilité d'organiser durablement leur relation contractuelle en fixant une durée déterminée : pendant cette durée, le contrat procure à l'un une ressource durable.

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- à 474. : réservés)

II/ Les suites sous-entendues de l'obligation principale : *les obligations secondaires*

475. Les **suites sous-entendues de l'obligation principale** correspondent à des obligations secondaires que le débiteur (contractant) doit exécuter en plus de l'obligation exprimée à laquelle il s'est engagé (à titre principal). Un contractant loyal ne borne pas sa prestation à ce qui a été littéralement convenu : l'installateur d'une cheminée (obligation exprimée) doit vérifier qu'elle fonctionne correctement (obligation secondaire, dérivée). 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. 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 sont impératives et imposent au contractant, responsable d'un accident qui survient pendant l'exécution du contrat, de réparer le dommage subi par son cocontractant. Pour indemniser le passager, blessé lors de l'exécution du contrat de transport, les juges (français) ont inventé l'*obligation contractuelle de sécurité*. Elle est rattachée au contrat : l'obligation de décaper un meuble (obligation exprimée) impliquera une obligation d'indemniser le contractant, blessé par la chute du meuble sur lui, lorsqu'il le transportait dans les locaux du débiteur (artisan).

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 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

[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. »

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).

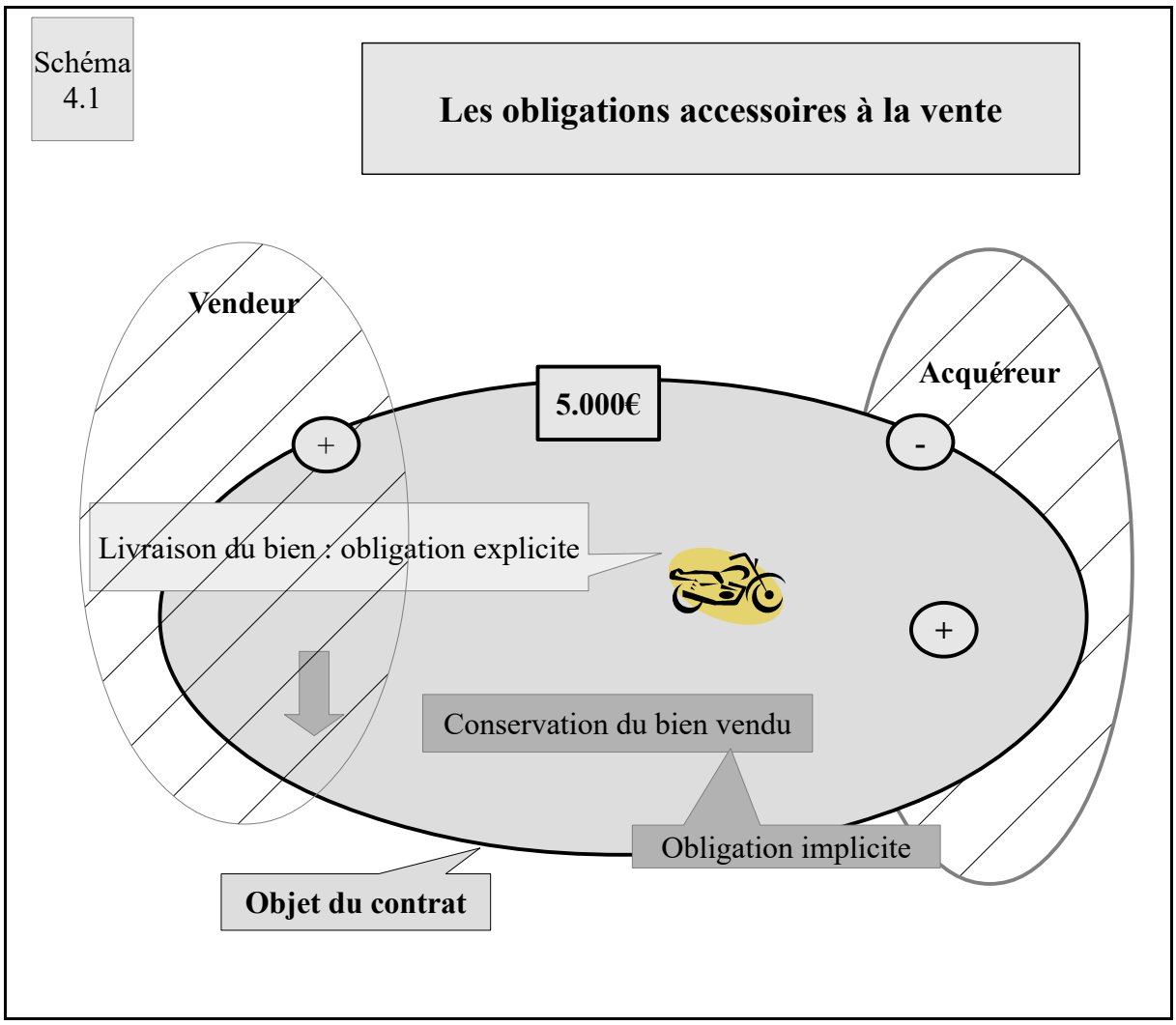
1/ Les suites tacitement sous-entendues : *au titre de la bonne foi (art. 1194 c. civ.)*

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. »

[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. »



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. 3e, 7 nov. 2012[1]) : c'est une suite de son intervention.
- De même, le vendeur d'une machine complexe doit effectuer sa mise en service[2], etc.[3].

[1] Civ. 3e, 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 »

[2] 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. »

[3] De même : Civ. 3e, 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

– Il est également sous-entendu que l'architecte qui effectue le projet de construction sera également tenu de vérifier le sol[1].

– 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. 1ère, 14 nov. 2018[2]).

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 contrat[3].

Tous ces sous-entendus possèdent un caractère supplétif de volonté. La liberté contractuelle reconnue aux parties leur permet de convenir, par une clause (expresse et) contraire, acceptée par l'autre, d'une limite ou d'une exclusion :

– 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'assureur[4].

– Le vendeur précise qu'il ne conservera pas la chose vendue (ou la conservera pendant une durée limitée).

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).

---

l'implantation de l'ouvrage ».

[1] Civ. 3e, 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. 1ère, 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. 3e, 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. 3e, 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 exprimée[1] (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 contrat[3]. 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 vent[4], seront indemnisés, lorsque le cocontractant n'a pas pris les mesures adéquates pour éviter la survenance de l'accident.

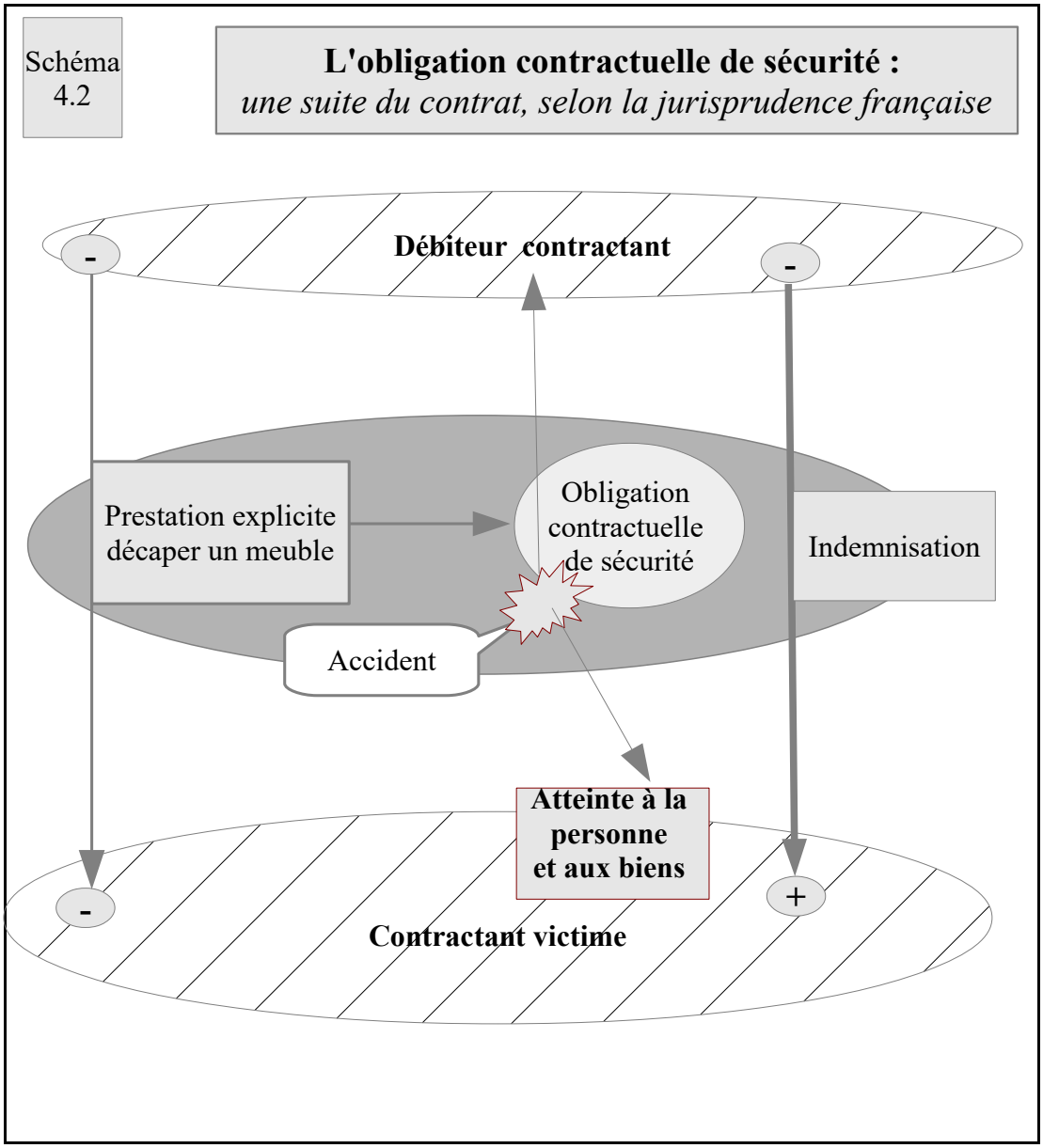
---

[1] Civ. 1ère, 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. 1ère, 2 décembre 1997, n°95-19466, Bull. n°339

[2] Civ. 3e, 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. 1ère, 1er déc. 1999, n°97-21690 ; Bull. p.215.



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[1] 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 (débiteur, donc 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

[1] Louis Josserand, *Le contrat dirigé*, DH 1933. 89, spéc. p. 91 ; *Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal*, DH 1940. Chron. 5. L'auteur parle de « forçage du contenu contractuel ».

des *cascades de suites implicites*. Ainsi, selon l'arrêt rendu par Civ. 1ère, 16 juillet 1997[2], 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)

[2] Civ. 1ère, 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 1ère

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.

Le *consensualisme* règle le domaine de la parole et des 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 : le contrat correspond à l'intérêt des contractants.

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 est dirigée : 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 correspond donc, en principe, à la volonté des parties, telle qu'elle s'exprime par leur *liberté contractuelle*. Les détails d'exécution sont fréquemment traités par des dispositions supplétives de volonté : ils correspondent à l'attente courante des contractants. Exceptionnellement, la liberté contractuelle sera restreinte : le contenu du contrat doit être licite.

Section 2ème / Le contenu licite du contrat : *le respect de l'ordre public par le contrat*

Résumé

Le **contenu licite du contrat** est établi par deux types de règles impératives limitant la liberté contractuelle des contractants. Les premières établissent un ordre public de protection au profit du cocontractant : le contrat dans lequel il s'engage ne doit pas être trop déséquilibré. Les secondes établissent un ordre public de direction : le contrat ne doit pas avoir pour fonction de perturber les règles établies dans un but d'intérêt général.

L'ordre public de protection (des intérêts d'un contractant) consiste à s'assurer que le cocontractant obtient une contrepartie suffisante ou normale. Le contrat dans lequel il s'engage ne doit pas être trop déséquilibré.

- En cas de déséquilibre principal, lorsque la valeur des prestation est comparée à celle de la contre-prestation, 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'obtiendrait qu'une contrepartie dérisoire ou illusoire (art. 1169 c. civ.).
- Le déséquilibre portant sur un aspect secondaire du contrat est créé par une clause spéciale et sanctionné par la nullité partielle. Il est interdit au professionnel d'organiser son manque de professionnalisme par une clause ayant pour fonction de vider de sa substance sa prestation essentielle (art. 1170 c. civ.) Il est également interdit de tromper l'attente légitime d'un contractant par la présence d'une clause abusive (art. 1171 c. civ.), insérée dans un contrat d'adhésion. Dans ces deux cas, seule la clause illicite sera annulée, le contrat, revu et corrigé de son élément nocif, possédera donc un contenu normal.

  La prestation prévue au contrat ne doit être ni illusoire, ni dérisoire, ni anormale. Dans tous ces cas, la prestation destinée au contractant créancier manquerait de sérieux, ce qui, à terme, serait de nature à créer une altération de la confiance publique.

L'ordre public de direction conduira à contrôler la fonction du contrat, afin de s'assurer que le contrat ne perturbera pas l'ordre social (c-à-d. l'intérêt général). Deux types de contrôle sont exercés :

- Le premier est objectif. Les clauses du contrat doivent respecter les lois impératives (spéciales) interdisant le commerce de certaines marchandises ou certaines pratiques (comme l'indexation d'une obligation de somme d'argent sur l'indice général de l'inflation).
- Le second contrôle est subjectif. Si un contractant poursuit un but illicite, tout en respectant toutefois objectivement le droit, le contrat sera annulé, même quand son cocontractant l'ignorait.

Le contenu licite du contrat garantit donc que le contrat remplira sa fonction (à savoir fournir une prestation, ni dérisoire, ni illusoire) et qu'il n'aura pas pour effet de perturber l'ordre social.

---

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 limite la liberté contractuelle des contractants, ce qui signifie que le contrat ne correspondra pas toujours à l'intérêt d'un des contractants, voire des deux. La politique légale de contrôle du contenu (licite) du contrat signifie que le législateur (au sens large) restreint la liberté contractuelle, afin qu'elle soit compatible avec certains objectifs sociaux, selon deux grands axes.

L'*ordre public de protection (des intérêts d'un contractant)* conduira à s'assurer que le contractant protégé obtiendra (en tant que créancier) une prestation qui ne sera ni dérisoire, ni illusoire.

- En présence d'un contrat synallagmatique, il s'agira de s'assurer que le contrat remplira sa fonction d'échange : le contrat devra être suffisamment équilibré[1]. L'un ne peut pas réclamer une contrepartie trop élevée (taux d'intérêt usuraire) ou réaliser une trop bonne affaire (salaire minimum), parce que certaines catégories de contractants ne sont pas en mesure de protéger efficacement leurs intérêts.
- En présence d'un contrat quelconque (synallagmatique ou unilatéral), il s'agira également de s'assurer que la prestation destinée au créancier sera tangible et normale, c-à-d. conforme aux attentes légitimes du créancier[2].

L'ordre public de protection permettra donc de s'assurer que le contrat aura un contenu suffisant et normal. Il s'agit de protéger les intérêts de l'un des contractants (créancier de la prestation).

L'*ordre public de direction* conduira à contrôler la compatibilité du contrat avec l'ordre social. L'intérêt général est supérieur aux intérêts individuels des contractants : leur contrat devra respecter des normes objectives, et un contractant ne doit pas poursuivre un but illicite.

- Certaines prestations sont interdites, objectivement. Leur objet est illicite : vendre une chose hors commerce, comme une marchandise contrefaite, par exemple. Le contrôle du juge est objectif.
- Un contractant peut poursuivre un but illicite, tout en respectant objectivement le droit. L'acquéreur d'un immeuble respecte objectivement le droit, mais il poursuit un but illicite quand l'opération est destinée à blanchir de l'argent sale ou à réaliser une fraude fiscale.

[1] On sait que l'équilibre du contrat est ponctuellement contrôlé par le biais du consentement avec la violence économique (lorsque l'un exploite abusivement la dépendance de l'autre) et le chantage (lorsque le contrat permet de réaliser une extorsion).

[2] On sait que le caractère normal de la prestation fournie au créancier est également contrôlé par le biais du consentement, avec l'erreur et le dol.

L'ordre public de direction permet donc de s'assurer de la fonction du contrat : la liberté contractuelle des contractants ne doit pas avoir pour objet ni pour effet de porter atteinte à l'intérêt général (tel que le législateur se le représente, à tort ou à raison).

Le contenu illicite du contrat consiste donc à s'assurer de la compatibilité du contrat avec deux types de règles impératives.

- L'ordre public de protection permet de s'assurer que la prestation fournie au créancier sera sérieuse et utile (§1er) ;
- L'ordre public de direction permet de s'assurer que les contractants utilisent leur liberté contractuelle sans remettre en cause l'ordre social (§2ème).

(502- à 504. : réservés)

§1er/ L'ordre public de protection :

le caractère équilibré du contrat synallagmatique

505. L'**ordre public de protection** (des intérêts d'un contractant) est établi par des règles impératives destinées à protéger un contractant contre l'abus que son cocontractant serait tenté de commettre. La liberté contractuelle n'a pas pour fonction de justifier la prédation d'un contractant (implicitement en position de force) au détriment de l'autre (implicitement en position de faiblesse). Les contractants ne doivent pas convenir que l'un d'eux obtiendra une contrepartie manifestement disproportionnée (rendant pour l'autre le contrat ruineux) ; ils ne doivent pas non plus convenir d'une clause par laquelle l'un des contractants ne serait engagé à rien de sérieux envers l'autre.

L'exigence d'*équilibre, dans le contrat synallagmatique*, n'est pas évidente à admettre, car la référence au prix du marché (censé être équilibré, quelles que soient ses variations) n'est qu'un critère parmi d'autres.

- 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 en principe tout contrôle sur le contenu équilibré du contrat. En

[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 ?*.

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. 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, la partie en position de faiblesse pourra 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 de l'équilibre des prestations (principales) dans le contrat synallagmatique est donc de nature à "normaliser" les relations entre les contractants.

Le contrôle de l'équilibre du contrat (synallagmatique) pourra également porter sur des aspects plus *secondaires* de la prestation. Un contractant peut avoir la tentation d'utiliser la liberté contractuelle pour convenir avec l'autre de clauses ayant pour effet de rendre "spéciale" la prestation destinée à l'autre.

– L'autonomie de la volonté justifie les clauses spéciales convenues entre les contractants, afin que le contrat corresponde d'une part à la capacité de production du débiteur (de la prestation) et d'autre part au besoin particulier du créancier. Les clauses convenues entre les parties sont donc valides.

– Le solidarisme justifie le contrôle sur le contenu des clauses spéciales, afin d'éviter qu'une clause accessoire du contrat soit 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 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'ordre public de protection (des intérêts d'un contractant) conduira donc à contrôler deux types d'équilibres dans le contrat synallagmatique.

– Le contrôle de l'équilibre principal (I) restera marginal en droit français. Il aura lieu lorsqu'une catégorie de contractants (identifiée par le législateur) éprouve des difficultés pour préserver ses intérêts fondamentaux : les exceptions sont 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.

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 (notablement) de celle de la contre-prestation que l'autre lui fournira.

L'équation xZ = y€ (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 de référence 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 distance entre les contractants, selon les anthropologues[1]) 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 (≠) 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). 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.

[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.

– En revanche, combiné avec un autre grief, le défaut d'équivalence peut éventuellement permettre de fonder une action en justice[1] : l'exploitation abusive par l'un de la dépendance de l'autre sera qualifiée de violence économique (art. 1143 c. civ.[2]) 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.[3]) 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.[4]) sera sanctionné si ce prix se révèle abusif.

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 explicite et objectif) ou à prix d'ami : l'équilibre (issu du prix du marché) n'est pas convenu (entré dans le champ contractuel).

506-1. 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 famine ou de tensions), les économistes défendent des positions divergentes face au contrôle des prix[5]. 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

[1] 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. (...) »

[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, 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. »

[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] 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. »

[5] 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.

salaires que les ouvriers pouvaient obtenir[1]. 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* »[2] 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.

507. L'**équilibre des prestations du contrat synallagmatique** (largement le plus fréquent[3]) 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.[4] : « 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.[5], chacun devant donc se renseigner sur la valeur de sa prestation et celle de la contre-prestation (art. 1112-1 al. 2 c. civ.[6]). La prestation sera suffisamment déterminée, au sens de l'article 1163 c. civ.[7], par la fixation d'un prix, et la loi ne pose aucune autre condition. La position du code civil français

---

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. 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. »

2 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. »

3 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 qu'elle promet de verser (obligation de règlement).

4 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. »

5 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. »

6 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. (...) »

7 Art. 1163 c. civ. : « L'obligation a pour objet une prestation présente ou future.
« Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable. (...) ».

(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.

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). Selon la théorie solidariste, 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 bas[1] ou élevé[2], comme un parachute doré) ou un intérêt excessivement élevé (usuraire) sera rééquilibré par le juge.

Le contrôle de l'équilibre du contrat sera donc exceptionnel en droit français.

- 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/ L'exception de 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 »)

[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 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 ».

[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).

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 :

- professionnel en procédure collective (art. L 632-1 c. com.[1]) ;
- mineur (art. 1149 al. 1er c. civ.[2]) ou le majeur dont les facultés mentales sont altérées (tutelle, curatelle, sauvegarde de justice ou mandat de protection future[3]) ;
- 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'immeuble[4], 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 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] :

[1] 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. 1er 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

prêt immobilier ou à la consommation, découvert bancaire …).

– De même, le smic (salaire minimal de croissance) fixera le taux minimal du salaire horaire[1].

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.

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.[2]) ou avec le majeur protégé. La règle s'explique par une considération morale : le majeur exploite la faiblesse du mineur ; mais ce n'est là qu'un mobile (la lésion est objective).

– Entre majeurs[3], le déséquilibre doit atteindre une certaine importance : significatif (art. 442-6 c. com.[4]), plus de 60% (7/12[e]) dans la vente d'immeuble[5], plus du quart dans la vente d'engrais ou le partage de succession[6], plus du tiers dans l'usure[7].

(...) ».

[1] 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. »

[2] 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.

[3] 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 ».

[4] 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 ; (...) »

[5] 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.

[6] 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.

[7] Art. L. 314-6 c. conso. [prêt immobilier et à la conbsommation] : « 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 (...) ».

Des conditions procédurales draconiennes sont parfois fixées. L'acquéreur d'engrais doit agir dans les quarante jours de la livraison[1] ; le vendeur d'immeuble (lors d'une vente de gré à gré[2]) doit agir dans le délai préfix de deux ans (art. 1676 al. 1er c. civ.[3]).

b/ La sanction de la lésion *: nullité ou rééquilibrage*

512. La **sanction de la lésion** (traditionnellement appelée rescision[4], ancien terme synonyme d'annulation, ce qui ne correspondait toutefois toujours pas à la réalité) est diversifiée. Le juge (voire le contractant[5]) prononcera la nullité si contrat lésionnaire était inutile au contractant protégé (mineur[6] ou majeur protégé : art. 435 c. civ.[7]) ou bien rééquilibrera le contrat lésionnaire mais utile (solution prévue par le régime des restitutions dues au mineur : art. 1352-4 c. civ.[8]). Le rééquilibrage est la seule sanction prévue quand l'utilité du contrat est acquise (vente d'engrais, taux d'intérêt usuraire réduit[9]), ce qui correspond au cas le plus fréquent. Le *prix normal* sera alors imposé par le juge.

(513. et 514. : réservés)

---

1 L'acquéreur (agriculteur) doit agir dans les 40 jours à compter de la livraison d'engrais (art. 2 loi du 8 juill. 1907)

2 La vente aux enchères publiques est irréfragablement 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] ».

3 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. »

4 La terminologie du code civil de 1804 – nullité, rescision – résulte de l'histoire. Au XVIIIe 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 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.

5 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).

6 Art. 1149 c civ. : « Les actes courants accomplis par le mineur peuvent être annulés pour simple lésion. (...) ».

7 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. »

8 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. »

9 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. »

2/ La contrepartie dérisoire : *l'annulation intégrale du contrat*

515. La **contrepartie dérisoire ou illusoire** est un vice qui affecte le contrat synallagmatique[1]. 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. » La contrepartie sera dérisoire[2] lorsque le contrat est lourdement déséquilibré ; elle sera illusoire lorsque le service ne sert à rien (Com., 23 octobre 2012[3]). Le contractant, victime de l'autre, pourra alors obtenir l'annulation : la liberté contractuelle n'a pas pour fonction de justifier la prédation.

La contrepartie dérisoire permet de contrôler l'équilibre de l'échange, qui peut être affecté par différentes clauses du contrat.

– Une jurisprudence classique annule le contrat pour *vileté du prix* quand le prix est le plus souvent inférieur à 10% de la valeur du bien au prix du marché[4]. Il en va ainsi quand un associé cède ses actions à 10% de leur valeur (Com., 22 mars 1996[5]). Aucune raison n'explique ce prix, dépourvu de sérieux[6] : les juges invoquaient l'article 1591 c. civ.[7] ou l'absence de cause[8]. 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*

---

1 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).

2 « Dérisoire » a pour synonyme insignifiant, minime, ridicule.

3 Com., 23 octobre 2012, n°11-23.376, Bull. ; revue Lamy droit civil 2012, Actualités, n°4884, p. 11, note Elodie Pouliquen ; Gaz. Pal., 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 ».

4 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. 3e, 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).

5 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 civil ». 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. ».

6 Civ. 3e, 18 juillet 2001, Bull. n°101 ; Defrénois 2001, art. 37441, p. 1421-1425, note Eric Savaux. Vente consentie sans prix sérieux, nulle pour absence de cause : Civ. 1ère, 29 septembre 2004, n°03-10.766, Bull. n° 216.

7 Art. 1591 c. civ. : « Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties. »

8

absence de contrepartie » (Soc., 15 nov. 2006[1]). 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. 1ère, 31 mai 2007[2]).

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.[3] 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 2017[4]) examine spécifiquement la justification des ristournes ou rabais exigés par un distributeur[5] : 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

[1] 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).

[2] Civ. 1ère, 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 ».

[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] 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.

[5] 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. »

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 prix[1]. Le vendeur ne peut alors agir que contre le mesureur, pour obtenir réparation de la perte de chance d'une vente à même prix[2].

La chambre commerciale a admis qu'un contrat de location était dépourvu de contrepartie, lorsque le bien loué (par la société) servait exclusivement aux besoins de la société, et non à ceux de son dirigeant (Com., 23 octobre 2024[3]). L'engagement du dirigeant a été annulé : seule sa société était donc tenue, puisqu'elle seule avait vocation à obtenir le profit de la prestation. Cet arrêt (isolé) est aberrant : l'engagement de codébiteur solidaire non intéressé à la dette est admis par la loi et la jurisprudence[4], et rien n'indique dans l'arrêt une volonté de revirer (alors qu'une motivation enrichie se serait imposée dans ce cas de figure).

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 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 formelle[5]. 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

[1] Civ. 3e, 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).

[2] Civ. 3e, 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. »

[3] Com., 23 octobre 2024, n° 23-11.749 (n° 591 F-B), D. 2024 p. 2006 : « l'utilisation du véhicule par M. [L] en sa qualité de dirigeant, pour ces seuls besoins, ne pouvait constituer une contrepartie personnelle à son engagement de location, de sorte que le contrat était nul à son égard ».

[4] *Régime général de l'obligation*, n°128 ; *Droit des sûretés*, n°340.

[5] Civ. 1ère, 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 »).

service rendu, et le résultat concret est celui d'une révision du montant (par le biais de l'indemnisation) (Soc., 15 nov. 2006[1]).

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.[2]). 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.[3]) : 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 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.

---

[1] Soc., 15 nov. 2006, n°04-46721, préc.

[2] 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. »

[3] 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. »

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[1].

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

[1] Civ. 1ère, 20 décembre 2023, n° 22-13.014, Bull. ; 2024 p.5. (délai global de 4 mois : la clause est abusive, car le délai est trop imprécis) : « il n'était pas distingué entre le délai des opérations matérielles de livraison et d'installation des biens et celui d'exécution des autres prestations auxquelles le vendeur s'était engagé et qu'un tel délai global ne permettait pas à l'acquéreur de déterminer de manière suffisamment précise quand le vendeur aurait exécuté ses différentes obligations »

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 besoins[1], 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. 2e, 8 juillet 2021[2]).

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 (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.

[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. 2e, 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 [...] ».

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 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,

[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.., consomm. 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, 1ère 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 1998,1, 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 ».

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 responsabilité[2] 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 législateur[4] : la jurisprudence, là encore, était contra legem). Selon Civ. 1ère, 28 sept. 2004[5], 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'assuré[6]. 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. 1re, 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 1er 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. 1ère, 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. 3e, 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 sinistre[1].

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 indemniser[2], 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. 3e, 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. 3e, 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 responsabilité[1] ou entravant l'action en justice[2] ; 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

[1] Civ. 1ère, 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. 1ère, 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.

« Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1188, 1189, 1191 et 1192 du code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque les deux contrats sont juridiquement liés dans leur conclusion ou leur exécution.

« 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.

« 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.

« Un décret pris dans les mêmes conditions, 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.

« Ces dispositions sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies. »

[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. »

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 clic[1]), vient préciser que le délai de livraison est indicatif à six mois près, ou que l'inexécution du professionnel, tarifiée par une clause limitative de responsabilité, lui permet de ne rien rembourser ou presque[2]. La clause abusive est une stipulation contractuelle accessoire qui tend à procurer au professionnel un avantage excessif.

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). Une clause contractuelle, notamment si elle est véritablement négociée entre les parties, peut correspondre aux intérêts des contractants : le délai de livraison est imprécis, mais le tarif est attractif.
- 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.

[1] 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).

[2] 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.

En droit positif[1], 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 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 réduire la liberté contractuelle. 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.[2]) 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.

[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.

[2] 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. »

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 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. 1ère, 14 mai 1991[1]) a affirmé son pouvoir (dépourvu de base légale) d'identifier et surtout de sanctionner effectivement les clauses abusives : par ce « *coup d'État* » (Jean Carbonnier[2]), tout juge saisi d'un litige pourra déclarer une clause abusive, sans se référer à la liste légale. Implicitement validée par la loi du 1er février 1995, cette intrusion du pouvoir judiciaire est désormais légale[3] : 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 initial[4]) 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. 1ère, 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

seront systématiquement abusives la clause réduisant le droit à réparation du client (consommateur) lorsque le déménageur a manqué à ses obligations[1] 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

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 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. 1ère, 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. »

juridiction) ; de saisir au préalable une commission de conciliation (Civ. 3e, 19 janvier 2022[1]) ou de respecter une procédure complexe d'arbitrage[2] ;

– les clauses ayant pour objet de limiter l'indemnisation due quand le professionnel du déménagement cause un dégât aux meubles transportés (Civ. 1ère, 11 déc. 2019[3]).

539. Le **pouvoir judiciaire** s'étant également déclaré compétent pour identifier les clauses *déclarées* abusives (Civ. 1ère, 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).

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.[4]), lorsque 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 1993[5]) : la solution correspond (ponctuellement) à ce que préconise le courant libéral.

– 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-

[1] Civ. 3e, 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).

[2] Civ. 1ère, 30 septembre 2020, n°18-19.241 (clause abusive consistant à imposer un consommateur une procédure complexe d'arbitrage).

[3] Civ. 1ère, 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).

[4] 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. »

[5] 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 Chénedé, *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).

professionnel) et le professionnel (art. liminaire c. conso.[1] ; art. L. 212-1 c. conso.[2]).

Un *consommateur* est la personne (physique selon la Cjue[3]) 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 morale[4]) 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 professionnel[5] a pu être qualifié de professionnel.

Le *professionnel*, en revanche, agit dans sa sphère de compétence[6]. La jurisprudence[7] 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 le contenu des clauses d'un contrat. La clause abusive sera constatée 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 1993[8] 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.

---

[1] 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. »

[2] 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. »

[3] 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 ».

[4] Civ. 1ère, 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 ».

[5] Civ. 2e, 18 mars 2003, n°03-10.327, Dalloz 2004, aff., p. 1018 à 1019, obs. C. Rondey.

[6] 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 ».

[7] Civ. 1ère , 26 novembre 2002, n° 00-17.610, Bull. n° 290 ; Civ. 1ère , 9 juillet 2015, n°14-17.051, Bull. n° 184.

[8] 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 ».

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.

Selon l'article 1171 al. 1er c. civ.[1] et l'article L 212-1 al. 1er 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 significatif[3] (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 (objet[6]) 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 qualifié de clause abusive[7], 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

[1] Art. 1171 al. 1er 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. 1er 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. 1ère, 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, 2e ch., 20 sept. 2017, n° C-186/16, D. 2017 p.2401 ; Civ. 1ère, 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. »

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 que le professionnel n'assume pas tel ou tel risque.

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 suisse[3]. 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 temps[4] ; l'assuré

[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 1er 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. 1ère, 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. 1ère, 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. 1ère, 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 (...) ».

comprend clairement que son assurance-dommage contient une exclusion de garantie en cas de conduite en état alcoolique[1]. 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 2002[3]). L'information claire et loyale sur la qualité permet au consommateur de ne pas être trompé[4] : 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. En droit positif, **plusieurs types de contrôle** sont exercés, notamment par les juges. Une clause sera abusive quand le professionnel exerce un pouvoir excessif ; quand le consommateur n'est pas clairement informé ou quand le professionnel prétend fournir des prestations de mauvaise qualité, de nature à altérer la confiance légitime du contractant.

Certaines clauses octroient un *pouvoir excessif au contractant*.

– Il en va ainsi pour la clause assimilant la prise de possession à la réception de l'immeuble à construire[5] ; la clause permettant à l'établissement d'enseignement de conserver l'intégralité de la somme, même si l'étudiant invoque un juste motif de rupture[6] etc ….

---

1 Civ. 2e, 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. 3e, 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.

6 Civ. 1ère, 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.

– D'autres clauses, à l'inverse, sont légitimes : clause qui majore le délai de livraison d'un bâtiment en cas d'intempéries[1], de grève ou de dépôt de bilan d'un sous-traitant[2] ; clause qui ne prévoit pas explicitement que l'emprunteur défaillant peut présenter un acquéreur afin de solder la dette[3].

Le *caractère lisible et compréhensible* des clauses qui n'informent pas loyalement et clairement[4]. le client sont également susceptibles d'être abusives. Il en va ainsi avec :

– Les clauses 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'origine[5]).

– Les clauses n'informant pas clairement le client sur le risque auquel il est exposé (risque de change pesant exclusivement sur l'emprunteur[6]).

– Les clauses n'informant pas clairement le client sur une exclusion de garantie en présence d'un contrat d'assurance[7].

La clause abusive permet aussi de *contrôler l'équilibre du contrat sur des points secondaires*.

---

[1] Civ. 3e, 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-Desvaux : (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.

[2] Civ. 3e, 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. »

[3] 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.

[4] 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 ; (...) »

[5] Civ. 1ère, 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. 1ère, 19 juin 2001, Bull. n°181.

[6] Sur le risque de taux de change d'un prêt libellé en francs suisse et remboursable en € : Civ. 1ère, 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. 1ère,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 »)

[7] 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. »

– 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 réparation légale entre charges récupérables et non récupérables sera déclarée abusive (Civ. 3e, 17 déc. 2015[1]).

– L'emprunteur peut s'attendre à pouvoir régulariser le manquement à une échéance de son prêt : est abusive la clause qui impose à l'emprunteur ponctuellement défaillant de rembourser immédiatement et sans sommation toutes les échéances futures (clause de déchéance du terme) (Civ. 1ère, 22 mars 2023[2] ; Civ. 1ère, 29 mai 2024[3]).

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.

---

[1] Civ. 3e, 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 ».

[2] Civ. 1ère, 22 mars 2023, n°21-16.476, FS-B (cassation) : D. 2023. 597 ; RTD com. 2023. 430, obs. D. Legeais (est abusive la clause d'un contrat de prêt immobilier autorisant la banque à exiger immédiatement, sans mise en demeure ou sommation préalable de l'emprunteur ni préavis d'une durée raisonnable, la totalité des sommes dues au titre de ce prêt en cas de défaut de paiement d'une échéance à sa date).

[3] Civ. 1ère, 29 mai 2024, n° 23-12.904 (n° 300 F-B) : « (...) la clause qui prévoit la résiliation de plein droit du contrat de prêt après une mise en demeure de régler une ou plusieurs échéances impayées sans préavis d'une durée raisonnable, crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au détriment du consommateur ainsi exposé à une aggravation soudaine des conditions de remboursement. »

[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.., consomm. 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. »

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 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.1er), 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.

---

[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. (...) ».

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.

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 excessive[1] 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 société[2].

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).

[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. »

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.).

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 du contrat, l'ordre public de protection a donc pour but de préserver les intérêts d'un contractant contre les abus que son cocontractant serait tenté de commettre.

- Le contractant créancier doit obtenir une prestation sérieuse : elle ne doit pas être rendue anormale par une clause (abusive). Le contractant créancier doit obtenir un service effectif : un professionnel ne peut pas manquer à son obligation essentielle.
- Le contractant doit obtenir une contrepartie suffisante : elle ne doit être ni dérisoire, ni illusoire (art. 1169 c. civ.).

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.

§2ème / L'ordre public de direction : *le contrôle de la fonction du contrat*

550. L'**ordre public de direction** est établi par des règles impératives permettant de contrôler la fonction du contrat. Les contractants ne peuvent pas utiliser leur liberté contractuelle pour porter atteinte, directement ou indirectement, à l'ordre social. L'intérêt général l'emporte sur l'intérêt individuel des contractants : selon l'article 1102 al. 2[1] c. civ., « La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public. ». L'article 1162 c. civ. précisera : « 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 stipulations du contrat sont des clauses quelconques, ayant pour objet la prestation. 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. Le contrôle effectué par le juge est objectif.

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 ; pour blanchir de l'argent sale[2]). Le contrôle exercé par le juge conduira à établir une intention abusive (un abus de droit).

[1] Art. 1102 al. 2 c. civ. :

[2] 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. »

L'ordre public de direction enserre la liberté contractuelle de deux manières. 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*

555. L'**objet illicite de la prestation** (clauses d'indexation[1], objet statutaire d'association[2]) 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 vendus[3] 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 commerce[5].
- 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 autrui[7] ; lancer de nain, CE, 27 oct. 1995[8]).

---

[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 illusoires ; qu'elles aient un *objet réel* ; que l'un des contractans 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. 1ère, 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. »

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 contrefaite[1] ou un fichier-clientèle non déclaré[2]), protection de l'environnement (manger de la viande de baleine ?) – ou même contractuelles[3] ou logique (un droit réel est directement exercé par son titulaire, et aucun tiers ne peut prétendre y agréer[4]).

Pour l'essentiel, le contentieux portant sur les choses hors commerce conduit à délimiter la sphère marchande, par opposition à la sphère non marchande[5]. La publicité en faveur de professionnels de la santé[6] 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*) :

---

1 Com., 24 sept. 2003, n°01-11.504, Bull. n°147 : « Une marchandise contrefaite ne peut faire l'objet d'une vente ».

2 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. »

3 Civ. 1ère, 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. »

4 Civ. 3e, 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. »

5 Civ. 1ère, 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. 3e, 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. ».

6 Civ. 1ère, 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. »

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 sa clientèle (Civ. 1ère, 7 juin 1995[1]). La jurisprudence a reviré, et la cour de cassation reconnaît désormais aux médecins le droit de vendre leur clientèle civile (Civ. 1ère, 7 nov. 2000[2]) : « *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 (obscure) signifie que les juges contrôlent la finalité (le but, la cause) de l'opération : la vente de la patientèle 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 notaires[3] ou en cas de cession d'un étal sur un marché[4]. 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.

[1] Civ. 1ère, 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. 1ère, 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. 1ère, 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. 1ère, 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. (...) »

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 détruite[1].

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. 2012[2]) : 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 lui[3], 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 concurrence[4]), 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

---

[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] 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 ».

[3] Civ. 1ère, 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.

[4] Civ. 1ère, 4 février 2015, n°13-26.452, Bull. ; Bull. Joly sociétés 2015, p. 195 à 197, note Jean-François Barbièri ; 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 ».

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 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 (intitui 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)

II/ 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 tout au long du xxe siècle, la jurisprudence a connu une inflexion solidariste marquée en 1998. 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.

Au XIX^e^ siècle, la doctrine enseignait même que la cause illicite devait être *convenue* entre les parties ; la jurisprudence avait adopté la solution[1], jusqu'à la première moitié du XX^e^ siècle[2]. Une cause illicite convenue devait ainsi être entrée dans le champ contractuel[3] (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 1989[4]) 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 exclue[5] : 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 faits[7] 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. 1ère, 3 juill. 1996[1], affaire du point vidéo) ; dans l'affaire Civ. 1ère, 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 ténue : 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. 2007[3] semble se montrer indifférent à cette question : la cause illicite sera suffisamment établie quand un des motifs du licenciement est

[1] Civ. 1ère., 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 question[1].

2/ Le domaine du but illicite

581. Le **domaine du but illicite** permet traditionnellement de protéger l'intérêt général. Dans la jurisprudence contemporaine, la plupart des arrêts s'inscrivent dans ce cadre.

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 sexuelles[2]). 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.

La plupart des arrêts continuent de s'inscrire dans ce cadre. Le but illicite remet en cause l'ordre public de direction ; quelques arrêts sont plus douteux.

- Des licenciements motivés par une fraude fiscale[3] (délocalisation, licenciement « boursier ») seront dépourvus de cause réelle et sérieuse : la solution protège les salariés. Mais la fraude fiscale heurte l'ordre public de direction.
- Un arrêt Com., 6 novembre 2012[4] condamne également la pratique du « parachute doré » au profit d'un dirigeant de sarl : le montant excessif de son indemnité de révocation

[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. 1ère, 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 ; D. 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. : (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. ».

porte atteinte à la liberté des associés de le révoquer. La clause excessive protège la société, mais également la liberté des associés (explicitement visée par l'arrêt).

Le domaine d'application du but illicite permet donc de protéger l'intérêt général. Les juges caractérisent systématiquement l'atteinte portée à l'ordre public (de direction). Le but illicite du contrat sera établi quand un contractant cherche à réaliser une fraude (fraude fiscale : Civ. 1ère, 7 oct. 1998 ; parachute doré), même quand, parmi les victimes, on trouve le cocontractant. L'ordre public de direction peut inclure l'ordre public de protection.

(582- à 596. : réservés)

Conclusion de la section 2ème
Le contenu licite du contrat

597. Le **contenu licite du contrat** impose aux contractants de respecter l'ordre public établi par le législateur. Cet ordre public limite la liberté contractuelle : d'une part, le contractant sera protégé (ordre public de protection) ; d'autre part, les contractants doivent respecter l'ordre social (ordre public de direction).

L'ordre public de protection, en droit du contrat, protège un contractant qui serait "lésé" (au sens non technique du terme) par l'autre. Le contrôle exercé sur les contrats déséquilibrés n'a pas pour fonction de contrôler, de manière générale, les prix. 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]). Le législateur exerce deux types de contrôle :

- Le contrôle sur l'équilibre principal du contrat (entre la prestation de l'un et la contrepartie de l'autre) est très limité. En droit du contrat, le contractant ne doit pas être lésé à 100% (absence de contrepartie : art. 1169 c. civ.). En droit des contrats spéciaux, le législateur admet ponctuellement la lésion ou fixe soit un minima (salaire égal ou supérieur au smic) soit un maxima (taux de l'usure).
- Les clauses du contrat ne doivent pas avoir pour effet d'altérer la qualité normale d'une prestation et de tromper l'attente légitime du contractant (client). La clause ne doit pas permettre au professionnel d'organiser son manque de professionnalisme dans son secteur de compétence (art. 1170 c. civ.). La clause abusive (art. 1171 c. civ.) déséquilibre le contrat sur un point secondaire. Dans les deux cas, la sanction conduira 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 garantit le contractant créancier qu'il obtiendra une prestation sérieuse et normale. Il s'agit d'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.

[1] 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. »

[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. »

L'ordre public de direction interdit aux deux contractants de convenir entre eux de prestations ayant pour objet ou pour effet de porter, directement ou indirectement, atteinte aux intérêts de la société. Le contrôle du juge est double: il est objectif (avec l'objet illicite de la prestation) et subjectif (avec le but illicite du contractant).

Conclusion du chapitre 2ème
Le contenu du contrat

599. Le **contenu certain et licite du contrat** impose aux contractants de s'entendre sur une prestation suffisamment précise et respectant les règles substantielles de l'ordre public.

La prestation certaine possède un contenu fixé d'un commun accord par les contractants, sous réserve du respect de l'exigence de bonne foi.

- La prestation sera suffisamment précise quand la volonté des contractants a fixé explicitement les clauses essentielles. On dit ce qui ne va pas de soi. On se tait pareillement face à l'évidence : en l'occurrence, la loi établit des dispositions supplétives de volonté, à savoir des sous-entendus contractuels. Ce comportement qui impose de fixer un contenu certain au contrat gouverne également l'expression de la volonté (consensualisme).
- L'exigence de bonne foi (loyauté contractuelle) apparaît ponctuellement en présence de prestations complexes. Le professionnel doit s'informer des besoins de son client profane. Le client doit pouvoir lui faire ponctuellement confiance. La loyauté contractuelle apparaît également avec le dol.

  Le contenu certain du contrat impose de fixer avec précision les obligations convenues entre les parties. Cette exigence est également apparue pour établir le consentement.

Le contenu licite du contrat impose de respecter des règles impératives.

- Certaines clauses du contrat sont interdites, parce qu'elles ont pour effet de tromper l'attente légitime du client, en le ruinant (contrepartie illusoire : art. 1169 c. civ.)), en faisant semblant de prendre un engagement (manquement à une obligation essentielle : art. 1170 c. civ.) ou en déséquilibrant le contrat sur un aspect secondaire (clause abusive : art. 1171 c. civ.).
- Le respect de l'équilibre du contrat apparaît ponctuellement. Dans les contrats de service conclus sans forfait (art. 1165) et les contrats de distribution sélective (art. 1164 c. civ.), le prix fixé par le créancier ne doit pas être abusif. Le client doit obtenir une contrepartie sérieuse (art. 1169 c. civ.).

Le contenu certain et licite du contrat reprend donc les mêmes principes que ceux gouvernant le consentement au contrat. Le consensualisme est le principe ; le devoir de loyauté est l'exception.

– Le *consensualisme* traite de la parole et du silence. 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.

Le contenu certain et licite du contrat est donc fixé, en principe, librement : la solution correspond à la thèse libérale. Le devoir de loyauté est utilisé par la doctrine solidariste pour contrôler davantage le contrat (en transformant 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.

Conclusion du chapitre 2ème
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** désignent les conséquences qui doivent survenir en raison de la conclusion du contrat. La réalité, juridique et matérielle, devra être modifiée : le contrat aura alors produit un effet. Si le contrat ne modifie pas la réalité, il ne produit aucun effet.

- Le premier effet du contrat consiste à modifier la réalité juridique : désormais, tous doivent savoir que l'acquéreur de l'immeuble en est le propriétaire. Le contrat est une « des différentes manières dont on acquiert la propriété » (livre III) : dès lors que le contrat est un acte juridique valide, il produira un effet juridique.
- Le deuxième effet du contrat consiste à modifier la réalité matérielle. L'acquéreur, devenu propriétaire officiel, doit obtenir la délivrance du bien par le vendeur. L'exécution des obligations prévues au contrat permettra de faire correspondre la réalité juridique à la réalité matérielle.

Les effets du contrat désignent donc la modification de la réalité qui résulte de la formation du contrat : la réalité juridique est modifiée, parce que la valeur du contrat est reconnue ; la réalité matérielle se modifiera, conformément à la réalité juridique, avec l'exécution des obligations contenues dans le contrat.

Le premier effet du contrat consiste à modifier la réalité juridique, conformément à la volonté qui s'est exprimée dans l'acte juridique qu'est le contrat. Le contrat est un acte juridique qui produit « des effets de droit » (art. 1100-1 c. civ.[1]). Il a vocation à s'inscrire dans la légalité, comme une loi.

- Le contrat est un titre juridique qui atteste que le nouveau propriétaire ou possesseur d'un bien est l'acquéreur (contrat de vente) ou le locataire (contrat de bail). Les obligations contenues dans le contrat, avant même qu'elles ne soient exécutées, ont vocation à modifier la réalité juridique.
- Il pourra arriver que des contrats contradictoires soient conclus : le propriétaire vend son immeuble à l'un, le premier jour, puis à un autre, le deuxième jour. Un seul de ces contrats sera valable : il faudra identifier lequel.

L'effet de droit produit par le contrat consiste donc à modifier la réalité juridique, en réalité parce que la valeur du contrat est reconnue. Si le contrat est dépourvu de valeur, il ne devra produire aucun effet de droit : il ne doit pas modifier la réalité juridique.

[1] 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. »

Le deuxième effet du contrat consistera à *modifier la réalité matérielle*, afin qu'elle corresponde à la réalité juridique qui vient d'être modifiée par le contrat. Les obligations contenues dans le contrat devront être exécutées, selon une modalité qui n'a d'ailleurs rien de spécifique au contrat.

– Tout créancier (contractant ou non) a droit à l'exécution de la prestation. La question relève du régime général de l'obligation : l'obligation (de source contractuelle comme légale) s'éteint par le paiement, volontaire ou, à défaut, forcé. Le créancier (par ailleurs contractant) est dans une situation commune, quand il attend que l'acquéreur paye le prix qu'il doit ou quand l'acquéreur attend la délivrance du bien vendu. On se souvient des paroles de Spinoza[1] qui affirmait qu'un contractant ne promettait que des obligations : les belles promesses n'auront pour effet que celui établi en régime général des obligations.

– Le créancier, en tant que contractant, bénéficiera quelques de prérogatives spécifiques, établies en droit du contrat. La logique du donnant-donnant propre au contrat synallagmatique conduira un contractant à refuser de livrer sa prestation tant que l'autre n'est pas en mesure de verser la contrepartie : l'exception d'inexécution est une mesure spécifique prévue en droit du contrat.

L'exécution du contrat donnera lieu à des mesures spécifiques, établies en droit du contrat. Il s'agira de s'assurer que la réalité matérielle sera modifiée conformément à la logique du contrat (en respectant notamment l'équilibre lors de l'exécution des prestation et contre-prestation).

Les effets du contrat désignent donc la modification de la réalité produite par la conclusion du contrat.

– La modification de la réalité juridique a lieu parce que la valeur du contrat (chapitre 1er) est reconnue ;

– En conséquence, la réalité matérielle devra, elle aussi, être modifiée, par l'exécution du contrat (chapitre 2ème).

600-1. Les « **effets du contrat** », selon l'intitulé du chapitre IV, donnent lieu à un catalogue de dispositions dont le contenu peut surprendre à première vue. Les rédacteurs de l'ordonnance de 2016 ont considéré que les effets du contrat ne pouvaient exister que lorsque le contrat était correctement formé ; la conséquence tirée d'un vice du contrat figure donc au chapitre 2 (« La formation du contrat »).

Le plan-catalogue du *chapitre IV* inclut des sections composées de plusieurs dizaines d'article pour certaines, de quelques articles pour d'autres.

[1] Spinoza, supra n° 3-1 : « 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 (...) »

– La section 1ère, intitulée « Les effets du contrat entre les parties » (art. 1193 à 1198 c. civ.) traite, pour l'essentiel, de la force obligatoire du contrat. Quelques dispositions auraient être traitées ailleurs, dans celles consacrées au contenu du contrat (ainsi, l'obligation de renégocier le contrat, en présence d'une imprévision ; de même, pour les obligations sous-entendues).

– La section 2, intitulée « Les effets du contrat à l'égard des tiers » (art. 1199 à 1209 c. civ.) traite (effectivement) des effets du contrat sur les tiers : les contractants n'ont pas la compétence pour obliger les tiers (dans le cadre d'une obligation au sens strict : une prestation dotée d'un vecteur qui serait établi envers un tiers) ; les tiers sont obligés de tenir compte du contrat, lorsque quelques conditions sont remplies.

– La section 3, intitulée « La durée du contrat » (art. 1210 à 1215 c. civ.), traite d'une question centrée sur le contenu du contrat (conclu à durée déterminée ou indéterminée) (supra).

– La section 4, intitulée « La cession de contrat » (art. 1216 à 1216-3 c. civ.) traite d'une question particulière, celle du remplacement d'un contractant par un tiers ; plus généralement, lorsque survient un imprévu, il s'agira de savoir comment exécuter le contrat. La question relève donc de l'exécution (infra, chapitre 2e).

– La section 5, intitulée « L'inexécution du contrat » (art. 1217 à 1231-7 c. civ.) traite des mesures à disposition du créancier qui n'obtient pas l'exécution de la prestation à laquelle il a droit. Ces dispositions, là encore, sont centrées sur l'exécution (incorrecte, en l'occurrence) du contrat (infra, chapitre 2e).

La section 4, intitulée « Les sanctions » (art. 1178 à 1187 c. civ.) est incluse dans le chapitre 2, intitulé « La formation du contrat ». Ces dispositions tirent la conséquence du non-respect des conditions de formation (pour la nullité) et de la perte de la justification du contrat correctement formé (pour la caducité). Le point commun entre les deux notions est l'absence de valeur du contrat.

La présentation des effets du contrat conduira à préférer le plan classiquement adopté dans la doctrine. Lorsque la valeur du contrat est acquise (chapitre 1er), l'exécution du contrat (chapitre 2e) devra avoir lieu.

chapitre 1er

La valeur du contrat : *la modification de la réalité juridique*

601. La **valeur du contrat** sera reconnue, lorsqu'il produit un « effet de droit », c-à-d. lorsqu'il modifie la réalité juridique, comme peut le faire une loi ou un arrêté. Cette valeur du contrat est affirmée à l'article 1103 c. civ. : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». Le contrat s'inscrit dans la légalité, comme une loi : il « tient lieu de loi », au sens littéral du terme ; cet effet « de droit » survient parce que le contrat est un acte juridique valide, un contrat « légalement formé ».

Le contrat « tient lieu de loi » lorsque sa force obligatoire est reconnue, non seulement par les contractants eux-mêmes (qui « ont fait » le contrat), mais également par les tiers, lesquels prendront en compte le contrat de vente pour identifier le nouveau propriétaire du bien. L'effet de droit du contrat consiste donc à modifier la réalité juridique, exactement comme le fait un arrêté municipal interdisant de stationner dans telle rue. Tant que le contrat ou l'arrêté n'est pas annulé, il produira son effet de droit (dénommé force obligatoire, pour le contrat).

Cette modification de la réalité juridique n'est toutefois justifiée que si le contrat s'est « légalement formé ». Si ce n'est pas le cas, parce que les contractants n'ont pas respecté les conditions de formation du contrat, leur accord ne sera pas un acte juridique valide : il sera nul, et ne devra pas avoir modifié la réalité juridique, ce qui imposera de la considérer rétrospectivement.

La valeur du contrat, reconnue ou refusée, consiste donc exclusivement à considérer la réalité juridique (indépendamment de ce que les contractants ont pu exécuter). Lorsque la valeur du contrat est reconnue, on parlera de sa force obligatoire (section 1ère). Lorsque sa valeur est refusée, on parlera de sa nullité (section 2ème).

Section 1ère

La force obligatoire du contrat : *le contrat tient lieu de loi*

Résumé :

La **force obligatoire du contrat** impose de respecter la réalité juridique née du contrat, lorsque deux conditions impliquant les tiers sont remplies. Premièrement, les contractants doivent positionner correctement les obligations du contrat, sans empiéter sur la compétence des tiers. Deuxièmement, les tiers doivent être tenus du devoir légal de respecter le contrat. Alors le contrat tiendra lieu de loi.

Chaque obligation (au sens du régime général : une prestation dotée de son vecteur) doit être positionnée correctement pour être pourvue de sa force obligatoire. La loi fixe, avec cette première condition, le domaine de compétence des contractants par rapport à celui des tiers.

- Chaque contractant exerce sa compétence quand il se rend débiteur (compétence personnelle) et lorsque la prestation porte sur un objet qu'il maîtrise (compétence matérielle).
- Les contractants sont en principe incompétents, lorsque le vecteur de l'obligation est positionné dans le patrimoine d'un tiers, à une exception près (la stipulation pour autrui).

Lorsque les règles de compétence sont violées, le contrat est dépourvu de toute force obligatoire. Il en va ainsi, même si la formation du contrat était exempte de vice. Lorsque les contractants respectent leur compétence, leur contrat pourra modifier la réalité juridique, comme une loi, si la seconde condition est également remplie.

Le contrat ne pourra s'insérer dans la réalité juridique, et donc être doté de sa pleine force obligatoire, que si les tiers sont tenus du *devoir légal de respecter le contrat*. À défaut, le contrat leur sera inopposable.

- Le contrat devient opposable aux tiers, lorsqu'ils ont été correctement informés de son existence et de son contenu. Les tiers (comme les contractants) sont alors "obligés" de respecter la réalité juridique modifiée par le contrat. La force obligatoire du contrat est alors entière.
- Lorsqu'un tiers n'est pas correctement informé de l'existence du contrat ou lorsque son contenu porte atteinte à son intérêt légitime, le contrat lui sera inopposable. Le tiers l'ignorera. Si le tiers exerce une prérogative, conformément à la réalité juridique qui est restée la sienne, la force obligatoire du contrat (acquise entre les contractants) sera altérée.

La force obligatoire du contrat traite donc de l'insertion du contrat dans la légalité. Elle est l'une des deux composantes (à côté des conditions de formation du contrat, conduisant à admettre la validité du contrat, en tant qu'acte juridique) qui établissent la valeur du contrat, envers quiconque (contractants comme tiers). Reste ensuite à exécuter le contrat.

---

602. La **force obligatoire du contrat** traite des règles par lesquelles le contrat s'insère dans la réalité juridique (c-à-d. dans la légalité). Lorsque les conditions de la force obligatoire sont remplies, il « tient lieu de loi » : le contrat, avec les obligations qu'il contient, modifie la réalité juridique. Selon l'article 1103 c. civ. (reprenant une formulation issue du fond des temps[1]), « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». Ceux qui ont « fait le contrat » sont les contractants ; ceux qui ne l'ont pas fait sont les tiers.

- Les contractants doivent respecter la décision qu'ils ont prise. Le contrat (« légalement formé », c-à-d. devenu un acte juridique) s'impose à eux : il est la loi des parties et (a priori) les obligations nées du contrat devront être exécutées par les contractants.
- Le contrat, en revanche, n'est pas la loi des tiers, puisqu'ils ne l'ont pas « fait » (art. 1103 c. civ. a contrario). Plus précisément, ils n'auront pas à exécuter les obligations nées du contrat ; mais ils seront obligés de tenir compte de la décision des contractants (lorsque certaines conditions sont remplies).

La force obligatoire du contrat[2] impose donc deux "devoirs" (notion à préciser, et non juridique à ce stade) de respect différents, en fonction de leurs destinataires.

En effet, le devoir de respect est un terme ambigu, tout comme d'ailleurs celui d'obligation : le débiteur qui doit exécuter une prestation au profit de son créancier est-il obligé ou tenu d'un devoir similaire à celui auquel est tenu le tiers "obligé" de constater qu'une vente a eu lieu ? Le respect du contrat par les contractants signifie autre chose que le respect du contrat par les tiers.

603. Le **respect du contrat par les contractants** signifierait que les contractants seraient seuls tenus d'exécuter les obligations nées du contrat, puisque seuls les contractants « ont fait » le contrat. Cette précision donnée par l'article 1103 c. civ. introduit malheureusement plus de confusion que de clarté :

- Premièrement, en quoi est-il question ici de force obligatoire de leur contrat ? En réalité, il s'agit d'une question d'exécution des obligations contenues dans le contrat. Or, on le verra, la force obligatoire du contrat affirme simplement que le contrat « tient lieu de

[1] Selon François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 2013, 11e éd., coll. Précis Dalloz, n°438, p.485, la formulation est reprise de Jean 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 ».

[2] Sur la réforme de 2016 : Sébastien Pellé, « L'effet relatif et l'opposabilité du contrat : *statu quo* ? », *in* Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité, 2016, PUPPA, p. 143 ; D. Mazeaud, « Contrat, responsabilité et tiers… (du nouveau à l'horizon…) », *in* Mélanges Ph. le Tourneau, 2008, Dalloz, p. 745.

loi » : le contrat s'inscrira dans la légalité. Peu importe ici de savoir si cette légalité sera exécutée correctement ou non (infra, chapitre 2ème).

– Deuxièmement, on suppose que les contractants qui ont « fait le contrat » seront tenus d'exécuter les obligations (au sens du régime général : des vecteurs portant des prestations). C'est fréquemment le cas lorsque les obligations lient les seuls contractants (comme dans la vente d'un bien) ; mais leur contrat peut avoir pour seul effet de modifier le vecteur : dans la cession de créance, le débiteur (tiers à la cession de créance) exécutera sa prestation au profit de son nouveau créancier, conformément à la force obligatoire du contrat de cession de créance.

La force obligatoire du contrat n'impose donc pas nécessairement aux contractants d'exécuter la prestation, parce que la force obligatoire ne pose pas une question d'exécution.

En réalité, la force obligatoire du contrat sera acquise entre les contractants, lorsqu'ils *respectent leur domaine de compétence*, sans empiéter sur celui des tiers : alors, les obligations nées du contrat (obligations, au sens du régime général) pourront s'inscrire dans la réalité juridique établie par le contrat. Si les contractants empiètent sur le domaine de compétence des tiers, les obligations nées de leur contrat seront dépourvues de force obligatoire, puisqu'ils n'ont pas le pouvoir d'obliger un tiers, en créant à sa charge (ou même à son profit) une obligation (définie comme un vecteur portant une prestation).

– Les contractants ont le pouvoir de créer entre eux des obligations : ils exercent leur compétence, lorsque l'un s'engage en tant que débiteur (du prix) et l'autre en tant que créancier (du prix).

– Les contractants n'ont pas le pouvoir de s'entendre entre eux pour rendre un tiers débiteur (ni même créancier). Une telle obligation prévue au contrat serait dépourvue de force obligatoire. Le tiers est et restera étranger à la décision des contractants.

Selon l'article 1199 c. civ., « Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. » Le texte signifie que le pouvoir des contractants ne leur permet pas d'obliger les tiers[1].

L'affirmation selon laquelle le contrat tient lieu de loi aux seuls contractants (art. 1103 c. civ.) sera donc précisée par l'article 1199 c. civ. : les obligations (au sens du régime général) doivent être correctement positionnées. Comprendre : les contractants doivent exercer leur compétence en

[1] C'est le sens de l'adage res inter alios acta (res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest : une chose actée entre les uns ne peut nuire ni profiter aux autres) : « titre 7, 60, du code de Justinien. Au Digeste (D 42, 1, 63 ; 44,1 ,10), les textes parlent de res iudicata. » selon Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire du droit civil*, coll. Précis Dalloz, Dalloz, 2e éd., 2010, n°598, p. 901.

respectant (c-à-d. sans empiéter sur) celle des tiers. Cette compétence des contractants porte sur les obligations (au sens du régime général), et non sur les devoirs (au sens d'interdictions).

604. Le **respect du contrat par les tiers** signifie que les tiers ont le devoir de prendre en compte (à certaines conditions) la décision prise par les contractants. Les tiers seront alors "obligés", c-à-d. tenus d'un devoir imposé par la loi, similaire au devoir de prudence qui pèse sur chacun.
Ce devoir pesant sur les tiers ne va pas de soi dans la mesure où les contractants n'exercent aucun pouvoir sur eux.

- Les tiers (qui ont leurs propres intérêts à défendre) ne sont pas naturellement disposés à "obéir" à des contractants qui prennent leurs décisions dans leur propre intérêt, et non dans celui des tiers. Si le trésor public fait saisir l'immeuble de son débiteur et apprend que l'immeuble vient d'être vendu à un tiers, le contrat de vente bloque-t-il la saisie ?
- Pour imposer aux tiers le devoir de respecter la décision des contractants, il faudra une disposition légale, fixant les conditions que le contrat doit remplir pour devenir opposable aux tiers : les tiers seront alors contraints ("obligés") de respecter le contrat (décidé par les contractants, a priori dans leur propre intérêt).

  Selon l'article 1200 c. civ., « Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. » Ce devoir de respect est légal : la loi impose d'agir conformément à la réalité juridique modifiée par le contrat.

Le devoir légal de respecter le contrat est une illustration particulière du devoir plus général de *respecter la légalité* qui pèse sur quiconque. La légalité inclut les interdits (de stationnement résultant d'un arrêté municipal ...), les décisions légalement prises (nomination, révocation ...), les lois et les contrats. Le respect de la légalité s'impose à tous, et donc, en présence d'un contrat, également aux tiers.
On remarque que l'article 1200 c. civ. ne précise pas les conditions que les contractants doivent respecter pour que le devoir de respect pesant sur les tiers puisse naître. Le législateur doit promulguer la loi pour qu'elle s'inscrive dans la légalité (et entre en vigueur : art. 1er c. civ.) ; il est probable que les contractants devront respecter certaines conditions pour que leur contrat devienne opposable aux tiers.

605. Si la force obligatoire du contrat consiste, littéralement, à affirmer que le contrat **« tient lieu de loi »**, c'est parce qu'il a acquiert une « force légale ». Cette valeur que prend le contrat produira

un effet spécifique : le contrat s'insérera dans la légalité. Pour produire cet effet, dont le contrat est dépourvu tant qu'il n'est qu'un acte juridique respectant ses conditions de formation, certaines conditions seront à remplir.

Le contrat qui respecte les conditions de formation légalement imposées (le contrat « légalement formé », comme il est dit à l'article 1103 c. civ.) est un acte juridique valide. Sa validité et sa force obligatoire sont deux questions différentes[1]. Ce cas de figure est traité à l'article 1198 c. civ., donc en droit du contrat et, plus précisément, juste avant les articles 1199 et 1200 qui forment le cœur de la force obligatoire.

- Il est possible qu'un contrat valide (ne présentant aucun vice de formation : donc un contrat « légalement formé » comme le dit l'article 1103 c. civ.) soit dépourvu de sa force obligatoire. Le contrat conclu entre le vendeur d'un immeuble et son (premier) acquéreur remplit ses conditions de formation : il est valide, et non annulable. Mais si, peu après, le vendeur vend le même immeuble à un tiers de bonne foi qui publie en premier la vente, seul le second contrat sera doté de sa force obligatoire, selon l'article 1198 al. 2 c. civ.[2] ; ce qui signifie que le premier contrat en sera dépourvu.
- Le législateur aurait pu décider que seul le premier contrat en date aurait été doté de sa force obligatoire, ce qui correspond d'ailleurs à la solution adoptée en présence de cession de créances successives. Selon l'article 1325 c. civ., « Le concours entre cessionnaires successifs d'une créance se résout en faveur du premier en date ».

  La valeur que procure au contrat sa force obligatoire est de lui permettre d'intégrer la légalité. Lorsque deux contrats sont incompatibles entre eux (cas précédent), l'un d'eux au moins devra être privé de sa force obligatoire.

Reste à savoir quelles sont les conditions spécifiques requises pour qu'un contrat (et plus généralement un acte juridique) puisse tenir lieu de loi, en s'inscrivant dans la réalité juridique. Les articles 1199 et 1200 c. civ. imposent deux catégories de conditions (cumulatives), ayant pour seul et unique objet la réalité juridique :

- Premièrement, les contractants doivent respecter leur domaine de compétence (§1er).
- Deuxièmement, les tiers doivent respecter la légalité modifiée par le contrat (§2ème).

[1] Voir Mathias Latina, « Contrat : généralités », Répertoire de droit civil », 2017, Dalloz, n°2 : « L'ancien droit romain n'envisageait ainsi que des acta (actum), tel le nexum, évoqué par la loi des XII tables, qui constituait une sorte de prêt à intérêt. Ces acta, qui étaient unilatéraux et éminemment formalistes, tiraient leur effet obligatoire, non pas de la volonté des parties, mais du respect de la procédure prescrite par les pontifes. » Ces acta tiraient-ils leur validité ou leur force obligatoire du respect de la forme ?

[2] Art. 1198 al. 2 c. civ. : « 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. »

§1er/ Le respect de leur compétence par les contractants :

l'obligation correctement positionnée

606. Le **respect de leur compétence par les contractants** est la première condition exigée pour que leur contrat puisse acquérir une force obligatoire. Les obligations (au sens du régime général) prévues au contrat doivent être positionnées correctement. Chaque contractant doit respecter les limites de sa compétence et la limite de cette compétence est atteinte (comprendre : dépassée) quand un tiers serait obligé par un contrat (auquel, par définition, il n'est pas partie). Chacun ne doit agir que dans son domaine propre de compétence : les contractants n'ont que le pouvoir de s'obliger eux-mêmes ; ils n'ont pas le pouvoir d'obliger les tiers.

Le *pouvoir des contractants de ne s'obliger qu'eux-mêmes* est affirmé par l'article 1199 al. 1er c. civ., selon lequel « Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties ». La formulation restrictive (« ne … que ») limite le domaine de compétence des contractants aux matières dont ils ont la maîtrise.

- Si le propriétaire d'un bien décide de le vendre et trouve un acquéreur, le contrat de vente créera deux obligations, l'une du vendeur envers l'acquéreur (délivrer le bien), l'autre de l'acquéreur envers le vendeur (payer le prix). Les vecteurs des obligations contractuelles sont établis entre les patrimoines des deux cocontractants.
- Si le propriétaire d'une créance (cédant) décide de la vendre et trouve un acquéreur (cessionnaire), le débiteur (cédé) devra payer son nouveau créancier (cessionnaire). Le contrat de cession de créance transmet une obligation : le pôle négatif du vecteur de l'obligation (la dette) est inchangé ; son pôle positif (la créance) est modifié (par le contrat) et aboutit désormais dans le patrimoine du cessionnaire.

L'alinéa 1er de l'article 1199 c. civ. affirme en substance que les contractants ont le pouvoir de décider par contrat dans les matières qu'ils maîtrisent. C'est en ce sens qu'il faut comprendre que le contrat ne crée d'obligations qu'entre les seuls contractants : le contrat peut faire naître des obligations parce que chacun décide dans son domaine de compétence. Le vendeur peut aliéner le bien dont il est propriétaire ; le créancier (propriétaire de la créance) peut céder sa créance à un tiers.

L'*absence de pouvoir des contractants d'obliger les tiers* signifie que les contractants ne peuvent pas rendre un tiers créancier ou débiteur de l'obligation convenue entre les contractants. C'est ce

qu'affirme, de manière plus obscure, l'article 1199 al. 2 c. civ.[1] : « Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter (...) ».

- Les contractants (bailleur et locataire ; prêteur et emprunteur) ne peuvent pas décider entre eux qu'un tiers sera tenu de payer le loyer ou de rembourser le prêt. Le tiers ne peut pas être rendu débiteur par la décision des contractants : le tiers ne peut pas « se voir contraint d'exécuter le contrat » (en tant que débiteur).
- Les contractants ne peuvent pas non plus décider de rendre un tiers créancier. « Les tiers ne peuvent [pas] demander l'exécution du contrat » en tant que créanciers. Les contractants n'ont pas le pouvoir de créer une obligation dont le vecteur (créance) pourrait intégrer le patrimoine du tiers.

  L'article 1199 al. 2 c. civ. affirme l'absence de pouvoir des contractants envers les tiers : les tiers sont seuls compétents pour gérer leurs propres affaires, en décidant envers qui ils veulent devenir débiteurs et de qui ils acceptent d'être créanciers. Dans ce domaine, les contractants sont incompétents.

Le respect du contrat par les contractants porte donc sur le *domaine de compétence des contractants face aux tiers*. Pour faire naître des obligations (au sens du régime général), grâce au contrat, les contractants exercent leur compétence dans un domaine limité (ce que la doctrine nomme « effet relatif du contrat »[2]). L'article 1199 c. civ., al. 1er et 2e, est exclusivement centré sur cette question qui conditionne la force obligatoire des obligations prévues au contrat.

- Les contractants ont pris leur décision dans leur domaine de compétence. Les obligations prévues par leur contrat pourront être dotées de leur force obligatoires (I).
- Les matières sous la compétence des tiers sont exclues de la force obligatoire du contrat : les contractants sont incompétents pour obliger les tiers (II).

[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] Michel Boudot, « La relativité du contrat. Archéologie d'un concept récent », *in* L'effet relatif du contrat, 2015, LGDJ Lextenson éd., p.43 et suiv., spéc. n°6, p. 46 : le terme "effet relatif de" (et non relatif à) n'est attesté (...) qu'en procédure civile, et pas avant 1838 ». Voir : O. Deshayes, Précisions sur la nature et les fonctions de la règle de l'effet relatif des conventions, *in* Études G. Viney, 2008, LGDJ, p. 333

606-1. La force obligatoire du contrat est reconnue par la loi, lorsque les contractants exercent leur compétence (dérivée[1]) dans le domaine fixé par la loi[2]. Peu importe la volonté des contractants[3]. Le **respect de la parole donnée** et la force obligatoire du contrat sont des questions entièrement différentes.

Le respect de la parole donnée ne confère à l'engagement contractuel *aucune force obligatoire qui serait supérieure ou distincte* de la force obligatoire reconnue à toute obligation pour une raison logique[4]. La force obligatoire d'une loi ou d'une obligation, légale comme contractuelle, consiste uniquement à savoir comment cette règle s'inscrit dans la réalité juridique. Soit elle y figure, soit elle n'y figure pas : la "force" n'est pas graduée.

Le respect de la parole donnée ne confère *pas davantage de poids ou de force exécutoire* à l'obligation contractuelle qu'à une obligation quelconque (supra n°1 et 3-1[5] ; infra, chap. 2ème). Tout débiteur, contractant ou non, doit exécuter son obligation (au sens du régime général), de manière volontaire ou, à défaut, de manière forcée : la question relève du régime général (sauf quelques dispositions spécifiques au contrat, traitées en droit du contrat).

Le respect de la parole donnée n'entretient donc aucun lien avec la force obligatoire du contrat.

I/ Le domaine de compétence des contractants : *l'obligation imposée à eux-mêmes*

607. Le **domaine de compétence des contractants** est limité aux obligations auxquelles ils seront chacun partie. Les contractants ne peuvent « légiférer » (comprendre : établir leur loi contractuelle) que dans ce domaine ; ils n'exercent d'ailleurs leur compétence que sous réserve de celle exercée par le législateur.

La *compétence propre des contractants* (reconnue par la loi) est limitée aux matières qu'ils maîtrisent, sans pouvoir empiéter sur le domaine qui relève de la compétence des tiers au contrat. Lorsque les contractants envisagent le comportement d'un tiers ou l'engagement qu'il pourrait

---

1 Suzanne Lequette, *La notion de contrat. Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats*, RTD civ. 2018 p.541 : « l'analyse de Kelsen [H. Kelsen, *La théorie juridique de la convention*, in Archives de philosophie du droit, 1940, p. 48] a eu le mérite d'opérer une indispensable mise au point quant au fondement de la force obligatoire du contrat : celui-ci puise son effet obligatoire dans la loi et non dans la volonté des parties. Autrement dit, le pouvoir reconnu aux volontés individuelles n'est pas originaire, il est dérivé ; la force obligatoire du contrat vient non de l'accord des volontés mais de la valeur que le droit attribue à celui-ci. »

2 Gaël Chantepie, « Contrat : effets », in Répertoire de droit civil, 2018, n°9.

3 Conception contestée au début du XIXe siècle par Toullier et Larombière (« Que l'on ne dise donc pas que les conventions n'ont de force obligatoire que parce que les lois civiles l'ont ordonné, comme s'il leur avait été possible de supprimer en l'homme la liberté et la conscience ») : les auteurs sont cités (avec les références) par Christophe Jamin, *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil*, D. 2002.901. Voir aussi : Laurent Aynès, *À propos de la force obligatoire du contrat*, RDC 2003. 323, spéc. p.324 : « Le fondement de la force obligatoire peut être trouvé dans l'alliance : la promesse oblige, non tant parce qu'elle a été voulue, que parce qu'elle constitue un signe sur lequel autrui a pu compter ».

4 *Contra* : Jean-Pascal Chazal, *De la signification du mot loi dans l'article 1134, alinéa 1er, du code civil*, RTD civ. 2001. 265 : l'auteur estime que la loi ne fait pas référence à sa force exécutoire, mais à « la règle qui guide le juge dans la recherche de la solution juste ». Il conclut (n°23 et note 131) : « En principe, la convention des parties est une loi pour le juge, c'est-à-dire une règle avec laquelle il doit mesurer les droits et obligations de chacun ». Selon l'auteur, la référence à la loi serait destinée à interdire aux juges de modifier le contrat.

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

prendre, la force obligatoire du contrat ne sera reconnue que si les contractants ne s'imposent qu'à eux-mêmes des obligations. Le vecteur de la dette doit être positionné dans le patrimoine du contractant débiteur ; la prestation qu'il procure doit être la sienne (et pas celle d'un tiers).

La *compétence du législateur* n'est pas entamée par celle des contractants. Le législateur peut donc établir des obligations impératives (imposées par des lois d'ordre public) ou supplétives de volonté. Les unes comme les autres seront soumises à la force obligatoire du contrat, exactement comme les obligations (effectivement) convenues entre les contractants.

- Le législateur décide d'interdire l'indexation du loyer (parce que le logement est classé « G ») : le blocage du loyer est soumis à la force obligatoire du contrat.
- Le législateur impose à l'acquéreur d'un bien d'en assumer les risques (de perte) dès la conclusion du contrat (art. 1196 al. 1er et 3 c. civ.[1]) : si la voiture vendue est volée dans les locaux du garagiste, la perte est subie par l'acquéreur (sauf clause contraire : art. 1196 al. 2 c. civ.[2]).

Le respect de la force obligatoire des obligations nées du contrat s'impose donc parce que les contractants ont exercé leur compétence (propre) dans le domaine que la loi leur reconnaît (1), et ce dans le respect de la compétence exercée par le législateur en droit du contrat (2).

1/ Le domaine de compétence propre aux contractants : *un pouvoir fixé par la loi*

608. Le **domaine de compétence propre aux contractants** est réglé par la loi. Le législateur affirme implicitement que chaque contractant exerce correctement sa compétence, lorsque la dette est positionnée dans son patrimoine (compétence personnelle) et lorsque la prestation porte sur un objet qu'il maîtrise (compétence matérielle).

La *compétence personnelle* consiste à pouvoir s'engager, en tant que débiteur. L'engagement (au sens littéral du terme) signifie que la dette qui figure au passif du patrimoine pourra, à défaut d'exécution volontaire, faire l'objet d'une exécution forcée sur l'ensemble de l'actif du débiteur défaillant (droit de gage général). La force obligatoire du contrat ne sera reconnue que si le contractant a pu engager son patrimoine, et non celui d'un tiers, en devenant, par contrat, débiteur.

La *compétence matérielle* consiste à maîtriser l'objet de l'obligation (au sens du régime général). Pour vendre un bien, il faut en être propriétaire ; pour effectuer une remise de dette, il faut être

[1] Art. 1196 al. 1er 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. »
Al. 3 : « 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. »

[2] Art. 1196 al. 2 c. civ. : « Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi. »

créancier pour l'un et débiteur pour l'autre. Lorsqu'une chose (bien, créance ou dette) fait l'objet d'un contrat, il faut que le contractant dispose du pouvoir de gérer cette chose (et donc que ce pouvoir ne relève pas de la compétence d'un tiers). Le pouvoir de gérer une chose relève de la compétence matérielle.

Le domaine de compétence de chaque contractant sera donc fixé par une double limite[1]. Le contractant doit disposer de la compétence personnelle (a) pour engager son patrimoine. L'obligation doit porter sur un objet qu'il maîtrise, en respectant les limites de sa compétence matérielle (b).

a/ La compétence personnelle du contractant : *le pouvoir de s'engager comme débiteur*

609. La **compétence personnelle du contractant** est respectée, lorsqu'il exerce le pouvoir d'engager le patrimoine qu'il représente. Il reste alors dans sa sphère de compétence (sans déborder sur celle appartenant à un tiers au contrat), quand il « s'engage » (art. 1203 c. civ.) et même quand il se « porte-fort » du fait d'un tiers (art. 1204 c. civ.).

Selon l'article 1203 c. civ., « *On ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même*. » Le contractant qui se rend débiteur exerce son pouvoir dans une sphère limitée (« ne … que ») de compétence. Celui qui agit en tant que représentant d'une personne morale n'engage que le patrimoine de la personne morale, seule engagée « en son propre nom ». Celui qui agit en tant que gérant de son propre patrimoine engage ses biens et ses revenus.

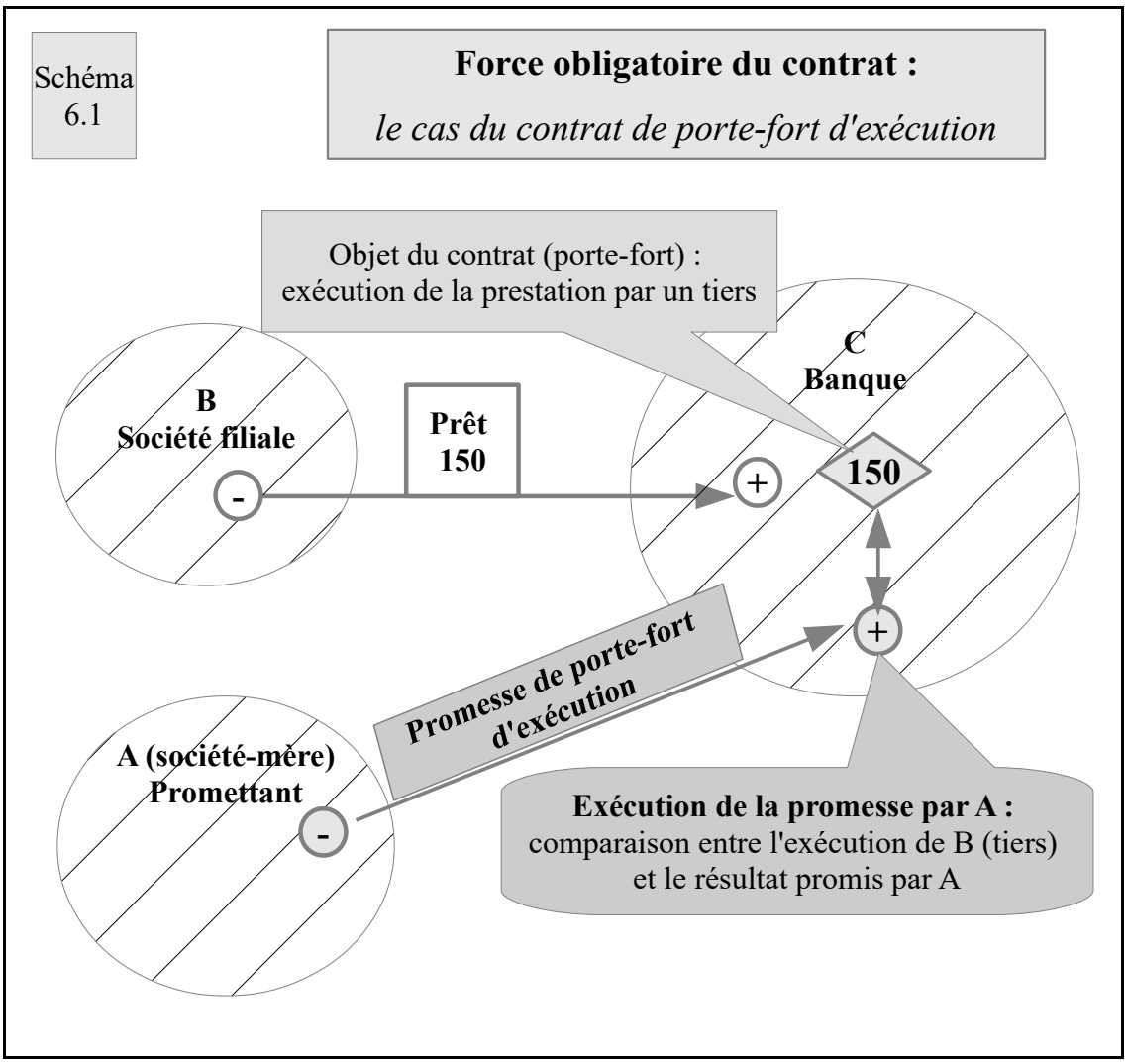
- Le conseil municipal d'une commune expose des dépenses qui conduisent au surendettement de la municipalité : le maire et les membres du conseil municipal ne seront jamais tenus, à titre personnel, du montant extravagant des dépenses communales. Si les impôts doivent augmenter, tous les contribuables de la commune devront payer.
- Le gérant de la sarl souscrit un prêt auprès de la banque : la sarl sera seule tenue de le rembourser. Les biens personnels du gérant ne seront pas saisissables, même quand il commet des fautes de gestion.
- L'entrepreneur individuel (qui exerce sa profession sans créer de société dotée de la personnalité morale) engage son propre patrimoine, quand il emprunte auprès de la banque.

[1] Michel Boudot, « La relativité du contrat. Archéologie d'un concept récent », *in* L'effet relatif du contrat, 2015, LGDJ Lextenson éd., p.43 et suiv., spéc. n°3 p.44 : l'auteur cite Pothier, *Traité des obligations*, n°85 et 87 « Ce principe est qu'une convention n'a effet qu'à l'égard des choses qui ont fait l'objet de la convention, et seulement entre les parties contractantes ».

L'article 1203 est centré sur la compétence personnelle du contractant : il doit disposer du pouvoir de gestion sur le patrimoine dans lequel la dette figurera. S'il n'en dispose pas, la dette n'est pas correctement positionnée : elle ne sera donc pas soumise à la force obligatoire. Celui qui promet qu'un tiers paiera n'engage pas le tiers : il s'engage toutefois lui-même, quand il se porte-fort.

Un contractant respecte son domaine de compétence, même lorsqu'il promet le fait d'un tiers. Selon l'article 1204 al. 1er c. civ., « On peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers. » Dans le *contrat de porte-fort*, un contractant "parie" que le fait d'un tiers aura lieu ou non : le comportement du tiers sera observé, et, en fonction de ce que fait le tiers, la promesse sera tenue ou non. Le tiers reste entièrement libre de faire ce que bon lui semble : les contractants restent dans leur domaine de compétence propre, et donc leur contrat de porte-fort sera soumis à force obligatoire.

- Le contractant qui se porte-fort respecte sa sphère de compétence : il promet que son mandant acceptera de se porter acquéreur d'un bien immobilier, alors même que le mandat ne s'applique pas (parce que le prix d'acquisition prévu dans le mandat est légèrement dépassé). Le contractant qui se porte-fort place bien le vecteur négatif de la prestation dans son propre patrimoine : il promet la ratification d'un acte (art. 1204 al. 3 c. civ.) ou l'exécution d'un fait (art. 1204 al. 2 c. civ.).
  - Le porte-fort d'exécution a pour objet le fait d'un tiers. Le débiteur contractant promet au bailleur que le loyer sera payé à la fin du mois. Selon l'aliéna 2 : « 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. »
  - Le porte-fort de ratification a pour objet la décision d'un tiers. Selon l'aliéna 3, « 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. » Le contractant (agent immobilier agissant en dehors du cadre de son mandant : donc hors pouvoir) promet que son client (tiers au contrat) se portera acquéreur de l'immeuble : si la vente est ratifiée, la promesse est respectée.
- Le tiers (visé par celui qui s'est porté-fort) voit respectée sa sphère de compétence. Le mandant n'est pas tenu de ratifier la vente au-delà du prix maximal fixé. Aucune obligation ne prend sa source dans son patrimoine, ni n'est dirigée vers lui. Le patrimoine du tiers visé n'est pas affecté par le pari sur son comportement.



La compétence personnelle consiste ainsi à s'assurer que la dette (vecteur négatif de l'obligation) est correctement positionnée dans le patrimoine du contractant. C'est la question traitée aux articles 1203 et 1204 c. civ. : le gérant doit disposer du pouvoir d'engager le patrimoine qu'il gère. S'il n'en dispose pas, la dette (qui serait dès lors positionnée dans le patrimoine d'un tiers) sera dépourvue de force obligatoire (sauf disposition légale contraire).

b/ La compétence matérielle du contractant : *la chose au pouvoir de son auteur*

610. La **compétence matérielle** du contractant porte sur tout objet dont il a la maîtrise. En présence d'un contrat, sa sphère de compétence porte sur des obligations nées du contrat, quelle que soit l'opération à effectuer (créer, transmettre ou éteindre une obligation) ; lorsque l'obligation a pour objet une chose, le contractant doit exercer un pouvoir pertinent sur cette chose.

La sphère de compétence matérielle reconnue au contractant débiteur porte sur des *obligations à créer, modifier, transmettre ou éteindre* (art. 1101 c. civ.[1]). La formulation utilisée à l'article 1199 al. 1er c. civ. (« Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. ») ne limite pas la compétence d'un contractant à la seule création d'obligations contractuelles.

- Les obligations nées du contrat peuvent être créées par les contractants : dans un contrat de vente, l'obligation de délivrance (pesant sur le vendeur) et l'obligation de payer le prix (pesant sur l'acquéreur) sont créées par le contrat.
- L'obligation née du contrat peut être transmise : dans la cession de créance, l'objet du contrat (la créance) sera désormais positionnée dans le patrimoine du cessionnaire, et non plus dans celui du cédant. Le contrat de cession de créance crée une obligation : le cédant sera tenu de délivrer la créance au cessionnaire.
- L'obligation née du contrat inclut celle qui consiste à réduire son montant ou à la supprimer purement et simplement. Le contrat de remise de dette modifie ou supprime une obligation : ce résultat est créé par le contrat de remise de dette.

La formulation de l'article 1199 al. 1er c. civ. (« Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties ») signifie que les contractants exercent leur pouvoir sur des obligations, lesquelles sont toutes nées du contrat. La compétence matérielle des contractants n'est pas limitée par l'opération à effectuer sur l'obligation (à créer, transmettre, modifier ou éteindre).

En revanche, ce qui limite la compétence matérielle de chaque contractant, c'est son pouvoir sur la chose (objet de la prestation)[2]. Le contractant doit disposer d'un *pouvoir pertinent* sur la chose qui sert de support à l'obligation née du contrat. Lorsque le contrat porte sur une chose (immeuble à louer ou à sous-louer, à vendre ou à repeindre), le contractant doit être locataire pour sous-louer le logement ; il doit disposer du pouvoir de gestion (légalement fixé) sur le bien indivis ; il doit être propriétaire pour vendre le bien.

- Dans un contrat de vente, l'obligation de délivrance sera soumise à force obligatoire, lorsque le vendeur est propriétaire du bien vendu. Si le vendeur n'est pas propriétaire du bien au moment où l'obligation de délivrance doit être exécutée (parce que le bien n'existe pas ou parce qu'il est la propriété d'un autre), il aura excédé sa compétence matérielle : l'obligation de délivrance sera dépourvue de force obligatoire.

---

[1] 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. »

[2] Franck Juredieu, *L'inoppposabilité du contrat. Analyse conjointe de la sanction du défaut de pouvoir et de la fraude paulienne*, RRJ-droit prospectif, 2023/1, p. 127

– En présence d'une chose indivise (appartenant à plusieurs personnes, chacune détenant une quote-part sur le bien), le régime de l'indivision légale (art. 815-1 et suiv. c. civ.) précise qui exerce le pouvoir de gestion. Le pouvoir d'administrer (louer l'immeuble indivis : art. 815-3 c. civ.[1]) est exercé à la majorité des 2/3 des quote-parts indivises ; le pouvoir d'aliéner la chose (vendre l'immeuble indivis : art. 815-3 al. 3 c. civ.[2]) requiert la décision unanime de tous les coindivisaires. Le droit de l'indivision précise donc les règles de compétence (matérielle) pour contracter avec autrui : le contractant qui excède son pouvoir de gestion agit en dehors de sa compétence matérielle.

– En droit du contrat, lorsqu'un contractant *vend deux fois le même bien*, il excède au moins une fois sa compétence. Le législateur précisera lequel des deux contrats conclus sera pourvu de sa force obligatoire et donc aussi celui qui en sera dépourvu.

610-1. Le législateur établit au profit des contractants une compétence (dérivée), grâce à laquelle ils peuvent s'imposer à eux-mêmes, par contrat, des obligations (à créer, modifier, transmettre ou éteindre). Leur compétence dérivée s'étend-elle à la création, la modification ou l'extinction d'interdits, à savoir des **devoirs** (et non des obligations) ?

La doctrine[3] a remarqué que le contrat peut également contenir des devoirs (des interdits, des normes : l'aide-ménagère ne doit pas accepter de gratification de la part du client[4]) ainsi que des prérogatives (permettre au créancier gagiste de devenir propriétaire du bien gagé, dès la défaillance de son débiteur : pacte commissoire[5]).

– Les prérogatives sont des règles de droit qui permettent à une personne d'obtenir un avantage (exercer une saisie ; revendiquer la propriété d'un bien ...). Elles s'exercent dans le cadre légal, qu'elles naissent du contrat (comme le pacte commissoire) ou directement de la loi. La compétence dérivée des contractants porte également sur les prérogatives.

– Les devoirs sont des interdits (ne pas encombrer les parties communes de l'immeuble ...) qui obéissent à la hiérarchie des normes (constitution, loi, décret …). Lorsque leur légalité est admise, les contractants ont probablement la compétence pour se l'imposer à eux-mêmes.

La jurisprudence reconnaît aux contractants la compétence pour établir entre eux des interdits.

---

[1] Art. 815-3 c. civ. : « Le ou les indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis peuvent, à cette majorité :
1° Effectuer les actes d'administration relatifs aux biens indivis ; (...)
4° Conclure et renouveler les baux autres que ceux portant sur un immeuble à usage agricole, commercial, industriel ou artisanal. »

[2] Art. 815-3 al. 3 c. civ. : « Toutefois, le consentement de tous les indivisaires est requis pour effectuer tout acte qui ne ressortit pas à l'exploitation normale des biens indivis et pour effectuer tout acte de disposition autre que ceux visés au 3°. »

[3] P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. 1999. 771

[4] Civ. 1ère, 25 septembre 2013, n°12-25.160, Bull. n°193 ; Dr. Fam. 2013, comm. 165, B. Beignier ; JCP 2013.1167, note A.-M. Leroyer : l'arrêt semble admettre (implicitement) que l'employeur pouvait faire interdiction à l'aide-ménagère « de recevoir aucune rémunération ni gratification de la personne âgée chez qui elle travaillait ».

[5] Art. 2348 al. 1er c. civ. : « Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé. »

– Le client devra négocier avec l'architecte avant de saisir les tribunaux (Civ. 3e, 28 avril 2011[1]).

– La banque confrontée à un impayé de la part de l'emprunteur sera tenue par la clause de conciliation (Com., 13 oct. 2015[2]).

– Les juges ont inventé une obligation de prudence (l'obligation contractuelle de sécurité) qui serait établie entre les contractants. Si cette obligation est violée, le contractant victime d'une atteinte à ses biens ou à sa personne peut être indemnisé.

611. Le cas de **l'obligation (translative de propriété) contradictoire**, lorsqu'un même bien est vendu deux fois, retient l'attention, en raison de l'angle spécifique sous lequel la question est traitée par le législateur. La force obligatoire du contrat apparaît spécifiquement.

– La question n'est pas ici de savoir si le vendeur a commis une fraude (en sachant qu'il vendait un bien déjà vendu) ou une erreur (en croyant à tort la première vente invalide). La question n'est pas non plus de savoir qui sera le propriétaire légal du bien (question dérivée).

– La question traitée à l'article 1198 c. civ. (en droit du contrat) est de savoir quel contrat sera soumis à force obligatoire et quel autre contrat en sera donc dépourvu.

Selon le législateur, la question n'est pas de savoir si l'un des deux contrats est atteint d'un vice de formation. On remarquera que le contrat premier en date n'en est atteint d'aucun : il sera pourtant parfois dépourvu d'« effet entre les parties » (selon l'intitulé de la section 1ère, du chapitre IV consacré aux effets du contrat). En réalité, il lui manquera sa force obligatoire, parce que le vendeur a excédé sa compétence (matérielle).

Selon l'article 1198 al. 1er 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. » Aux yeux du législateur, la "préférence" donnée à l'acquéreur, second en date mais mis en possession du meuble, signifie que son contrat sera soumis à force obligatoire. En effet, le premier contrat de vente n'est atteint d'aucun vice de formation : s'il est sans valeur, c'est parce que ce contrat ne s'inscrira pas dans la réalité juridique. Il sera dépourvu de force obligatoire.

[1] Civ. 3e, 28 avril 2011, n°10-30.721, Bull. n°58 : (abstrat) « Une clause de conciliation préalable figurant au contrat d'architecte est opposable aux acquéreurs qui agissent par subrogation sur le fondement contractuel à l'encontre de l'architecte, en dépit du fait qu'ils n'auraient pas eu personnellement connaissance de cette clause ». Si la clause est opposable (infra), c'est qu'elle est dotée de force obligatoire.

[2] Com., 13 octobre 2015, n°14-19.734, Bull. ; D. 2015 p. 2068 ; JCP 2015, éd. G, Act., 1165, note Jean-Baptiste Perrier ; JCP 2015, éd. E, II, 1557, note Jean-Denis Pellier ; Gaz. Pal. 2015, 1, p. 25, note Pauline Pailler, p. 9, note Alicia Mâzouz, et p. 15, note Soraya Amrani-Mekki ; RJDA 2015, n° 865.

Selon l'article 1198 al. 2 c. civ., « 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. » L'acquéreur de l'immeuble, premier en date, a conclu un contrat dépourvu de vice : si ce contrat est publié en premier, il s'inscrira dans la réalité juridique. Il sera alors doté de sa force obligatoire. Il en sera privé si la publication a lieu en second (et si le deuxième acquéreur en date est de bonne foi). Là encore, on constate que la force obligatoire du contrat est seule en cause.

Lorsque l'obligation (translative de propriété, en l'occurrence) figurant dans un contrat valide est dépourvue de force obligatoire (parce qu'elle ne s'inscrira pas dans la réalité juridique), le vendeur a excédé sa compétence. Sa compétence personnelle n'est pas en cause : il pouvait se rendre débiteur. Il a dépassé sa compétence matérielle, exactement comme s'il avait vendu la chose d'autrui.

612. Selon l'article 1124 al. 3 c. civ., « Le contrat conclu en **violation de la promesse unilatérale** avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul. » Lorsque le propriétaire d'un bien promet de le vendre à l'un, et qu'il le vend à un autre alors que la promesse est toujours valide, il existe deux contrats incompatibles entre eux. Lequel des deux est soumis à force obligatoire, et donc lequel des deux est-il « nul », selon l'expression utilisée par le législateur ?

Le conflit entre la force obligatoire de la promesse et le contrat conclu avec le tiers de mauvaise foi[1] est réglé par le législateur. Le contractant engagé dans deux contrats contradictoires a excédé sa compétence matérielle : il ne pouvait vendre qu'une fois la chose figurant dans son patrimoine. Le contrat conclu avec le tiers de mauvaise foi est « nul » : peu importe que le bénéficiaire de la promesse unilatérale de contrat lève ou non son option. Le second contrat sera privé de sa force obligatoire.

Le législateur aurait pu prévoir une autre solution, moins radicale : il aurait pu prévoir que le contrat conclu avec le tiers de mauvaise foi était « inopposable » au bénéficiaire de l'option (infra, n°775 et suiv.). Si ce dernier avait décidé de ne pas lever l'option, le second contrat aurait alors bénéficié de la force obligatoire, comme en présence d'une condition suspensive défaillie. En régime général des obligations (art. 1304-6 al. 3 c. civ. [2]), si le premier acquéreur (bénéficiant de la condition suspensive) n'obtient pas son prêt (condition suspensive défaillie), le contrat conclu (de manière illicite) avec le deuxième acquéreur sera soumis à force obligatoire[3].

L'article 1124 al. 3 c. civ. traite de la compétence matérielle du contractant engagé dans deux contrats contradictoires. Le second contrat (conclu avec le tiers de mauvaise foi) sera purement et simplement privé de

[1] Le tiers de bonne foi n'entre pas dans les prévisions du texte. Le conflit se règle autrement : l'acquéreur mis en possession du meuble (art. 1198 al. 1er c. civ.), ayant publié en premier la vente de l'immeuble (art. 1198 al. 2 c. civ.) l'emporte (supra). Le locataire mis en possession le premier pourrait l'emporter.

[2] Art. 1304-6 al. 3 c. civ. : « En cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé. »

[3] *Régime général de l'obligation*, https://celene.univ-orleans.fr/course/view.php?id=5212, n°220.

sa force obligatoire. Le terme « nul » doit être compris comme un synonyme de « dépourvu de toute valeur » ou « inexistant » : cette sanction traduit le choix du législateur.

613. La **compétence matérielle** d'un contractant n'apparaît pas comme une exigence légale explicite. Elle s'induit de certaines solutions légales ponctuelles qui montrent que le législateur est seul compétent pour dire quand un contractant excède ou non sa compétence : c'est le produit d'un choix souverain, non d'une exigence logique.

La compétence matérielle d'un contractant résulte d'une exigence légale, qui apparaît ponctuellement (pour la gestion des biens indivis … ou lorsqu'un vendeur vend deux fois son bien), lorsque le législateur établit une solution dérogatoire.

- En général, en l'absence de texte réglant la question, celui qui vend une chose sans en être propriétaire excède sa compétence. Une disposition ponctuelle peut illustrer ce cas. Ainsi, le contrat conclu par le cessionnaire d'une créance, second en date, sera dépourvu de force obligatoire (art. 1325 c. civ.[1]) : il ne pourra pas s'inscrire dans la réalité juridique, car la créance ne figurait plus dans le patrimoine du vendeur.
- Quelques solutions ponctuelles établissent des règles dérogatoires de compétence matérielle. C'est le cas avec l'article 1198 c. civ. : les solutions légales ne vont pas de soi. C'est le cas également, lorsqu'une promesse unilatérale de contrat faite avec délai est violée : le deuxième contrat (contradictoire, conclu avec un tiers de mauvaise foi) sera non pas inopposable, mais dépourvu de force obligatoire (art. 1124 al. 3 c. civ.).

Le législateur dispose du pouvoir (souverain) de décider quel acte juridique sera pourvu de sa force obligatoire et quel autre acte juridique en sera dépourvu. La sanction de l'excès de pouvoir est fixée par le législateur (et lui seul).

(614- à 618. : réservés)

619. Le **domaine de compétence des contractants** est donc réglé par la loi. Lorsque chacun d'eux respecte les limites de sa compétence, l'une des deux conditions pour l'obligation née du contrat soit soumise à force obligatoire est remplie. Lorsque cette condition n'est pas respectée, l'obligation née du contrat sera dépourvue de sa force obligatoire.

[1] Art. 1325 c. civ. : « Le concours entre cessionnaires successifs d'une créance se résout en faveur du premier en date ; il dispose d'un recours contre celui auquel le débiteur aurait fait un paiement. »

Lorsque le contractant respecte sa compétence personnelle (en positionnant correctement la dette dans son patrimoine) et sa compétence matérielle (en disposant du pouvoir de gérer une chose qu'il maîtrise), les obligations nées du contrat seront dotées de leur force obligatoire. On note qu'il n'est ici jamais question des conditions de formation du contrat imposées par le législateur.

Lorsque le contractant ne respecte pas sa compétence (personnelle ou matérielle), les obligations nées du contrat seront dépourvues de toute force obligatoire, aussi bien entre les contractants qu'envers les tiers.

- Celui qui prétend vendre une chose (appartenant à autrui) et celui qui prétend l'acquérir ont créé par leur contrat une obligation dépourvue de toute force obligatoire : peu importe ici de savoir si, par ailleurs, leur contrat serait nul ou non.
- Celui qui vend une chose lui appartenant et celui qui l'acquiert par contrat conviennent d'un contrat légalement formé (dépourvu de tout vice de formation) : et pourtant, ce contrat de vente sera dépourvu de force obligatoire, quand le vendeur a ultérieurement vendu une seconde fois à un acquéreur de bonne foi (mis en possession pour un meuble ; ayant publié pour un immeuble). Le législateur a privé le premier contrat de sa force obligatoire (art. 1198 c. civ.).

On peut donc conclure que la force obligatoire du contrat traite d'une question entièrement différente de celle qui porte sur les conditions à la formation des actes juridiques. Ces deux questions ont pourtant un point commun : il s'agit de déterminer la valeur du contrat.

- La valeur du contrat sera reconnue lorsque les conditions de formation sont respectées (par les parties) : leur contrat (acte juridique) est alors valide. Si l'une des conditions de formation n'est pas respectée (et correctement invoquée par celui qui s'en plaint), le contrat sera nul. Et donc dépourvu de valeur.
- Pour qu'il soit soumis à force obligatoire, le contrat doit respecter d'autres conditions, à savoir celles relatives à la compétence de chaque contractant. Si un contractant ne respecte pas sa compétence, le contrat sera dépourvu de force obligatoire. Et donc dépourvu de valeur.

  Les règles de validité d'un acte juridique (à savoir, ses conditions de formation) et les règles de compétences traitent d'une même question générale (la valeur du contrat), mais elles ont chacun un objet distinct. La force obligatoire du contrat fixe la compétence légale reconnue à chaque contractant, sachant que cette reconnaissance légale ne conduit pas le législateur à

renoncer à sa propre compétence. La force obligatoire du contrat porte aussi bien sur les obligations convenues (entre les contractants) que celles qui sont imposées par la loi.

2/ La compétence du législateur : *l'inclusion des obligations légales*

620. La **compétence du législateur** n'est pas entamée par celle des contractants. La loi (au sens large) peut donc imposer, à titre supplétif de volonté ou à titre impératif, des obligations aux contractants. Ces obligations sont soumises (exactement comme les obligations effectivement voulues par les contractants) à la force obligatoire du contrat. Au regard du contenu de ces obligations (de nature à modifier l'équation contractuelle), chaque contractant fera son choix. Soit il accepte, malgré tout, de contracter ; soit il y renonce. Au fond, la situation est similaire à celle d'un contrat d'adhésion (dont les clauses sont dictées par l'un des contractants).

La loi peut imposer, *à titre impératif*, des obligations et elle peut créer des interdits (propres à l'ordre privé créé par le contrat). Ces obligations et ces devoirs sont soumis à force obligatoire (sans que la question de leur condition de formation ne se pose).

- Lorsqu'un créancier professionnel contracte avec une caution, personne physique, il sera tenu (notamment) d'informer annuellement la caution sur l'évolution de la dette garantie. C'est une obligation impérative : elle profite à la caution, personne physique (créancière de l'information) (art. 2302 c. civ.[1]).
- La loi impérative peut décider de surtaxer certains contrats, de sorte que le contrat ne correspondra que très partiellement aux intérêts de l'un et de l'autre. La vente de tabac correspond à 70% à l'intérêt du trésor public, à 20% à celui du buraliste (rémunéré par la vente) : ce sera à prendre ou à laisser pour le client (qui achète un paquet de cigarettes valant 10% du prix).
- La loi peut décider de créer des interdits propre à un contrat. Le devoir de fidélité des époux interdit les relations sexuelles hors mariage : ce devoir n'est pas une obligation (au sens du régime général), c'est un interdit privé.

La loi peut imposer, *à titre supplétif de volonté*, des obligations contractuelles que les contractants pourront écarter par une clause contraire (supra, le contenu du contrat).

[1] Art. 2302 c. civ. : « Le créancier professionnel est tenu, avant le 31 mars de chaque année et à ses frais, de faire connaître à toute caution personne physique le montant du principal de la dette, des intérêts et autres accessoires restant dus au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation garantie, sous peine de déchéance de la garantie des intérêts et pénalités échus depuis la date de la précédente information et jusqu'à celle de la communication de la nouvelle information (...) ».

– En droit du contrat (section 1ère « Les effets du contrat entre les parties », sous-section 1ère « Force obligatoire »), l'article 1194 c. civ.[1] prévoit que le contrat contient des sous-entendus (que les contractants peuvent écarter par une clause explicite), tel que celui de conserver la chose vendue (art. 1197 c. civ.[2]) ;

– Selon l'article 1195 c. civ., le contractant peut demander une renégociation du contrat devenu excessivement onéreux à la suite d'un changement imprévu de circonstances. Une clause explicite du contrat peut prévoir que le contractant assume le risque de l'imprévision ;

– Selon l'article 1196 c. civ.[3], le contrat translatif de propriété (vente, donation, échange … cession de créance) produit son effet lors de la conclusion du contrat. Le contrat peut retarder la date du transfert de la propriété.

– En droit des contrats spéciaux, le contrat de bail d'habitation se renouvelle par tacite reconduction (art. 1738 c. civ.).

Les obligations imposées par le législateur aux contractants sont soumises à la force obligatoire du contrat exactement comme les obligations effectivement convenues entre les contractants, à un détail près : les unes ne sont soumises à aucune condition de formation (autre que celle de la loi elle-même), alors que les autres doivent être, en outre, légalement formées (par un consentement valide, ayant pour objet une prestation suffisamment déterminée ...). Toutes, les unes comme les autres, auront la même valeur : elles seront soumises à la force obligatoire du contrat.

(621- à 623. : réservés)

Conclusion I/ Le domaine de compétence des contractants

624. Le **domaine de compétence des contractants** délimite donc leur sphère de compétence face aux tiers. C'est le sens de l'article 1199 al. 1er c. civ., selon lequel « Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. » Le contrat ne peut porter que sur des obligations (au sens du régime général) correctement positionnées dans le patrimoine des contractants, implicitement sans empiéter sur la sphère de compétence des tiers.

---

[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. 1197 c. civ. : « 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. »

[3] 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. »

Premièrement, chaque contractant exerce sa compétence (et vérifie celle de l'autre), afin d'éviter que les obligations contractuelles ne soient mal positionnées ou ne portent sur un objet que l'autre ne maîtrise pas.

- La dette doit être positionnée dans un patrimoine du débiteur. La compétence personnelle est exercée par le gérant du patrimoine.
- La chose, objet de la prestation prévue au contrat, doit figurer (à un titre ou à un autre) dans le patrimoine du contractant qui s'engage. La compétence matérielle est exercée, là encore, par le gérant du patrimoine. L'acquéreur vérifie que son vendeur est propriétaire. Le sous-locataire vérifie que son cocontractant est locataire.

  La sphère de compétence de chaque contractant sera alors respectée : les contractants ne peuvent s'obliger qu'eux-mêmes, à l'exclusion des tiers.

Deuxièmement, le législateur reste compétent pour imposer aux contractants des obligations qui seront intégrées au contrat. La loi tient alors lieu de contrat. Le législateur n'est pas un tiers : c'est lui qui détermine la compétence que les contractants peuvent exercer ; c'est lui qui détermine la sanction applicable, lorsqu'un contractant excède sa compétence. Les dispositions de la section 1ère *Les effets du contrat entre les parties* (art. 1193 à 1198 c. civ.) préciseront la sphère d'extension que les obligations légales peuvent prendre. L'article 1198 clôt la section, en identifiant l'obligation translative de propriété qui soumise à force obligatoire, entre les parties et envers les tiers et celle qui en sera dépourvue, entre les parties comme envers les tiers.

L'article 1199 al. 1er c. civ. traite ainsi de la compétence des contractants face aux tiers. Pour enfoncer le clou, l'article 1199 al. 2 précisera le domaine d'incompétence des contractants.

II/ Le domaine d'incompétence des contractants : *l'obligation imposée au tiers*

625. Le **domaine d'incompétence des contractants** porte sur les obligations (au sens du régime général) dont le vecteur part du patrimoine d'un tiers (dette) ou y aboutit (créance). Selon l'article 1199 al. 2 c. civ. « 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. » Le texte fixe un principe, mais également des exceptions (« sous réserve ... »).

Le *principe* expose la conséquence de l'incompétence des contractants à créer une obligation dans le patrimoine d'un tiers. Le tiers ne peut pas « demander l'exécution du contrat », c-à-d. obtenir la prestation, en tant que créancier ; corrélativement, il ne peut pas non plus « se voir contraint de l'exécuter », en tant que débiteur. Si le vendeur (ancien propriétaire de la maison) n'a pas payé son

électricité, l'acquéreur n'aura pas à payer la facture (quoi que le vendeur et son fournisseur d'énergie aient pu décider). Le principe est dans la logique de la compétence exclusive exercée par chaque gérant de patrimoine : le tiers ne peut être rendu ni créancier, ni débiteur.

Les tiers ne peuvent pas être obligés par les contractants « sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV » (art. 1199 al. 2 in fine c. civ.). Les *exceptions* établies en droit du contrat (« la présente section ») et en régime général des obligations (« chapitre III du titre IV ») permettent donc parfois (exceptionnellement) au tiers de devenir créancier ou débiteur, alors même que le contrat est décidé entre les contractants.

Le domaine d'incompétence des contractants donne donc lieu à des applications pratiques moins nettes qu'attendu. Les contractants ne peuvent pas en principe imposer l'obligation aux tiers (1), sauf exceptions (2).

1/ Le refus de principe de l'obligation imposée au tiers

626. Le **refus de principe de l'obligation imposée au tiers** s'applique sauf texte contraire (établissant une exception). Le contrat (conclu entre les contractants) ne peut pas prévoir que l'obligation (au sens du régime général) aurait son vecteur positionné dans le patrimoine d'un tiers[1]. C'est le sens du début de l'article 1199 al. 2 c. civ. : « Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter ». La rédaction (maladroite) du texte entretient une confusion entre incompétence des contractants à modifier la réalité juridique et exécution de la prestation (qui n'en est que la conséquence).

« Les tiers ne peuvent [pas] demander l'exécution du contrat » signifie, en réalité, que le tiers ne peut pas invoquer la force obligatoire du contrat pour obtenir le profit de la prestation.

- Le banquier (prêteur) ne peut pas (en principe) réclamer directement le montant du loyer au locataire. Le locataire doit son loyer à son bailleur, lequel doit rembourser son emprunt à son banquier. Le banquier ne peut rien réclamer au locataire.
- Le locataire d'une galerie marchande peut réclamer (au titre des suites sous-entendues de l'obligation) à son bailleur que les locaux soient correctement entretenus. Le locataire ne peut rien demander à l'entreprise de nettoyage, lorsqu'elle effectue sa prestation (convenue entre le syndic et la société). La même solution s'impose en présence d'un copropriétaire : il est tiers au contrat conclu entre l'entreprise de nettoyage et le syndic de

[1] Voir : M. Grimaldi, Le contrat et les tiers, *in* Mélanges Ph. Jestaz, 2006, Dalloz, p. 163 ; S. Pellé, L'effet relatif et l'opposabilité du contrat : *statu quo* ?, *in* Quel renouveau pour le droit des contrats ? Une réforme entre tradition et modernité, 2016, PUPPA, p. 143 ; D. Mazeaud, Contrat, responsabilité et tiers… [du nouveau à l'horizon…], *in* Mélanges Ph. le Tourneau, 2008, Dalloz, p. 745.

copropriété ; il n'obtient pas personnellement le profit de la prestation (alors même qu'il habite les lieux).

Le tiers est incompétent pour réclamer le profit de la prestation que le débiteur contractant doit à son créancier contractant. En conséquence, le tiers « ne peut pas demander l'exécution du contrat ».

« Les tiers ne peuvent [pas] se voir contraints d'exécuter [le contrat] » signifie que les contractants n'ont aucune compétence pour décider qu'un tiers serait tenu d'effectuer la prestation, en positionnant la dette (vecteur négatif de l'obligation) dans son patrimoine.

– Le locataire et le copropriétaire ne peuvent pas convenir entre eux que le locataire aura la jouissance privative de la cour de l'immeuble (ou d'une autre partie commune de l'immeuble). Le copropriétaire n'a que le pouvoir de se porter-fort de l'autorisation donnée par le syndicat de la copropriété (supra n°608).

– L'acquéreur d'un fonds de commerce n'est pas tenu de reprendre le passif exposé par le précédent locataire. Les dettes du précédent locataire (cédant du fonds de commerce) lui restent personnelles ; le nouveau locataire (repreneur du fonds de commerce) n'est pas tenu de les payer (Civ. 3e, 7 déc. 2005[1]).

Le refus de principe de l'obligation imposée au tiers signifie donc que les contractants sont incompétents pour obliger un tiers, parce que le tiers a compétence exclusive pour gérer ses affaires. C'est le principe sous-jacent qui explique la conséquence tirée à l'article 1199 al. 2 c. civ.

– Le contrat qui ne respecte pas ce principe de la compétence exclusive du tiers sera (en principe, et sauf exception) dépourvu de valeur, et plus précisément de force obligatoire. Un tel contrat ne s'inscrira jamais dans la réalité juridique.

– L'article 1199 al. 2 c. civ. tire la conséquence de ce principe sous-jacent, au sujet de l'exécution des obligations nées du contrat : le tiers n'est pas tenu d'exécuter ces obligations (au sens du régime général), ni autorisé à en profiter. Sauf exception(s).

626-1. L'incompétence des contractants à **positionner le vecteur de l'obligation** dans le patrimoine d'un tiers vaut en principe, sauf exception légale fixée par un texte. Mais l'exception légale ne sera établie que si le vecteur de l'obligation est effectivement placé dans le patrimoine d'un tiers : si le vecteur n'est placé ni dans le patrimoine d'une partie, ni dans le patrimoine d'un tiers, l'obligation ne pourra pas s'inscrire dans la légalité.

[1] Civ. 3e, 7 déc. 2005, n°04-12.931 , Bull. n°244 ; RDI 2006. 110, obs. Leguay ; RDI 2006. 132, obs. Malinvaud ; RTD com. 2006. 651, obs. Bouloc : « la vente d'un fonds de commerce n'emporte pas de plein droit cession à la charge de l'acheteur du passif des obligations dont le vendeur pourra être tenu en raison des engagements initialement souscrits par lui ».

Malgré l'absence de texte établissant explicitement le principe autrement que par des applications multiples[1], il faut considérer que la clause pénale convenue entre les contractants (en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution de la prestation) ne peut s'appliquer au tiers, subissant un dommage en raison de l'inexécution commise par un contractant.

– La clause pénale ayant pour objet de fixer le montant de l'indemnisation due par le débiteur (contractant) envers son créancier (contractant) en cas d'inexécution ou de retard est soumise à la force obligatoire, puisqu'elle est correctement positionnée entre les deux patrimoines (des contractants) et puisque son objet porte sur une matière (contractuelle) au pouvoir des contractants. Si la marchandise est livrée avec retard, le transporteur devra tel montant à son client.

– La clause pénale convenue entre le transporteur et son client ne peut pas être positionnée entre le patrimoine du transporteur et celui d'un tiers : si le tiers subit une conséquence dommageable, parce que la marchandise est livrée avec retard, la clause pénale ne lui est pas applicable. Son vecteur n'est pas correctement positionné : les contractants sont incompétents. Or, un arrêt (Com., 3 juillet 2024[2]) a considéré que la clause pénale (limitant la responsabilité du transporteur en cas de retard) était « opposable » aux tiers. La solution est inexacte : la décision des contractants ne posait pas une question d'opposabilité (infra), mais de compétence.

Le législateur, seul compétent pour fixer le domaine de compétence de chaque contractant, peut également commettre des erreurs. C'est ce qui semble être le cas, avec l'article 1156 c. civ.[3] : le contrat conclu par le prétendu représentant commettant un excès de pouvoir serait « inopposable au représenté », solution en réalité inexacte.

– En principe, c-à-d. en l'absence de texte, le vecteur mal positionné est dépourvu de force obligatoire. Cette solution s'applique, lorsqu'un prétendu représentant (incapable de produire le moindre acte, dénommé juste titre, pour accréditer l'apparence d'une représentation) conclut un contrat avec un cocontractant. Telle personne prétend avoir reçu mandat pour vendre le bien d'autrui : l'acquéreur ne vérifie pas le pouvoir. Le contrat conclu entre le prétendu représenté et le cocontractant est dépourvu de force obligatoire : la vente immobilière ne peut pas être publiée.

– Selon l'article 1156 al. 1er c. civ., le prétendu représentant, en mesure de présenter un « pouvoir », c-à-d. un juste titre (écrit signé du prétendu représenté), commet un excès de pouvoir quand il agit « sans pouvoir » (il vend un meuble ne figurant pas dans le mandat) ou « au-delà de ses pouvoirs » (il vend un bien, alors qu'il n'a que le pouvoir de l'administrer). Le représenté est alors

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

[2] Com., 3 juillet 2024, n°21-14.947, Bull. ; D. 2024 p.1279 : « 13. Pour ne pas déjouer les prévisions du débiteur, qui s'est engagé en considération de l'économie générale du contrat et ne pas conférer au tiers qui invoque le contrat une position plus avantageuse que celle dont peut se prévaloir le créancier lui-même, le tiers à un contrat qui invoque, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel qui lui a causé un dommage peut se voir opposer les conditions et limites de la responsabilité qui s'appliquent dans les relations entre les contractants. »

[3] 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. »

engagé, quand il adopte un comportement fautif (de nature à accréditer l'idée d'une représentation valide). Lorsque tel n'est pas le cas (le prétendu représenté ne commet aucune faute), le prétendu représenté n'est pas engagé : le contrat conclu entre lui et le cocontractant est dépourvu de force obligatoire. Or, l'article 1156 affirme que le contrat lui serait « inopposable ». La formulation est erronée : l'inopposabilité ne concerne que les tiers au contrat. Or, le représenté est soit partie au contrat (quand il commet une faute), soit il ne l'est pas (quand il ne commet pas de faute). En réalité, le représenté (non fautif) n'est pas « tiers » au contrat : il y est étranger. Tout comme le prétendu représentant, auteur de l'excès de pouvoir : son excès de pouvoir ne le rend pas contractant (puisqu'il a toujours affirmé agir au nom d'autrui, sans s'engager personnellement).

Le positionnement du vecteur de l'obligation obéit à une règle logique qui s'impose même au législateur. Dès lors que l'obligation (au sens du régime général) est formée d'un vecteur portant une prestation, il faut que le vecteur soit polarisé. Si le prétendu représenté et le prétendu représentant sont des tiers à l'obligation, il lui manque un vecteur : le contractant ne peut être débiteur ou créancier de personne. Sauf exception légalement établie :

2/ L'exception : *la stipulation pour autrui*

627. L'**exception** au principe sera instaurée si un tiers peut réclamer le profit d'une prestation (en tant que créancier) ou se voir imposer la charge d'exécuter la prestation convenue par d'autres que lui (à savoir, les contractants). À lire l'article 1199 al. 2 c. civ. (« sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV. »), il y aurait donc des exceptions, les premières instaurées en droit du contrat, les secondes en régime général des obligations. La réalité juridique est moins complexe que ce que suggère la rédaction de l'article 1199 al. 2 c. civ.

Les contractants ont compétence pour *rendre un tiers créancier* en présence d'une stipulation pour autrui (art. 1205 c. civ.[1]). C'est, en réalité, le seul cas admis en droit du contrat : deux contractants s'entendent entre eux pour décider que la créance sera placée dans le patrimoine d'un tiers. Le régime de la stipulation pour autrui, fixé aux articles 1205 à 1209 c. civ., traite exclusivement de la répartition de compétence entre le stipulant et le bénéficiaire (infra).

Les contractants ne peuvent jamais s'entendre entre eux pour rendre un tiers débiteur d'une obligation. Aucune exception n'existe. La seconde série d'exceptions, relevant du régime général de l'obligation, est étrangère au contrat. En résumé, il arrive que des tiers à l'obligation (légale ou contractuelle, peu importe) aient la compétence pour réclamer à un débiteur d'exécuter sa prestation. Le législateur affirme alors que le tiers (à l'obligation) dispose d'un intérêt légitime à voir la

[1] 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. Ce dernier peut être une personne future mais doit être précisément désigné ou pouvoir être déterminé lors de l'exécution de la promesse. »

prestation exécutée. Comme il arrive fréquemment que l'obligation en cause soit contractuelle, le législateur évoque ce type d'exceptions en droit du contrat.

L'unique exception à la compétence de principe sera donc la stipulation pour autrui : un contractant (stipulant) parle en son nom mais place le vecteur positif de l'obligation (donc : la créance) dans le patrimoine d'un tiers (le bénéficiaire) (schéma 6.2).

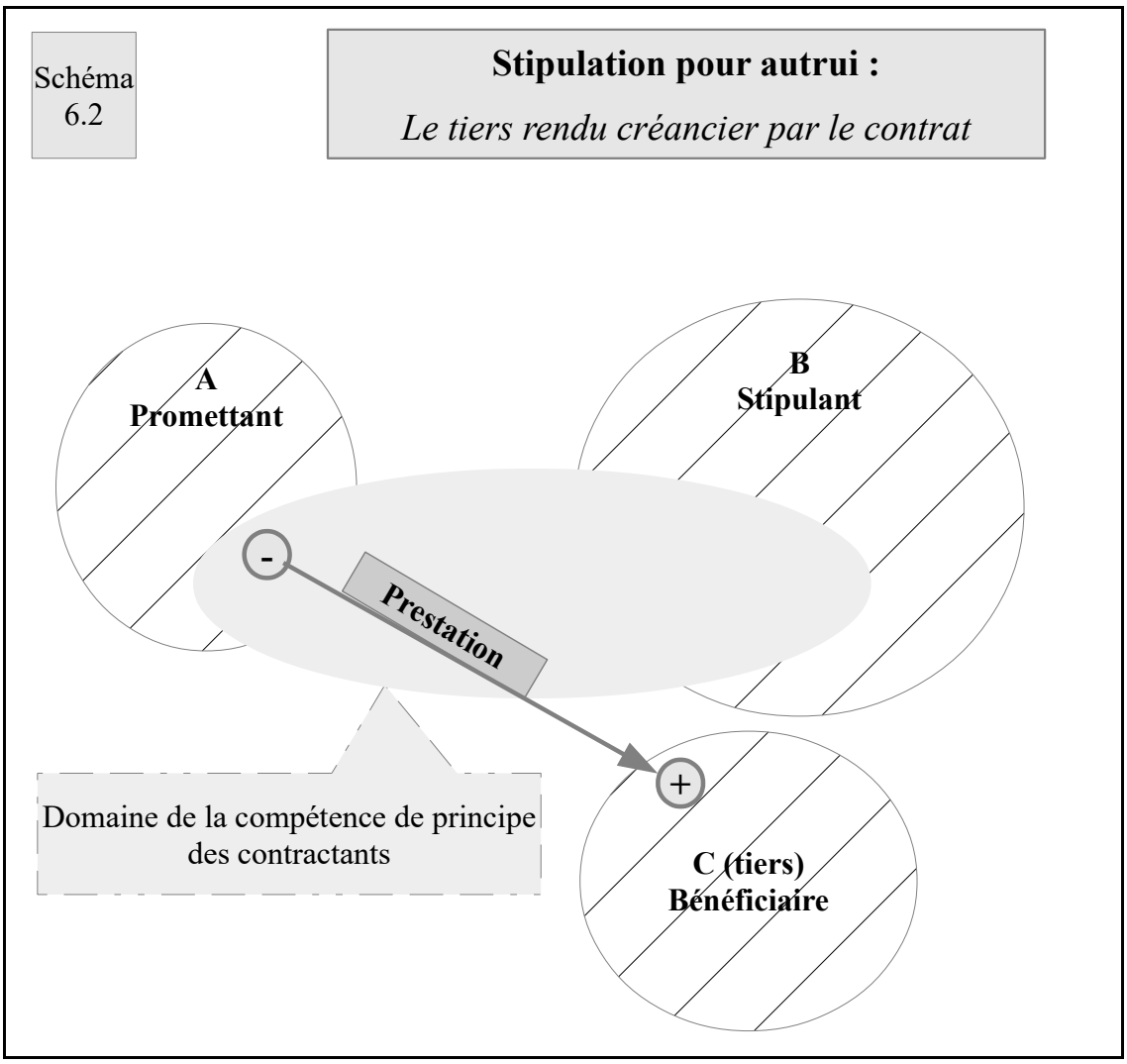
628. En **régime général des obligations**[1]**, les exceptions** prévues permettent à un tiers à l'obligation de demander l'exécution par le débiteur de la prestation, dans deux cas de figure.

Avec l'*action directe*, un créancier (initialement tiers) a le pouvoir de réclamer directement à un contractant (débiteur de la prestation) le profit de la prestation (action directe : art. 1341-3 c. civ.). Un tiers (le trésor public, impayé) peut réclamer à l'employeur du salarié de lui verser directement une fraction du salaire du redevable. C'est une exception, parce que l'employeur (en tant que contractant) ne doit verser le salaire qu'à son salarié (cocontractant) : or, ici, le salaire sera versé à un tiers (le trésor public). Le vecteur de l'obligation (créance) est modifié, lorsque certaines conditions sont remplies : le tiers devient créancier, comme en présence d'une stipulation pour autrui.

Avec l'*action oblique*, un tiers peut également, à certaines conditions (art. 1341-1 c. civ.), demander au contractant-débiteur d'exécuter la prestation au profit de son cocontractant-créancier. La banque peut demander au locataire de payer son loyer au bailleur, lorsque ce dernier ne rembourse pas son emprunt et que sa carence menace la banque. C'est une exception : en principe, la banque n'a pas à s'ingérer dans la relation contractuelle conclue entre le bailleur et son locataire. La banque s'assure que le bailleur-emprunteur disposera d'une ressource.

L'action directe et l'action oblique sont évoquées à l'article 1199 al. 2 c. civ., parce que le législateur traite de l'exécution des obligations nées du contrat. En réalité, cette exécution (infra, chap. 2ème) n'est qu'une conséquence de la compétence, reconnue exceptionnellement à un tiers, de s'ingérer dans les affaires d'une partie à l'obligation (en l'occurrence, le débiteur).

[1] *Régime général de l'obligation,* n°470 et suiv.



729. Le **régime de la stipulation pour autrui** (art. 1205 à 1209 c. civ.[1]) précise le domaine de la compétence du stipulant (auteur de la décision) et du bénéficiaire (tiers devenant créancier). Dans cette opération à trois personnes, il s'agit de déterminer l'intérêt de chacun des protagonistes, en fixant le moment auquel l'obligation du promettant acquiert définitivement sa force obligatoire.

La stipulation pour autrui est une opération à trois personnes fréquente dans le cadre de l'assurance-vie ou de cautionnement professionnels.

- La stipulation pour autrui est couramment pratiquée en présence de cautionnements dits « légaux » (imposés par la loi). Certains professionnels (agence de voyage, notaire, agence immobilière, employeur) ne peuvent exercer leur activité que s'ils sont garantis par une caution. Si le salariés ne sont pas payés par leur employeur en procédure collective, ils le seront par la caution (AGS). Si le notaire ne verse pas au vendeur les fonds versés par l'acquéreur en son étude, la caution garantira le

[1] 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.(...) ».

vendeur. Normalement, le contrat de cautionnement est conclu entre la caution et le créancier (apte à défendre ses intérêts) ; lorsque le créancier (en situation de faiblesse relative : client, salarié) n'est pas apte à défendre ses intérêts, la compétence sera exercée par le stipulant (débiteur).

- La stipulation pour autrui est également couramment pratiquée dans le cadre de l'assurance-vie. Les fonds placés par l'épargnant (stipulant) et gérés par l'organisme de placement (promettant) seront attribués à un tiers (bénéficiaire), lorsque le stipulant pré-décède. L'assurance-vie, soumise à une fiscalité avantageuse, remplit une fonction successorale particulière, au profit d'un bénéficiaire que le stipulant entend favoriser (par rapport aux héritiers désignés par la loi).

La question de fond traitée par le législateur consiste à préciser *la compétence du stipulant et celle du bénéficiaire*, question problématique en raison de la position du vecteur positif de l'obligation. À quel moment la stipulation pour autrui (notamment dans le cadre de l'assurance-vie) acquiert-elle sa force obligatoire, qui peut faire quoi ? Techniquement, les prérogatives (légalement fixées) exercées par le stipulant et celles exercées par le bénéficiaire conduiront à distinguer deux moments, c-à-d. deux types de compétence matérielle.

- La force obligatoire de la stipulation pour autrui est *provisoirement et partiellement acquise* dès que le contrat est conclu entre le promettant et le stipulant. Cette force obligatoire est partielle : le stipulant (dans le cadre de l'assurance-vie) révoquer la désignation du bénéficiaire ; pour le reste, la force obligatoire du contrat est acquise (le promettant et le stipulant sont définitivement engagés : le contrat d'assurance-vie est conclu).

- La force obligatoire de la stipulation pour autrui est définitivement et quasi-complètement acquise lorsque le bénéficiaire accepte. Il devient alors contractant (en remplacement du stipulant). Il ne peut plus être révoqué. Mais le stipulant conserve une prérogative : il peut invoquer (désormais en tant que tiers) la force obligatoire du contrat pour contraindre le promettant à exécuter sa prestation (au profit du bénéficiaire, devenu contractant) (art. 1209 c. civ.)[1].

Le régime de la stipulation pour autrui, tel qu'il est fixé par le législateur, montre qu'il songe avant tout à l'assurance-vie, et qu'il traite, en droit du contrat, d'une exception, parce que la question centrale est celle de la compétence personnelle et matérielle exercée par deux personnes dans une situation très spécifique, l'une par rapport à l'autre (le stipulant et le bénéficiaire). Exceptionnellement, la compétence des deux protagonistes évolue au cours du temps : l'un (stipulant) exerce d'abord une compétence (en tant que contractant) ; puis l'autre (bénéficiaire) obtient à son profit le transfert de la compétence (désormais en tant que contractant : à compter de son acceptation). L'un et l'autre continuent de partager une compétence commune pour imposer l'exécution au débiteur (art. 1209 c. civ.).

630. Le détail des dispositions fixant le régime de la stipulation pour autrui (implicitement : dans le contrat d'assurance-vie) montre que la question est centrée sur la **compétence exercée, de manière disjointe ou conjointe, par le stipulant et par le bénéficiaire**. Le stipulant exerce d'abord une compétence exclusive ; elle sera transférée au bénéficiaire.

[1] Art. 1209 c. civ. : « Le stipulant peut lui-même exiger du promettant l'exécution de son engagement envers le bénéficiaire. »

La *compétence exclusive* exercée par le stipulant, lors de la conclusion du contrat avec le promettant, lui permet de fixer le vecteur (positif) de la prestation dans le patrimoine d'un tiers (le bénéficiaire). La force obligatoire du contrat est acquise définitivement, sous une réserve (la faculté de révocation du bénéficiaire).

– 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 et le vecteur de l'obligation est correctement placé dans son patrimoine. Le stipulant exerce sa compétence : l'obligation du promettant est soumise à la force obligatoire, à une réserve près.

– Le stipulant peut modifier le nom du bénéficiaire, lorsque cette faculté a un sens (art. 1206 al. 2 c. civ.[1]). 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. La faculté de révocation signifie que la force obligatoire du contrat ne porte pas sur l'identité du bénéficiaire.

– La compétence exclusive du stipulant pour révoquer le bénéficiaire donne lieu à une limitation (en cas de décès). Lorsque le stipulant révoque le bénéficiaire (de l'assurance-vie) sans désigner de tiers (bénéficiaire), il devient créancier (art. 1207 al. 2 c. civ.[2]) : il stipule pour lui. Le décès du stipulant entraîne transfert de sa compétence aux héritiers (principe) : mais ces derniers ne pourront toutefois révoquer le nom du bénéficiaire qu'en lui permettant d'accepter (art. 1207 al. 1er c. civ.[3]). La volonté du défunt (contraire aux intérêts des héritiers) sera donc respectée.

– La date à laquelle la révocation acquiert sa force obligatoire est celle à laquelle elle est (unilatéralement) exprimée. Le stipulant doit en informer le promettant (ou le bénéficiaire : art. 1207 al. 3 c. civ.[4]) ; si la révocation a eu lieu par testament (capital-décès), la volonté du stipulant de révoquer sera réputée connue à la date du décès (art. 1207 al. 4 c. civ.[5]).

La compétence exclusive du stipulant en matière de révocation est garantie par une fiction (art. 1207 al. 5 c. civ.[6]). Il n'y aura aucun conflit entre bénéficiaires (contrairement à ce qui peut se produire en présence de ventes multiples : supra), lorsque l'un est désigné puis révoqué (par une décision unilatérale ayant force obligatoire).

---

[1] Art. 1206 al. 2 c. civ. : « Néanmoins le stipulant peut librement révoquer la stipulation tant que le bénéficiaire ne l'a pas acceptée. »

[2] Art. 1207 al. 2 c. civ. : « Si elle n'est pas assortie de la désignation d'un nouveau bénéficiaire, la révocation profite, selon le cas, au stipulant ou à ses héritiers. »

[3] Art. 1207 al. 1er c. civ. : « La révocation ne peut émaner que du stipulant ou, après son décès, de ses héritiers. Ces derniers ne peuvent y procéder qu'à l'expiration d'un délai de trois mois à compter du jour où ils ont mis le bénéficiaire en demeure de l'accepter. »

[4] Art. 1207 al. 3 c. civ. : « La révocation produit effet dès lors que le tiers bénéficiaire ou le promettant en a eu connaissance. »

[5] Art. 1207 al. 4 c. civ. : « Lorsqu'elle est faite par testament, elle prend effet au moment du décès. »

[6] Art. 1207 al. 5 c. civ. : « Le tiers initialement désigné est censé n'avoir jamais bénéficié de la stipulation faite à son profit. »

Le *transfert de compétence* au bénéficiaire a lieu lorsque ce dernier accepte de devenir créancier (art. 1206 al. 3 c. civ.[1]). L'acceptation transforme le tiers (bénéficiaire) en un contractant. Mais ce transfert de compétence a lieu selon deux modalités :

– Le transfert opère substitution de compétence. Le stipulant devient un tiers. L'acceptation du bénéficiaire l'a rendu contractant : il pourra gérer sa créance comme n'importe quel créancier (en cédant à un tiers sa créance contre le promettant).

– Le transfert opère adjonction de compétence. Le stipulant (devenu tiers) et le bénéficiaire (devenu contractant) restent tous deux compétents pour réclamer l'exécution de la prestation au promettant (débiteur). C'est un pouvoir concurrent : l'un et l'autre peuvent agir.

L'acceptation par le bénéficiaire est donc le moment où la force obligatoire de sa décision (unilatérale) a lieu. Il faudra que cette décision soit exprimée, par lui ou par ses héritiers, conformément aux règles gouvernant l'expression du consentement (art. 1208 c. civ.[2]). Une acceptation tacite est admise.

Le régime de détail de la stipulation pour autrui est donc centré sur la compétence, exercée par le stipulant et/ou le stipulant. La compétence exclusive (notamment pour révoquer avant l'acceptation), le transfert de compétence et la compétence partagée sont traités en droit du contrat, parce qu'il s'agit de déterminer le moment exact auquel la décision de chaque contractant (stipulant, promettant et, éventuellement, bénéficiaire) acquiert sa force obligatoire. La question est essentielle : c'est à ce moment qu'une décision produit son effet sur un tiers spécialement intéressé (le bénéficiaire révoqué ; le stipulant devenu tiers).

(631- à 648. : réservés)

Conclusion §1er/ Le respect de leur compétence par les contractants : l'obligation correctement positionnée

649. Le **respect de leur compétence par les contractants** est la première condition requise pour que le contrat acquiert sa force obligatoire : les obligations (la seule matière problématique que traite le législateur) prévues au contrat doivent être positionnées correctement. Si cette condition n'est pas respectée, le contrat sera dépourvu de force obligatoire.

Le contractant qui s'engage (comme débiteur) doit positionner la dette dans son propre patrimoine (compétence personnelle) : il est incompétent pour la positionner dans le patrimoine d'un tiers. L'objet de la prestation à fournir par un contractant doit, en outre, être sous sa maîtrise (compétence matérielle) : il faut être propriétaire d'une chose pour pouvoir la vendre ; il faut en être locataire pour pouvoir la sous-louer. L'incompétence des contractants est sanctionnée par l'absence de force

[1] Art. 1206 al. 3 c. civ. : « La stipulation devient irrévocable au moment où l'acceptation parvient au stipulant ou au promettant. »

[2] Art. 1208 c. civ. : « L'acceptation peut émaner du bénéficiaire ou, après son décès, de ses héritiers. Elle peut être expresse ou tacite. Elle peut intervenir même après le décès du stipulant ou du promettant. »

obligatoire de leur contrat (et ce, même s'il est un acte juridique valablement conclu) : il ne s'inscrira jamais dans la réalité juridique, ni celle des contractants, ni celle des tiers.
Les règles de compétence sont fixées par le législateur et lui seul. Le législateur décide donc dans quels cas un contractant excède sa compétence et dans quels cas (exceptionnels) il ne l'excède pas. Le législateur affirme que le contrat conclu en violation d'une promesse unilatérale est (à certaines conditions) dépourvu de force obligatoire (art. 1124 al. 3 c. civ.[1]), même si le bénéficiaire ne lève pas l'option.
Lorsque chaque contractant respecte les limites de sa compétence, la force obligatoire du contrat est établie *entre les contractants* : le contrat « tient lieu de loi » à ceux « qui l'ont fait ». Entre les contractants, la réalité juridique est modifiée : pour que la réalité juridique des tiers se modifie également, la seconde condition devra être respectée.

§2ème/ Le respect du contrat par les tiers :
le devoir légal imposé aux tiers

650. Le **respect du contrat par les tiers** résulte d'un devoir légal qui impose aux tiers d'admettre que la réalité juridique a été modifiée par le contrat et d'agir en conséquence, en tenant compte des obligations figurant dans le contrat. Le contrat leur est opposable. À l'inverse, lorsque ce devoir légal ne s'impose pas aux tiers, le contrat leur sera inopposable : les tiers pourront faire prévaloir leur intérêt, sans tenir compte du contrat.
Lorsque le contrat est *opposable* aux tiers, l'article 1200 al. 1er c. civ.[2] leur impose un devoir : « Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. » Cette "obligation" leur est imposée, afin que le contrat puisse s'insérer correctement dans la réalité juridique. Le contrat opposable est une réalité juridique respectable.

- L'obligation pesant sur les tiers n'est pas une obligation au sens du régime général : c'est un devoir, similaire au devoir de prudence imposé à chacun lors d'une activité quelconque (art. 1240 c. civ.) ou au devoir de respecter le code de la route.

[1] Art. 1124 al. 3 c. civ. : « Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul. »
[2] 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. »

– L'obligation pesant sur les tiers leur impose de respecter les lois. Les tiers doivent considérer que le contrat (soumis à force obligatoire) a modifié la réalité juridique, à peu près comme le fait une loi (fixant les règles de la circulation : code de la route)[3].

Désormais, les tiers constatent que l'immeuble est vendu : il n'appartient plus au vendeur, mais à l'acquéreur. Cette « situation juridique » produit une conséquence : le créancier du vendeur ne pourra donc plus le saisir, mais le créancier de l'acquéreur le pourra. La force obligatoire du contrat opposable est entière.

Lorsque le contrat est *inopposable* aux tiers, ces derniers sont en droit de considérer que la réalité juridique n'est pas modifiée par le contrat. L'inopposabilité sera toujours invoquée par un tiers spécialement intéressé, parce que le contrat porte atteinte à son intérêt légitime. C'est la raison pour laquelle le devoir de respecter le contrat ne s'impose pas à lui. Le contrat inopposable n'est pas une réalité juridique respectable.

– L'inopposabilité invoquée par un tiers ne conduira pas à l'annulation du contrat conclu entre les parties (parce que la question du respect des conditions de formation de l'acte juridique ne se pose pas). La force obligatoire du contrat reste acquise entre les contractants : ils ont respecté leur domaine de compétence (supra).

– L'inopposabilité signifie que le tiers considère que sa réalité juridique, qui garantit son intérêt légitime, prévaut et qu'elle n'a pas été modifiée par le contrat. Le trésor public considère que la vente immobilière n'a pas eu lieu (faute de publication correcte), et donc qu'il peut toujours saisir l'immeuble pour apurer la dette fiscale du vendeur à son égard. Le tiers agit conformément à la réalité juridique qui est la sienne.

L'inopposabilité permet à un tiers d'exercer une prérogative qui contredit la force obligatoire du contrat. Si cette prérogative est exercée (ce qui est un risque), la force obligatoire du contrat sera altérée : le contrat ne pourra alors pas s'inscrire correctement dans la réalité juridique.

Le respect du contrat par les tiers traite donc des effets que le contrat (opposable ou inopposable) produira envers les tiers.

– Lorsque l'intérêt des contractants est légitime, chaque tiers doit respecter le contrat, même quand il porte atteinte à ses intérêts (lesquels ne sont pas légalement considérés comme suffisamment légitimes). Le contrat est opposable (I) ;

---

[3] Jean-Pascal Chazal, *De la signification du mot loi dans l'article 1134, alinéa 1er, du code civil*, RTD civ. 2001. 265, spéc. n°23 : « En principe, la convention des parties est une loi pour le juge, c'est-à-dire une règle avec laquelle il doit mesurer les droits et obligations de chacun ». L'auteur cite Favart, Locré, t. 12, p. 430, note 131.

– Lorsque l'intérêt du tiers est légitime, il n'a pas à respecter le contrat : son intérêt prévaut sur celui des contractants. Le contrat lui est inopposable (II).

Il pourra donc arriver que le contrat soit opposable à la plupart des tiers (dépourvus d'intérêts légitimes face aux contractants) et qu'il ne le soit pas envers tel tiers (qui défend son intérêt légitime).

I/ L'opposabilité du contrat à l'égard des tiers : *le contrat respectable*

651. L'**opposabilité du contrat à l'égard des tiers** est la conséquence du devoir imposé aux tiers de respecter « la situation juridique créée par le contrat »[1]. Les tiers devront considérer, à certaines conditions que l'article 1200 c. civ. ne mentionne toutefois pas, que le contrat a modifié la réalité juridique (et qu'il a donc une force obligatoire[2]). Le contrat est devenu une réalité juridique respectable.

– La réalité juridique se compose aussi bien des lois proprement dites (au sens large : incluant les autorisations administratives) que des contrats (soumis à force obligatoire : supra, §1er) et autres actes juridiques. La réalité juridique correspond à la légalité.

– La réalité physique n'est pas en cause. Peu importe ici de savoir si le contrat sera ou non correctement exécuté ou si la loi (interdisant le stationnement dans telle rue) sera ou non effectivement respectée.

L'opposabilité du contrat à l'égard des tiers consiste uniquement à fixer le régime de l'obligation (au sens de devoir) de respecter la légalité, et plus précisément celle modifiée par le contrat. Les tiers sont étrangers au contrat : ils ne l'ont pas fait. Pour respecter la légalité, ils devront en être informés correctement ; le contrat produira alors son effet.

L'*information des tiers* sur l'existence et le contenu du contrat n'est pas évoquée dans l'article 1200 al. 1er c. civ. (sauf à admettre que la formulation de l'alinéa 2 in fine y ferait allusion : infra, n°773-1). Cette condition est présupposée : contrairement aux contractants, qui connaissent leur contrat, les tiers devront en être informés pour que le devoir de respecter la légalité (modifiée par le contrat) puisse leur être imposé. À défaut, ils ne pourront pas commettre de faute, en violant ce devoir (source de responsabilité civile). L'information des tiers est donc la source du devoir de respecter le contrat.

---

[1] La formulation se trouve dans Terré, Simler, Lequette, Les obligations, 8e éd., 2002, n°483 : « Le contrat crée entre les parties une situation juridique dont les tiers ne sauraient méconnaître l'existence. Afin d'exprimer cette réalité, on dit que le contrat est opposable aux tiers. »

[2] Pascel Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD Civ. 1999 p.771, spéc. n°53 : « le contrat a force obligatoire aussi bien à l'égard des tiers que pour les parties elles-mêmes, et que c'est cette force obligatoire à l'égard des tiers qu'on appelle habituellement opposabilité. »

L'effet que produit le devoir de respecter le contrat (désormais inscrit dans la réalité juridique) s'imposera aussi bien aux contractants eux-mêmes qu'aux tiers. Les uns (contractants) comme les autres (tiers) peuvent se prévaloir du contrat, c-à-d. invoquer le respect du contrat pour obtenir un avantage (conforme à l'intérêt individuel de celui qui se prévaut du contrat).

- Le vendeur d'immeuble se prévaut du contrat de vente pour interdire au trésor public de saisir l'immeuble (dont le vendeur n'est plus propriétaire, en raison, précisément, de la vente opposable).
- Le trésor public (créancier impayé) se prévaut du contrat de vente pour percevoir les frais de mutation de la part de l'acquéreur (lequel sera également désormais tenu de payer la taxe foncière) … et pour saisir le prix versé par l'acquéreur au vendeur d'immeuble (lorsque ce dernier, débiteur du trésor public, n'a pas payé ses impôts).

Le respect du contrat s'impose à tous, à ceux qui l'ont fait ainsi qu'à ceux qui ne l'ont pas fait. L'opposabilité du contrat à l'égard des tiers sera donc acquise, à la condition que les tiers soient spécifiquement informés de l'existence du contrat et de son contenu (1) ; alors, le devoir de respecter le contrat produira alors son effet (2) : il pourra être invoqué, aussi bien par les contractants que par les tiers.

652. La doctrine[1] a remarqué que le contrat peut également contenir des **devoirs** (des interdits, des normes : l'aide-ménagère ne doit pas accepter de gratification de la part du client[2]) ainsi que des prérogatives (permettre au créancier gagiste de devenir propriétaire du bien gagé, dès la défaillance de son débiteur : pacte commissoire[3]). Les contractants peuvent-ils imposer leur respect aux tiers ?

- Les prérogatives sont des règles de droit qui permettent à une personne d'obtenir un avantage (exercer une saisie ; revendiquer la propriété d'un bien ...). Elles s'exercent dans le cadre légal, qu'elles naissent du contrat (comme le pacte commissoire) ou directement de la loi. La compétence dérivée des contractants porte donc également sur les prérogatives.
- Les devoirs sont des interdits (ne pas encombrer les parties communes de l'immeuble ...) qui obéissent à la hiérarchie des normes (constitution, loi, décret …). Lorsque leur légalité est admise, les contractants ont probablement la compétence pour se l'imposer à eux-mêmes ; mais peuvent-ils l'imposer aux tiers ?

Certains arrêts admettent que les contractants peuvent imposer aux tiers de respecter des devoirs établis par le contrat. Le devoir de négocier avec l'architecte avant de saisir les tribunaux s'impose au contractant et à

1 P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. 1999. 771

2 Civ. 1ère, 25 septembre 2013, n°12-25.160, Bull. n°193 ; Dr. Fam. 2013, comm. 165, B. Beignier ; JCP 2013.1167, note A.-M. Leroyer : l'arrêt semble admettre (implicitement) que l'employeur pouvait faire interdiction à l'aide-ménagère « de recevoir aucune rémunération ni gratification de la personne âgée chez qui elle travaillait ».

3 Art. 2348 al. 1er c. civ. : « Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé. »

l'acquéreur de l'immeuble (Civ. 3e, 28 avril 2011[1]). En suivant cette logique, les contractants pourraient donc imposer aux tiers de respecter le règlement de copropriété de l'immeuble.

D'autres arrêts refusent d'admettre la compétence des contractants pour imposer un devoir à un tiers. La clause de conciliation convenue entre tel prêteur et tel débiteur crée un devoir entre les seuls contractants ; la caution (tiers qui garantit la dette) ne peut en demander l'exécution (Com., 13 oct. 2015[2]). En suivant cette logique, le règlement de copropriété de l'immeuble ne pourrait pas interdire aux tiers de stationner dans les parties communes.

Aucune disposition légale ne règle la question de la compétence qu'auraient les contractants d'imposer aux tiers le respect d'un devoir issu du contrat.

- Le législateur considère que la matière problématique du contrat est celle des obligations (au sens du régime général), auxquelles on peut assimiler les prérogatives ;
- La jurisprudence est divisée sur la compétence des contractants à imposer, par contrat, un interdit applicable aux tiers.

En l'état actuel du droit, il est délicat de reconnaître à des contractants le pouvoir d'imposer des devoirs aux tiers : le législateur n'a pas explicitement délégué ce pouvoir aux contractants.

(653. et 654. : réservés)

1/ L'information des tiers : *la source du devoir de respecter le contrat*

655. L'**information des tiers** est la condition préalable pour que ces derniers soient en mesure de respecter le contrat (en tant qu'acte juridique modifiant la réalité juridique). Les tiers ne peuvent pas, par eux-mêmes, deviner qu'un contrat a été conclu entre les deux contractants : dès que la réalité juridique se modifie (en raison de l'adoption d'une loi, d'un acte individuel nommant telle personne, de la rédaction d'un testament ou de la conclusion d'un contrat), il faudra toujours prévoir un mécanisme d'information. Le contrat n'est pas spécifique de ce point de vue, sauf à constater que « ceux qui ont fait » le contrat (à savoir les contractants) n'ont pas besoin d'en être informés. Seuls les tiers sont visés, ce qui conduira éventuellement à distinguer parmi eux.

Les *tiers au contrat*, au sens de l'article 1200 al. 1er c. civ.[3], ne sont pas uniquement ceux qui n'ont pas conclu le contrat lors de sa formation (en exprimant leur consentement individuel et en le faisant connaître à l'autre : supra, expression de la volonté).

---

[1] Civ. 3e, 28 avril 2011, n°10-30.721, Bull. n°58 : (abstrat) « Une clause de conciliation préalable figurant au contrat d'architecte est opposable aux acquéreurs qui agissent par subrogation sur le fondement contractuel à l'encontre de l'architecte, en dépit du fait qu'ils n'auraient pas eu personnellement connaissance de cette clause ». Si la clause est opposable (infra), c'est qu'elle est légale : donc les contractants pourraient imposer ce devoir à un tiers.

[2] Com., 13 octobre 2015, n°14-19.734, Bull. ; D. 2015 p. 2068 ; JCP 2015, éd. G, Act., 1165, note Jean-Baptiste Perrier ; JCP 2015, éd. E, II, 1557, note Jean-Denis Pellier ; Gaz. Pal. 2015, 1, p. 25, note Pauline Pailler, p. 9, note Alicia Mâzouz, et p. 15, note Soraya Amrani-Mekki ; RJDA 2015, n° 865.

[3] Art. 1200 al. 1er c. civ. : « Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. »

– À la date de conclusion du contrat, les contractants sont effectivement et uniquement ceux qui ont stipulé en leur nom et pour leur compte. À ce moment précis, les tiers sont tous les autres.

– Mais, après la conclusion du contrat, certains événements peuvent survenir et conduire à assimiler des personnes initialement tiers à des contractants[1]. Certains proches (nommés ayants cause[2]) devront éventuellement s'informer par eux-mêmes, afin de savoir si leur auteur (à savoir l'un des contractants originaires) s'est ou non engagé dans certains contrats. Les héritiers sont réputés connaître les contrats conclus par le défunt (ils s'informeront en lisant les documents de leur auteur) ; certains acquéreurs sont également réputés être informés (en présence d'une obligation réelle).

Parmi les tiers à informer sur l'existence et le contenu du contrat, il faudra distinguer (malgré l'absence de texte réglant précisément la question) différents cas de figure (qui peuvent se recouper entre eux) :

– Certains contrats importants sont soumis à publicité obligatoire : légalement, tous les tiers (y compris les héritiers et certains acquéreurs) sont réputés informés, dès l'inscription sur registre. Le mécanisme est similaire à la promulgation de la loi.

– Certains tiers individuellement connus (même en présence de contrats publiés) doivent être informés individuellement, par la notification. Ces tiers seront effectivement informés.

– Le troisième cas s'applique par défaut : en l'absence de publication et de notification, les tiers pourront connaître ou non le contrat. Cette connaissance du contrat sera factuellement prouvée ou non : la question relève du droit de la preuve.

L'information des tiers sur l'existence et le contenu du contrat conduira donc à affirmer que la réalité juridique modifiée par le contrat est fictivement ou effectivement connue, en fonction des différentes techniques d'information.

– La publication d'un contrat (a) impose aux tiers de s'informer eux-mêmes : le contrat est réputé connu.

---

[1] Contra : René Savatier, *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, RTD civ. 1934. 525, spéc. p.533, n°12 (« ce qui apparaît clairement (...) c'est le rétrécissement progerssif, en droit moderne, du principe que l'on ne peut, par contrat, faire naître une obligation à la charge d'un tiers. (...) Il est vriasemblable, par exemple, que des textes interviendront (...) qui déclareront obligatoire, pour les acquéreurs d'appartement, le règlement collectif de la maison (...) » : l'auteur n'assimile pas ces ayants cause aux parties, ce qui le conduit à affirmer que des contractants peuvent rendre débiteurs ou créanciers des tiers.

[2] Voir : O. Deshayes, *Recherches sur les origines de la notion d'ayant cause*, in Mélanges G. Goubeaux, 2009, LGDJ, p. 85

– La notification d'un contrat (b) impose aux contractants d'informer un tiers connu : le contrat est effectivement connu.

– La connaissance du contrat par un tiers (c) sera établie quand un contractant prouve que le tiers était effectivement informé de l'existence et du contenu du contrat.

656. L'information des tiers (définis comme ceux qui ne sont pas les auteurs de l'acte juridique) est une exigence qui s'applique à **toute la réalité juridique, et à elle seule**.

La *réalité juridique* inclut aussi bien la loi (qui doit être promulguée : art. 1er c. civ.[1]), l'acte individuel (art. 1er al. 3 c. civ.), que le contrat et les autres actes juridiques (unilatéraux : testament ; collectifs : règlement intérieur d'une entreprise), ainsi que toutes les obligations (quelle que soit leur source, légale ou contractuelle). Dès lors que la réalité juridique est créée ou modifiée, les auteurs devront exprimer et rendre publique leur décision. L'effet relatif du contrat et l'effet relatif de l'obligation sont donc gouvernés par les mêmes règles : il s'agit de rendre opposable une réalité juridique à des destinataires, en les informant.

Seuls les actes juridiques sont concernés, non les faits juridiques.

– Le fait juridique relève de la réalité matérielle (à savoir, ce qui est) : il survient. La question n'est plus de savoir si ce fait est bon ou mauvais : il existe. On constate que l'un a versé à l'autre un prix (question relative à l'exécution : infra), 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.

– L'acte juridique contient une décision humaine : son auteur (acte juridique unilatéral) ou ses auteurs (contractants) cherchent à imposer aux autres (tiers) de connaître la décision prise, afin de leur imposer le devoir de la respecter. L'objectif des contractants (et plus généralement des auteurs de la décision) est que la la force obligatoire de leur contrat s'étende à « ceux qui ne l'ont pas fait ».

a/ La publicité de certains contrats : *les tiers réputés informés*

657. La **publicité de certains contrats** est destinée à informer des tiers inconnus. Ils devront s'informer par eux-mêmes sur 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).

[1] Art. 1er c. civ. : « Les lois et, lorsqu'ils sont publiés au Journal officiel de la République française, les actes administratifs entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication. Toutefois, l'entrée en vigueur de celles de leurs dispositions dont l'exécution nécessite des mesures d'application est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures.
« En cas d'urgence, entrent en vigueur dès leur publication les lois dont le décret de promulgation le prescrit et les actes administratifs pour lesquels le Gouvernement l'ordonne par une disposition spéciale.
« Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux actes individuels. »

– le registre de l'état civil mentionnera que telle personne s'est mariée … ou est désormais divorcée.

La loi énumère les contrats réputés connus des tiers, lorsqu'une publicité est effectuée (ou réputée l'être) à la diligence des parties (ou de leur représentant : notaire, notamment).

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 hypothèque[1], régime matrimonial, bail à long terme, gage sans dépossession[2] ;

– certaines opérations (soumises à publication dans des journaux dits d'annonces légales) : création d'une société[3], déclaration d'activité effectuée par un entrepreneur individuel, mariage ... ;

– certaines décisions judiciaires : ouverture d'une procédure collective d'un débiteur professionnel, tutelle d'une personne physique, saisie immobilière, déclaration d'absence[4], divorce ...

Dès la date à laquelle la publicité est effectuée, à la diligence des parties, les tiers sont réputés informés de l'existence et du contenu du contrat, par une une fiction de connaissance (au même titre que la loi, réputée connue dès sa promulgation). La publicité produit un effet *erga omnes*. Tout tiers (inconnu) est réputé savoir que :

---

[1] Art. 2421 al. 1er 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. 1er c. civ. : « Le gage est opposable aux tiers par la publicité qui en est faite. »

[3] Art. L 123-1 c. com. : « I.-Il 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 ; (…) ».

[4] 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. »

– son cocontractant est marié sous tel régime matrimonial, en consultant le registre tenu à l'état civil (art. 166 c. civ.[5]) ;

– telle personne fait désormais l'objet d'une curatelle (Civ. 1ère, 9 nov. 2011[2]) ;

– 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). La règle imposant aux tiers de s'en tenir à la publication connaît une limite : si l'acquéreur d'un bien immobilier sait que le bien est déjà vendu, même si la vente n'est pas encore publiée, la seconde vente (même publiée) n'est pas valide (art. 1198 al. 2 c. civ.[3] : supra, n°611) ;

La publicité est le *seul mode de connaissance légalement admis envers les tiers* (quelconques). Légalement, tout acte (soumis à publicité obligatoire) qui n'est pas correctement publié n'existe pas. Ainsi :

– 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 et que la dette hypothécaire n'est toujours pas intégralement remboursée).

– Si l'extrait de mariage ne mentionne pas de contrat de mariage, c'est donc que ce contractant potentiel est marié sous la communauté légale (art. 1387 c. civ.[4]).

– Si la cession du brevet n'est pas publiée (et inscrite sur le registre national des brevets), le cessionnaire n'est pas en mesure d'agir en contrefaçon : seul le cédant, propriétaire officiel, le peut (Com., 24 avril 2024[5]).

---

[5] 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. »

[2] Civ. 1ère, 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.

[3] 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. »

[4] 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. »

[5] Com., 24 avril 2024, n°22-22.999 ; Bull. ; D. 2024 p.821 : « Il résulte de l'article L. 613-9, premier alinéa, du code de la propriété intellectuelle que tant que le transfert n'a pas été inscrit au registre national des brevets, l'ayant cause [à titre particulier] ne peut se prévaloir des droits découlant de l'acte lui ayant transmis la propriété du brevet. Il n'est donc pas recevable à agir en contrefaçon. »

658. 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 à l'égard des tiers devient un mensonge pur : elle remplit une fonction précise.

Les contrats réputés connus des tiers dès leur conclusion, malgré l'absence de mesure de publicité, portent souvent sur des opérations financières (et plus précisément des sûretés) :

- La cession de créance (art. 1323 c. civ.[1]) est réputée connue des tiers (autres que le débiteur cédé) *dès la conclusion* du contrat. Il en va de même du contrat de nantissement (art. 2361 c. civ.[2]).
- 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.[3]).

Tous ces contrats, réputés connus des tiers, ont un impact négatif important sur certains tiers, à savoir les créanciers du débiteur-contractant, lorsque ce dernier s'avère insolvable. Ces tiers 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).

La fiction montre alors sa fonction : il s'agira d'interdire aux tiers (s'estimant lésés par un contrat conclu entre leur débiteur et son cocontractant) d'invoquer un intérêt légitime pour obtenir l'inopposabilité de l'acte. L'acte est réputé connu des tiers parce que le législateur souhaite que l'acte soit opposable (infra), et ait donc une pleine force obligatoire. C'est le produit d'une politique législative. Mais évidemment, comme les tiers n'ont aucun moyen de connaître l'existence du contrat, l'un d'eux ne pourra pas commettre de faute, s'il n'en tient pas compte.

659. Rendre un contrat (ou un acte) opposable ou, à l'inverse, inopposable est le produit d'une **politique législative**, parce que le législateur distingue au sein des tiers effectivement lésés par un contrat (ou un acte), ceux qui ne pourront pas invoquer la lésion de leur intérêt légitime et ceux qui le pourront.

Cette politique législative apparaît notamment quand le débiteur est en faillite (moment qui crée une tension entre les créanciers, puisque certains échapperont à la pénurie, tandis que d'autres la subiront). Les créanciers ayant obtenu une cession de créance ou un nantissement de créance pourront invoquer leur contrat, afin

[1] 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. »

[2] 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. »

[3] 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. »

d'échapper à la pénurie. Les tiers (lésés) ne pourront pas invoquer leur ignorance du contrat pour échapper à ses effets. C'est du moins le principe.

Exceptionnellement, il arrive que certains tiers puissent invoquer, à leur égard et à leur égard seulement, l'inopposabilité de certains contrats qui leur portent préjudice. Il en va ainsi de certaines cessions de créance effectuées à titre de garantie ou de certains nantissements de créance : ils perdent précisément leur force obligatoire envers certains tiers, lorsque le débiteur tombe en faillite. La cession de créance devient alors inopposable au trésor public[1] : la saisie administrative à tiers détenteur pratiquée envers l'employeur d'un débiteur, même postérieure en date, l'emporte sur le nantissement, pourtant premier en date (art. R 3252-37 c. trav.[2]). Et lorsque le trésor public sera entièrement payé, la cession de créance (première en date) verra restaurée sa force obligatoire, envers les autres créanciers.

b/ La notification à certains tiers: *le tiers effectivement informé*

660. La **notification** consiste à informer individuellement un tiers intéressé d'un contrat qui le concerne directement, par l'envoi d'un accusé-réception. 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, même lorsque le contrat est soumis à publicité obligatoire).

La notification s'impose lorsqu'un tiers est spécialement connu. Ainsi :

- En présence d'une cession de créance (d'un nantissement de créance[3] ou d'une saisie de créance), le débiteur (cédé : art. 1324 al. 1er c. civ.[4]) devra être spécialement informé par le cédant[5].
- En présence d'un bail d'habitation, le locataire sera spécialement informé de l'identité de son nouveau bailleur ; pareillement, le bailleur sera spécialement informé par le locataire de son mariage (ce qui conduira son conjoint à bénéficier de la cotitularité du bail[6]).

L'information effective du tiers intéressé doit être effectuée par l'un des contractants : ce dernier pourra établir qu'il a envoyé l'information à un tiers connu.

---

1 Voir : *Droit des sûretés,* n°776.

2 Art. R 3252-37 c. trav. : « La notification à l'employeur d'un avis à tiers détenteur conforme aux articles L. 262 et L. 263 du livre des procédures fiscales suspend le cours de la saisie jusqu'à l'extinction de l'obligation du redevable, sous réserve des procédures de paiement direct engagées pour le recouvrement des pensions alimentaires. » Voir : Civ. 2e, 1er déc. 2016, n°15-27.303, D. 2016. 2580 : « l'avis à tiers détenteur suspend la procédure de saisie des rémunérations en cours dès sa notification ».

3 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. »

4 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. »

5 *Régime général de l'obligation*, n°321.

6 Civ. 3e, 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 bailleresse 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. »

c/ La preuve de l'information du tiers : *le cas résiduel*

661. La **preuve de l'information du tiers** sera rapportée, lorsqu'un contractant ou un tiers prétend qu'un contrat existe. Ce cas résiduel correspond, en réalité, aux cas les plus fréquents : le tiers a entendu dire que deux personnes sont mariées ou que le voisin qui vient de s'installer est propriétaire de son logement. La preuve de l'existence et du contenu du contrat sera établie par tout moyen.

La *preuve* que le tiers est informé de l'existence et du contenu du contrat sera établie par tout moyen[1]. Le contractant sera en mesure d'envoyer une copie du contrat (éventuellement, par la notification : supra) ; un tiers invoquera un mail affirmant l'existence du contrat.

- Le contractant et le tiers ne sont donc pas soumis au même régime probatoire, solution logique puisque l'un dispose d'une preuve (le contrat rédigé), et pas l'autre. Un contractant est soumis à la preuve légale (de sorte qu'il doit produire un écrit signé lorsque le contrat synallagmatique porte sur un montant supérieur à 1.500€[2]), tandis qu'un tiers est soumis à la preuve morale (de sorte qu'il peut produire un mail pour établir qu'un contrat a été conclu).
- Cette différence de situation peut conduire à une difficulté spécifique : un tiers peut parfois arriver à prouver l'existence d'un contrat, alors qu'un contractant ne le pourrait pas (faute d'écrit). Ce cas de figure est peu fréquent. Normalement, un contractant dispose d'une preuve (légale), contrairement au tiers.

(662- à 664. : réservés)

665. L'**information des tiers** est donc la source du devoir légal de respecter le contrat.

L'information a donc lieu selon deux modalités.

- Avec la publication, l'ensemble des tiers sont réputés informés sur l'environnement juridique de leur contractant et du bien qui fait l'objet du contrat : l'acquéreur de l'immeuble sera informé par son notaire sur l'identité du véritable propriétaire de l'immeuble, sur la présence éventuelle d'une hypothèque, et sur le fait que le vendeur est célibataire, marié ou pacsé.

[1] Civ. 1ère, 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. »

[2] Art. 1er décret n°80-533 du 15 juillet 1980 (mod. par décret n°2016-1278 du 29 septembre 2016, art. 1 V) : « La somme ou la valeur visée à l'article 1359 du code civil est fixée à 1 500 euros ».

– Avec la notification (ou la preuve quelconque), un tiers connu sera informé individuellement, parce qu'il est déjà en relation avec l'un des contractants. Le locataire est informé du changement de propriétaire ; le bailleur est informé (par son locataire) de son mariage. La notification est envoyée, souvent par un contractant, afin que la réalité juridique soit connue et produise son effet.

Dès qu'il est correctement informé ou réputé l'avoir été, le tiers est tenu de respecter la réalité juridique modifiée par le contrat, puisque le contrat appartient désormais à la légalité, au même titre qu'une loi ou un règlement administratif interdisant le stationnement dans une rue. Le devoir légal établi à l'article 1200 al. 1er c. civ. peut s'appliquer : « Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat ».

2/ L'effet du contrat connu et respecté : *la pleine force obligatoire du contrat*

666. L'**effet du contrat connu et respecté** se produit lorsque tous, contractants comme tiers, agissent conformément à la réalité juridique modifiée par le contrat. Le contrat devenu opposable, par quiconque et envers quiconque, possède alors sa pleine force obligatoire :

– Quiconque peut exiger que la légalité, telle qu'elle a été modifiée par le contrat, soit respectée. Le contrat devenu opposable s'est inséré dans la réalité juridique, au même titre qu'une loi. Un tiers comme un contractant devra donc agir conformément à la légalité : il commettra une faute, lorsqu'il ne respecte pas son devoir.

– Quiconque pourra également exercer une prérogative en se fondant sur cette réalité juridique modifiée par le contrat. Puisque la vente immobilière est opposable à tous, un tiers (créancier de l'acquéreur : la banque ayant prêté les fonds) pourra inscrire une hypothèque sur l'immeuble (afin de garantir le remboursement de son prêt).

Lorsque chacun constate qu'il existe une seule et même réalité juridique modifiée par le contrat, la force obligatoire du contrat s'impose à tous, parce que chacun a le devoir et le droit de se fonder sur cette réalité juridique.

Le *devoir légal de respecter le contrat* (c-à-d. la réalité juridique modifié par cet acte juridique) s'impose à tous, aux tiers comme aux contractants, contrairement à ce que laisserait entendre une lecture a contrario de l'article 1200 al. 1er c. civ., selon lequel « Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat ». Ce devoir de respect pèse sur les uns (tiers) comme sur les autres (contractants).

Le droit légal de respecter le contrat signifie que quiconque peut *exercer une prérogative*, conformément à la réalité juridique qui s'impose à tous. L'exercice de cette prérogative correspond aussi bien à l'intérêt légitime d'un tiers qu'à celui d'un contractant :

- L'acquéreur invoquera la force obligatoire de la vente pour consentir (en tant que nouveau propriétaire) une hypothèque contractuelle (à la banque) ;
- La banque inscrira l'hypothèque sur l'immeuble appartenant désormais à l'acquéreur.
- L'acquéreur invoquera la vente pour interdire au trésor public d'exercer une saisie sur l'immeuble, à raison d'une dette pesant sur le vendeur.

La prérogative est un droit légal reconnu aux uns (tiers) comme aux autres (contractants). Lorsque la réalité juridique modifiée par le contrat est la même pour tous, le devoir légal de respecter la réalité juridique (a) et le droit légal d'exercer une prérogative (fondée sur cette réalité juridique) (b) sont les deux faces d'une même réalité juridique, nommée *opposabilité* en droit. C'est le sens profond des deux alinéas qui composent l'article 1200 c. civ.

a/ Le devoir légal de respecter le contrat : *une obligation pesant sur les tiers et les contractants*

667. Le **devoir légal de respecter le contrat** a pour destinataires les tiers comme les contractants : les uns comme les autres sont tenus d'un devoir (général) de respecter la légalité, en l'occurrence celle modifiée par le contrat[1]. Les uns comme les autres commettent une faute, quand ils prennent la décision de violer la légalité.

Selon l'article 1200 al. 1er c. civ., « Les *tiers* doivent respecter la situation juridique créée par le contrat ». Ce devoir ne sera pas respecté et une faute sera donc commise, lorsqu'un tiers conclut un contrat (ou adopte un acte juridique) incompatible avec le contrat qui lui est opposable.

- Si le tiers sait que le meuble a déjà été vendu, il commet une faute volontaire quand il fait une offre au vendeur (acte juridique unilatéral) ou quand il conclut une vente avec lui : le tiers viole la légalité[2].

[1] Solution entrevue par René Savatier, *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, RTD civ. 1934. 525, spéc. n°28, p. 543 : « Il n'est pas exact de dire que l'obligation n'impose de devoirs qu'au débiteur. Elle en impose également aux tiers. Ces derniers devoirs sont sans doute purement négatifs, ils consistent seulement à ne rien faire qui aide le débiteur à manquer de parole au créancier. Ils existent cependant ; ils sont la conséquence générale et logique de toute obligation et, par suite, si elle est conventionnelle, du contrat qui la crée. » L'auteur confond toutefois obligation (au sens du régime général) et devoir (synynome d'interdiction).

[2] Com., 13 mars 1979, n°77-13.518 , Bull. n°100 ; D. 1980. 1, note Serra : « Toute personne qui, avec connaissance, aide autrui à enfreindre ses obligations contractuelles, commet une faute délictuelle à l'égard de la victime de l'infraction. »

– Si le tiers sait que l'immeuble fait l'objet d'une promesse unilatérale de vente en cours (art. 1124 c. civ.) ou d'une offre unilatérale de vente en cours (art. 1114 c. civ.[3]), il commet une faute volontaire, s'il conclut une vente immobilière avec le vendeur (tant que la promesse ou l'offre n'est pas caduque).

– Si le tiers ne s'informe pas sur l'existence d'un pacte de préférence (publié) conclu entre le vendeur et le bénéficiaire, il commet une faute objective, quand il contracte avec le vendeur, même en ignorant l'existence du pacte de préférence (art. 1123 al. 2 c. civ.[2]).

Le tiers commet une faute (volontaire ou objective)[3] quand il s'engage dans un acte juridique incompatible avec le contrat. Son devoir de respecter le contrat est violé.

Chacun des *contractants* doit pareillement « respecter la situation juridique créée par le contrat ». Un contractant commettra donc une faute, quand il conclut (avec un tiers) un contrat incompatible avec celui qu'il a déjà passé avec son cocontractant. Cette faute sera commise volontairement (faute subjective) ou involontairement (faute objective).

– Le propriétaire d'un bien qui le vend, en connaissance de cause, une deuxième fois à second acquéreur commet une faute volontaire. La faute volontaire est établie, même lorsque le deuxième acquéreur en date ignore la première vente.

– Le propriétaire d'un bien qui le vend de bonne foi, en croyant à tort que la vente précédente était nulle ou qui a oublié l'existence d'un pacte de préférence (même non publié) conclu avec le bénéficiaire du pacte commet une faute objective. Dans les deux cas, le propriétaire du bien doit connaître l'existence du contrat auquel il est partie, nonobstant l'absence de publication (destinée à informer les tiers, et eux seuls). Peu importe que son cocontractant ait pu légitimement ignorer la légalité modifiée par un précédent contrat non publié (infra).

Un contractant est tenu de respecter la réalité juridique modifiée par le contrat auquel il est partie (art. 1200 al. 1er c. civ., par analogie). Une faute objective suffit pour établir la violation de son devoir, et peu importe que cette faute ne soit pas établie envers un tiers.

Les destinataires du devoir légal de respecter la réalité juridique modifiée par le contrat sont donc aussi bien les contractants que les tiers.

[3] Art. 1114 c ; civ. : « L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, 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. »

[2] 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. »

[3] Michel Grimaldi, Le contrat et les tiers, *in* Libres propos sur less sources du droit : mélanges en l'honneur de Phillippe Jestaz, 2006, Dalloz, p. 163, spéc. n°15, p.175 : « la simple connaissance du contrat suffit à caractériser la faute, sans qu'il soit nécessaire s'établir un concert frauduleux ».

– L'article 1200 al. 1er c. civ. est un texte qui aurait pu être bilatéralisé : les tiers comme les contractants sont tenus de respecter le contrat.

– L'article 1200 al. 1er c. civ. illustre un aspect particulier du devoir général (dépourvu de fondement légal) de respecter la légalité, qu'elle soit modifiée par le contrat (ce que les rédacteurs de l'ordonnance ont appelé « la situation juridique créée par le contrat ») ou par tout autre acte juridique (acte administratif individuel de nomination ou de révocation ; testament ; règlement de copropriété ...).

Le devoir de respecter la légalité interdit à quiconque d'adopter un acte juridique incompatible avec la réalité juridique modifiée par le contrat.

668. La violation du devoir de respecter la légalité sera établie en présence d'une **faute spécifique**. Son auteur sait ou doit (légalement) savoir qu'il prend une décision illicite en raison de son incompatibilité avec un acte juridique précédent. En revanche, le contractant qui ne respecte pas la légalité en exécutant de manière incorrecte sa prestation commet un fait juridique, lequel n'entre pas dans le domaine d'application de l'article art. 1200 al. 1er (appliqué par extension).

La faute commise par l'auteur d'une violation de son devoir de respecter la légalité résulte de l'adoption d'un *acte juridique illicite ayant pour effet de rendre incohérente la réalité juridique* résultant d'un acte juridique précédemment adopté.

– L'auteur de la faute doit prendre une décision illicite, mais peu importe de savoir si cette décision illicite sera valide ou non.

  – Le vendeur qui rétracte son offre unilatérale pendant le délai est l'auteur d'une décision : sa rétractation est une décision illégale (art. 1116 al. 3 c. civ.[1]) mais valide (art. 1116 al. 2 c. civ.).

  – Le vendeur qui décide de vendre une seconde fois son bien, à un deuxième acquéreur, viole la légalité (art. 1198 c. civ. : supra). Si la vente immobilière, seconde en date mais publiée en premier, est valide, le vendeur aura néanmoins commis une faute, en consentant à cette seconde vente, incompatible avec la première (désormais invalide).

[1] Art. 1116 c. civ. : « Elle [l'offre unilatérale] 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. »

– Le vendeur qui rétracte sa promesse unilatérale pendant le délai commet une faute. Sa décision de contracter avec un tiers est illicite et nulle (art. 1124 al. 3 c. civ.[2]).

– La faute ne sera pas établie, en présence d'une décision licite et incompatible avec un acte juridique précédemment adopté.

– Le contractant qui exerce une action en nullité ou qui oppose l'exception de nullité prend une décision licite et incompatible avec le contrat dont il conteste la validité : l'exercice de cette prérogative (légalement reconnue) n'est pas fautif.

– Aucune faute n'est commise en présence d'une contre-lettre : les contractants peuvent créer une réalité juridique apparente, mais fausse. Le prête-nom sera le véritable propriétaire du bien : la réalité juridique véritable peut être occultée. En soi, la décision n'est pas illicite.

Pour commettre une violation du devoir de respecter la légalité, son auteur doit donc commettre une faute spécifique : il doit être l'auteur d'un acte juridique illicite en raison de son incompatibilité avec un acte juridique précédent. Lorsque cette faute spécifique n'est pas commise, le devoir de respecter le contrat n'est pas violé.

La violation du devoir de respecter la légalité établi à l'article 1200 al. 1er c. civ. (par extension) *ne s'applique pas au fait juridique.* Lorsqu'une interdiction de stationner est violée ou lorsqu'une obligation contractuelle est exécutée avec retard, un fait juridique est commis. La légalité est violée et l'auteur de cette violation a commis une faute (ou un manquement). Mais cette violation de la légalité sera établie en comparant la réalité juridique (non contestée) à la réalité physique. Lorsque ce qui doit être (l'obligation) est différent de ce qui est, le créancier est confronté à une inexécution incorrecte (infra, chapitre 2ème).

– L'article 1200 c. civ. ne devrait donc pas servir de support technique pour établir une faute envers le contractant qui exécute partiellement ou avec retard sa prestation. Ce dernier viole la légalité, mais il ne la rend pas incohérente par ses actes juridiques. L'effet relatif du contrat (selon l'expression doctrinale dominante) ne permet pas d'imputer au contractant (auteur d'un manquement) une faute au sens de l'article 1200 al. 1er c. civ.

– Lorsqu'un contractant commet une négligence lors de l'accomplissement de sa mission (le réparateur du véhicule omet d'en vérifier les freins), la violation de son devoir donnera lieu à un ou plusieurs régimes de responsabilité civile (s'il faut distinguer selon la

[2] Art. 1116 al. 3 c. civ. : « Elle [la rétractation illicite de l'offre] 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. »

qualité de la victime, contractante ou tiers). En tout état de cause, la question ne relève pas de l'effet relatif du contrat : le devoir de l'article 1200 n'est pas violé, puisqu'aucune faute (définie comme acte juridique illicite rendant incohérente la réalité juridique) n'est commise.

L'exécution incorrecte par un débiteur de son obligation (au sens du régime général : une prestation dotée d'un vecteur) ou de son devoir de prudence (sans égard à sa dénomination, faute au sens de l'article 1240 ou violation de l'obligation contractuelle de sécurité) est un fait juridique qui ne relève pas de la faute définie (implicitement) à l'article 1200 al. 1er c. civ. En un mot : l'effet relatif du contrat ne permet pas de justifier la responsabilité délictuelle du contractant envers un tiers, contrairement à ce qu'affirment la jurisprudence française (depuis plus de trente ans) et la doctrine majoritaire.

La faute spécifique établie à l'article 1200 c. civ. consiste uniquement à rendre incohérente la réalité juridique modifiée par le contrat par l'adoption d'un acte juridique illicite. Ceux qui contrarient la légalité commettent une faute (qui engage leur responsabilité civile) ; ceux qui la respectent peuvent exercer leurs prérogatives.

669. Les deux types de faute, celle qui consiste à violer la légalité par un acte juridique illicite (à savoir une faute au sens de l'article 1200 c. civ.) et par l'exécution incorrecte d'une obligation contractuelle (notion à préciser : prestation dotée d'un vecteur ou devoir), deviennent des **faits juridiques** quand elles sont commises ; mais elles sont soumises à deux régimes de responsabilité civile différents.

La *faute au sens de l'article 1200 c. civ.* devient un fait juridique (au sens de l'article 1240 c. civ.), lorsque l'auteur d'un acte juridique prend une décision incompatible avec un acte juridique antérieur qui lui est opposable. La responsabilité délictuelle de droit commun s'applique, à défaut de régime spécial spécifique adopté par le législateur :

– La jurisprudence parle de complicité de violation de contrat, lorsque la faute est commise par le tiers au contrat. En réalité, il est coauteur, avec le contractant qui viole la légalité. Lorsque la clause de non-concurrence est connue du tiers, le contractant (salarié violant la clause de non-concurrence ; distributeur exclusif violant la clause interdisant la revente à un professionnel[1]) et le tiers (nouvel employeur[2] ; distributeur revendeur) commettent chacun la même faute en concluant un contrat incompatible avec le précédent contrat.

[1] Com. 15 mars 1994, n°91-13.523, Bull. civ. IV, n°108 : « (...) la société Boulogne distribution s'était approvisionnée auprès de distributeurs agréés ayant enfreint leurs obligations de membre du réseau de distribution sélective (...) ».

[2] Com. 22 févr. 2000, n°97-18.728, inédit, CCC 2000, n°81, obs. M. Malaurie-Vignal (faute commise par le franchisé et le franchiseur) : « toute personne qui sciemment emploie un salarié en violation d'une clause de non-concurrence, dont la licéité n'est pas contestée, commet une faute délictuelle à l'égard de la victime de l'infraction sans qu'il soit besoin d'établir à son encontre l'existence de manoeuvres dolosives et la similitude des clientèles » (…) « était alléguée la connaissance que le franchiseur avait de l'existence de la clause de non-concurrence, violée par son franchisé, ce qui était de nature à engager sa responsabilité personnelle ».

– La faute commise doit causer un dommage pour que la responsabilité civile délictuelle de son auteur soit engagée (perte de rémunération du contractant évincé[1] ; perte de clientèle ...). Il s'ensuit que le dommage ne sera pas établi, lorsque l'acte juridique illicite est nul (art. 1124 al. 3 c. civ. : supra). La jurisprudence française (ainsi que la doctrine[2]) éprouve deux difficultés face à cette faute : l'absence de dommage a pu conduire les juges à affirmer l'existence d'un dommage moral[3] ; la prétendue summa divisio qui imposerait de distinguer selon la qualité de la victime (contractante ou tiers) conduit à des contorsions[4].

L'exécution incorrecte d'une obligation contractuelle n'étant pas une violation de l'effet relatif des conventions (anc. art. 1165[5] ; art. 1200 c. civ.), il convient de remettre en cause l'ensemble de la jurisprudence retenant la responsabilité délictuelle du contractant envers le tiers.

– Lorsque le contractant exécute sa prestation partiellement ou avec retard, seul son cocontractant subit un dommage (contractuel) légalement réparable. En considérant que le retard dans l'exécution est assimilé à un dommage contractuel, les tiers (selon l'article 1231-3 c. civ.) ne sont pas fondés à réclamer réparation. La jurisprudence française est en sens contraire, puisqu'elle justifie la responsabilité du débiteur envers les tiers par l'effet relatif[6].

– En revanche, en présence d'une violation d'un devoir (général ou spécial de prudence) causant une atteinte à la personne ou aux tiers, toute victime, contractante comme tiers, devrait pouvoir être indemnisée sur le fondement de la responsabilité délictuelle de droit commun (art. 1240 c. civ.). Toutefois une jurisprudence établie depuis 1911 affirme que l'existence d'une summa divisio (absente du code civil). Depuis 2000, les juges invoquent l'effet relatif du contrat[7] pour affirmer que le contractant, auteur d'une violation de son obligation contractuelle de sécurité, engage sa responsabilité délictuelle envers les tiers (Civ. 1ère, 18 juillet 2000[8]).

---

1 Ass. Plén., 9 mai 2008, n°07-12.449, Bull. ass. plén. n°3 ; D. 2008. 2328, obs. Y. Rouquet, note A.-L. Thomat-Raynaud ; AJDI 2008. 878, obs. M. Thioye ; RTD com. 2009. 202, obs. B. Bouloc ; RTD civ. 2008. 485, obs. P. Jourdain ; RTD civ. 2008. 498 obs. P.-Y. Gautier ; RTD civ. 2008. 672, obs. B. Fages ; JCP 2008. 10183, note H. Kenfack (des clients utilisent une fausse identité pour priver l'agent immobilier de rémunération).

2 René Savatier, *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, RTD civ. 1934. 525, spéc. n°24 et suiv., p. 540 et suiv. : l'auteur affirme que le contractant est tenu d'une responsabilité contractuelle et le tiers, complice d'une violation de contrat, d'une responsabilité délictuelle (n°26 : « La responsabilité délictuelle [intervient] ici pour compléter la responsabilité contractuelle. C'est son rôle normal. Les diverses responsabilités reconnues par une bonne législation doivent s'articuler de manière à ne laisser aucun vide par où la faute, et spécialement la mauvaise foi, puisse impunément passer. »

3 Com., 22 févr. 2000, n°97-18.728, inédit, CCC 2000, n°81, obs. M. Malaurie-Vignal (absence de dommage matériel : la clientèle de l'ancien employeur est restée fidèle) : « il s'inférait nécessairement de la participation de la société Romuald à la violation par M. Magny Z... de la clause de non-concurrence souscrite par lui, un préjudice pour la société Guérin X..., fût-il seulement moral (...) ».

4 Com., 24 mars 1998, n°96-15.694, Bull. n°111 : « l'action en concurrence déloyale dirigée contre le nouvel employeur qui a embauché un salarié lié par une clause de non-concurrence est recevable nonobstant l'existence d'une action contractuelle de l'ancien employeur contre ce salarié (…) ; ces deux actions, l'une délictuelle et l'autre contractuelle, qui tendent à la réparation d'un préjudice différent peuvent se cumuler ».

5 Anc. art. 1165 c. civ. : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ».

6 A. P., 6 oct. 2006, *Boot shop* ou *Myr'ho* n°05-13.255, Bull. n°9 ; D. 2006. 2825, note G. Viney; JCP 2006. II. 10181, avis A. Gariazzo, note M. Billiau; JCP 2007. I. 115, n°4, obs. Ph. Stoffel-Munck ; RTD civ. 2007. 115, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD civ. 2007. 123, obs. Ph. Jourdain et 2966, obs. B. Fauvarque-Cosson ; RDC 2007. 279, obs. S. Carval ; RDC 2007. 379, obs. J.-B. Seube.

7 Civ. 1ère, 13 février 2001, n°99-13.589, Bull. n° 35 : « Vu les articles 1165 et 1382 du Code civil ; Attendu que 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 (…). »

8 Civ. 1ère, 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

L'affirmation jurisprudentielle selon laquelle l'inexécution du contractant vaut faute envers les tiers est le produit d'une interprétation déformante de l'effet relatif du contrat (que l'on trouve dans la doctrine du XX^e siècle[9]). Les juges ont dénaturé la faute de l'article 1200 c. civ. afin d'imposer leur idéologie solidariste (contra legem).

b/ Le droit légal d'invoquer le contrat : *les prérogatives fondées sur le respect du contrat*

670. Le **droit légal d'invoquer le contrat** permet aux contractants comme aux tiers d'exercer une prérogative (c-à-d. une action, une option ou tout droit légalement organisé) fondée sur la réalité juridique modifiée par le contrat. Ce droit légal, pendant du devoir légal de respect, est établi, de manière partielle et obscure, à l'article 1200 al. 2 c. civ. « Ils [les tiers] peuvent s'en prévaloir, notamment pour apporter la preuve d'un fait. »

Se prévaloir du contrat consiste à exercer une prérogative, en adoptant un acte juridique (subséquent) fondé sur la réalité juridique modifiée par le contrat. C'est donc le contraire d'un acte juridique fautif (supra).

- L'exercice d'une prérogative est une éventualité. C'est un droit que son auteur estimera pertinent d'exercer (ou non), en fonction des circonstances propres à chaque situation. Tel créancier est impayé : il invoquera le contrat de vente par lequel son débiteur est devenu propriétaire d'un bien saisissable. La saisie est une éventualité : elle ne sera pas exercée, si le créancier est payé.
- L'exercice d'une prérogative prend la forme d'une décision, et plus précisément d'un acte juridique, lequel viendra, lui aussi, modifier à nouveau la réalité juridique. La saisie exercée par le créancier impayé de l'acquéreur modifiera la réalité juridique : le bien acquis sera vendu aux enchères publiques (il sera donc revendu). L'acquéreur décidera de revendre (ou de gager) le bien qu'il vient d'acquérir.

Contrairement à ce que la rédaction de l'article 1200 al. 2 suggère (« Ils [les tiers] »), ceux qui peuvent se prévaloir du contrat sont, ni plus, ni moins, ceux sur qui pèsent le devoir de respecter le contrat. Quiconque peut se prévaloir de la réalité juridique modifiée par le contrat, les contractants comme les tiers.

---

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. » Voir : *Droit de la responsabilité civile*, n°478 et suiv.

9 Solution justifiée par la conclusion de René Savatier, *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, RTD civ. 1934. 525, spéc. n°34 : « L'article 1165 est le témoin d'une conception purement individualiste du droit des obligations. Il part de l'idée que les affaires de chacun ne concernent que lui-même, qu'il les gère librement, et que la société et les tiers n'ont point à s'en occuper. Cette conception simpliste d'une liberté absolue de l'individu ne tient pas suffisamment compte des liens qui rattachent inévitablement les uns aux autres tous les membres d'une société. »

671. L'**invocation du contrat par un contractant** a lieu lorsqu'un contractant se prévaut du contrat, envers un tiers ou même son cocontractant. La prérogative exercée par le contractant conduira à tirer une conséquence du contrat :

– L'acquéreur de l'immeuble invoque le contrat de vente conclu avec le vendeur pour interdire à ce dernier de vendre une seconde fois l'immeuble à un tiers. Ce cas de figure peut se présenter, lorsque le vendeur prétend que l'immeuble n'est pas vendu : si le vendeur ne s'est pas rendu chez le notaire pour régulariser la vente (et croit que la vente définitive n'est pas conclue), l'acquéreur pourra opposer la vente à un tiers (créancier du vendeur ou potentiel acquéreur) (schéma 6.3).

– L'acquéreur du meuble, mis en possession de bonne foi, invoque la force obligatoire de son contrat pour interdire à l'acquéreur, premier en date mais non mis en possession, de revendiquer le meuble (vendu deux fois) (art. 1998 al. 1er c. civ. : supra). L'acquéreur premier en date est un tiers.

– L'époux qui emprunte seul auprès de la banque et qui est défaillant dans le remboursement de son emprunt invoque son régime matrimonial (communauté légale[1]) pour s'opposer à la saisie d'un bien commun par la banque[2]. La banque est le cocontractant (contrat de prêt) ; elle est tiers au mariage (assimilable à un contrat) conclu entre les époux.

– Le locataire informe son bailleur de son mariage (ou de son pacs), de sorte que, désormais, les deux époux (ou partenaires) sont cotitulaires du bail (art. 1751 c. civ.[3]). Si le bailleur décide par la suite de résilier le bail, il devra notifier sa décision à chacun des époux (ou partenaires) : le bailleur est un tiers au mariage. Le conjoint invoque son statut de colocataire envers le bailleur (désormais son cocontractant).

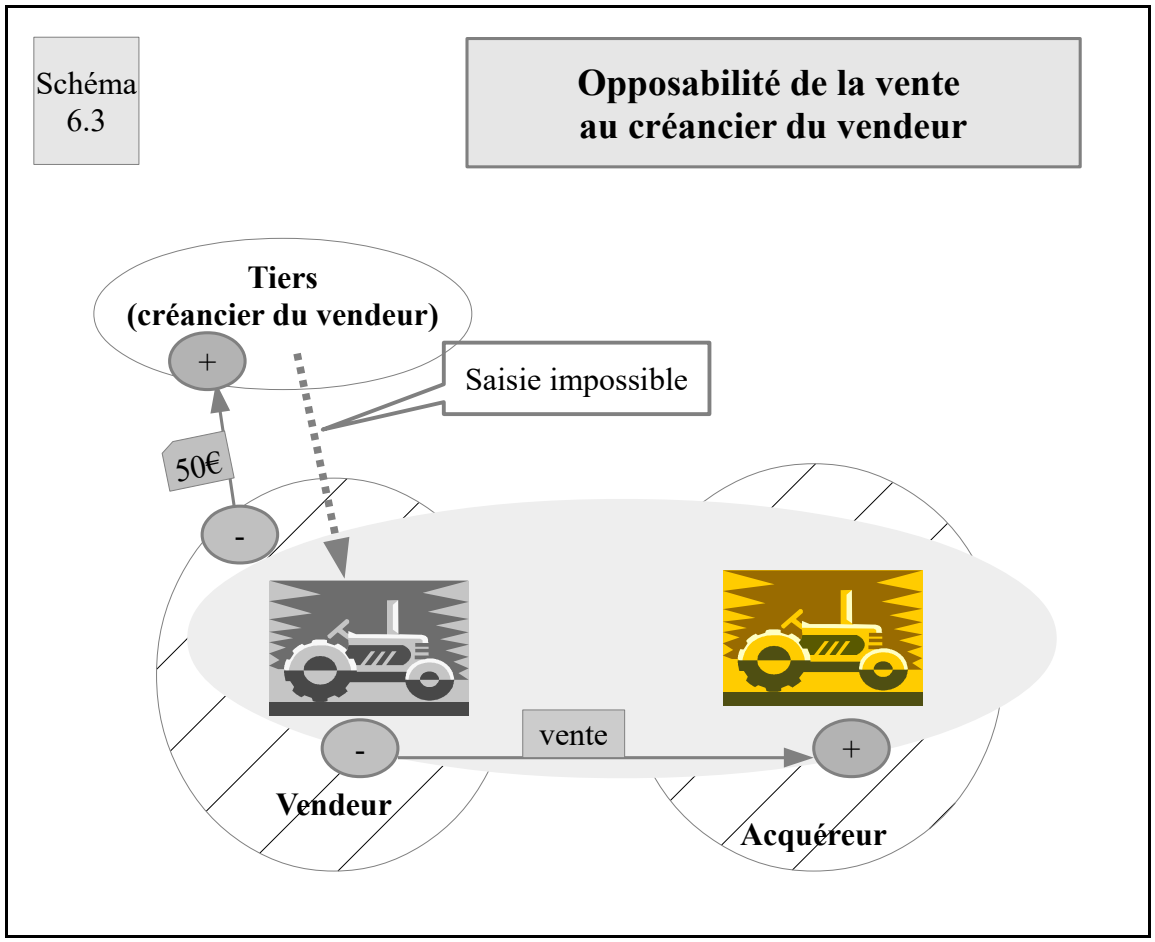
---

[1] Art. 1415 c. civ. : « Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres. »

[2] Civ. 1ère, 5 mai 2021, n°19-15.072, Bull. ; D. 2021, p.904 (le prêteur se croyait doté de l'hypothèque légale du prêteur de deniers [anciennement privilège, avant l'ordonnance du 15 septembre 2021], alors que l'immeuble était insaisissable puisqu'il ne figurait pas dans son droit de gage général).

[3] Art. 1751 al. 1er 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. »

– Le locataire informe son bailleur de son divorce : désormais, les époux ne sont plus cotitulaires du bail, et l'époux qui reste dans les lieux devra seul payer le loyer (Civ. 3e, 22 oct. 2015[4]).



La prérogative exercée par le contractant envers son cocontractant ou un tiers consiste donc à tirer la conséquence de la modification de la réalité juridique par le contrat, en adoptant un acte juridique. Seule réalité juridique est en cause : peu importe la réalité matérielle, et notamment son exécution (plus ou moins conforme à la réalité juridique).

672. L'**invocation du contrat par un tiers** est explicitement prévue par l'article 1200 al. 2 c. civ., selon lequel « Ils [les tiers] peuvent s'en prévaloir (notamment pour apporter la preuve d'un fait). »

[4] Civ. 3e, 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).

Un tiers peut avoir intérêt à invoquer le contrat, afin d'en tirer un avantage spécifique par l'exercice d'une prérogative, aussi bien envers un contractant qu'envers un autre tiers.

- Le trésor public invoque le contrat de vente pour être payé de la taxe foncière par l'acquéreur ; le créancier impayé du vendeur invoque le contrat de vente portant sur l'immeuble pour saisir le prix versé à l'acquéreur. Dans ces deux cas, le tiers invoque le contrat envers un contractant pour exercer une prérogative (perception de la taxe foncière ; saisie d'un bien appartenant au débiteur), laquelle modifiera à nouveau la réalité juridique.
- Le tiers peut également invoquer la vente, même quand les contractants ont conclu entre eux une contre-lettre (art. 1201 c. civ.[1]). Le contrat apparent (publié) est considéré par les tiers comme la réalité juridique : l'acquéreur apparent (prête-nom) est le propriétaire officiel du bien ; un de ses créanciers impayés pourra donc faire saisir l'immeuble. Selon l'article 1201 c. civ., ce tiers peut se prévaloir du contrat apparent. On sait que créer une réalité juridique fausse n'est pas une faute (supra n°668).

L'article 1200 al. 2 c. civ. vise donc une hypothèse spécifique (le contrat invoqué par le contrat). Plus généralement, lorsque le contrat (connu de tous) est opposable, quiconque peut invoquer le respect de la légalité (modifiée par le contrat) pour exercer une prérogative conforme à son intérêt.

673. La **pleine force obligatoire du contrat** est donc l'effet que produit le contrat opposable, connu et respecté de tous. Sa réalité juridique n'est contestée par personne ; certains s'en prévalent et ceux qui ne la respecte pas, en la rendant incohérente, commettent une faute. L'article 1200 c. civ., composé de ses deux aliénas, affirme en substance d'une part que quiconque, contractant comme tiers, est tenu de respecter le contrat, et d'autre part que quiconque est pareillement en droit de s'en prévaloir.

Quiconque, contractant comme tiers, est tenu de respecter le contrat. Ce devoir (légal) de respecter le contrat est violé, lorsqu'un contractant ou un tiers rend la réalité juridique incohérente, en adoptant un acte juridique contraire à la légalité modifiée par le contrat. Seule cette faute (spécifique) permet de justifier une responsabilité fondée sur l'effet relatif du contrat ; l'exécution incorrecte d'une obligation issue du contrat (obligation au sens du régime général ou au sens d'un devoir) ne se rattache pas à l'effet relatif du contrat.

Quiconque est pareillement en droit de s'en prévaloir. Le droit de se prévaloir du contrat permet à chacun, contractant comme tiers, d'exercer une prérogative, à savoir de adopter un acte juridique

[1] 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. »

fondé sur la réalité juridique modifiée par le contrat. Cet acte juridique subséquent viendra donc, lui aussi, modifier à nouveau la réalité juridique.

Le devoir de respecter le contrat et le droit de s'en prévaloir sont les deux faces d'une même réalité juridique. L'article 1200 c. civ. ne traite que de cette réalité juridique : il n'est jamais question de fait juridique (contrairement à ce que laisse entendre l'article 1200 al. 2).

> **673-1.** La **rédaction de l'article 1200 al. 2 c. civ.** présente des imperfections. « Ils [les tiers] peuvent s'en prévaloir *notamment pour apporter la preuve d'un fait*. » La formulation est malheureuse : elle trouve son origine en droit de la preuve. Or, la preuve du contrat est un préalable au devoir de respect (supra).
>
> Le tiers prouve l'existence et le contenu du contrat par tous moyens (comme un fait juridique), mais contrairement à ce qui est parfois affirmé, le contrat n'est pas un fait juridique pour les tiers : le contrat est un acte juridique pour quiconque. En droit de la preuve, il s'agit uniquement de déterminer le mode de preuve admis : la preuve légale est imposée aux parties ; la preuve est libre pour les tiers.
>
> La rédaction malencontreuse de l'article 1200 al. 2 in fine c. civ. exprime une confusion entre l'opposabilité du contrat (centrée exclusivement sur la réalité juridique) et son exécution (question centrée sur le fait juridique[1]).
>
> La valeur reconnue au contrat (à savoir sa force obligatoire) suppose que cet acte juridique puisse s'inscrire dans une réalité juridique respectée notamment par les tiers.
>
> La formulation énigmatique « notamment (…) la preuve d'un fait » doit être interprété : pour que le contrat devienne opposable, il doit être connu des tiers.

Conclusion I/ L'opposabilité du contrat à l'égard des tiers : le contrat respectable

674. L'**opposabilité du contrat à l'égard des tiers** est la seconde condition à remplir pour que le contrat devienne une réalité juridique respectable. L'opposabilité aux tiers est composée qu'un devoir et d'un droit qui expriment la même réalité : le devoir légal impose de respecter la réalité juridique modifiée par le contrat ; le droit légal permet d'invoquer la réalité juridique modifiée par le contrat pour exercer une prérogative. Lorsque le contrat est opposable, sa force obligatoire est pleine et entière.

Pour que le contrat devienne opposable, les tiers doivent être *informés* de la modification de la réalité juridique, résultant de la conclusion du contrat, faute de quoi ils ne seront pas en mesure de respecter leur devoir de respecter la légalité.

Lorsque tous, contractants et tiers, sont informés de la réalité juridique modifiée par le contrat, le respect de la légalité s'impose à tous : le contrat est devenu similaire à la loi. Il tient lieu de loi.

[1] Com., 18 décembre 2012, n°11-25567, Bull. (sous-locataire débouté invoquant la clause du contrat de location interdisant la sous-location) : « si un tiers peut se prévaloir du contrat en tant que situation de fait, c'est à la condition que celle-ci soit de nature à fonder l'application d'une règle juridique lui conférant le droit qu'il invoque ».

La force obligatoire du contrat est alors complète[1], parce que personne (ni les contractants, ni les tiers) ne conteste la réalité juridique, identique aux yeux de tous. Mais il peut arriver, précisément, que la réalité juridique ne soit pas identique pour tous.

674-1. Afin que la réalité juridique demeure identique pour tous, le législateur précise, notamment, le **régime des prérogatives exercées par les propriétaires successifs d'un bien**, lorsque le vendeur d'un bien (auteur) s'est réservé l'exercice d'une prérogative. Chacun des ayants cause à titre particulier (acquéreurs successifs du bien) respecte sa compétence matérielle, lorsque le bien est transmis en tenant compte de la charge (à savoir la prérogative que l'auteur continue de pouvoir exercer). Il en va ainsi, lorsque l'auteur exerce un droit de suite ou la faculté de rachat.

Le *droit de suite* permet à un créancier hypothécaire de saisir un bien (immeuble) en quelque main qu'il se trouve. Si, après la constitution de l'hypothèque (régulièrement publiée), l'immeuble hypothéqué est vendu à un tiers-acquéreur (ce qui est légal), le créancier hypothécaire (du vendeur) continuera à pouvoir faire saisir l'immeuble hypothéqué (art. 2454 c. civ.[2]). L'acquéreur de l'immeuble hypothéqué subira la saisie du bien figurant dans son patrimoine, sans être tenu personnellement de la dette de son auteur (vendeur) (art. 2455 c. civ.[3]). Le législateur organise donc la coexistence entre l'hypothèque et la vente.

La *faculté de rachat* exercée dans le cadre d'une vente à réméré (art. 1659 à 1673 c. civ.) continue de pouvoir être exercée par le vendeur, même lorsque l'immeuble a été revendu à un tiers non informé (art. 1664 c. civ.[4]). La vente à réméré est opposable à tous ; l'acquéreur-revendeur a transmis au tiers-acquéreur le bien avec sa charge. Le législateur apporte deux précisions.

- Les prérogatives du vendeur à réméré ne seront exercées que dans la mesure où la vente à réméré est opposable aux tiers. Si la vente de l'immeuble soumis à pacte de rachat n'est pas publiée, les hypothèques constituées sur l'immeuble appartenant à l'acquéreur seront valides (art. 1673 al. 2 c. civ.[5]).
- L'inopposabilité des actes faits par l'acquéreur au vendeur à réméré ne porte que sur le actes des disposition. Les actes d'administration courante sont opposables (ainsi, les baux : art. 1673 al. 2 in fine c. civ.).

Le régime des prérogatives exercées par les propriétaires successifs d'un bien permet donc de préserver la cohérence de la réalité juridique, lorsque tous sont informés. Lorsqu'un tiers ne l'est pas (cas prévu à l'art. 1673 al. 2 c. civ.), la réalité juridique devient contradictoire.

---

[1] J. Ghestin et M. Billiau, *Les obligations. Les effets du contrat*, LGDJ, 1992, n°594, p.580 : l'opposabilité aux tiers est présentée comme le complément de la force obligatoire du contrat. Il faut comprendre littéralement l'expression : la force obligatoire du contrat sera complète. L'opposabilité aux tiers est une composante de la force obligatoire ; elle ne s'en distingue pas.

[2] Art. 2454 al. 1er c. civ. : « En cas d'aliénation de l'immeuble, l'hypothèque le suit entre les mains du tiers acquéreur. »

[3] Art. 2455 al. 1er c. civ. : « Le tiers acquéreur qui n'est pas personnellement obligé à la dette peut s'opposer à la vente de l'immeuble s'il demeure d'autres immeubles, hypothéqués à la même dette, en la possession du débiteur principal (...) ».

[4] Art. 1664 c. civ. : « Le vendeur à pacte de rachat peut exercer son action contre un second acquéreur, quand même la faculté de rachat n'aurait pas été déclarée dans le second contrat. »

[5] Art. 1673 al. 2 c. civ. : « Lorsque le vendeur rentre dans son héritage par l'effet du pacte de rachat, il le reprend, exempt de toutes les charges et hypothèques dont l'acquéreur l'aurait grevé, à la condition que ce pacte ait été régulièrement publié au fichier immobilier, antérieurement à la publication desdites charges et hypothèques. Il est tenu d'exécuter les baux faits sans fraude par l'acquéreur. »

II/ L'inopposabilité du contrat à un tiers : *le contrat non respectable*

675. L'**inopposabilité du contrat à un tiers** a lieu, lorsqu'un tiers n'est pas tenu du devoir de respecter « la situation juridique créée par le contrat »[1]. Le contrat, à ses yeux, n'est pas une réalité juridique respectable. Le tiers, en conséquence, le tiers pourra exercer sa prérogative, en portant une atteinte, plus ou moins profonde, à la force obligatoire du contrat.

- Le contrat inopposable au tiers est un contrat qui reste soumis, entre les parties, à sa force obligatoire (supra, §1er). Le contrat n'est pas nul. Envers certains tiers, le contrat sera même respectable (supra I/). Mais envers d'autres tiers, le contrat ne le sera pas : il ne donnera donc lieu à aucun devoir de respect de leur part.
- Le tiers agira alors conformément à la réalité juridique qui est la sienne (non modifiée par le contrat). Il sera amené, éventuellement, à exercer une prérogative qui prévaudra sur (c-à-d. qui aura une valeur supérieure à) la réalité juridique issue du contrat.

L'inopposabilité permet ainsi au tiers d'agir conformément à la réalité juridique qui est restée la sienne (c-à-d. non modifiée par le contrat) ; lorsque ce risque se réalise, la force obligatoire du contrat sera altérée.

L'absence de devoir de respect pesant sur un tiers (quelques tiers voire tous les tiers) signifie que le contrat sera *ignoré* par le tiers. Le devoir légal imposé par l'article 1200 al. 1er c. civ. (« Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat ») ne s'applique pas, parce que les conditions (implicites) d'application du texte ne sont pas remplies. Le tiers ignorera le contrat :

- La réalité juridique que considère le tiers lui reste personnelle, quand il invoque l'inopposabilité du contrat (ou, plus généralement, celle d'un acte juridique). Aux yeux d'autres tiers et aux yeux des contractants, la réalité juridique a été modifiée par le contrat.
- Le tiers qui n'est pas tenu de respecter le contrat ne peut donc pas commettre de faute, quand il ignore le contrat : le tiers qui invoque l'inopposabilité du contrat n'engagera jamais sa responsabilité civile envers ceux qui considèrent que le contrat a modifié leur réalité juridique.

L'inopposabilité du contrat se fonde sur une ignorance (exactement comme l'opposabilité sur fonde sur une connaissance). Aux yeux du tiers, les contractants n'ont conclu aucun contrat.

[1] La formulation se trouve dans Terré, Simler, Lequette, Les obligations, 8e éd., 2002, n°483 : « Le contrat crée entre les parties une situation juridique dont les tiers ne sauraient méconnaître l'existence. Afin d'exprimer cette réalité, on dit que le contrat est opposable aux tiers. »

L'inopposabilité produira ses effets, si le tiers est amené à exercer une prérogative, conformément à son ignorance du contrat. Si le tiers se prévaut de l'inopposabilité, il exercera sa prérogative en portant atteinte à la force obligatoire du contrat. Le contrat est dépourvu d'effet sur lui ; mais l'exercice de sa prérogative aura un effet sur les contractants.

- Le trésor public considère que la vente conclue entre le vendeur (redevable de l'impôt) et l'acquéreur lui est inopposable. Si le vendeur ne paie pas ses impôts, le trésor public pourra donc faire saisir l'immeuble prétendument vendu ; l'immeuble saisi sera vendu aux enchères publiques à un tiers-acquéreur, lequel deviendra dorénavant le seul propriétaire légal de l'immeuble, erga omnes.
- La force obligatoire du contrat de vente conclu entre le vendeur et l'acquéreur sera intégralement détruite par l'exercice de la prérogative du trésor public. Cette force obligatoire du contrat reste officiellement acquise (le contrat n'est pas annulé), mais le tiers a le droit de rendre incohérente la réalité juridique modifiée par le contrat, ce qui altère donc la valeur du contrat.

L'inopposabilité du contrat envers un (seul) tiers peut donc devenir un problème grave pour les contractants. Si un tiers peut ignorer (légalement) le contrat (1), il pourra faire prévaloir sa réalité juridique envers les contractants (2).

1/ L'ignorance du contrat par le tiers : *l'absence du devoir de respecter le contrat*

676. L'**ignorance du contrat par le tiers** est la cause de l'inopposabilité du contrat. Le tiers n'est pas tenu du devoir de respecter le contrat : le devoir figurant à l'article 1200 al. 1er c. civ. ne s'impose pas à lui. Le contrat (valablement conclu entre les parties) n'est pas, à ses yeux, une réalité juridique respectable, notion qui couvre deux applications.

Premièrement, un tiers pourra ignorer (effectivement ou fictivement) la conclusion du contrat, lorsque la procédure d'information n'est pas respectée par les contractants. Tant que la vente immobilière n'est pas publiée, l'immeuble demeure officiellement dans le patrimoine du vendeur. Le contrat est *inconnu* de tous les tiers ou d'un tiers à qui le contrat n'est pas notifié : le contrat n'est pas respectable, parce que son existence même est inconnue.

Deuxièmement, un tiers pourra ignorer (sciemment) le contrat, lorsqu'il porte atteinte à son intérêt légitime. Par son contenu, et notamment l'une de ses obligations (au sens du régime général), le contrat comporte une clause qui n'est pas compatible avec l'exercice d'une prérogative dont le tiers est titulaire. Le contrat d'assurance prévoit que l'assureur ne couvre pas l'assuré en cas de fausse

déclaration intentionnelle ; le tiers, victime d'un accident de la circulation commis par l'assuré, ignorera la clause et pourra donc agir contre l'assureur pour être indemnisé par lui. La clause du contrat est valide, mais elle porte atteinte à l'intérêt légalement protégé du tiers. Par un de ses aspects, le contenu du contrat n'est pas respectable.

L'ignorance du contrat par un tiers englobe donc deux cas de figure très différents : le contrat sera ignoré, soit parce que son existence est inconnue du tiers (a) ; soit parce que son contenu n'est pas substantiellement respectable (b).

a/ Le contrat inconnu du tiers : *l'existence ignorée du contrat*

677. Le **contrat inconnu d'un tiers** sera ignoré, parce que le tiers n'a pas eu une connaissance personnelle ou légale, de l'existence même du contrat. Si le tiers en avait eu connaissance, il aurait (a priori) été tenu de le respecter (supra : art. 1200 al. 1er c. civ.). Cette ignorance du tiers se produit dans deux cas de figure.

L'ignorance du tiers est *factuelle* quand il n'a pas été informé de l'existence du contrat (parce qu'aucune notification ne lui a été adressée ou lorsque la preuve de sa connaissance du contrat n'est pas rapportée par un contractant), de sorte qu'il a effectué un acte juridique qui ne respecte pas le contrat.

- Le salarié, tenu d'une clause de non-concurrence envers son ancien employeur, n'informe pas son nouvel employeur : le salarié commet une faute, mais pas son nouvel employeur.
- L'acquéreur de l'immeuble, deuxième en date, ignore que le vendeur a déjà vendu l'immeuble à un autre acquéreur[1]. En présence d'une vente d'immeuble, cette ignorance doit être à la fois factuelle (acquéreur de bonne foi) et légale (la vente précédente n'est pas publiée) (art. 1198 al. 2 c. civ.).
- Dans le cadre d'une cession de créance, le débiteur (cédé) n'a pas été informé de l'identité de son nouveau créancier (cessionnaire). Il a donc payé son créancier (cédant), lorsque sa dette est venue à échéance.

[1] Civ. 1ère, 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. »

– Les coïndivisaires représentant les 2/3 des droits indivis ont loué l'immeuble indivis, mais sans informer les autres coïndivisaires. Le bail conclu est inopposable à ces derniers (art. 815-3 al. 2 c. civ.[1]).

L'ignorance du tiers est *légale*, lorsque la publicité (sur registre ou par annonces légales), seul mode de connaissance autorisé, n'a pas été effectuée.

– L'acquéreur de l'immeuble sait que le vendeur avait consenti une hypothèque à sa banque (prêteuse), mais elle n'a pas renouvelé son inscription de sorte que l'hypothèque est désormais périmée. L'acquéreur qui a fait publier la vente immobilière a donc acquis un immeuble libre d'hypothèque (Civ. 3e, 17 juillet 1986[2]).

– La banque sait que l'époux emprunteur vient de divorcer (le jugement définitif de divorce a été prononcé) : tant que le divorce n'est pas publié, la banque doit légalement considérer que l'emprunteur est marié et que son régime matrimonial s'applique. Il en va de même tant que la dissolution de la société n'est pas effectuée[3] etc[4].

Le contrat (factuellement ou légalement) inconnu d'un tiers porte sur l'existence même du contrat. Le tiers ou certains tiers ne seront pas tenus du devoir de respecter le contrat (art. 1200 al. 1er c. civ.).

b/ Le contenu non respectable du contrat : *l'ignorance volontaire du contrat*

678. Le **contenu non respectable du contrat** conduira un tiers à ignorer (sciemment) le contrat qui porte atteinte à son intérêt légitime. Le tiers ignorera une clause du contrat portant atteinte à son intérêt légitime (spécifiquement) : les contractants n'ont pas le pouvoir d'y porter atteinte.

– Le tiers, victime d'un accident de la circulation, ne peut pas se voir opposer par l'assureur du conducteur responsable la nullité du contrat d'assurance (encourue en cas de

[1] Art. 815-3 al. 2 c. civ. : « Ils sont tenus d'en informer les autres indivisaires. A défaut, les décisions prises sont inopposables à ces derniers. »

[2] Civ. 3e, 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. »

[3] 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. »

[4] 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).

fausse déclaration de l'assuré) (Cjue, 20 juillet 2017[1] ; Civ. 2e, 29 août 2019[2]). La victime, nonobstant la nullité du contrat d'assurance, peut agir contre l'assureur pour être indemnisée par lui. Envers la victime, le contrat d'assurance est valide.

– Le client, victime de malfaçons commises par son cocontractant (entrepreneur), pourra invoquer l'inopposabilité de la clause conclue entre l'entrepreneur et le repreneur, clause par laquelle l'entrepreneur est déchargé par le repreneur de tout le passif échu. La clause est inopposable au client : son débiteur est et reste l'entrepreneur (cocontractant) (Civ. 1ère, 30 avril 2009[3]).

Lorsqu'une clause du contrat porte atteinte à l'intérêt légitime d'un tiers, ce dernier invoquera l'inopposabilité de la clause à son égard : il exercera sa prérogative « nonobstant » (c-à-d. sans tenir compte de) la clause du contrat, donc en l'ignorant (sciemment).

Le régime de l'inopposabilité, lorsque le contenu du contrat est en cause, sera donc spécifique, en réalité parce que la prérogative reconnue au tiers (dans son intérêt) possède une valeur supérieure au contrat ; c'est la raison qui permet au tiers d'ignorer un aspect (secondaire ou essentiel) du contrat.

679. L'**intérêt légitime du tiers** doit être « juridiquement protégé » pour s'imposer aux contractants. Ces derniers n'auront alors pas le pouvoir d'y porter atteinte : la force obligatoire du contrat comporte donc une réserve, destinée à protéger une prérogative dont dispose le tiers. Cette prérogative protégée par la loi, un acte juridique ou la jurisprudence est relativement diverse : l'intérêt légitime du tiers sera atteint quand la clause d'un contrat possède un contenu anormal ou s'avère contradictoire avec un droit acquis par le tiers ou encore en présence d'un contrat frauduleux.

Lorsqu'une clause contractuelle possède un *contenu anormal* (quoique valide), de nature à tromper un tiers ou à porter atteinte à la valeur de son bien, la clause excessive sera inopposable au tiers.

– L'article L 223-18 al. 6 c. com. prévoit que « Les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants [de sarl] sont inopposables aux tiers ». On sait que les statuts (à publier) d'une sarl peuvent préciser les pouvoirs dont dispose notamment le gérant de sarl ;

[1] Cjue, 20 juillet 2017, *Fidelidade*, C-287-16 : « [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 »

[2] Civ. 2e, 29 août 2019, n°18-14768, Bull. : « La nullité édictée à l'article L 113-8 c. ass. n'est pas opposable [par l'assureur] aux victimes d'un accident de la circulation » (le litige opposait le fonds de garantie, qui devait garantir la victime lorsque l'auteur de l'accident n'est pas assuré, à l'assureur, qui invoquait la nullité du contrat d'assurance en raison de la fausse déclaration de l'assuré : dans un cas comme dans l'autre, la victime était donc indemnisée).

[3] Civ. 1ère, 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.

le tiers qui traite avec lui n'aura pas à lire les statuts de la sarl (pour prendre connaissance des limites apportées par les statuts de la société aux pouvoirs du gérant) : le gérant de sarl est réputé disposer des pouvoirs normaux[1] envers le tiers (de bonne foi[2]).

– Le créancier hypothécaire qui découvre qu'un bail de longue durée a été consenti par son débiteur pourra considérer que la durée qui excède douze ans lui est inopposable[3]. En effet, le créancier hypothécaire a intérêt à ce que la valeur de l'immeuble soit préservée ; or, un bail de longue durée l'altère. L'intérêt du créancier hypothécaire sera protégé grâce à l'inopposabilité : le bail consenti est réputé d'une durée "normale" (Civ. 3e, 3 février 2010[4]).

Lorsqu'une clause du contrat est contraire à une prérogative reconnue à un tiers, la notion de *droit acquis* permettra de résoudre le conflit en faveur du tiers. Le tiers exercera sa prérogative, lorsque le contrat est, à ses yeux, valide :

– En présence d'une vente de terre agricole, la safer dispose d'un droit de préemption d'une durée (légale) de deux mois[5] : c'est le cadre dans lequel son intérêt légitime s'exerce. Si le contrat conclu entre le vendeur et l'acquéreur prévoit une offre de vente d'une durée plus brève, la clause est inopposable à la safer (Civ. 3e, 20 mai 2015[6]).

– La victime d'un accident de la circulation doit pouvoir agir contre l'assureur de l'automobiliste responsable d'un accident de la circulation. La victime dispose d'un droit acquis, même si le contrat est annulé en raison de la fausse déclaration intentionnelle de l'assuré (Civ. 2e, 29 août 2019, préc.).

En présence d'un contrat frauduleux, destiné à organiser l'insolvabilité d'un contractant (débiteur envers un tiers), la loi (art. 1341-2 c. civ.[7]) permet à un créancier lésé par le contrat translatif de propriété d'exercer l'action paulienne : la vente (portant notamment sur un immeuble) sera

---

[1] Art. L 223-18 al. 5 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 (…). La société est engagée même par les actes du gérant qui ne relèvent pas de l'objet social. (...) »

[2] Art. L 223-18 al. 5 c. com. : « (…) à moins qu'elle [la sarl] 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. »

[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. 3e, 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] Art. 143-12 c. rur. et de la pêche : « (…) le silence de la société d'aménagement foncier et d'établissement rural dans les deux mois de la réception de l'offre amiable vaut, en toute hypothèse, refus d'acceptation de l'offre. »

[6] Civ. 3e, 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).

[7] 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. »

inopposable à son égard. Aux yeux du créancier lésé (et de lui seul), la vente immobilière n'a jamais eu lieu. Il en tirera les conséquences (infra, 2/).

L'intérêt légitime du tiers sera ainsi juridiquement protégé, parce que les contractants ne pourront pas porter atteinte à la prérogative spécifique octroyée à un tiers précis. Cette protection du tiers lui est personnelle : lui seul sera en droit d'ignorer le contrat (ou, plus généralement l'acte : art. L 526-1 al. 3 c. com.[1]).

(680- à 683. : réservés)

Conclusion 1/ L'ignorance du contrat par le tiers : le contrat non respectable

684. L'**ignorance du contrat par le tiers** signifie que la réalité juridique n'a pas été modifiée par le contrat, soit parce qu'il est resté inconnu d'un ou plusieurs tiers, soit parce qu'il porte atteinte à l'intérêt légitime d'un tiers.

L'ignorance du tiers correspond tout d'abord à l'*absence de connaissance*. Elle porte alors sur l'existence du contrat. C'est normalement une situation certaine mais temporaire :

- un tiers qui n'est pas informé ne tiendra jamais compte de l'existence du contrat ;
- lorsque l'information sera délivrée, les tiers seront alors tenus de respecter la réalité juridique modifiée par le contrat.

L'ignorance est deuxièmement un *refus de prise en compte* : le tiers dont l'intérêt légitime est atteint par un contrat agira sciemment en contradiction avec le contrat ou l'une de ses clauses. C'est normalement une situation potentielle mais définitive :

- l'exercice de sa prérogative par le tiers est un risque pour les contractants. Il n'est certain que ce risque se réalisera ;
- si le tiers exerce sa prérogative, elle portera toujours atteinte à la force obligatoire du contrat.

[1] 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. »

L'ignorance du contrat par un tiers crée donc potentiellement une situation conflictuelle : la réalité juridique est devenue contradictoire, puisqu'un tiers voit une réalité, alors que les contractants (et éventuellement aussi quelques tiers) en voient une autre.

2/ L'effet du contrat ignoré par le tiers : *la force obligatoire restreinte du contrat*

685. L'**effet du contrat ignoré par le tiers** conduira ce dernier à pouvoir exercer une prérogative, conformément à la réalité juridique qui est seule valide à ses yeux[1]. Si ce risque se réalise, la force obligatoire du contrat sera altérée.

- La réalité juridique est devenue contradictoire : les contractants considèrent leur réalité juridique (modifiée par le contrat) et estiment que l'immeuble est transféré du patrimoine du vendeur à celui de l'acquéreur, alors qu'un tiers se prévaut de sa réalité juridique et estime que l'immeuble figure toujours dans le patrimoine du vendeur. Il existe donc un conflit entre les contractants et le tiers.
- Si le tiers exerce sa prérogative, le conflit s'actualisera. Tant que le vendeur paie ses impôts au trésor public, le conflit reste potentiel[2]. Mais en cas d'impayé, le trésor public fera saisir l'immeuble, en se prévalant du fait que l'immeuble appartient toujours à son débiteur (donc, à ses yeux, au prétendu vendeur).

  Le tiers qui ignore le contrat agit conformément à la réalité juridique qui est la sienne. Il pourra donc exercer une prérogative incompatible avec ce qui a été convenu entre les contractants. Tant que cette possibilité existe, les contractants sont exposés à ce risque.

Le tiers qui exerce une prérogative s'en prévaut. « *Prévaloir* » signifie que sa valeur est supérieure à la force obligatoire du contrat : c'est la conséquence de l'intérêt légitime reconnu au tiers (supra). La force obligatoire du contrat reste reconnue : mais sa valeur est inférieure.

- En présence d'une vente de terre agricole, la safer dispose d'un délai de deux mois pour exercer son droit de préemption, dès que l'offre de vente lui est notifiée : peu importe que l'offre du vendeur ne dure (contractuellement) qu'un mois et qu'elle soit caduque lorsque la safer exerce son droit de préemption (Civ. 3e, 20 mai 2015[3]).

---

1 Voir : Franck Juredieu, *L'inoppposabilité du contrat. Analyse conjointe de la sanction du défaut de pouvoir et de la fraude paulienne*, RRJ-droit prospectif, 2023/1, p. 127

2 Civ. 3e, 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. »

3 Civ. 3e, 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).

– Le locataire qui s'est marié en cours de bail, sans en avertir son bailleur, est tenu de tous les devoirs du mariage. Le mariage est soumis à la force obligatoire. Mais, envers le bailleur, le locataire est resté célibataire : la procédure d'expulsion sera exercée par le bailleur contre le seul locataire, sans appliquer la règle de la cotitularité du bail prévue à l'article 1751 c. civ.[1] (Civ. 3e, 29 oct. 2013[2]).

La réalité juridique du tiers prévaut sur celle des contractants : sa valeur est supérieure à la force obligatoire du contrat, laquelle n'est néanmoins pas détruite. Elle ne vaudra qu'à titre subsidiaire, dans la mesure où elle ne porte pas atteinte à la prérogative du tiers.

L'inopposabilité du contrat à l'égard d'un tiers ne portera donc atteinte à la force obligatoire du contrat que si le tiers exerce sa prérogative :

– Le conflit entre le tiers et les contractants reste donc potentiel, tant que le vendeur paie ses impôts au trésor public ; le conflit entre le vendeur et la safer n'aura pas lieu, si la safer n'exerce pas son droit de préemption.

– À l'inverse, si le tiers exerce sa prérogative, les contractants subiront une atteinte à la force obligatoire de leur contrat.

a/ La prévalence de la réalité juridique du tiers sur celle des contractants

686. La **prévalence de la réalité juridique du tiers** fixe une règle pour sortir du conflit résultant d'une réalité juridique devenue contradictoire. Le tiers agira sans tenir compte du contrat, dont la force obligatoire sera limitée aux seuls contractants. Mais que décider au sujet des tiers à qui le contrat est opposable ?

Le conflit entre le tiers et les contractants se résout au profit du tiers. Le contrat ne tiendra lieu de loi qu'entre les (seuls) contractants. Le tiers, en revanche, agira conformément à la réalité juridique qui est demeurée la sienne : à ses yeux, le contrat ne s'est pas inséré dans la réalité juridique.

– En présence d'une vente à réméré non publiée, l'article 1673 al. 2 c. civ. prévoit que l'acquéreur a pu consentir une hypothèque. La clause (pacte de rachat) est inopposable au créancier hypothécaire : si l'immeuble est racheté, l'hypothèque restera inscrite et garantira le créancier hypothécaire (de l'acquéreur).

[1] Art. 1751 al. 1er 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. »

[2] Civ. 3e, 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 bailleresse 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. »

– En présence d'un contrat apparent, contredit par une contre-lettre, le tiers s'en tiendra aux apparences. Il peut faire saisir l'immeuble, alors même que la force obligatoire valant entre les contractants est autre.

Le conflit entre le tiers à qui le contrat est inopposable et le tiers à qui le contrat est opposable n'est pas aisé à régler, dans la mesure où il n'existe pas de hiérarchie entre eux. Ce cas de figue est traité, sous un mode exemplatif, à l'article 1201 c. civ. : « Il [le contrat occulte] n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir. » Le tiers qui connaît l'existence du contrat occulte, et qui a intérêt à s'en prévaloir, pourra invoquer l'opposabilité du contrat occulte et donc l'inopposabilité du contrat apparent. Tel autre tiers, qui a intérêt à se prévaloir du contrat apparent, s'en prévaudra. Comment sortir du conflit ?

– Le conflit peut être résolu par le "prix de la course". Le tiers qui exerce en premier une prérogative conforme à sa réalité juridique créera une nouvelle situation juridique, qui deviendra opposable à tous. Le créancier (impayé) de l'acquéreur apparent a intérêt à invoquer la vente apparente ; le créancier impayé du vendeur a intérêt à invoquer la contre-lettre. Le premier qui fait saisir l'immeuble, sera vendu aux enchères publiques, créera une situation juridique nouvelle : le nouveau propriétaire (tiers-acquéreur) en deviendra le seul et unique propriétaire.

– Le conflit peut conduire à laisser émerger différentes réalités juridiques en coexistence[1]. Si le créancier de l'un (acquéreur apparent) et celui de l'autre (véritable propriétaire) prétendent, l'un et l'autre, inscrire une hypothèque sur l'immeuble, les deux hypothèques pourraient être valides (l'une pour garantir une créance envers l'acquéreur apparent, l'autre pour garantir une créance entre le prétendu vendeur). Et si l'un de ces créanciers hypothécaires est impayé, il fera vendre l'immeuble aux enchères publiques (cas précédent).

b/ L'inopposabilité invoquée par le tiers : *l'altération de la force obligatoire*

687. L'**inopposabilité invoquée par le tiers** correspond à la réalisation du risque d'atteinte à la force obligatoire du contrat. Si la vente immobilière est inopposable au trésor public, aucun effet n'a lieu tant que le vendeur paie ses impôts : lorsque la dette fiscale est éteinte, l'inopposabilité n'aura produit aucun effet. En revanche, lorsque le tiers exerce sa prérogative, sans tenir compte du contrat, la force obligatoire du contrat sera atteinte temporairement ou définitivement, ce qui soit

[1] La solution a été admise au profit du client à qui la clause de décharge du passif était inopposable : le cédant restait tenu, mais la clause de reprise de passif par le cessionnaire

imposera une modification du contrat, soit interdira son exécution correcte. Tout dépend des circonstances.

La force obligatoire du contrat sera quasi-entièrement détruite et n'aura été que temporaire, lorsque la prérogative exercée par le tiers modifie envers tous la réalité juridique. Si le trésor public (tiers), victime d'un débiteur qui cherche à organiser son insolvabilité, exerce l'action paulienne (art. 1341-2 c. civ., supra), la vente immobilière lui est inopposable. En conséquence :

- Premièrement, le trésor public confronté à un redevable défaillant exercera ses prérogatives de créancier saisissant[1]. L'immeuble sera saisi (entre les mains de l'acquéreur, dépossédé), vendu aux enchères à un tiers-acquéreur, lequel sera désormais le seul propriétaire officiel du bien (lorsque la vente aura été publiée).
- Pour les contractants (ainsi que les autres tiers), la vente n'aura été qu'une réalité juridique temporaire : l'acquéreur n'aura été que temporairement propriétaire. (et elle ne produira que quelques effets marginaux : si le prix payé par le tiers-acquéreur est supérieur au montant dû par le redevable, le solde sera versé au propriétaire évincé, à savoir l'acquéreur).

  La prérogative exercée par le tiers a ici pour effet de détruire définitivement la force obligatoire du contrat inopposable.

L'inopposabilité du contrat envers un tiers pourra, éventuellement, créer une *gêne temporaire et ponctuelle* pour les contractants. La clause de reprise de passif par le repreneur, inopposable au client victime de malfaçons, permet au client de réclamer une indemnisation au cédant (contractant originaire) (Civ. 1ère, 30 avril 2009, préc.). Si le client est indemnisé par le repreneur, l'inopposabilité de la clause de décharge du passif passera inaperçue : la prérogative du client (l'action en indemnisation à exercer contre le cédant) n'est pas exercée.

- En réclamant et en obtenant du cédant une indemnisation, le client porte atteinte à la force obligatoire du contrat de cession. Contrairement à ce que croyait le cédant, il n'est pas déchargé du passif, malgré la clause de reprise de passif par le cessionnaire.
- Mais le cédant pourra exercer un recours contre le cessionnaire. Conformément à la force obligatoire du contrat de cession, la clause de reprise du passif par le repreneur imposera à ce dernier de rembourser le cédant.

[1] Civ. 1ère, 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. 1ère, 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 (...) ».

L'inopposabilité de la clause de transfert de passif au client a ici pour seul effet de garantir le client contre le risque d'insolvabilité du repreneur : il disposera désormais de deux codébiteurs solidaires, et non plus d'un seul (le cédant)[2]. Le contrat est adapté.

Les effets de l'inopposabilité sont donc variables : ils passeront inaperçus lorsque le tiers n'exerce pas sa prérogative ; si le tiers l'exerce, elle pourra entièrement détruire la force obligatoire du contrat ou simplement imposer son adaptation.

(688- à 695. : réservés)

Conclusion II/ L'inopposabilité du contrat à un tiers

696. L'**inopposabilité du contrat** résulte de l'absence de devoir, pesant sur un tiers, de respecter la réalité juridique modifiée par le contrat : c'est sa source. Elle a pour effet de créer un risque d'atteinte à la force obligatoire du contrat.

Pour les contractants, l'inopposabilité signifie que leur contrat ne tiendra lieu de loi qu'entre eux : la seconde condition à respecter pour établir la force obligatoire de leur contrat (envers les tiers) est absente. La réalité juridique modifiée par le contrat (inopposable à un tiers) verra son domaine d'application cantonné aux dispositions restées compatibles avec la réalité juridique invoquée par le tiers.

Conclusion §2ème/ Le respect du contrat par les tiers : le devoir légal imposé aux tiers

697. Le **devoir légal de respect du contrat par les tiers** remplit donc une fonction essentielle pour assurer la force obligatoire du contrat. Dès que ce devoir est absent, même envers un seul tiers (inopposabilité), la force obligatoire risque d'être atteinte : si le tiers exerce sa prérogative, la valeur du contrat en sera affectée, voire détruite.

Lorsque *l'opposabilité du contrat* est acquise envers tous les tiers, la force obligatoire du contrat est entière. La réalité juridique modifiée par le contrat est alors la même pour les contractants et pour les tiers : c'est la raison pour laquelle les uns comme les autres peuvent l'invoquer ; chacun (contractant comme tiers) pourra exercer sa prérogative, fondée sur cette (unique) réalité juridique.

Lorsque l'*inopposabilité du contrat* est invoquée par un tiers, la réalité juridique invoquée par le tiers (qui exerce sa prérogative) prévaut sur celle des contractants. Cette réalité juridique du tiers sera exécutée : elle donnera lieu à une nouvelle réalité juridique. Si la vente est inopposable au tiers

[2] Civ. 1ère, 30 avril 2009, n°08-11.093, préc.

et si l'immeuble est saisi, il sera vendu à un tiers-acquéreur qui en sera désormais le seul propriétaire, erga omnes. Ce résultat crée une nouvelle réalité juridique (irréversible).

Le devoir légal de respect du contrat par les tiers traite donc uniquement de la réalité juridique modifiée (ou non) par le contrat : il s'agit de savoir quelle réalité juridique s'impose, aux contractants comme aux tiers. Cette *réalité juridique prévalente* aura vocation à être exécutée : il en résultera une nouvelle réalité, à la fois juridique et matérielle.

Conclusion de la section 1ère
La force obligatoire du contrat : le contrat tient lieu de loi

698. La **force obligatoire du contrat** signifie donc que le contrat modifie la réalité juridique, lorsque deux conditions sont remplies : les contractants doivent agir dans leur domaine de compétence ; leur contrat doit être respectable envers les tiers. Alors le contrat tiendra lieu de loi aux contractants comme aux tiers.

La première condition exigée pour que le contrat puisse s'inscrire dans la réalité juridique, au moins celle des contractants, porte sur le domaine de compétence des contractants. Ils doivent positionner correctement les obligations (au sens du régime général) prévues au contrat, sans empiéter sur la compétence des tiers. La présence des tiers reste ici anecdotique : elle illustre ce qu'est la compétence des contractants.

La seconde condition exigée pour que le contrat puisse s'inscrire complètement dans la réalité juridique implique nécessairement les tiers. La question est de savoir si le devoir de respecter la réalité juridique modifiée par le contrat s'impose ou non à tous.

- Lorsque le contrat est opposable, les tiers comme les contractants considèrent que la réalité juridique a été modifiée par le contrat. Tous doivent considérer que le véritable propriétaire actuel de l'immeuble est l'acquéreur. Tous admettent que l'acquéreur peut le revendre ou l'hypothéquer.
- Lorsque le contrat est inopposable à un tiers, ce dernier pourra exercer une prérogative conformément à la réalité qui est la sienne, non modifiée par le contrat. Si cette prérogative est exercée, la réalité juridique sera modifiée : elle prévaudra sur la réalité juridique modifiée par le contrat, portant alors une atteinte irréversible à sa force obligatoire .

La force obligatoire du contrat sera donc reconnue lorsque ces deux conditions cumulatives sont remplies.

- Si la première est absente, le contrat sera dépourvu de force obligatoire : elle n'existera ni entre les contractants, ni envers les tiers. Un contrat peut être dépourvu de sa force obligatoire, même quand il est légalement formé : les deux questions sont distinctes.

– Si la seconde condition est absente, le contrat sera dépourvu de sa force obligatoire envers un ou plusieurs tiers, mais il la conserve entre les parties et éventuellement envers certains tiers. La force obligatoire du contrat inopposable dépend de l'exercice de sa prérogative par chaque tiers : c'est un risque, qui, s'il se réalise, altérera la force obligatoire du contrat.

La force obligatoire consiste uniquement à savoir comment la réalité juridique pourra être modifiée par le contrat : la question traitée consiste uniquement à savoir si le contrat doit « tenir lieu de loi » ; la question ne porte ni sur les conditions de formation du contrat, ni sur l'exécution du contrat.

Section 2ème

La nullité du contrat : *l'irrespect des conditions de formation du contrat*

Résumé :

La **nullité du contrat** sanctionne l'irrespect, par les contractants, des conditions de formation du contrat. La nullité de leur contrat doit être constatée par une décision reconnaissant l'existence d'un vice, cause de nullité du contrat. Cette décision prononcera l'annulation du contrat : sa force obligatoire sera détruite.

La *décision* constatant le vice de formation du contrat est obligatoire pour établir la cause de nullité du contrat. Soit un juge prononce prononce la nullité du contrat ; soit un contractant confirme la validité du contrat.

- Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'il est saisi d'une action en justice. 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 considéré comme correctement formé.
- La confirmation du contrat peut avoir lieu, lorsque le contractant protégé renonce à invoquer le défaut établi afin de le protéger (nullité relative). Le contrat confirmé sera considéré comme valide.

  Lorsque la décision constatant le défaut, cause de nullité du contrat, n'est pas ou ne peut plus être prise, le contrat devra être considéré comme « légalement formé » : sa force obligatoire reste acquise.

L'*annulation* tire la conséquence du prononcé de la nullité. Les aspects viciés du contrat priveront tout ou partie du contrat de sa force obligatoire, ce qui imposera de modifier (à nouveau) une réalité juridique.

- L'étendue de l'annulation décidée par le juge tient compte du rôle joué par la clause viciée dans l'économie du contrat. Le contrat sera annulé en entier (nullité intégrale), en présence d'une clause essentielle ; en présence d'une clause secondaire, elle seule sera annulée (nullité partielle). La clause réputée non écrite, établie en présence d'une disposition légale, impose la nullité partielle, même si la clause est essentielle : la charge économique de l'annulation pèsera alors sur le contractant que la loi désigne.
- Le contrat (ou la clause) illicite ne devra avoir produit aucun effet sur la réalité juridique. C'est l'effet rétroactif de l'annulation : le contrat (ou sa clause) est réputé n'avoir jamais existé. La légalité est alors restaurée. Toutefois, certains tiers dont l'intérêt est protégé par la loi pourront invoquer l'inopposabilité à leur égard de l'annulation, ce qui conduira à adapter la force obligatoire de l'annulation.

La nullité du contrat doit donc être prononcée par une décision dont l'effet de droit est de modifier la réalité juridique : le contrat qui ne respecte pas les conditions de formation imposées par la loi sera réputé n'avoir jamais existé. Tant que cette décision n'est pas prise, le contrat conserve sa force obligatoire, même s'il possède des défauts.

---

700. La **nullité du contrat** sanctionne l'irrespect par les contractants d'une des conditions de formation du contrat exigées par la loi. Si l'accord conclu entre les contractants n'est pas un acte juridique valide, il ne pourra pas produire les « effets de droit » (art. 1100-1 c. civ.) qui s'attachent aux seuls actes juridiques légalement formés ; il devra être considéré, en réalité rétrospectivement, comme n'ayant produit aucun effet sur la réalité juridique.

– En droit français, la nullité du contrat devra être constatée par une décision. Tant que cette décision n'est pas prise, le contrat conserve sa force obligatoire. Si la décision est prise, elle constatera l'existence d'un défaut, cause de nullité : c'est le constat qu'effectue cette décision ;

– L'annulation du contrat conduira à modifier (à nouveau) la réalité juridique. Le contrat s'était inscrit dans la réalité juridique (il était doté de sa force obligatoire) ; or, comme le contrat apparent ne peut produire aucun effet de droit, il faudra que la légalité ne mentionne plus le contrat, réputé n'avoir jamais existé.

La nullité du contrat privera donc de valeur juridique un contrat qui en était apparemment doté. Une décision doit constater la cause de nullité et modifier, en conséquence, la réalité juridique.

La *décision constatant l'existence du défaut, cause de nullité du contrat* est exigée. Tant que cette décision n'est pas prise, le contrat conserve sa force obligatoire.

– Aucune décision constatant la nullité du contrat ne sera prise, lorsque personne ne conteste l'apparence de contrat. Les contractants peuvent présenter un document comportant la signature des parties, contenant des obligations suffisamment déterminées, respectant la forme légalement exigée (le contrat d'hypothèque est notarié). La preuve du contrat est rapportée (art. 1359 c. civ.).

– Il n'existe aucun contrôle préventif, qui conduirait à s'assurer que chaque contrat respecterait toutes les conditions de formation légalement exigées. Il faudra donc se contenter d'une présomption de validité[1], à partir de l'apparence de contrat. Tous les contrats, à compter de leur conclusion, ont vocation à s'insérer dans la légalité dès leur conclusion, ceux qui respectent toutes les conditions de formation légalement exigées comme les autres, à savoir ceux qui contiennent des défauts.

[1] Art. 1354 c. civ. : « La présomption que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve ». Celui qui prouve l'obligation (art. 1353 al. 1er c. civ.) en produisant la preuve légale du contrat (art. 1359 c. civ.) établit que le contrat est « certain »

Tant que personne ne conteste la réalité juridique apparente selon laquelle un contrat a été régulièrement conclu, il n'y a aucune raison de prendre une décision au sujet de ce contrat : cet acte juridique est a priori valide et il produira son effet de droit (ce qui correspond à sa force obligatoire). En revanche, il faudra une décision pour affirmer qu'un contrat présente un défaut et que ce défaut est une cause de nullité du contrat. Autrement dit, sans décision constatant la cause de nullité, le contrat apparent ne sera jamais annulable.

L'*annulation du contrat* est une opération consistant à modifier rétroactivement la réalité juridique. La réalité juridique (qui a été modifiée, une première fois, par le contrat doté de sa force obligatoire), ne sera pas simplement modifiée à nouveau (comme elle le serait en présence d'une vente, suivie d'une revente) ; elle sera réputée n'avoir jamais été modifiée. L'effet rétroactif de l'annulation est une fiction :

- La période au cours de laquelle le contrat était doté de sa force obligatoire (entre les parties et envers les tiers) a conduit à modifier la réalité juridique. De même, tant qu'une loi ou un décret n'a pas été annulé, la loi ou le décret sont en vigueur : ils modifient la réalité juridique.
- Mais dès que le contrat, la loi ou le décret sont annulés, la réalité juridique se modifie à nouveau, mais avec une conséquence (légale) radicale : cette réalité juridique est rétrospectivement considérée comme n'ayant jamais été modifiée.

Le caractère rétroactif de l'annulation s'explique pour une raison logique (un acte juridique invalide ne doit pas modifier la réalité juridique). L'annulation produira donc un effet radical, problématique pour les tiers qui s'étaient fiés, de bonne foi, à la réalité juridique officielle désormais rétroactivement détruite.

La nullité du contrat ne sera donc admise que si une décision constate qu'une condition de validité du contrat n'est pas remplie : le contrat doit être atteint d'un vice de formation (§1er). Lorsque cette exigence est respectée, l'annulation (§2ème) modifiera radicalement la réalité juridique, une seconde fois.

(701- à 704. : réservés)

§1er/ L'existence d'un vice de formation du contrat :

l'exigence d'une décision constatant la cause de nullité

705. L'**existence d'un vice de formation du contrat** est établie, quand le contrat n'est pas « légalement formé » (art. 1103 c. civ.), parce qu'il lui manque une condition pour qu'il puisse devenir un acte juridique valide. Selon l'article 1178 al. 1er c. civ. : « Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. » Le vice de formation du contrat est donc un défaut qui n'est pas quelconque (une faute d'orthographe, un diagnostic qui manque …), mais un défaut qui porte sur une « condition nécessaire à la validité du contrat » (art. 1128 c. civ.[1]) ; il faudra également que ce défaut soit formellement constaté dans une décision constatant son existence.

L'exigence d'une décision constatant le défaut apparaît immédiatement dans la suite de l'article 1178 al. 1er c. civ. : « (…) La nullité *doit être prononcée* par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord. »

- Tant que la décision prononçant la nullité n'est pas prise (d'un commun accord des parties ou par le juge), le contrat conservera sa force obligatoire, entre les parties comme envers les tiers.
- Si, à un moment donné, la décision constatant le vice ne peut plus être prise, le contrat devra être désormais considéré comme dépourvu de tout défaut. Sa force obligatoire ne pourra plus être remise en cause.

  La décision officialise l'existence du défaut affectant le contrat : sans la décision, le contrat doit être considéré comme dépourvu de défaut.

La décision qui constate le défaut du contrat (une faute d'orthographe ou l'irrespect d'une règle de forme) ne conduira au prononcé de la nullité que si le *défaut est une cause de nullité* du contrat. Parmi les défauts du contrat,

- certains seront mineurs (oubli d'un paraphe sur un document notarié ; absence d'un document portant sur une information technique) : ils n'affectent pas la validité du contrat. Si le défaut cause un dommage (absence d'information donnée par le professionnel sur les risques d'une opération chirurgicale), l'auteur de la faute engagera sa responsabilité civile. Mais le contrat reste valide.

[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. »

– Seuls les défauts qui sont qualifiés de « causes de nullité » portent sur les conditions nécessaires à la formation du contrat. Ces conditions requises pour la validité du contrat figurent explicitement dans la loi, soit en droit du contrat pour les conditions générales (absence de vice du consentement), soit dans des dispositions ponctuelles (vice de forme).

– La loi (art. 2297 c. civ.[1]) exige une mention manuscrite de la part de la caution, personne physique, qui s'engage envers un professionnel : la loi prévoit la sanction de ce vice de forme, à savoir la nullité du cautionnement ;

– L'assuré a fait une fausse déclaration intentionnelle à l'assureur sur le risque couvert : le dol commis par l'assuré porte sur un caractère déterminant du consentement de l'assureur. Le vice du consentement est une cause de nullité du contrat.

Le défaut dont le contrat est atteint n'est donc pas quelconque : il figure sur la liste des conditions « nécessaires à la validité du contrat » (art. 1128 c. civ.[2]) ou dans une loi spéciale.

Le vice de formation du contrat sera donc attesté par une décision constatant un défaut, cause de nullité du contrat. L'article 1178 al. 1er c. civ. déduit la conséquence logique qui résulte du constat du vice ; mais l'article 1182 c. civ. établira une réserve.

– Selon l'article 1178 c. civ., « La nullité doit être prononcée ». C'est la conséquence logique qui s'attache au constat du vice de formation du contrat. Cette conséquence est même nécessaire en présence de certains vices : il est hors de question de ne pas prononcer la nullité d'un contrat portant atteinte à l'ordre public de direction (vente d'objets contrefaits ou de stupéfiants ; …).

– Mais, lorsque le vice du contrat porte atteinte à l'ordre public de protection d'un seul contractant, ce dernier sera en droit de confirmer le contrat, en renonçant à la protection que la loi lui accorde. Selon l'article 1182 c. civ. : « La confirmation est l'acte par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce. » La caution pouvait invoquer le vice de forme : elle y renonce. Le contrat de cautionnement conservera sa force obligatoire.

Le vice de formation du contrat est donc normalement sanctionné par le prononcé de la nullité du contrat (I) ; mais une confirmation du contrat (II) est parfois possible.

---

[1] Art. 2297 c. civ. : « A 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 (...) ».

[2] 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. »

I/ Le prononcé de la nullité du contrat : *le constat d'un vice de formation*

706. Le **prononcé de la nullité du contrat** a lieu lorsqu'une décision constate l'existence d'un vice de formation du contrat : le constat du défaut, « cause de nullité », entraînera la conséquence, à savoir le prononcé de la nullité.

- On sait que la décision prononçant la nullité du contrat est nécessaire : si aucune décision ne prononce la nullité du contrat, ce dernier restera soumis à sa force obligatoire. La première question qui se pose est de savoir qui peut prononcer la nullité.
- La seconde question qui se posera au contractant qui estime avoir intérêt à obtenir le prononcé de la nullité du contrat, sera de suivre la procédure prévue par la loi.

Pour obtenir une *décision prononçant la nullité*, seules deux voies sont prévues. Selon l'article 1178 al. 1er c. civ. , la nullité « doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constate d'un commun accord ». Les auteurs de la décision d'annuler sont soit les deux parties, soit le juge :

- L'accord des parties pour constater le vice et annuler leur contrat peut intervenir même longtemps après la conclusion de leur contrat : la loi n'impose aucune restriction particulière, sauf l'accord de l'un et celui de l'autre. Ce type d'annulation n'aura lieu que si cette opération est conforme à l'intérêt de deux contractants.
- Le prononcé de la nullité par le juge aura lieu lorsqu'il existe un litige entre les contractants. L'un estime avoir intérêt à obtenir le prononcé de la nullité (la caution invoque le vice de forme pour ne plus avoir à payer la banque) ; l'autre estime avoir intérêt à obtenir l'exécution de l'obligation prévue au contrat (la banque veut être payée par la caution qui a promis).

  Lorsque les contractants ont des intérêts divergents face à la valeur de leur contrat, il faudra donc régler leur litige par une action en justice. Le prononcé de la nullité ne peut alors avoir lieu que par une décision du juge : lui seul constatera ou refusera de constater la présence d'un vice de formation du contrat.

Le prononcé de la nullité du contrat *par le juge* (désormais, seule voie praticable pour régler le conflit entre les contractants) est soumis à des conditions spécifiques. Selon les articles 1179 à 1181 c. civ., il faudra respecter une procédure spécifique afin que le juge puisse prononcer la nullité. La loi impose des conditions de délai et limite les personnes ayant intérêt à agir. Le contractant (qui se prévaut de la nullité devant le juge) devra agir à temps et il ne pourra invoquer que certains vices du contrat :

– Si le contractant attend trop longtemps, avant d'invoquer la nullité du contrat, il sera trop tard. Il sera condamné en justice à exécuter le contrat, malgré son vice : le juge refusera de constater la nullité. La caution a payé ; elle apprend plus de cinq ans plus tard que le contrat contenait un vice de forme. Tant pis pour elle.

– Si un contractant n'a pas qualité pour invoquer le vice, il devra attendre que l'autre exerce ou non l'action en justice. L'assuré, auteur d'un dol (fausse déclaration intentionnelle), paye ses primes : seul l'assureur pourra invoquer le vice et agir en nullité, pendant les cinq ans suivant la découverte du dol (c-à-d. le plus souvent, lorsque survient un accident : l'assureur apprend alors que l'assuré roulait sans permis ...). Tant pis pour l'assuré, qui se croyait garanti.

L'exigence d'une décision prononçant la nullité du contrat montre donc que le législateur ne souhaite pas que la nullité puisse être constatée en dehors du cadre légal qu'il impose aux contractants (art. 1178 à 1181 c. civ.).

– Cette politique du législateur peut sembler paradoxale. Le législateur impose des conditions qu'il estime « nécessaires » (art. 1128 c. civ.) à la validité du contrat : a priori, les contractants ne devraient pas pouvoir se passer du nécessaire. Or, le législateur établit une procédure destinée à restreindre le prononcé de la nullité par le juge : il est opportun de ne pas constater l'existence du vice, au regard des circonstances.

– Les circonstances conduisant à restreindre le constat d'un vice tiennent essentiellement à l'exécution du contrat qui a pu avoir lieu : l'un des contractants a-t-il exécuté sa prestation ? Un certain temps après l'exécution de la prestation, il sera trop tard pour annuler.

707. Le **critère de l'exécution** de sa prestation par l'un ou l'autre des contractants est utilisé par le législateur, afin que la décision du juge, prononçant la nullité du contrat, intervienne dans un délai raisonnable. Face au contrat présentant un défaut (éventuel, tant que le prononcé de la nullité n'a pas eu lieu), chaque contractant sera amené à faire des choix, au regard de ses intérêts bien compris.

– Tant que la décision prononçant la nullité n'est pas prise, le doute au sujet de la validité du contrat existe. Il peut arriver qu'aucun des deux contractants n'aient conscience de l'existence du défaut.

– L'exercice d'une action en justice pour obtenir une décision constatant la nullité est un tracas (source de frais d'avocats, de perte de temps …). Au sens strict du terme, l'action en

justice signifie qu'un contractant saisit le juge d'une demande (il est demandeur) ; le cocontractant poursuivi en justice défend (il est défendeur).

Le critère de l'exécution sera utilisé pour savoir si le contractant (qui estime que le contrat doit être nul) doit exercer une action en justice (au sens strict) ou s'il peut s'en abstenir sans compromettre ses intérêts.

La conclusion d'un contrat ne s'accompagne pas toujours d'une *exécution* de leurs obligations par les contractant. Le client conclut un contrat de vente avec un garagiste : le prix sera payé, lorsque le client prendra livraison du véhicule. Deux cas de figure peuvent alors survenir :

- Le contractant refusera de payer le prix du bien, quand il s'aperçoit "à temps" de son erreur (ou du dol commis par le cocontractant). Lorsque le client vient prendre livraison du véhicule, il s'aperçoit qu'il a été accidenté. Le client ne paye pas et repart chez lui sans le véhicule. Si le garagiste n'est pas content, il saisira le juge et on s'expliquera.
- Le contractant s'aperçoit trop tard qu'il a été victime d'un dol : après avoir payé le véhicule, le client est victime d'une panne. Le réparateur l'informe que le véhicule a été gravement accidenté ou qu'il est atteint d'un vice caché.

Le critère de l'exécution (ou non) de sa prestation par l'un des contractants est utilisé par le législateur pour fixer la durée au cours de laquelle la décision prononçant la nullité doit survenir. Pour le législateur, l'exécution des obligations contenues dans le contrat est le moment pertinent où chaque contractant doit s'interroger sur le défaut du contrat.

Lorsque le contrat a été conclu, et qu'il ne donne lieu à *aucune exécution*, le contractant (qui conteste la validité du contrat) pourra éviter les frais liés au prononcé de la nullité en restant inerte (mais, évidemment, sans obtenir le prononcé de la nullité).

- Si le cocontractant n'est pas satisfait de l'absence d'exécution de l'obligation contenue dans le contrat, il exercera une action en justice : il réclamera paiement à la caution (qui s'est engagée sans respecter la forme légalement requise) ou au client (qui a refusé de prendre livraison du véhicule accidenté) ;
- Le contractant (poursuivi en justice : défendeur) expliquera (par le biais de son avocat) au juge pourquoi il refuse d'exécuter, en opposant l'exception de nullité. La caution refuse de payer, parce que le contrat de cautionnement contient un vice de forme. Le client refuse de payer et de prendre livraison de véhicule, parce que le garagiste a commis un dol, en n'informant pas le client sur l'accident subi par le véhicule. Si le juge admet l'exception de nullité, il rendra une décision constatant la nullité du contrat.

– Si le cocontractant n'exerce aucune action en justice (notamment parce qu'il sait bien que le contrat présente un défaut), la nullité ne sera jamais prononcée : le contrat aura été conclu, il n'aura jamais été exécuté, ni d'un côté, ni de l'autre. Le contrat sombrera dans l'oubli (et les obligations qu'il contient s'éteindront cinq ans après leur date d'exigibilité : prescription extinctive, art. 2224 c. civ.).

Lorsque le contrat a été conclu et que l'un des contractants a commencé à exécuter ses obligations (l'*exécution* a lieu), le contractant qui s'estime victime d'un contrat mal formé devra exercer une action en justice pour obtenir le prononcé de la nullité du contrat et cette action devra être exercée dans un certain délai.

– Le prononcé de la nullité du contrat sera obtenu (à défaut d'accord amiable) en exerçant une action en justice. Des conditions procédurales spécifiques, en fonction du type de défaut affectant le contrat, permettront d'identifier qui peut invoquer le vice et pendant quel délai.

– Si la nullité n'est pas prononcée (en respectant notamment le délai au cours duquel elle doit être prononcée), le contrat sera réputé correctement formé. Il sera trop tard pour invoquer le vice du contrat et obtenir une décision de justice. Le client a payé le véhicule accidenté (exécution simple), avant de s'apercevoir du dol : si le client reste inerte dans les cinq ans qui suivent la découverte du dol, le contrat sera désormais considéré comme dépourvu de dol (prescription extinctive de l'action en nullité).

Le *critère de l'exécution d'une obligation* contenue dans le contrat est utilisé par le législateur pour déclencher l'action en nullité. La seule conclusion du contrat ne suffit pas ; l'exécution d'une obligation crée une apparence de contrat qu'il faudra contester en suivant une procédure.

– Aussi longtemps qu'aucune exécution n'a eu lieu, l'exception de nullité (1) pourra être opposée.

– L'exécution d'une obligation contenue dans le contrat impose aux contractants de s'interroger sur les défauts de leur contrat : une action en nullité (2) doit être exercée.

1/ L'exception de nullité : *l'absence d'exécution d'une obligation*

708. L'**exception de nullité** sera opposée par le contractant poursuivi en justice par son cocontractant qui réclame (en tant que créancier) l'exécution de l'obligation prévue au contrat. Selon 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. » Le texte signifie que la période qui sépare la date de conclusion du

contrat de celle à laquelle une action en justice sera exercée est neutre. C'est une situation d'attente, qui prendra fin lorsqu'une action en justice sera intentée.

L'absence d'exécution du contrat signifie que ni l'un (qui a intérêt à invoquer la nullité : l'emprunteur, qui ne veut pas payer les intérêts du prêt), ni l'autre (qui a intérêt à ce que le contrat soit valide : la banque, qui veut être payée par la caution) n'ont exécuté, ni même commencé à exécuter la prestation qu'il doive.

- Peu importe de savoir pourquoi aucune exécution n'a lieu. Le client est reparti chez lui sans payer, ni prendre le véhicule accidenté : l'absence d'exécution s'explique par la conscience du défaut du contrat. L'absence d'exécution peut avoir lieu, sans que ni l'un, ni l'autre n'aient conscience du défaut : tant que le débiteur rembourse sa dette, la caution n'exécute pas le contrat[1], sans avoir conscience du défaut (qu'elle apprendra par le biais de son avocat, une fois qu'elle sera poursuivie en justice par le créancier).
- L'absence d'exécution reste acquise, lorsqu'un devoir secondaire pesant sur l'une des parties a été exécuté. La banque est tenue d'informer annuellement la caution, personne physique, sur l'évolution de la dette garantie : l'envoi de l'information à la caution n'a pas été considéré comme une exécution (Com., 8 avril 2015[2]).
- L'absence de publication d'un contrat (soumis publication : vente immobilière, …, cession de fonds de commerce) signifie également qu'aucun début d'exécution n'a eu lieu (Civ. 3e, 9 mars 2017[3]).

L'absence d'exécution du contrat est un constat objectif : aucune demande d'exécution n'a lieu, probablement parce que l'exécution de la prestation est subordonnée à des conditions qui ne sont pas remplies (la caution ne paiera que si le débiteur est défaillant : il ne l'est pas ; la banque accepte un découvert bancaire, mais le compte n'est jamais à découvert).

Si l'un des contractants exerce une *action en justice* pour réclamer l'exécution d'une obligation figurant dans le contrat (probablement parce que l'échéance de l'obligation est survenue : le débiteur est défaillant, donc la banque agit contre la caution ; le compte bancaire est à découvert, donc la banque réclame des agios), l'autre lui opposera un contre-argument, dénommé « exception ».

[1] Com., 31 janvier 2017, n°14-29.474, Bull. ; JCP 2017, éd. G, Act., 170, note Vincent Roulet ; D. 2017, somm., p.297 (la caution invoque l'absence de signature).

[2] Com, 8 avril 2015, n°13-14.447, Bull. (la caution oppose l'exception de nullité : l'arrêt ne mentionne pas le vice invoqué par la caution).

[3] Civ. 3e, 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'inscription d'une l'hypothèque constitue un commencement d'exécution, indépendamment de la personne qui l'effectue ».

L'exception de nullité est opposée par le défendeur à l'action, quand il invoque le vice de formation du contrat.

– L'exception de nullité peut être opposé sans aucune condition de délai : elle « ne se prescrit pas » (art. 1185 c. civ.)[1]. L'exception est imprescriptible ou perpétuelle[2] : peu importe le laps de temps qui sépare la conclusion du contrat de la demande d'exécution émanant du cocontractant (ou de son héritier) ; peu importe le type de vice qui rendra le contrat intégralement nul[3].

– L'exception de nullité sera opposée dans le cadre d'un procès, donnant lieu à une décision de justice. Cette décision de justice pourra donc officialiser la nullité du contrat : l'exception de nullité qui est admise fixera désormais définitivement la valeur du contrat vicié : il est nul. Si l'exception de nullité est rejetée par le tribunal, le défendeur à l'action sera condamné à exécuter le contrat dépourvu de défaut.

L'exception de nullité pourra donc être opposée aussi longtemps qu'aucune obligation n'est exécutée. La période de latence qui sépare la conclusion du contrat de l'exécution d'une obligation est neutre : cette période prend fin de deux manières.

– En présence d'un litige entre les contractants, lorsque l'un réclame l'exécution d'une obligation venue à échéance et que l'autre refuse (en invoquant le défaut du contrat), une décision de justice fixera le statut du défaut. Le prononcé de la nullité a lieu, quand le juge constate le défaut de validité du contrat.

– En l'absence de litige entre les contractants, l'exécution simple aura lieu, lorsque l'obligation prévue au contrat vient à échéance. La caution paye, parce qu'elle croit devoir payer ; le client paye le véhicule, sans se rendre compte qu'il a été accident. L'exécution (simple) de l'obligation imposera aux contractants de s'interroger sur la valeur de leur contrat.

---

[1] Avant 2016, la règle était qualifiée de principe : Civ. 1ère, 15 janvier 2015, n°13-25.512 et 13-25.513 ; Bull. ; Gaz. Pal. 2015, 1, p. 18, note Ludovic Lauvergnat ; 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. 1ère, 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. 1ère, 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 ».

[3] Civ. 3e, 4 mars 2009, n°07-17.991, Bull. n°57 ; Civ. 1ère, 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 ».

709. En droit du contrat, la période qui sépare la conclusion du contrat de l'exécution d'une obligation est neutre. Mais il existe des dispositions exceptionnelles imposant l'action en justice, avec le **délai de forclusion**. À compter de la seule conclusion du contrat[1] ou de sa rupture[2], le défaut affectant le contrat devra faire l'objet d'une action en justice : la conclusion du contrat change de sens. Elle impose à l'un des contractants de s'interroger sur le vice éventuel de leur contrat : après, l'expiration du délai bref imposé par la loi (deux ans[3] ou de six mois[4]) sera trop tard.

Les délais de forclusion résultent de *dispositions spéciales*, ce qui impose au contractant protégé de connaître avec précision la législation.

- Le vendeur de l'immeuble, en cas de lésion, dispose d'un délai de deux ans après la conclusion de la vente (art. 1676 c. civ.[5]), pour obtenir le prononcé de la nullité. Peu importe qu'il ne connaisse pas le vice ou qu'il soit en tutelle[6] ;
- 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 convenu[7].
- 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.[8]), le contrat sera irrévocablement valable (solution contestée par la Cjue, 21 nov. 2002, infra).

---

1 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).

2 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. »).

3 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).

4 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. 3e, 29 juin 2011, n°10-16.434, Bull. n°114).

5 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. »

6 Voir : Civ. 3e, 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. »

7 Civ. 3e, 2 juin 201, n° 15-16.967, Bull. ; Gaz. Pal. 2016, n° 28, p. 68, note Marine Parmentier ; revue Ann. loyers, septembre 2016, p. 69, note Jean-Marc Roux, ; revue Loyers et copr. 2016, 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. »

8 Art. R 312-35 al.1er 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).

(710- à 714 : réservés)

2/ L'action en nullité : *l'exécution simple du contrat*

715. L'**action en nullité** devra être exercée en présence d'une exécution simple. À ce moment, le contractant qui estime que le contrat qu'il exécute (en tant que débiteur) ou dont il obtient l'exécution (en tant que créancier) doit s'informer par lui-même sur la présence d'un éventuel défaut : il disposera alors d'un délai de cinq ans (en principe), pour obtenir le prononcé de la nullité ; après ce délai, le contrat sera considéré comme un acte juridique valide, respectant les conditions de formation légalement exigées.

L'*exécution simple* a lieu, lorsque l'une des obligations prévue au contrat est exécutée ou lorsque le contrat est publié. Ainsi,

- L'acquéreur du véhicule en paye le prix et en prend livraison ; il apprend ultérieurement que le véhicule était accidenté et qu'il est donc victime d'un dol commis par le vendeur. Les deux obligations principales du contrat (à exécution instantanée) font l'objet d'une exécution simple ;
- L'emprunteur a reçu les fonds versés par la banque, même si l'emprunteur dispose d'un délai avant de commercer à rembourser : le contrat est exécuté (Civ. 1ère, 1er déc. 1998[1]) ;
- La publication d'un contrat est assimilable à un début d'exécution : l'inscription d'une hypothèque (Civ. 3e, 9 mars 2017[2]) effectuée à la diligence du notaire, est une exécution.
- L'exécution partielle du contrat est également une exécution simple. Le contrat conclu entre un médecin et la clinique est exécuté partiellement quand le médecin exécute son contrat de travail : si la clinique veut contester le montant de l'indemnité à verser en cas de rupture, elle devra agir à partir du moment où le contrat conclu avec le médecin commence à être exécuté (Com.,15 janvier 2013[3]).

---

1 Civ. 1ère, 1er déc. 1998, *Maggiani*, n°96-17761, Bull. n°338 : (abstrat) « l'exception de nullité d'un contrat de prêt immobilier est irrecevable comme prescrite lorsqu'elle est invoquée par l'emprunteur, reconventionnellement à la demande de remboursement du prêt, plus de 5 ans après la remise des fonds prêtés, caractérisant l'exécution du contrat de prêt. »

2 Civ. 3e, 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'inscription d'une l'hypothèque constitue un commencement d'exécution, indépendamment de la personne qui l'effectue ».

3 Com.,15 janvier 2013, n°11-28.244, Bull. n°12 ; D. 2013, p. 539 à 542, note Bruno Dondero ; Bulletin Joly Sociétés, n° 3, mars 2013, n°99, p. 197 à 199, note Hervé Le Nabasque ; revue Droit des sociétés, n° 4, avril 2013, commentaire n°67, p. 36, note Dorothée Gallois-Cochet ; Revue Lamy droit des affaires, n° 80, mars 2013, Actualités, n° 4475, p. 13 note Ildo D. Mpindi.

– L'exécution forcée, exigée par le créancier, est soumise au même régime : la caution poursuivie par la banque disposera d'un délai de cinq ans pour invoquer le défaut du contrat (Com., 26 mai 2010[1]).

L'exécution simple a lieu lorsque l'une des parties reçoit ou obtient la prestation, parce que l'obligation est venue à échéance.

La date à laquelle a lieu l'exécution simple est le moment à partir duquel chaque contractant doit s'interroger sur le défaut que le contrat présente : en principe, à ce moment, il doit être en mesure de détecter les défauts du contrat (sachant évidemment que certains défauts apparaîtront plus tard). La procédure pour obtenir le prononcé de la nullité peut alors être enclenchée, en respectant deux conditions :

– Celui qui peut exercer l'action en nullité est le titulaire de l'action (a). Il s'agit de répondre à la question : qui peut agir ?

– Le délai au cours duquel l'action en nullité doit être exercée sera fixé par la prescription extinctive (b). Il s'agit de répondre à la question : pendant quel délai ?

a/ Le titulaire de l'action en nullité : *la distinction entre nullité relative et absolue*

716. Le **titulaire de l'action en nullité** est celui qui peut invoquer le défaut dont le contrat est, selon lui, atteint. Comme l'action en nullité est une action en justice, on devrait appliquer les principes de droit procédural, et notamment le principe général selon lequel une action en justice ne peut être exercée que par celui qui a « intérêt à agir ». Ce principe est adapté en droit du contrat, avec la distinction entre nullité relative et absolue.

– L'*intérêt à agir*, en droit procédural (art. 31 c. proc. civ.[2]), interdit, pour des raisons morales, à certaines personnes d'exercer une action en justice, notamment quand elles sont responsables du défaut qu'elles invoquent[3]. L'auteur d'un dol ne pourra pas invoquer son mensonge pour obtenir l'annulation d'un contrat qui ne lui convient plus : le vendeur de l'hôtel ne révèle pas qu'il exploite son entreprise sans autorisation ; mais les prix de l'immobilier s'envolent dans le secteur. Il ne pourra pas invoquer le dol dont il est l'auteur.

[1] 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 : « au moment de leur assignation en exécution de leur engagement, des cautions se trouvaient dans le délai de cinq ans pour agir, par voie d'action, en nullité de leur engagement ». La caution aurait dû opposer l'exception de nullité face à l'action en paiement forcé exercée par la banque. Elle ne l'a pas fait : elle disposait alors d'un délai de cinq ans pour agir en nullité.

[2] Art. 31 c. proc. civ. : « 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. »

[3] 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. 3e, 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. »

Ici, l'action en nullité obéit aux principes de la procédure civile[1]. Potentiellement, à ce stade, un contractant et quelques tiers intéressés peuvent avoir un intérêt à agir.

– Toutefois, le titulaire de l'action en nullité sera défini de manière spécifique en droit du contrat. La question reste la même : il s'agit de savoir qui peut invoquer le défaut du contrat pour obtenir en justice le prononcé de la nullité. Mais la distinction entre nullité relative et nullité absolue conduira à limiter les titulaires de l'action en annulation du contrat.

En présence d'une *nullité absolue*, les titulaires de l'action en nullité sont ceux qui disposent d'un intérêt à agir, conformément aux principes régissant le droit procédural.

– La nullité absolue correspond à un défaut du contrat établi par le législateur dans le but de protéger l'intérêt général. Selon l'article 1179 al. 1er c. civ. : « La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général. » On parle d'ordre public de direction : le but du législateur est de limiter l'inflation (en interdisant certaines clauses d'indexation) ou d'interdire la fraude fiscale (en interdisant les dessous-de-table lors de la cession d'un fonds de commerce[2]).

– Les titulaires de l'action en nullité sont définis classiquement. Selon l'article 1180 al. 1er c. civ., « La nullité absolue peut être demandée par toute personne justifiant d'un intérêt, ainsi que par le ministère public. »

L'action en nullité absolue obéit ici au droit commun : quiconque a intérêt à invoquer le contrat qui trouble l'ordre public de direction est bienvenu à le dénoncer.

En présence d'une *nullité relative*, le titulaire de l'action en nullité est uniquement le contractant que la loi entend protéger, en établissant la condition de validité du contrat.

– La nullité relative correspond à un défaut qui est établi dans l'intérêt d'un seul contractant. Selon l'article 1179 al. 2 c. civ., « Elle [l'action en nullité] est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé. » On parle alors d'ordre public de protection : le vice de violence protège le contractant qui subit la violence ; la clause abusive a pour but de protéger le consommateur.

---

[1] Civ. 2e, 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. »

[2] 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.
« 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 soulte d'un échange ou d'un partage comprenant des biens immeubles, un fonds de commerce ou une clientèle. »

– Le titulaire de l'action est défini de manière très restreinte. Selon l'article 1181 c. civ. : « La nullité relative ne peut être demandée que par la partie que la loi entend protéger. » Un tiers, proche d'un contractant, ne peut pas invoquer son intérêt légitime pour invoquer le défaut du contrat[1] : l'insanité d'esprit du dirigeant de société ne peut pas être invoquée par un créancier de la société (en liquidation judiciaire)[2] ; le co-emprunteur ne peut pas invoquer l'erreur commise par son coobligé[3].

L'action en nullité relative a donc pour seul et unique titulaire le contractant protégé par une disposition établissant un ordre public de protection. L'accès au juge est donc étroitement limité : ce qui signifie que le prononcé de la nullité ne sera pas fréquent.

Le titulaire de l'action en nullité sera donc défini soit classiquement (en présence d'une nullité absolue), ce qui a pour effet de multiplier les risques d'annulation, soit de manière restreinte (en présence d'une nullité relative), ce qui aura pour effet de réduire fortement le risque de l'annulation. Le prononcé de la nullité est donc perçu, par le législateur lui-même, comme un risque : ce qui peut paraître paradoxal, puisque le législateur est le seul compétent pour établir (ou non) les conditions de validité du contrat.

717. La **classification des vices du contrat** sont en deux catégories, en fonction de l'objectif poursuivi par le législateur (art. 1179 c. civ.) quand il impose une condition de formation au contrat, n'est pas scientifique. « La sauvegarde d'un intérêt privé » relève de la nullité relative ; tous les autres défauts relèvent de la nullité absolue (puisque la catégorie possède une vocation générale : « la sauvegarde de l'intérêt général »). Lorsqu'un doute existe sur la catégorie d'appartenance, les juges français optent souvent pour la nullité absolue.

Les vices relevant de la *nullité relative* ont, par définition, pour fonction de protéger l'intérêt privé d'un contractant, protégé par une règle impérative de protection.

– Les vices du consentement et de capacité sont systématiquement des cas de nullité relative. Il en va de même pour certains défauts affectant le contenu du contrat : la lésion (admise au profit du

[1] En revanche, depuis l'ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, la caution peut invoquer le vice de formation, source de nullité relative, commis par le débiteur garanti. Art. 2298 c. civ. Voir : *Droit des sûretés*, n°112 et suiv.

[2] 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 (..) ».

[3] Par analogie : Civ. 1ère, 5 juin 2019, n°17-27.066, Bull. ; D. 2019, somm., p. 1222 ; JCP 2019, éd. E, Act., 416 ; JCP G 2019,chron. 749, spéc. n° 7, note Grégoire Loiseau : (abstrat) « […] l'exception de garantie soulevée par un débiteur solidaire poursuivi par un prêteur, créancier de l'obligation de paiement, et tirée de l'existence d'un contrat d'assurance-décès souscrit par un autre codébiteur, constitue une exception purement personnelle à celui-ci, que le débiteur poursuivi ne peut opposer au créancier. » Voir : Régime général de l'obligation, n°151.

mineur ou du vendeur d'immeuble), la clause abusive (art. 1171 c. civ.[1]), la contrepartie dérisoire ou illusoire[2] (art. 1169 c. civ.[3]) ainsi que le manquement à une obligation essentielle (art. 1170 c. civ.[4]).

– La condition de forme sera une nullité relative, lorsque la forme a pour objet exclusif de protéger une partie au contrat. Ainsi, la caution, personne physique, pourra seule invoquer le vice de forme, lorsque la mention manuscrite qu'elle doit écrire n'est pas respecter ou l'est de manière incorrecte (art. 2279 c. civ.[5]).

Les d*éfauts relevant de la nullité absolue* sont définis de manière large, lorsque le contenu du contrat est le plus souvent en cause :

– L'objet illicite (chose hors commerce ou portant atteinte à un droit fondamental[6] ; clause illicite d'indexation[7], interdite pour lutter contre l'inflation ; clause de non-concurrence portant atteinte à la liberté de contracter[8]) et la plupart des buts illicites (opération frauduleuse destinée à léser les intérêts du fisc ...) relèvent de l'ordre public de direction.

– Le vice de forme est parfois établi afin de sauvegarder l'intérêt général. L'article 931-1 al. 1er c. civ.[9] suggère que le vice de forme d'une donation[10] relève de la nullité absolue. Il en va de même

---

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. 3e, 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. 3e, 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. »

4Art. 1170 c. civ. : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. »

5 Art. 2279 . civ. : « A 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. En cas de différence, le cautionnement vaut pour la somme écrite en toutes lettres. »

6 Civ. 3e, 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 1er 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 payement des cotisations échues et de l'année courante, nonobstant toute clause contraire (…) »

7 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 (…) ». Voir : 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 ».

8 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.

9 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. »

10 Civ. 1ère, 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. »

pour le vice de forme affectant un nantissement[1] ou le vice de forme affectant une cession de brevet[2].

– Lorsque l'objet d'une prestation est indéterminé (prix non fixé[3], objet vendu imprécis) ou en présence d'une erreur-obstacle (lorsque le consentement des parties n'a pas pu se rencontrer[4]), la qualification de nullité absolue est probable.

La classification des vices en deux catégories est évolutive et des régimes particuliers existent aussi.

– Le vice de forme affectant la donation est un cas de nullité absolue du vivant du donateur ; elle devient un cas de nullité relative à son décès (art. 931-1 al. 2 c. civ.).

– En présence d'un cautionnement, la caution (tiers à l'obligation liant le débiteur au créancier) peut invoquer la plupart des exceptions dont bénéficie le débiteur (art. 2298 c. civ.[5]).

719. La distinction entre nullité relative et absolue a donc uniquement pour fonction d'identifier le titulaire de l'action en nullité. Il s'agit de répondre à la question : qui peut invoquer le défaut du contrat ?

En présence d'un cas de nullité relative, le contractant qui ne peut pas agir en nullité sera donc confronté à une situation d'attente : seul son cocontractant pourra choisir, soit d'exercer l'action en nullité, soit de la laisser prescrire.

b/ Le délai pour exercer l'action en nullité : *la prescription extinctive*

720. Le **délai pour exercer l'action en nullité** est, en principe, de cinq ans (art. 2224 c. civ.[6]). Le législateur établit une prescription extinctive : le titulaire de l'action doit être en mesure de l'exercer, mais il dispose d'un délai pour agir. Après l'expiration de ce délai, l'action en nullité n'est plus recevable : il sera donc interdit de prononcer la nullité du contrat. L'action en nullité est prescrite.

La *prescription extinctive* est une technique qui a pour but de limiter dans le temps l'exercice d'une prérogative.

---

1 Com., 1er 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 » ;

2 Com., 26 septembre 2018, n°16-25.937, Bull. n°102 (nullité absolue d'un contrat portant sur la cession d'un brevet, invoquée par un tiers, auteur d'une contrefaçon).

3 Nullité absolue justifiée par l'absence d'un élément essentiel : Civ. 1ère, 24 mars 1993, n°90-21.462 ; Com., 23 octobre 2007, n°06-13.979, Bull. n°226.

4 Civ. 3e, 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. »

5 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.
« 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. »

6 Art. 2224 c. civ. (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. »

– L'action en paiement est prescrite, lorsqu'une créance est échue depuis plus de cinq ans. L'action en nullité sera pareillement prescrite, lorsqu'elle n'est pas exercée pendant cinq ans. L'idée générale est qu'une prérogative ne doit pas être exercée de manière trop tardive : celui qui néglige de réclamer son dû le perd, mais à la condition d'être effectivement négligent.

– L'action en nullité, soumise à prescription extinctive, conduira donc à identifier la raison qui explique pourquoi, après un certain délai, le titulaire a perdu son droit d'agir en justice : soit parce qu'il néglige d'exercer l'action, ce qui suppose qu'il connaissait le vice ; soit parce que le contrat exécuté fait naître une apparence qu'il serait désormais inopportun de modifier.

En droit du contrat, le critère qui fait débuter la prescription extinctive semble contradictoire :

– Le critère de l'exécution simple est objectif : il ne tient pas compte de la connaissance effective du vice affectant le contrat, par l'un ou l'autre, voire les deux contractants (et même les tiers, quand ils peuvent agir en nullité : cas de nullité absolue). Il peut signifier qu'à compter de l'exécution simple, chaque titulaire de l'action en nullité doit s'interroger sur les défauts du contrat qu'il peut connaître.

– Le critère de la connaissance du vice est subjectif : la prescription ne débutera qu'à partir du moment où le titulaire de l'action en nullité apprend l'existence du vice, éventuellement bien après la date à laquelle l'exécution simple (ou la conclusion du contrat a eu lieu).

La date à laquelle débute la prescription extinctive permet d'identifier la raison qui conduira le législateur à estimer qu'après une certaine durée, il sera trop tard pour contester le contrat.

L'effet de la prescription acquise conduira à interdire le prononcé de la nullité du contrat. Il sera donc réputé valide, puisque personne ne pourra obtenir le prononcé de la nullité, exigé à l'article 1178 c. civ. (« La nullité doit être prononcée par le juge (...) »). Peu importe le type de vice affectant le contrat (nullité relative ou absolue) : la prescription extinctive rend irrecevable toute action en nullité.

– La caution a attendu plus de cinq ans après avoir payé la banque pour invoquer le vice de forme de sa mention manuscrite (Com., 26 mai 2010[1]) ;

[1] 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 : « au moment de leur assignation en exécution de leur engagement, des cautions se trouvaient dans le délai de cinq ans pour agir, par voie d'action, en nullité de leur engagement ». La caution aurait dû opposer l'exception de nullité face à l'action en paiement forcé exercée par la banque. Elle ne l'a pas fait : elle disposait alors d'un délai de cinq ans pour agir en nullité.

– L'emprunteur a attendu plus de cinq ans après le versement des fonds par le banque pour s'apercevoir du vice de forme de la clause fixant les intérêts (Civ. 1ère, 1er déc. 1998[1]) ;

– Le contrat conclu entre la clinique et le médecin a commencé à être exécuté depuis plus de cinq ans, avant que la clinique n'invoque la nullité de la clause fixant le montant de l'indemnité à verser en cas de rupture (Civ. 1ère, 17 juin 2010[2]) ;

Le délai pour exercer l'action en nullité a donc pour but de limiter dans le temps la contestation portant sur la validité du contrat : cet acte juridique peut être contesté (puisqu'une condition légalement exigée fait défaut), ce qui suppose que le titulaire de l'action doit pouvoir agir, mais sans faire peser trop longtemps une incertitude sur la validité du contrat.

721. Le **régime de la prescription extinctive de l'action en nullité** permet d'identifier la raison qui conduit le législateur à estimer qu'il devient inopportun d'invoquer le défaut du contrat après un certain délai.

– Le point de départ de la prescription extinctive de l'action en nullité est fixé à une date à laquelle le titulaire de l'action en nullité doit avoir connaissance du vice : il ne s'agit donc pas de prendre en compte une connaissance effective. Mais lorsque la connaissance effective du défaut ne peut pas exister, le point de départ de la prescription sera exceptionnellement retardé.

– La durée de la prescription suit la même logique : si le titulaire de l'action peut agir, il doit le faire ; mais il peut arriver que le titulaire de l'action soit bloqué, et dans ce cas, la durée de la prescription sera suspendue.

En principe, le critère de l'exécution simple est retenu pour faire débuter la prescription, car c'est à ce moment que le titulaire de l'action doit s'informer de tout défaut qu'il serait en mesure de détecter. Selon l'article 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. »

---

[1] Civ. 1ère, 1er déc. 1998, *Maggiani*, n°96-17761, Bull. n°338 : (abstrat) « L'exception de nullité peut seulement jouer pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas été encore exécuté. Il s'ensuit que l'exception de nullité d'un contrat de prêt immobilier est irrecevable comme prescrite lorsqu'elle est invoquée par l'emprunteur, reconventionnellement à la demande de remboursement du prêt, plus de 5 ans après la remise des fonds prêtés, caractérisant l'exécution du contrat de prêt. »

[2] Civ. 1ère, 17 juin 2010, n°09-14.470, Bull. n°136 ; D. 2010,p. 1623 ; Revue Lamy droit civil, 2010, Actualités, n°3923, p. 15, note Cécile Le Gallou ; revue Droit des sociétés, n°10, octobre 2010, commentaire n°181, p. 20 à 22, note Myriam Roussille : « 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. »

– Lorsque la banque verse les fonds à l'emprunteur (exécution simple), ce dernier doit s'informer sur les vices que présente la mention du contrat fixant les intérêts (Civ. 1ère, 1er déc. 1998[1] ;) ;

– Lorsque la caution paye la banque (de manière volontaire ou forcée), la prescription débute : c'est à ce moment que la caution doit s'interroger sur le vice de forme que contient son contrat de cautionnement, puisque ce vice peut être connu à ce moment. L'avocat de la caution a invoqué l'argument plus de cinq ans après l'action de la banque (Com., 26 mai 2010[2]) : donc, trop tard.

En principe, l'exécution simple est le déclencheur du délai au cours duquel l'action en nullité devra être exercée, en suivant la procédure imposée pour obtenir du juge la décision de constater la nullité du contrat.

Exceptionnellement (en présence d'une disposition explicite), le critère de la connaissance effective sera retenu, pour faire débuter plus tard la prescription (donc : après l'exécution simple), lorsque le titulaire de l'action en nullité n'a aucun moyen pour connaître le vice ou exercer l'action en nullité.

– En présence d'une erreur, le point de départ de la prescription est retardé au moment où le contractant protégé (nullité relative) découvre son erreur (art. 1144 c. civ.[3]). Le client a payé le véhicule au vendeur : il découvrira son erreur, lorsque le réparateur lui révélera que le véhicule vendu était accidenté.

– En présence d'une violence (art. 1144 c. civ.), le point de départ de la prescription est retardé au moment où la violence a cessé : la victime peut alors agir en nullité. Il en va de même en présence d'une minorité : l'action pourra être exercée à compter de la majorité.

– En présence d'une clause clause abusive, la prescription ne débute que lorsque le juge est saisi d'une demande pour que son caractère abusif soit déclaré (Civ. 1ère, 12 juill. 2023[4]). Selon la jurisprudence, la prescription ne débute qu'en présence d'un procès. Ce régime

---

[1] Civ. 1ère, 1er déc. 1998, *Maggiani*, n°96-17761, Bull. n°338 : (abstrat) « L'exception de nullité peut seulement jouer pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas été encore exécuté. Il s'ensuit que l'exception de nullité d'un contrat de prêt immobilier est irrecevable comme prescrite lorsqu'elle est invoquée par l'emprunteur, reconventionnellement à la demande de remboursement du prêt, plus de 5 ans après la remise des fonds prêtés, caractérisant l'exécution du contrat de prêt. »

[2] 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 : « au moment de leur assignation en exécution de leur engagement, des cautions se trouvaient dans le délai de cinq ans pour agir, par voie d'action, en nullité de leur engagement ». La caution aurait dû opposer l'exception de nullité face à l'action en paiement forcé exercée par la banque. Elle ne l'a pas fait : elle disposait alors d'un délai de cinq ans pour agir en nullité.

[3] 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).

[4] Civ. 1ère, 12 juill. 2023, n° 22-17.030, FS-B (rejet) : D. 2023. 1356 ; RTD com. 2023. 705, obs. D. Legeais : « Le point de départ du délai de prescription quinquennale, tel qu'énoncé à l'article 2224 du code civil et à l'article L. 110-4 du code de commerce, de l'action, fondée sur la constatation du caractère abusif de clauses d'un contrat de prêt libellé en devises étrangères, en restitution de sommes indûment versées doit être fixé à la date de la décision de justice constatant le caractère abusif des clauses. »

s'applique non seulement à la clause abusive, mais probablement aussi à la clause de non-concurrence (Soc., 15 nov. 2006[1]) et à la clause

722. La **date du point de départ du délai de prescription** est une question technique, mais qui possède un enjeu important.

La *chambre commerciale de la cour de cassation* n'applique pas le critère de l'exécution simple. La prescription débute à la date de conclusion du contrat : les juges de la chambre commerciale estiment que le contractant protégé est en mesure de connaître le vice dès ce moment (Com., 3 décembre 2013[2] ; Com., 17 mai 2011[3]).

Les *chambres civiles de la cour de cassation* admettent de reporter le départ de la prescription à une date si tardive que la prescription a à peine débuté lorsque le juge est saisi.

- Le déclencheur de la prescription demeure désactivé tant que le client ne reçoit pas un document que le professionnel doit envoyer. 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 débute pas en l'absence d'envoi de la notice (Civ. 3e, 8 octobre 2014[4]).

- Les clauses réputées non écrites[5] (clause abusive, notamment) donnent lieu à une jurisprudence contemporaine qui ne semble pas fixée : certains arrêts ont considéré que la clause réputée non écrite n'est pas soumise à prescription (Civ. 1ère, 13 mars 2019[6] ; Civ. 3e, 19 novembre 2020[7]) : le juge lit alors 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). D'autres arrêts affirment que la prescription ne débute que lorsque le juge est saisi d'une demande portant sur le caractère abusif de la

---

1 Soc., 15 nov. 2006 n°04-46721, Bull. n°341 (clause de non-concurrence annulée pour défaut de contrepartie) : l'arrêt ne se prononce pas sur la prescription.

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 : « 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 » L'arrêt retient comme point de départ non pas l'exécution simple (versement des fonds), mais la date de conclusion du contrat : c'est probablement le fruit d'une erreur de rédaction.

3 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. ».

4 Civ. 3e, 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. »

5 S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, Economica, 2006, préf. Y. Lequette, nos 231 s. ; J. Kullmann, *Remarques sur les clauses réputées non écrites*, D. 1993. 59, spéc. p. 62 s.

6 Civ. 1ère, 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. 3e, 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. 3e, 1er avr. 1987, n° 85-15.010, Bull. n° 69.

7 Civ. 3e, 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. »

clause (Civ. 1ère, 12 juill. 2023[1])[2] : même quand le contrat est exécuté (exécution simple), la prescription ne débute pas. Quoiqu'il en soit, la clause réputée non écrite obéit à un régime spécifique : il ne s'agit pas d'annuler le contrat (en entier), mais l'une de ses clauses.

(723. : réservé)

724. L'action en nullité doit donc être exercée pendant un certain délai, et les titulaires de l'action font l'objet d'une définition restreinte, en présence d'une nullité relative.

- Les conditions de l'action sont purement procédurales : il s'agit uniquement de savoir qui peut agir et pendant quel délai.
- L'action en nullité débouchera sur le prononcé de la nullité : il n'y a pas de contrat relativement ou absolument nul. Soit il est valide, parce que l'action en nullité est rejetée par le juge ; soit il est nul, parce que le juge prononce la nullité.
- Lorsque l'action en nullité est prescrite, le contrat doit être considéré comme valide.

La décision qui constate une cause de nullité doit en tirer la conséquence, en prononçant la nullité.

- Lorsque le juge tranche un litige, et qu'il constate le vice de formation du contrat, il ne dispose d'aucune marge d'appréciation : la nullité doit être prononcée.
- Lorsque les parties, d'un commun accord, constatent le vice de leur contrat, leur accord prononce la nullité du contrat.

II/ La confirmation du contrat : *la décision de valider le contrat vicié*

725. La **confirmation du contrat** est un acte (juridique) par lequel « celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce » (art. 1182 al. 1er c. civ.[3]). Le contractant qui aurait pu invoquer le vice prend la décision de confirmer le contrat : sa force obligatoire sera maintenue, malgré la présence du vice.

---

1 Civ. 1ère, 12 juill. 2023, n° 22-17.030, FS-B (rejet) : D. 2023. 1356 ; RTD com. 2023. 705, obs. D. Legeais : « Le point de départ du délai de prescription quinquennale, tel qu'énoncé à l'article 2224 du code civil et à l'article L. 110-4 du code de commerce, de l'action, fondée sur la constatation du caractère abusif de clauses d'un contrat de prêt libellé en devises étrangères, en restitution de sommes indûment versées doit être fixé à la date de la décision de justice constatant le caractère abusif des clauses. »

2 CJUE, 9e ch., 20 avril 2023, n° C-263/22 : « L'article 3, § 1, et les articles 4 à 6 de la directive 93/13/CEE doivent être interprétés en ce sens que : lorsqu'une clause d'un contrat d'assurance relative à l'exclusion ou à la limitation de la couverture du risque assuré, dont le consommateur concerné n'a pas pu prendre connaissance avant la conclusion de ce contrat, est qualifiée d'abusive par le juge national, ce juge est tenu d'écarter l'application de cette clause afin qu'elle ne produise pas d'effets contraignants à l'égard de ce consommateur. »

3 Art. 1182 al. 1er 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. »

L'*auteur de la confirmation* est « celui qui pourrait se prévaloir de la nullité », formulation qui semble désigner, de manière neutre, l'un ou l'autre des contractants. Toutefois,

- l'article 1180 al. 2 c. civ. précise que la confirmation est interdite en présence d'un vice, cause de nullité absolue (« Elle [la nullité absolue] ne peut être couverte par la confirmation du contrat. »)[1] ;
- l'article 1181 al. 2 c. civ. précise également que la confirmation est autorisée en présence d'un vice, cause de nullité relative.

On en déduira donc que l'auteur de la confirmation est le seul contractant protégé, puisque lui seul peut invoquer la nullité relative (art. 1181 al. 1er c. civ.[2]) : il exercera une compétence exclusive pour décider de confirmer le vice qui porte atteinte à ses seuls intérêts (nullité relative)[3].

La confirmation est une *renonciation à exercer l'action en nullité*. Cet acte juridique produira son « effet de droit » (art. 1100-1 c. civ.) en deux temps :

- La renonciation à opposer des « moyens ou exceptions » (art. 1182 al. 4 c. civ.[4]) interdit désormais à la caution d'invoquer, par voie d'action ou d'exception, le vice de forme de la mention manuscrite. C'est l'effet direct de la renonciation : la seule personne habilitée à invoquer la nullité ne pourra plus en obtenir le prononcé (par le juge).
- L'effet indirect de la renonciation conduit donc à « confirmer » le contrat. On sait que la nullité « doit être prononcée » (art. 1178 c. civ.). Or, elle ne peut plus l'être (supra). En conséquence, la force obligatoire du contrat sera désormais incontestable : elle est même réputée parfaite depuis la conclusion du contrat (vicié).

La confirmation du contrat, nommée ainsi en raison de l'effet indirect produit par la renonciation, maintient donc la force obligatoire du contrat, réputé valablement conclu dès sa conclusion.

---

1 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 ».

2 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.
« Si l'action en nullité relative a plusieurs titulaires, la renonciation de l'un n'empêche pas les autres d'agir. »

3 Civ. 1ère, 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).

4 Art. 1182 al. 4 c. civ. : « « La confirmation emporte renonciation aux moyens et exceptions qui pouvaient être opposés, sans préjudice néanmoins des droits des tiers. »

La confirmation du contrat est donc un acte juridique qui aura pour effet de se greffer sur le contrat : l'obligation viciée sera transformée en obligation valide, par l'effet d'une décision prise unilatéralement par le contractant protégé (1) qui confirme le contrat en renonçant à l'action en nullité (2).

1/ La décision de confirmer : *une compétence exclusive du contractant protégé*

726. La **décision de confirmer le contrat** relève de la compétence exclusive du contractant protégé par le vice, cause de nullité relative. Cette compétence exclusive montre que le contractant protégé se déterminera en fonction de ce qu'il juge être son intérêt bien compris.

- Tant qu'il ne prend aucune décision, son cocontractant sera confronté au risque de l'action en nullité (ou de l'exception de nullité). L'assureur, victime d'un dol commis par son assuré, prendra sa décision au moment opportun : tant que son assuré paye ses primes et n'a pas d'accident, l'assureur ne prend aucune décision définitive.
- Lorsque le contractant protégé prend la décision de confirmer le contrat, le risque auquel le cocontractant est exposé sera levé. La caution informe la banque que le contrat de cautionnement possède un vice de forme ; elle renonce, en connaissance de cause, à l'invoquer, en estimant que ce vice ne l'a pas empêché de comprendre la portée de son engagement envers la banque.

  La décision de confirmer relève de la compétence exclusive du contractant protégé : il agira donc en fonction de son intérêt. Pour lui, le vice du contrat peut être utilisé comme un moyen pour échapper à un engagement qui lui déplaît à un certain moment, sans égard à la protection spécifique octroyée par la loi. La caution peut invoquer le vice de forme, sans prétendre n'avoir pas compris : au moment où le débiteur est défaillant, elle contestera son engagement ; si elle confirme avant la défaillance ou juste après, la caution exerce sa prérogative (la confirmation) dans son intérêt, en fonction du contexte qui est le sien et que son cocontractant subira.

L'*intérêt de confirmer*, pour le contractant protégé, sera acquis, dès lors qu'il adopte son acte juridique de confirmation en connaissance de cause, c-à-d. en « mentionn[ant] l'objet de l'obligation et le vice affectant le contrat. » (art. 1178 al. 1er c. civ.). L'intérêt que présente la confirmation pour le contractant protégé est variable :

- Tel emprunteur préfère confirmer le contrat de prêt, parce que l'annulation du contrat lui imposerait de trouver une solution de rechange. Or, les taux d'intérêt ont augmenté : le

contrat de prêt vicié est économiquement plus avantageux. L'emprunteur confirmera le contrat de prêt : il n'a aucun intérêt à contester l'irrespect par la banque du délai de réflexion (de 10 jours en présence d'un prêt immobilier) ou l'anti-datage du contrat de prêt (commis afin d'accélérer la conclusion du prêt et donc le déblocage des fonds).

– La caution (dirigeant de sarl) confirmera le contrat de cautionnement, lorsqu'elle s'est engagée à durée indéterminée. La caution n'a aucun intérêt à inquiéter la banque, tant qu'elle continue de prêter à la sarl. En confirmant le cautionnement, malgré le vice de forme, la caution permet à la sarl de ne pas avoir à rembourser immédiatement le prêt en cours[1]. La caution évite la défaillance du débiteur : c'est son intérêt économique.

– La caution qui confirme son engagement, malgré la défaillance du débiteur et l'absence de nouveau crédit par la banque, signale qu'elle considère que le vice de forme ne l'a pas empêché de comprendre : l'exigence du respect de la parole donnée, alors même que la loi permettrait l'annulation, correspond à l'intérêt (moral) de la caution.

L'intérêt de la caution à confirmer un contrat vicié sera variable et potentiellement divers. La caution qui confirme la valeur de sa parole et qui paye restera, à l'avenir, une personne fiable pour la banque : une personne fiable est une personne crédible (au sens propre : on lui fait crédit).

Pour le cocontractant, non protégé par la loi, la présence d'un vice affectant le contrat sera fréquemment pour lui un *risque* (dont il aura ou non conscience). Il est y exposé, tant que la décision de confirmer n'est pas prise.

– Le contractant protégé par un vice peut ainsi avoir la tentation d'exploiter la situation à son profit exclusif, ce qui est légal. La caution a le droit de ne pas confirmer le contrat de cautionnement contenant un vice de forme : elle a le droit de l'invoquer, alors même qu'elle a parfaitement compris le sens et la portée de son engagement. Le client a le droit d'invoquer l'absence d'information de la banque, quand il voit que son placement financier n'est pas rentable. La multiplication des vices protégeant certaines catégories de la population produit des effets pervers pouvant conduire le cocontractant à subir un risque excessif[2].

[1] 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. »

[2] Civ. 2e, 28 mars 2019, n°18-15.612, Bull. ; JCP 2019, n°553, note Noguéro : la banque a omis d'informer le client sur sa faculté de rétractation dans les trente jours de la conclusion du contrat ; le client prétend exercer cette faculté, lorsqu'il s'aperçoit, bien plus tard, que la gestion s'avère déficitaire. Selon l'arrêt, la cour d'appel aurait dû « rechercher, à la date d'exercice de la faculté de renonciation, au regard de la situation concrète de M. et Mme J..., de leur qualité d'assuré averti ou profane et des informations dont ils disposaient réellement, quelle était la finalité de l'exercice de leur droit de renonciation et s'il n'en résultait pas l'existence d'un abus de droit ».

– Le législateur a prévu une mesure spécifique au profit du cocontractant menacé par le risque d'annulation. Il pourra demander à son cocontractant de décider de confirmer ou d'invoquer la nullité du contrat. Il disposera d'un délai de six mois pour décider (art. 1183 c. civ.).

La décision de confirmer le contrat vicié sera toujours prise *unilatéralement* par le contractant protégé. Sa compétence exclusive n'est pas remise en cause, mais sa décision de confirmer sera parfois "socialisée".

– La décision de confirmer correspond en principe à la volonté effective du contractant protégé : il est l'auteur d'une décision volontaire (a), prise en fonction de son intérêt ;

– La décision de confirmer correspondra à une volonté souhaitable, lorsqu'il est l'auteur d'une décision implicite (b), réputée prise quand il garde le silence. Cette décision unilatérale est confirme à l'intérêt du cocontractant (non protégé par le vice, mais exposé au risque d'annulation).

a/ La volonté certaine de confirmer : *la confirmation expresse ou tacite*

727. La **volonté certaine de confirmer** est établie, lorsque l'auteur de la décision prend librement (c-à-d. en connaissance de cause) sa décision, qu'il exprimera conformément au consensualisme de principe.

– La confirmation suppose sur un consentement libre et éclairé. Le contractant protégé agit « en connaissance de cause », lorsqu'il connaît le vice dont le contrat est atteint : il ne peut donc confirmer qu'après la conclusion du contrat (art. 1182 al. 2 c. civ.[1])[2]. Il agit librement : il ne peut pas confirmer de manière anticipée (ce qui conduirait à le priver de la protection d'ordre public que la loi lui accorde) ; l'article 1182 al. 3 c. civ. précise que le contractant subissant une violence ne peut confirmer que si la violence a cessé. Aucun vice n'affecte donc le consentement du contractant.

– L'expression de la volonté du contractant obéit au droit commun : aucune condition de forme n'est imposée. La confirmation pourra être explicite, et même tacite, lorsque le silence est circonstancié[3].

---

[1] Art. 1182 al. 2 c. civ. : « « La confirmation ne peut intervenir qu'après la conclusion du contrat. »

[2] Civ. 1ère, 17 mars 1998, n°96-13.972, Bull. n°120 (renonciation valide dès lors qu'elle intervient après la conclusion de l'acte vicié).

[3] Sur une renonciation tacite, Civ. 1ère, 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. »

La volonté de confirmer, non viciée et certaine, est donc exigée. Mais, pour s'assurer du caractère certain de la volonté confirmer, il faudra que l'acte contienne certaines précisions, qui seront nécessairement absentes en présence d'une confirmation tacite.

La *confirmation explicite* prendra la forme d'un courrier envoyé au cocontractant, par lequel le contractant protégé signale l'existence d'un vice, qui serait cause de nullité relative, et qui affecte son obligation. Selon l'article 1182 al. 1er c. civ. : « Cet acte mentionne l'objet de l'obligation et le vice affectant le contrat. »

– La caution envoie à la banque un courrier par lequel elle affirme que son obligation de garantir la dette du débiteur comporte un vice de forme (au sujet de la mention manuscrite) : la caution exprime alors sa volonté explicite de renoncer à invoquer ce vice, puisqu'elle a parfaitement compris la portée de son engagement ;

La *confirmation tacite* a lieu, en présence d'une « exécution volontaire ». Selon l'article 1182 al. 2 c. civ. : « « L'exécution volontaire du contrat, en connaissance de la cause de nullité, vaut confirmation ». Le contractant protégé découvre le vice dont le contrat est atteint et il décide d'exécuter sa prestation : son comportement ne s'explique que par sa volonté de confirmer le contrat.

– La caution a connaissance du vice de forme affectant son engagement, mais elle décide de payer la banque (Com., 5 février 2013[1]). Avant de payer le prix, l'acquéreur de l'hôtel découvre que l'hôtel est exploité sans autorisation, en raison du dol commis par le vendeur. Mais l'acquéreur décide de payer le prix : il considère qu'une vente à la découpe de l'hôtel lui procurera un bénéfice suffisant et que l'erreur substantielle ne lui causera pas de tort. Son comportement (payer, après avoir découvert le dol) s'explique uniquement par sa volonté de confirmer le contrat : la confirmation est tacite ;

– La preuve de la connaissance effective du vice doit être rapportée par le cocontractant qui se prévaut de la confirmation tacite. Or, le silence du contractant protégé rend souvent douteuse sa volonté : rien n'indique que le client a compris que des mentions obligatoires manquaient lorsqu'il a payé, même si les conditions générales précisaient que ces mentions obligatoires étaient exigées (Civ. 1ère, 24 janvier 2024[2]) ; rien n'indique que le client avait compris, avant de payer, que « chaque poste de travaux à la charge du maître de l'ouvrage

[1] 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 [modifiés et devenus art. 2297 c. civ. : 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 [devenu 1183] du code civil. ».

[2] Civ. 1ère, 24 janv. 2024, n° 22-16.115 , D. 2024. 665, note M. Zaffagnini, et 500, chron. S. Robin-Raschel ; RTD civ. 2024. 387, obs. H. Barbier.

devait être chiffré dans la notice annexée au contrat de construction de maison individuelle » (Civ. 3e, 20 novembre 2013[1]).

La confirmation explicite ne donne lieu à aucune jurisprudence, parce que la volonté certaine de confirmer n'est contestée par personne. En revanche, la confirmation tacite donne lieu fréquemment à litige, précisément parce que la volonté certaine du cocontractant est nettement plus délicate à établir[2] :

– le contractant protégé, resté silencieux, prétend qu'il est l'auteur d'une exécution simple (parce qu'il n'a pas compris le vice), et qu'il peut donc agir en nullité pendant cinq ans ;

– le contractant reste silencieux, afin de pouvoir contester un contrat, en présence d'une difficulté d'exécution[3].

Pour éviter ce type de litige, le cocontractant (non protégé) peut imposer au contractant protégé de prendre parti …

728. Certains vices, selon la jurisprudence, ne peuvent être **couverts que par la confirmation**, ce qui suppose que le contractant protégé ait été préalablement informé du vice affectant le contrat : à défaut de confirmation (expresse ou tacite, par l'exécution volontaire), la prescription extinctive ne pourra pas débuter (même en cas d'exécution simple) (Civ. 3e, 20 novembre 2013[4]).

b/ La volonté "souhaitable" de confirmer : *la confirmation implicite sur demande du cocontractant*

729. La **volonté "souhaitable" de confirmer** sera établie lorsque le contractant protégé est réputé avoir pris sa décision (unilatérale) de confirmer : sa décision implicite de confirmer sera prise, lorsqu'il reste inerte pendant six mois, après une demande émanant de son cocontractant (art.

[1] Civ. 3e, 20 novembre 2013, n°12-27.041, Bull. ; D. 2013, p. 2846 ; Revue de droit immobilier - Urbanisme - Construction, n° 1, janvier 2014, Actualités, p. 5 ; Revue Lamy droit civil, n° 111, janvier 2014, Actualités, n° 5257, p. 14-15, note Cécile Le Gallou ; JCP G 2014, Chronique - droit des contrats, n° 115, p. 162 à 169, spéc. n° 13, p. 166-167, note Yves-Marie Serinet : « 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 »

[2] 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 ».

[3] Civ. 1ère, 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. »

[4] Civ. 3e, 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).

1183 c. civ.). Le contractant protégé devra donc prendre parti : sa volonté unilatérale (incertaine) sera acquise, en réalité parce que le législateur estime qu'il est souhaitable de ne plus exposer le cocontractant (non protégé) au risque d'annulation.

La *demande du cocontractant (non protégé)* a pour objet d'informer formellement le contractant protégé du vice dont le contrat est atteint. Par hypothèse, le cocontractant (non protégé) a connaissance du vice dont le contrat est atteint.

- Une condition de forme (semble-t-il) est exigée : la demande doit être effectuée « par écrit ». L'envoi d'un mail ne suffit pas. Un accusé-réception est conseillé : la preuve de l'envoi de la demande sera établi (et servira à établir la confirmation implicite : infra). L'écrit doit mentionner en termes apparents le délai de forclusion de six mois dont disposera le contractant protégé pour effectuer son choix ;
- L'écrit informe le contractant du vice dont le contrat est atteint. Le dol est révélé ; la violence a été commise (mais elle a cessé : « La cause de la nullité doit avoir cessé », précise l'article 1183 al. 1er) ; la mention obligatoire (vice de forme) est envoyée au client …

  La demande effectuée par le cocontractant (non protégé) doit donc admettre l'existence du vice de formation du contrat. Il sera délicat de prétendre ultérieurement, lors d'un procès, que le vice n'existe pas. Lorsque le contractant protégé reçoit la demande, il apprendra l'existence du vice affectant son obligation : souvent, il ignorait ce vice auparavant.

La demande du cocontractant (non protégé) est un acte juridique qui possède des *effets* de droit. Le contractant protégé, désormais informé du vice, sera tenu de prendre parti dans un délai de six mois :

- L'objet de la demande impose de prendre parti : « soit de confirmer le contrat, soit d'agir en nullité ». On sait que l'action en nullité n'est imposée qu'en présence d'une exécution simple. La demande de confirmation modifie la situation : l'action en nullité devra avoir lieu, qu'il y ait eu exécution simple ou non. La demande du contractant non protégé a donc pour effet d'interdire désormais au contractant protégé de pouvoir invoquer l'exception de nullité.
- Le délai imposé au contractant protégé, pour prendre parti est de six mois : « dans un délai de six mois à peine de forclusion ». Le délai de forclusion court à compter de la réception de la demande : peu importe que le contractant soit en mesure ou non d'invoquer une cause de suspension de la prescription. La forclusion n'est pas une prescription[1] : rien ne

[1] Xavier Lagarde, *La distinction entre prescription et forclusion à l'épreuve de la réforme du 17 juin 2008*, D. 2018 p.469

la suspend. Ce délai de forclusion remplace la prescription : en présence d'une exécution simple, le contractant qui reçoit la demande de confirmation ne pourra plus bénéficier de la prescription quinquennale.

Le contractant protégé a six mois pour exercer son option : soit il exerce l'action en nullité (même s'il n'a rien exécuté) ; soit il reste inerte.

Le contractant protégé qui reste inerte pendant six mois sera *réputé confirmer le contrat*. Selon l'article 1183 al. 2 c. civ. « (…) à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé. »

– L'expiration du délai de forclusion établira une confirmation implicite. L'envoi de la demande de confirmation suffira à prouver la confirmation implicite. Contrairement à la confirmation tacite (établie par l'exécution volontaire), elle ne correspond pas à une volonté probable de son auteur. Cette solution est similaire à l'acceptation implicite imposée au contractant qui ne prend pas partie (supra).

– Si le contractant protégé répond à la demande de confirmation en affirmant qu'il refuse de confirmer le contrat, et s'il n'exerce pas l'action en nullité dans le délai de six mois, son inertie signifiera juridiquement qu'il a confirmé implicitement le contrat : l'action en nullité exercée huit mois après la réception de la demande sera irrecevable. Le juge ne prononcera la nullité.

La confirmation implicite est réputée être une décision unilatérale est prise par le contractant protégé.

La volonté "souhaitable" de confirmer traduit une certaine ambivalence de la part du législateur. Ce cas de figure correspond à ce qu'enseigne la théorie solidariste. Il est souhaitable que le doute dont est victime le contractant non protégé, soit levé après six mois.

– Lorsqu'une condition de validité du contrat est exigée, dans l'intérêt d'un contractant, le vice de formation doit conduire à la nullité : il serait paradoxal que le législateur établisse des conditions de validité qui ne soient pas essentielles.

– Or, précisément, le législateur cherche à valider au plus tôt le contrat vicié, en permettant au contractant non protégé d'imposer au contractant protégé de choisir : s'il n'exerce pas dans les six mois une action en nullité (en exposant des frais de justice), le contrat sera considéré comme confirmé. On supposera que parmi les conditions de validité imposées par le législateur, certaines d'entre elles ne sont pas nécessaires. Et, effectivement, le nombre des informations à donner (par des mentions obligatoires ou des documents à

fournir) s'est tellement multiplié qu'il fallait trouver une solution pour éviter les annulations "abusives".

(730- à 733. : réservés)

734. La **décision de confirmer le contrat** émane donc toujours du contractant protégé par la nullité relative. Sa volonté de confirmer ne correspond toutefois pas toujours à une volonté certaine. La *volonté effective*, certaine (explicite) ou probable (tacite), de confirmer le contrat est acquise, lorsque le contractant protégé renonce (après la formation du contrat et en connaissance de cause) à l'application d'une protection légale. Le contractant protégé estime qu'il est de son intérêt de bénéficier du contrat, plutôt que d'en obtenir l'annulation : cet intérêt peut être relativement varié.

– La caution (dirigeant de sarl) décide de confirmer, afin d'éviter au débiteur (sarl) d'avoir à subir la déchéance du terme ;

– Le client confirme son placement financier auprès de la banque, parce que le placement se révèle rentable. Peu importe désormais l'absence d'information sur sa faculté de rétractation[1].

La confirmation du contrat correspond à la volonté effective et à l'intérêt du contractant protégé : c'est la raison pour laquelle il exerce une compétence exclusive, quand il prend sa décision (acte juridique unilatéral).

La *volonté douteuse et même incertaine* de confirmer sera officiellement affirmée, comme en présence d'un silence valant acceptation (supra), lorsque le législateur utilise la confirmation dans l'intérêt du cocontractant (non protégé et conscient de l'existence du vice).

– La banque demande à la caution de prendre position au sujet du vice de forme du contrat de cautionnement : si la caution (dirigeant de sarl) confirme, la banque continue d'octroyer du crédit à la sarl ; si elle exerce l'action en nullité, la banque cessera tout crédit et invoquera envers le débiteur la déchéance du terme.

– La banque demande au client de prendre position au sujet de l'information qui devait lui être délivrée à propos des risques de son placement financier. Le client aura six mois pour prendre sa décision, probablement au regard de la rentabilité de son placement au cours des six mois qui suivent la demande de la banque.

[1] Supra : Civ. 2e, 28 mars 2019, n°18-15.612, Bull. ; JCP 2019, n°553, note Noguéro (la banque avait omis d'informer le client sur sa faculté de rétractation dans les trente jours de la conclusion du contrat).

La confirmation implicite du contrat permet au contractant non protégé de réduire son exposition au risque d'annulation : la banque pourra liquider une position (crédit à la sarl, placement financier) sans subir le délai de cinq après l'exécution du contractant protégé. Ce sera six mois après la demande.

La décision de confirmer a donc, officiellement, un seul auteur : c'est le contractant protégé. Lorsque cette décision de confirmer est prise, qu'elle corresponde à la volonté effective ou fictive du contractant protégé, elle produira exactement les mêmes effets.

2/ L'effet de la confirmation : *le maintien de la force obligatoire du contrat*

635. L'**effet de la confirmation** se produit en deux temps : l'effet direct est d'interdire au contractant protégé d'invoquer la nullité (par voie d'action ou d'exception) ; l'effet indirect est de maintenir la force obligatoire du contrat.

L'effet direct de la confirmation est celui produit par la *renonciation du contractant protégé*. Selon l'article 1182 al. 4 c. civ., « « La confirmation emporte renonciation aux moyens et exceptions qui pouvaient être opposés, sans préjudice néanmoins des droits des tiers. » Le contractant protégé exerce donc sa compétence exclusive, sans porter atteinte à celle des tiers.

– La renonciation « aux moyens et exceptions » signifie que le contractant protégé ne pourra plus obtenir du juge une décision prononçant la nullité. Les « moyens et exceptions » sont des expressions de droit procédural : le moyen est invoqué par le demander à une action en justice (l'action en nullité : à exercer en présence d'une exécution simple) et l'exception est invoquée par le défendeur (ce qui correspond à l'exception de nullité, opposée au contractant réclamant l'exécution). Le moyen et l'exception font l'objet d'une renonciation : le juge ne prononcera jamais la nullité.

– La compétence du contractant protégé s'exerce dans les limites de sa compétence personnelle : si un tiers (dans le cadre d'une obligation solidaire : des co-emprunteurs) est protégé par un cas de nullité relative (absence d'information, notamment), il pourra obtenir le prononcé de l'annulation quelle que soit l'option prise par le contractant protégé (« sans préjudice néanmoins des droits des tiers. » : art. 1182 al. 4 c. civ.) ; « Si l'action en nullité relative a plusieurs titulaires, la renonciation de l'un n'empêche pas les autres d'agir. » (art. 1181 al. 3 c. civ.). Chacun exerce sa compétence en respectant son domaine propre de compétence.

L'effet direct de la confirmation est donc la renonciation à invoquer la nullité devant le juge, qui est le seul à pouvoir prononcer la nullité (art. 1178 c. civ. : « La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord. »).

L'effet indirect de la confirmation est de *conforter la force obligatoire du contrat* : au sens littéral du terme, la « confirmation » signifie que le contrat est réputé avoir obtenu sa force obligatoire dès sa conclusion :

- La confirmation aura donc un effet rétroactif : le contrat confirmé est réputé bien formé, dès sa conclusion. Le vice de formation, entre le contractants, n'a jamais existé.
- La confirmation, comme son nom l'indique, a pour effet de maintenir la force obligatoire du contrat (vicié). La période qui sépare la conclusion du contrat (plus précisément : la date à laquelle il acquiert sa force obligatoire) et la confirmation (date à laquelle la force obligatoire ne peut plus être contestée) est soumise à la force obligatoire du contrat.

L'effet de la confirmation est donc l'inverse de celui produit par le prononcé de la nullité. La même cause (un vice de formation) produit deux effets opposés.

(736- à 748. : réservés)

Conclusion du §1er/ Le vice de formation : la décision constatant le défaut, cause de nullité du contrat

749. Le **vice de formation du contrat** sera donc établi formellement quand une décision constate l'existence d'un défaut, cause de nullité du contrat. Cette décision peut avoir deux effets opposés.

En droit français, deux conditions cumulatives doivent être remplies pour établir la cause de nullité d'un contrat.

- L'exigence d'une décision (constatant le vice) est la première condition. Sauf accord des parties, la nullité du contrat ne pourra être prononcée que par le juge. Tant que la nullité n'est pas prononcée, la force obligatoire du contrat reste acquise.
- Le vice de formation du contrat est la seconde restriction. Parmi les défauts affectant le contrat, seuls ceux qui sont nécessaires à la formation du contrat peuvent être des causes de nullité ; les autres ne pourront pas entraîner la nullité du contrat.

La décision constatant le vice de formation du contrat prend la forme d'un acte juridique qui peut produire deux effets opposés.

– Soit la décision prononce la nullité du contrat. La décision établit un lien de cause à effet ; l'annulation en sera la conséquence.

– Soit la décision (constatant la cause de nullité) maintient la force obligatoire du contrat, par un acte dénommé confirmation. L'auteur de la décision, à certaines conditions (nullité relative), renonce à invoquer la nullité.

Le vice de formation du contrat doit toujours faire l'objet d'une décision qui effectue le constat d'une cause de nullité du contrat. Lorsque la décision prononce la nullité, il faudra que la réalité juridique se modifie : c'est l'objet de l'annulation.

749-1. L'exigence d'une décision prononçant la nullité du contrat interdit de prononcer la nullité d'un contrat (apparent), qui a fait l'objet d'une exécution (simple) plus de cinq ans après la date à laquelle le vice est connu (ou réputé connu). Ce résultat produit des conséquences inappropriées, ce qui a conduit une doctrine minoritaire à proposer la **théorie de l'inexistence** pour éviter de maintenir la force obligatoire d'un contrat (moralement) inacceptable.

La théorie de l'inexistence n'est pas nécessaire, lorsque le prétendu accord conclu entre les parties ne reçoit pas la qualification de contrat ou est dépourvu (ab initio) de toute force obligatoire.

– Lorsque l'apparence de contrat n'est pas suffisamment établie, il suffit de constater que l'accord conclu ne peut être qualifié de contrat, parce qu'il lui manque un élément essentiel. La signature de l'un fait défaut, parce qu'il n'a jamais consenti. La vente ne mentionne aucun prix (Com., 30 nov. 1983[1]) ou l'immeuble à vendre n'est pas désigné (Civ. 1ère, 20 juin 2012[2]). L'accord sur le passage aux 35 heures ne prévoit aucune contrepartie (Soc., 19 déc. 1989[3]). Aucun document n'est produit (Com., 16 mars 2010[4]).

– Lorsque les contractants excèdent leur compétence personnelle (en prétendant rendre un tiers débiteur), l'absence de force obligatoire de leur contrat ne nécessite aucune déclaration de nullité. Il en va ainsi, lorsque le mandataire agit en dehors du cadre de son pouvoir (Civ. 3e, 17 juin 2009[5]).

– Lorsqu'un propriétaire vend deux fois son immeuble à deux acquéreurs différents (et de bonne foi), l'acquéreur (même postérieur) qui publie en premier est « préféré » (art. 1198 al. 3 c. civ.).

---

1 Com., 30 nov. 1983, n°82-12.045, Bull. n°333 : en présence d'une vente sans prix : l'acte est « dépourvu d'existence légale »

2 Civ. 1ère, 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)

3 Soc., 19 déc. 1989, n°88-13.388, Bull. n°721 ; D. 1991, p. 62, note J. Schmidt-Szalewski.

4 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.

5 Civ. 3e, 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 ».

L'acquéreur, premier en date, avait conclu un contrat (non vicié) ; mais son contrat sera dépourvu de force obligatoire. Il n'est pas nécessaire d'en faire déclarer la nullité.

La théorie de l'inexistence n'apporte rien, lorsque le p*oint de départ de la prescription est tellement retardé* qu'il produit le même effet que celui recherché par la théorie de l'inexistence, à savoir permettre de constater la nullité d'un contrat sans subir la prescription (supra, n°722). Pour rappel :

- La prescription ne débute que lorsque le juge est saisi d'une demande portant sur le caractère abusif de la clause (Civ. 1ère, 12 juill. 2023[1])[2] : même quand le contrat est exécuté (exécution simple), la prescription ne débute pas.
- Le déclencheur de la prescription demeure désactivé tant que 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 notice[3].

La théorie de l'inexistence (évoquée dans les travaux préparatoires du code civil de 1804[4]) ne présente d'intérêt que dans l'hypothèse d'un contrat, doté de sa force obligatoire, et ayant fait l'objet d'une exécution simple, qui serait désormais incontestable, car soumis à prescription extinctive. Si la vente d'enfant ou d'esclave ou le contrat de corruption devait être considéré comme apparent (c-à-d. acceptable) et doté de sa force obligatoire, cinq ans après sa conclusion, le contractant pourrait exiger la livraison de la "marchandise" ou le paiement du montant promis.

---

[1] Civ. 1ère, 12 juill. 2023, n°22-17.030, FS-B (rejet) : D. 2023. 1356 ; RTD com. 2023. 705, obs. D. Legeais : « Le point de départ du délai de prescription quinquennale, tel qu'énoncé à l'article 2224 du code civil et à l'article L. 110-4 du code de commerce, de l'action, fondée sur la constatation du caractère abusif de clauses d'un contrat de prêt libellé en devises étrangères, en restitution de sommes indûment versées doit être fixé à la date de la décision de justice constatant le caractère abusif des clauses. »

[2] Cour de justice de l'Union européenne, 9e ch., 20 avril 2023, n°C-263/22 : « L'article 3, § 1, et les articles 4 à 6 de la directive 93/13/CEE doivent être interprétés en ce sens que : lorsqu'une clause d'un contrat d'assurance relative à l'exclusion ou à la limitation de la couverture du risque assuré, dont le consommateur concerné n'a pas pu prendre connaissance avant la conclusion de ce contrat, est qualifiée d'abusive par le juge national, ce juge est tenu d'écarter l'application de cette clause afin qu'elle ne produise pas d'effets contraignants à l'égard de ce consommateur. »

[3] Civ. 3e, 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] Mouricault, « Discussion devant le corps législatif », Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, Fenet, tome XIII, p.444-445 : « L'obligation sans cause, sur une fausse cause ou une cause illicite ne peut avoir aucun effet (…). 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 »

§2ème/ L'annulation : *la modification de la réalité juridique par la décision prononçant la nullité*

750. L'**annulation** consiste à priver de valeur juridique le contrat (acte juridique) qui en était auparavant doté. Il faudra donc à modifier, de nouveau, la réalité juridique, en faisant abstraction de son élément vicié (le contrat) et en ne mentionnant que la réalité juridique "légale". L'opération s'effectuera en deux temps : il faut d'abord identifier la réalité viciée, et ensuite affirmer qu'elle n'a jamais existé.

La décision procédant à l'annulation commencera par *identifier la réalité juridique viciée*, à savoir, concrètement, un aspect du contrat (le consentement d'un des contractants ; une clause abusive ; une règle de forme qui n'a pas été respectée). Lorsqu'il manque au contrat une condition pour qu'il soit intégralement et parfaitement valide, la condition manquante (le vice de formation) sera une cause de nullité, soit du contrat en entier, soit uniquement d'une de ses clauses.

- Si un contractant a commis une erreur sur l'une des deux prestations prévues au contrat (achat de deux véhicules, l'un à usage professionnel, l'autre à usage particulier), l'annulation pourra être limitée à l'une des deux obligations : l'obligation saine sera maintenue (à moins que les contractants n'aient voulu effectuer une opération d'ensemble).
- Les contractants auront effectué une opération d'ensemble, lorsque le prix prévu est global et ne distingue pas entre les deux prestations. Le vice affectant l'une des deux prestations entraînera alors l'annulation du contrat en entier, puisque le prix de chacune des deux prestations n'est pas déterminable.

L'*étendue de l'annulation* portant soit sur une partie du contrat, soit sur le contrat en entier, consistera donc à identifier la réalité juridique à détruire, en prenant en compte l'effet que le vice produit sur l'économie du contrat.

La décision prononçant l'annulation aura pour objet de *modifier la légalité*, en ne faisant état que de la réalité juridique légale, abstraction faite de tout ou partie de l'acte juridique invalide. Selon l'article 1178 al. 2 c. civ. : « Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé. » L'effet rétroactif de l'annulation consiste à rétablir la légalité (c-à-d. la seule réalité juridique saine), en affirmant, par une fiction, que la réalité juridique viciée n'a jamais existé.

- L'annulation ne conduira donc pas à affirmer l'existence successive de deux réalités juridiques différentes, contrairement à ce que se produit en présence d'une résiliation (au cours d'une période le contrat produit ses effets ; au cours de la seconde il ne les produit

plus) ou en présence de deux ventes successives (la légalité mentionnant deux propriétaires successifs). Avec l'annulation, il n'y a pas eu une période au cours de laquelle le contrat a existé et était doté de sa force obligatoire.

– L'annulation conduira à affirmer que la légalité n'a jamais été modifiée par le contrat (pourtant doté de sa force obligatoire jusqu'au prononcé de la nullité). La rétroactivité est l'effet spécifique produit par l'annulation : le passé est relu et corrigé de l'élément (vicié) qui n'aurait jamais dû faire partie de la légalité.

La décision prononçant l'annulation modifie donc radicalement la réalité juridique, tout en prétendant ne jamais avoir modifié la légalité. En droit, pour obtenir ce résultat, il faut utiliser la fiction, technique qui impose de ne pas tenir compte de la réalité.

L'annulation consiste donc à modifier la réalité juridique, en privant de valeur tout ou partie du contrat et en affirmant que la légalité n'a jamais modifiée. L'annulation a donc lieu en deux temps :

– dans un premier temps, le juge détermine l'étendue de l'annulation (I), en privant de valeur tout ou partie du contrat ;

– dans un deuxième temps, l'effet rétroactif de l'annulation (II) conduira à rétablir la légalité, qui n'aurait jamais dû être modifiée.

I/ L'étendue de l'annulation : *la destruction de la réalité juridique viciée*

751. L'**étendue de l'annulation** est une opération qui consiste à identifier la réalité juridique qui doit être détruite, en raison du vice qu'elle contient. Le résultat de cette opération conduira soit à annuler le contrat en entier (nullité intégrale), soit à n'en annuler que son aspect vicié (nullité partielle).

– Lorsque les parties conviennent d'indexer le loyer d'un immeuble sur un indice illicite[1] (tel l'indice général des prix), le contrat comporte une clause viciée. Faut-il annuler le contrat de bail en entier (sauf pour les deux parties à conclure un autre contrat), annuler toute la clause d'indexation[2] (le loyer ne sera pas indexé) ou n'annuler que l'élément illicite de la clause l'indexation[3] (si l'indice fait référence à un élément illicite et à un autre licite, le loyer sera indexé, en faisant abstraction de l'élément incorrect) ?

[1] Art. 112-2 c. mon. et fin. : « 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 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] Com., 4 novembre 2014, n°13-18840, Bull. ; Civ. 3e, 25 févr. 2016, n°14-28.165, Bull. ; D. 2016, p.541

[3] Civ. 3e, 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). Seul l'élément illicite de la clause est annulé, de sorte que la clause d'indexation est appliquée, à la hausse comme à la baisse.

– L'autorité chargée de fixer l'étendue de l'annulation exerce un pouvoir de nature à bouleverser l'économie du contrat. Si le bailleur se voit imposer un bail non indexé, il subira la charge de l'inflation pendant toute la durée du bail : le déséquilibre profite au locataire. Si le contrat de bail est annulé, les prévisions économiques des deux parties seront détruites (pour le locataire, privé de local, comme pour le bailleur, privé de revenus).

L'opération qui consiste à identifier la réalité juridique viciée possède donc un impact économique (lourd) pour les contractants (ou l'un d'eux). Le législateur en est d'ailleurs conscient de cet aspect des choses …

Certaines *lois spéciales* fixent l'étendue de la nullité applicable au vice dont le contrat est atteint, parce que le législateur n'entend laisser au juge aucune marge d'appréciation. Lorsqu'une caution, personne physique, s'engage envers un créancier professionnel, deux mentions manuscrites sont prévues :

– La caution doit décrire le cautionnement par une mention manuscrite (art. 2297 al. 1er c. civ.[1]). Si elle ne le fait pas ou si la clause est dactylographiée, le contrat de cautionnement est intégralement nul. La banque découvrira, lors de la défaillance du débiteur, que la caution ne garantit rien.

– La clause relative au caractère solidaire du cautionnement, si elle est convenue entre les parties, doit également être manuscrite (art. 2297 al. 2 c. civ.[2]). Son vice de forme est sanctionné par une nullité partielle : si la clause de solidarité est rédigée de manière incorrecte (par exemple, par une clause dactylographiée), la caution ne paiera que tardivement (conformément à ce que prévoit une disposition supplétive de volonté). Pour le surplus, le cautionnement reste valide, même si cette clause était, pour la banque, essentielle. La clause sera réputée non écrite.

Les lois spéciales par lesquelles le législateur fixe l'étendue de l'annulation ont donc pour fonction d'identifier le contractant qui subira la charge économique de l'annulation, intégrale ou partielle. Dans les deux cas d'espèce de l'article 2297 c. civ., c'est le créancier professionnel. L'étendue de l'annulation dépend d'un choix (politique).

En droit du contrat, à défaut de lois spéciales, le juge sera chargé de prononcer la nullité et l'étendue de l'annulation. Il revient donc au juge de fixer l'impact économique de l'annulation qui pèsera soit

[1] Art. 2297 al. 1er c. civ. : « A 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(...) ».

[2] Art. 2297 al. 2 c. civ. : « Si la caution est privée des bénéfices de discussion ou de division, elle reconnaît dans cette mention ne pouvoir exiger du créancier qu'il poursuive d'abord le débiteur ou qu'il divise ses poursuites entre les cautions. A défaut, elle conserve le droit de se prévaloir de ces bénéfices. »

sur les deux contractants (privés de la ressource que procurait le contrat : nullité intégrale) ou l'un d'eux (privé du service qu'une clause du contrat lui procurait : nullité partielle)[1]. Le rôle du juge donnera lieu à des directives de principe données par le législateur.

– Le juge, contrairement au législateur, n'est pas chargé d'effectuer des choix politiques. Sa mission sera de fixer l'étendue de l'annulation (de la réalité juridique viciée) en tenant compte de l'importance de la clause illicite dans l'économie générale du contrat.

– Le juge distinguera donc entre les clauses essentielles et les clauses secondaires. La charge économique subie par les contractants ou l'un d'eux dépendra donc, in fine, de la commune volonté des contractants, telle qu'elle sera interprétée par le juge.

Lorsque le juge détermine l'étendue de l'annulation, il commettra donc un excès de pouvoir s'il tente, par ce moyen, de modifier l'économie du contrat, telle qu'elle a été voulue par les parties.

L'étendue de l'annulation consiste donc à identifier la réalité juridique viciée. Lorsque cette réalité viciée sera supprimée, il en résultera une une charge économique qui pèsera sur les deux contractants (nullité intégrale) ou sur l'un d'eux (nullité partielle). L'enjeu économique de la question explique pourquoi le législateur précise les compétences de chacun (art. 1184 c. civ.).

– À défaut de précision contraire donnée par le législateur, le juge sera compétent pour fixer l'étendue de l'annulation. Il devra tenir compte de l'économie du contrat, telle qu'elle a été voulue par les contractants. Sa mission est neutre.

– Le législateur réserve sa compétence : en présence d'une clause réputée non écrite, peu importe la volonté des contractants. Le législateur modifie l'économie du contrat, en identifiant le contractant qui subira la charge économique de l'annulation.

752. L'article 1184 c. civ. ne traite que d'une hypothèse spécifique, celle dans laquelle une **clause irrégulière** du contrat peut être identifiée. Cette clause irrégulière doit être un vice de formation du contrat, mais elle n'en n'est qu'un cas parmi d'autres.

Le juge ne peut constater qu'un *vice de formation* du contrat : par définition (supra, §1er), le vice de formation est exigé pour que le contrat se forme valablement.

– Les défauts du contrat qui portent pas atteinte à la validité du contrat sont des irrégularités qui ne peuvent pas être sanctionnées par la nullité. La faute d'orthographe ne sera pas sanctionnée ; l'information secondaire qui manque sera sanctionnée par une indemnisation, si ce manque a causé un dommage.

[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 ».

- Au sein des vices, la seule sanction possible est l'annulation (dès lors qu'une décision prononce la nullité : supra). Lorsque le vice porte sur le caractère solidaire du cautionnement (clause a priori secondaire), le législateur affirme que l'exigence de la mention manuscrite n'est pas une irrégularité quelconque : ce défaut n'est pas assimilable à une information absente (avec indemnisation, le cas échéant) ; ce défaut ne peut être sanctionné que par la nullité.

Parmi les vices du contrat, certains figurent dans une clause irrégulière du contrat, d'autres seront constatés sans faire référence à une clause quelconque du contrat.

- La violence exercée contre un contractant sera prouvée par des faits extérieurs au contrat. Une clause du contrat pourra être un élément de preuve, en présence d'une erreur : la qualité de la prestation était explicitement convenue, ce qui permettra de comparer avec la prestation (anormale) effectivement fournie par le cocontractant. En présence d'une qualité tacitement convenue, aucune clause du contrat n'est irrégulière.
- Le vice figurant dans une clause du contrat a souvent pour objet une obligation prévue au contrat ou l'une de ses modalités. La clause de solidarité ou l'obligation à objets multiples (vente de deux véhicules différents) est une modalité d'exécution de la prestation. La clause fixant le prix est une clause principale du contrat, tandis que la clause établissant la compétence territoriale du tribunal est, a priori, secondaire.

L'article 1184 c. civ. ne traite donc que des clauses d'un contrat dans lesquelles un vice de formation du contrat est constaté. Cette hypothèse de départ conduit souvent à centrer l'annulation sur l'une des obligations figurant dans le contrat ; lorsque l'acte juridique lui-même est vicié, toutes les obligations qu'il contient ont vocation à disparaître. Lorsque seule une obligation est annulée, la question de son insertion dans l'économie du contrat devient la question centrale.

1/ La compétence du juge : *l'influence du vice sur l'économie du contrat*

753. La **compétence du juge** dans le prononcé de l'étendue de l'annulation est établie à l'article 1184 qui fixe une directive. En présence d'une clause viciée (et, plus généralement, d'un aspect vicié, même extérieur à une clause du contrat), le juge se prononce sur l'étendue de l'annulation en fonction de l'influence exercée par le vice dans l'économie du contrat, telle qu'elle a été convenue par les parties. Soit le vice porte atteinte à une clause essentielle, soit il porte atteinte à un aspect plus secondaire du contrat.

Lorsque le vice porte atteinte à une *clause essentielle* du contrat, il faudra prononcer l'annulation du contrat « en entier ». L'annulation intégrale doit être prononcée, parce que le vice affecte « un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles. » (art. 1184 al. 1er c. civ.). L'économie du contrat est donc appréciée en fonction de la commune volonté des parties ou « de l'une d'elles ».

– La clause fixant le prix, dans un contrat de vente, est essentielle au regard de la commune volonté des parties : l'annulation de la clause relative au prix (parce que l'une des parties prétend le fixer unilatéralement : prix potestatif) entraînera donc l'annulation du contrat de vente « en entier » (Com., 22 février 1967[1]).

– Lorsqu'une clause est l'élément déterminant d'une des parties, mais pas de l'autre, le contrat sera intégralement annulé, parce que la charge économique de l'annulation ne doit pas peser sur une seule partie. Pour le bailleur, il faut que les colocataires soient solidairement tenus entre eux : si la clause établissant la solidarité est viciée, le contrat de bail doit être intégralement annulé. Pour le bailleur, la charge économique du risque d'insolvabilité d'un des colocataires est une clause essentielle.

Le juge qui identifie une clause essentielle pour l'une des parties est donc tenu de prononcer l'annulation intégrale du contrat. Le juge n'a aucune compétence pour décider qu'il serait équitable, à ses yeux, qu'une des parties subisse la charge économique d'un risque qui modifie substantiellement ou notablement l'économie du contrat, telle qu'elle avait été convenue entre les contractants.

Lorsque le vice porte atteinte à une *clause secondaire* du contrat, seule la clause sera annulée : le reste du contrat « est maintenu » (art. 1184 al. 2 c. civ.). Le prononcé de la nullité partielle, par le juge, n'a donc pas pour fonction de modifier l'économie du contrat et d'en faire peser la charge économique sur l'une des parties.

– Lorsque les parties conviennent d'une clause attributive de compétence (le tribunal de commerce sera compétent pour trancher le litige) ou d'une clause compromissoire (les parties recourent à un arbitre pour trancher leur litige), la clause est habituellement tenue pour secondaire. Lorsque la clause est illicite (parce que convenue par un consommateur), elle restera autonome[2] par rapport au reste du contrat.

– Si la clause attributive de compétence est essentielle pour l'une des parties (cas précédent), les parties devront en être convenues explicitement. Alors l'annulation de la clause entraînera l'annulation intégrale du contrat.

---

[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. 1ère, 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. 1ère, 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. »

Le principe applicable en droit du contrat impose donc au juge d'interpréter la volonté des parties, au regard du rôle joué par la clause dans l'économie du contrat. Soit la clause est essentielle, soit elle reste secondaire. Le rôle du juge est neutre.

2/ La compétence du législateur : *la clause réputée non écrite*

754. La **compétence du législateur** dans le prononcé de l'étendue de l'annulation est réservée. Selon l'article 1184 al. 2 c. civ., « Le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite ». 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.

Lorsque le législateur « répute une clause non écrite », il impose au juge de considérer que l'annulation du contrat se limitera à la clause viciée, sans pouvoir s'étendre au contrat en entier. Cette clause sera considérée comme secondaire, qu'elle le soit ou non au regard de la volonté effective des parties.

- Lorsque les parties conviennent de verser un dessous-de-table lors d'une vente immobilière ou d'un fonds de commerce, le prix convenu entre les parties ne correspond pas au prix apparent. Le législateur impose de considérer que seul le prix apparent est légal (art. 1202 c. civ.[1]), alors même que le prix est une clause essentielle du contrat de vente. La clause prévoyant le dessous-de-table est seule nulle., alors qu'elle est essentielle.
- En présence d'une clause abusive, créant un déséquilibre significatif sur un aspect secondaire du contrat (indemnisation en cas de retard, délai de livraison …), l'article 1171 c. civ.[2] prévoit que la clause « est réputée non écrite. » Il est probable que la clause porte sur un aspect secondaire du contrat.
- En présence d'une clause d'indexation illicite, portant sur un indice prohibé par le code monétaire et financier, la clause sera réputée non écrite (art. 112-2 c. mon. et fin.[3]). Le

[1] 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 soulte d'un échange ou d'un partage comprenant des biens immeubles, un fonds de commerce ou une clientèle. »

[2] Art. 1171 c. civ. : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties 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. »

[3] Art. 112-2 c. mon. et fin. : « 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 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. (...) ».

créancier (bailleur) qui cherche à protéger son pouvoir d'achat ne pourra pas établir que la clause est essentielle pour lui.

La clause réputée non écrite établit une fiction. Il sera interdit au juge de constater que la clause illicite serait essentielle pour les parties ou l'une d'elles.

L'annulation partielle conduira donc à faire subir la *charge économique de l'annulation* sur l'un des contractants, que le législateur désigne impérativement.

- Le vendeur qui obtient le versement d'un dessous-de-table subira la charge économique de l'annulation partielle. L'acquéreur sera incité, grâce à la nullité partielle, 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. Tant pis pour le vendeur frauduleux (qui a probablement "oublié" de déclarer à l'administration fiscale les revenus effectifs de son commerce, d'où sa valeur minorée).
- Le professionnel qui insère une clause abusive dans le contrat conclu avec son client subira la charge économique du rééquilibrage du contrat. La clause anormale sera seule annulée : le contrat redevient silencieux et il correspondra à l'attente légitime du client. Tant mieux pour le client du professionnel qui cherche à éluder ses obligations.
- Le bailleur qui insère une clause d'indexation utilisant un indice prohibé subira la charge économique de l'inflation, pendant toute la durée du contrat de bail. Son locataire, corrélativement, bénéficiera d'un loyer qui correspondra de moins en moins à la valeur locative de son logement. Tant pis pour le bailleur, tant mieux pour le locataire.

La fiction de la clause réputée non écrite est imposée par le législateur, afin d'interdire toute recherche de la volonté effective des parties ou de l'une d'elles. L'objectif est de faire subir la charge économique de l'annulation par l'un des contractants, désigné par le législateur.

755. La clause réputée non écrite recourt à une fiction, afin de faire peser sur l'un des contractants la **charge économique** qui résultera de la nouvelle réalité juridique officielle, faisant abstraction de la clause illicite du contrat. Le législateur poursuit deux objectifs différents :

- Soit la clause réputée non écrite a pour objectif de déséquilibrer le contrat, en faisant peser sur l'un des contractants (frauduleux) une charge économique "pénible". Le vendeur qui commet une fraude fiscale lors de la vente de son fonds de commerce subira une punition.

– Soit la clause réputée non écrite a pour objectif de rééquilibrer le contrat, en faisant peser sur le contractant (professionnel) la charge qu'il refuse illégalement d'assumer.

La clause réputée non écrite consiste donc, pour le législateur, à modifier l'économie du contrat, en imposant sa volonté (comprendre : en refusant de prendre en compte « un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles. » (art. 1184 al. 1er c. civ.).

La clause réputée non écrite a pour fonction de *déséquilibrer l'économie du contrat*, en faisant peser sur l'un des contractants une charge économique imprévue, de nature à déjouer sa prévision. Une logique punitive est donc présente, ou du moins affichée :

– Le banquier qui omet de signaler à l'emprunteur le taux effectif global sera déchu, totalement ou partiellement, de son droit à intérêt (Civ. 1ère, 30 sept. 2010[1]): il sera (littéralement) contraint d'exécuter un contrat sans intérêt, puisque la clause fixant l'intérêt sera réputée non écrite. En parlant de « déchéance », le juge s'inscrit dans une logique punitive. La jurisprudence de la chambre commerciale est en divergence[2].

– La clause d'indexation illicite sera réputée non écrite par le législateur, en réalité afin de limiter l'inflation. Le législateur préfère déséquilibrer un contrat à exécution successive (typiquement : un contrat de bail[3]), au détriment des intérêts du créancier, afin de réduire son pouvoir d'achat (et donc, in fine, la demande).

– Lorsque le testateur impose une clause de viduité pour bénéficier du legs, seule la clause irrégulière sera annulée, le legs demeurant valable pour le surplus[4].

La clause réputée non écrite déséquilibre le contrat. Le législateur impose son maintien.

La clause réputée non écrite permet également au législateur d'imposer un contrat normal, dépourvu d'une clause abusive de nature à surprendre un contractant. Le contrat sera alors *impérativement*

---

1 Civ. 1ère, 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. 1ère, 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.

2 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. » Le juge cherche non à punir le banquier, mais à maintenir l'équilibre du contrat. Question : existe-t-il une disposition supplétive de volonté qui imposerait le taux légal ?

3 Civ. 3e, 7 mai 2014, 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.

4 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*, 12e éd., 2013, Lextensoéditions, coll. Mémentos LMD, p. 131.

rééquilibré : la clause réputée non écrite sera remplacée par une disposition supplétive de volonté (ce qui a pour effet de rendre le contrat normal).

– La clause abusive, créant un déséquilibre significatif mais sur un aspect secondaire du contrat (art. 1171 c. civ.[1] ; art. L 212-1 c. conso.) est réputée non écrite. La prestation du professionnel doit être normale : l'indemnisation en cas de retard sera normale[2] (car une disposition supplétive de volonté s'applique : art. 1231-1 et suiv. c. civ.) ;

– Le contrat de travail conclu à durée déterminée comportant une clause irrégulière (absence d'écrit ; absence du motif du recours à un CDD[3]) devient un contrat de travail « normal », conclu à durée indéterminée. Selon l'article L 1242-12 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. »

Le rééquilibrage du contrat, par la technique de la clause réputée non écrite, fait peser la charge économique de la nullité partielle sur le contractant qui cherche à échapper à une charge, grâce à une clause explicite. Techniquement, le contrat sera rééquilibré, parce que la clause réputée non écrite est remplacée par une disposition supplétive de volonté : la réalité juridique est modifiée, et même de manière rétroactive.

(756- à 773. : réservés)

Conclusion I/ L'étendue de l'annulation : la destruction de la réalité juridique viciée

774. L'**étendue de l'annulation**, face à une clause illicite (et plus généralement, en présence d'un vice affectant le contrat), consiste donc à déterminer l'aspect du contrat qui devra être considéré comme une réalité juridique viciée. La charge économique de cette question explique la répartition de la compétence entre le juge et le législateur.

Le *juge* est tenu de fixer l'étendue de la nullité au regard du rôle de la clause viciée par rapport à l'économie du contrat, telle qu'elle a été voulue par les contractants. Le juge ne dispose d'aucune

[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] 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.., consomm. 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.»

[3] Le CDD ne mentionne pas le motif (remplacement d'un salarié …). Voir : Soc., 30 septembre 2014, n°13-13.522.

compétence pour décider qu'il serait juste ou équitable qu'un des contractants subisse la charge économique de l'annulation. Si la clause annulée est essentielle, le contrat sera annulé « en entier » ; si elle est secondaire, le contrat sera maintenu pour le surplus. La volonté des parties est donc respectée : l'annulation n'est pas une technique de révision (judiciaire) du contrat.

Le *législateur* exerce sa compétence, quand il décide d'utiliser la nullité partielle comme une technique de révision du contrat. La clause réputée non écrite fera peser sur l'un des contractants, désigné par le législateur, la charge économique de l'annulation partielle. Le législateur impose sa volonté aux contractants : légalement, la volonté de ces derniers (et surtout celle de l'un d'eux) continue d'exister en droit. Le contractant qui subit la nullité partielle est réputé avoir voulu un contrat déséquilibré à son détriment ou un contrat normal.

L'étendue de l'annulation permet donc d'identifier la réalité juridique viciée du contrat, question qui possède un impact économique pour les contractants ou l'un d'eux.Cette réalité viciée sera désormais occultée et remplacée par une nouvelle réalité juridique.

II/ L'effet rétroactif de l'annulation : *le rétablissement de la légalité*

775. L'**effet rétroactif de l'annulation** consiste à rétablir la légalité, qui n'aurait jamais dû être modifiée par le contrat. Cet effet est décrit à l'article 1178 al. 2 c. civ. : « Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé. » Le contrat annulé (ou sa clause) n'aurait jamais dû être doté de la force obligatoire, réservée aux actes juridiques valides.

- La fiction rétablit donc la légalité "légale", la seule qui aurait dû, rétrospectivement, servir de référence aux contractants comme aux tiers.
- Mais la fiction reste un mensonge. Certains tiers, qui se seront fiés de bonne foi à la réalité juridique officielle avant son annulation, verront leur intérêt protégé, lorsque l'annulation leur sera inopposable. Autrement dit, le retour à la légalité antérieure à la conclusion du contrat n'aura pas lieu.

  L'effet rétroactif de l'annulation repose donc sur une fiction qui porte sur la légalité. La réalité juridique sera modifiée par l'annulation, même si la fiction prétend le contraire ; lorsque l'annulation est inopposable à un tiers, la réalité juridique des contractants devra être adaptée.

La *modification de la légalité* par l'annulation a lieu effectivement, bien que la fiction prétende le contraire. Le contrat (ou sa clause) réputé n'avoir jamais existé repose sur une fiction dont le

domaine d'application se limite à la réalité juridique ; la réalité matérielle n'est pas directement concernée par la fiction.

- L'effet rétroactif de l'annulation (commun à tous les actes juridiques : décisions nulles de l'administration[1], acte unilatéral ou collectif …) rend sans effet la volonté des contractants (et, plus généralement, la volonté de l'auteur d'un acte juridique). Les contractants comme les tiers devront considérer rétrospectivement que le contrat n'a jamais modifié la légalité. Seuls les actes juridiques sont visés par la fiction.
- Les faits juridiques ne sont pas concernés par la fiction, directement du moins. Les faits juridiques existent : ils relèvent de la réalité matérielle. Lorsqu'un dol a été commis ou lorsqu'une prestation a été exécutée, leur réalité matérielle sera prise en compte et pourra donner lieu à une obligation (qui aura vocation à s'inscrire dans la réalité juridique).

  Le domaine d'application de la fiction est borné : elle ne porte que la réalité juridique, et non sur la réalité matérielle.

L'*inopposabilité de l'annulation* envers certains tiers fixera une seconde limite au domaine d'application de la fiction. L'intérêt légitime de ces tiers sera protégé : ils pourront exercer une prérogative, conformément à la légalité à laquelle ils ont pu croire. La force obligatoire de l'annulation leur sera donc inopposable, exactement comme ils peuvent ignorer la force obligatoire d'un contrat qui leur est inopposable. Ainsi,

- L'assuré a commis un dol au détriment de son assureur : l'annulation intégrale du contrat d'assurance sera toutefois inopposable à la victime d'accident. L'assureur devra indemniser la victime, quitte à se retourner ensuite contre son assuré pour obtenir de sa part un remboursement. L'annulation du contrat sera inopposable au tiers (victime d'accident).
- Le propriétaire apparent a effectué des actes courants d'administration, en concluant un contrat pour la fourniture d'électricité. Les actes d'administration ne seront pas rétroactivement annulés.

  L'inopposabilité de l'annulation permettra donc à des tiers de considérer que la réalité juridique apparente correspond à la légalité. Ils exerceront une prérogative conformément à la seule légalité qui s'impose à eux.

[1] Si le retrait du permis de conduire est ultérieurement annulé, le conducteur ne peut pas être poursuivi pour conduite sans permis (Crim., 4 mars 2014, n°13-82.078, Bull. n°64) ; si le premier mariage est annulé, la bigamie n'est pas établie (Civ. 1ère, 25 septembre 2013, n°12-26.041, Bull. ; D. 2013, p. 2272 ; Revue Lamy droit civil, 2013, n°5278, note Elodie Pouliquen)

L'effet rétroactif de l'annulation consiste donc à rétablir la légalité, parce que le contrat n'aurait jamais dû la modifier. L'annulation modifiera donc la légalité (1), en tant tenant compte de l'intérêt de certains tiers, à qui l'annulation sera inopposable (2).

1/ La modification de la légalité : *le contrat réputé non avenu*

776. La **modification de la légalité** produite par la décision prononçant la nullité impose aux contractants comme aux tiers de considérer (rétrospectivement) que le contrat (ou l'une de ses clauses) n'a « jamais existé » (art. 1178 al. 2 c. civ.).

- La fiction rétablit la légalité, en affirmant que la légalité n'a jamais été modifiée ;
- Les faits juridiques qui contredisent la légalité conduiront à créer des obligations, destinées à tenir compte de la légalité (réputée non modifiée).

La modification de la légalité produite par l'annulation conduira donc, d'une part, à rétablir la légalité, et d'autre part, à créer des obligations pour tenir compte des faits juridiques survenus en contradiction avec la légalité.

Le *rétablissement de la légalité* impose de considérer que la période passée qui sépare la conclusion du contrat de son annulation n'a jamais été modifiée par la force obligation du contrat. La fiction possède une force ("obligatoire") qui s'impose à tous et à tout acte qui dérive du contrat.

- La clause réputée non écrite impose de considérer que les remboursements effectués par le client portent uniquement sur le capital, puisque le banquier est déchu, dès la conclusion du contrat, de son droit à l'intérêt conventionnel.
- L'annulation du contrat de vente impose que considérer que le "vendeur" est toujours resté le propriétaire du véhicule, de sorte que son assureur-dommage devra l'indemniser, lorsque le véhicule subit un dommage après la conclusion de la vente et avant le prononcé de la nullité (Civ. 1ère, 21 février 1995[1]). L'effet rétroactif de l'annulation est opposable aux tiers (assureur-dommage du vendeur).
- L'annulation du contrat translatif de propriété entraînera l'annulation des actes juridiques greffées sur le bien (obligations réelles). L'hypothèque inscrite (par la banque) sur l'immeuble de l'acquéreur est annulée à la suite de celle de la vente. La même solution s'impose probablement en présence de contrats interdépendants.

[1] Civ. 1ère, 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. »

– Les actes juridiques dérivés qui découlent du contrat annulé sont, eux aussi, réputés inexistants[1]. Le syndic de copropriété n'a jamais été nommé puisque l'assemblée générale qui le nommait a été annulée : le syndic n'a donc jamais pu convoquer une autre assemblée générale (Civ. 3e, 8 juin 2011[2]). Le plan de reconversion souscrit par le salarié à la suite de son licenciement est réputé non avenu à la suite de l'annulation de son licenciement (Soc., 17 oct. 2018 [3] ; Soc., 15 mai 2013[4]).

La légalité, restaurée par la fiction, interdira donc à quiconque de créer une situation irrémédiable, puisque la fiction s'impose à tous (aux contractants comme aux tiers[5]) et à tous les actes qui dérivent du contrat[6].

L'annulation conduira pourtant à établir des obligations (donc à modifier la légalité), afin de tenir compte de la survenance de faits juridiques incompatibles avec la légalité (restaurée par la fiction). Les alinéas 3 et 4 de l'article 1178 c. civ. visent deux cas de figure :

– Si, conformément à la force obligatoire du contrat apparent, les prestations ont été exécutées par les parties ou l'une d'elles, il faudra procéder aux restitutions (art. 1178 al. 3 c. civ.[7]). La caution a payé la banque ; dans les cinq ans de son paiement, elle invoque le vice de forme ; suite au prononcé de la nullité intégrale du contrat, la banque doit restituer le montant versé par la caution. L'obligation de restituer sera imposée, afin que la réalité matérielle corresponde à nouveau à la légalité (rétroactivement modifiée). L'obligation de restituer s'inscrira dans la légalité.

---

1 Civ. 2e, 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 avenu et ses effets sont rétroactivement anéantis » (nullité subséquente de la reconnaissance de dette, en raison de l'annulation de la saisie immobilière) ; Civ. 2e, 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. » ;

2 Civ. 3e, 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 »).

3 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 »).

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 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) ».

6 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) « Viole 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 (...) ».

7 Art. 1178 al. 3 c. civ. : « Les prestations exécutées donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9. »

– Selon l'article 1178 al. 4 c. civ.[1], en cas de faute commise par le cocontractant responsable du vice (dol, violence notamment), le contractant lésé sera indemnisé sur le fondement de la responsabilité délictuelle (art. 1240 c. civ.[2]). La faute est un fait juridique, relevant de la réalité matérielle.

Les obligation de restitution et d'indemnisation imposeront donc ponctuellement de modifier la réalité juridique, afin que les faits juridiques qui sont contradictoires avec la légalité issue de l'annulation soient pris en compte.

La modification de la légalité, produite par l'annulation, conduira donc à restaurer la légalité, telle qu'elle n'aurait jamais dû être modifiée.

– La fiction restaure la légalité (antérieure à la conclusion du contrat), éventuellement grâce à la création d'obligations, destinées à rendre la réalité matérielle compatible avec cette légalité restaurée.

– La fiction de l'annulation s'impose à tous, contractants comme tiers. Les tiers subiront donc la charge économique de l'annulation : la banque qui a prêté à l'acquéreur perdra l'hypothèque qui garantissait le remboursement du prêt. Elle ne figure pas parmi les tiers bénéficiant d'un intérêt légitime juridiquement protégé.

(777- à 784. : réservés)

2/ L'inopposabilité de l'annulation envers certains tiers : *la fiction écartée*

785. L'**inopposabilité de l'annulation envers certains tiers** disposant d'un intérêt légitime signifie que les tiers seront en droit d'invoquer la réalité juridique qui était attachée au contrat (doté de sa force obligatoire, avant l'annulation). La fiction de l'inexistence du contrat (et de ses actes dérivés) sera donc écartée, soit explicitement, soit de manière plus détournée.

L'inopposabilité est *explicitement admise*, lorsque des tiers de bonne foi sont admis à se prévaloir de la légalité apparente, qui existait avant l'annulation du contrat. Le tiers invoquera donc la force obligatoire du contrat (qui sera ultérieurement annulé) ou celle d'un acte qui en dérive :

– Lorsque l'assureur-responsabilité obtient le prononcé de l'annulation du contrat d'assurance pour fausse déclaration intentionnelle de l'assuré[3], l'annulation produit ses effets

[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. 2ᵉ, 30 juin 2016, n° 15-22.842, Bull. ; RGDA 2016, p. 406, note Sophie Lambert (mensonge sur l'état de santé de l'assuré) ;Civ. 2ᵉ, 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

entre l'assureur et le client ; en revanche, la victime d'un accident de la circulation sera en droit d'invoquer l'inopposabilité de l'action en nullité à son égard (Cjue, 20 juillet 2017[1] ; Civ. 2e, 29 août 2019[2] ; supra n°678).

- La victime invoquera la force obligatoire du contrat d'assurance, afin que l'assureur (débiteur solvable) l'indemnise de son dommage. L'annulation est inopposable à la victime ;
- Les parties au contrat d'assurance s'adapteront à la nouvelle légalité, modifiée par la prérogative exercée par la victime. L'assureur disposera d'un recours en remboursement contre son client ; il devra restituer les primes perçues (puisque le contrat est nul en entier) ; après compensation, l'assureur réclamera le solde au client (non assuré et réputé ne l'avoir jamais été).

– L'acte dérivé d'un acte annulé ne sera pas rétroactivement annulé, mais uniquement résilié pour l'avenir, lorsque le syndicat secondaire (créé par une assemblée générale annulée) a acquis une personnalité juridique opposable aux tiers (Civ. 3e, 20 mai 2009[3]). La légalité du syndicat secondaire est maintenue : l'annulation ne deviendra opposable qu'à compter de son prononcé. La même solution est prévue en cas d'annulation d'une société : le contrat à exécution successive conclu avec un tiers est résilié (art. 1844-15 al. 1er c. civ.[4]).

– En présence d'une revente (publiée ou non), il est probable que le tiers-acquéreur qui s'est fié à la légalité (avant sa modification rétroactive) pourra justifier d'un intérêt légitime pour éviter les effets de la rétroactivité. Le tiers-acquéreur reste propriétaire ; la force obligatoire de l'annulation imposera une adaptation, au sujet du prix payé au vendeur ou

sur le conducteur réel du véhicule : nullité du contrat d'assurance).

[1] Cjue, 20 juillet 2017, *Fidelidade*, C-287-16 : « [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 »

[2] Civ. 2e, 29 août 2019, n°18-14768, Bull. : « La nullité édictée à l'article L 113-8 c. ass. n'est pas opposable [par l'assureur] aux victimes d'un accident de la circulation » (le litige opposait le fonds de garantie, qui devait garantir la victime lorsque l'auteur de l'accident n'est pas assuré, à l'assureur, qui invoquait la nullité du contrat d'assurance en raison de la fausse déclaration de l'assuré : dans un cas comme dans l'autre, la victime était donc indemnisée).

[3] Civ. 3e, 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 syndicat 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. 1844-15 al. 1er c. civ. : « Lorsque la nullité de la société est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat. »

encore dû par le tiers-acquéreur. La solution, ponctuellement admise (avec les restitutions[1] ; en présence d'une propriété réservée[2]) est une application de l'inopposabilité.

– Les actes d'administration et de conservation portant sur le bien sont maintenus, quand ils sont effectués par le propriétaire apparent (avant l'annulation). La solution, prévue en présence d'une résolution (art. 1304-7 c. civ.[3]), vaut également, par analogie, en présence d'une annulation.

Les juges ont donc exploré la voie de l'inopposabilité pour éviter une application rigoureuse de la fiction envers les tiers de bonne foi. La force obligatoire de l'annulation sera limitée : elle sera adaptée en tenant compte des effets de la prérogative exercée par le tiers.

L'inopposabilité est admise *de manière détournée*, afin d'éviter l'application de la fiction, jugée inopportune. Certains arrêts refusent la rétroactivité en se fondant sur l'autorité de la chose jugée[4] ou sans s'expliquer sur le fondement de leur décision[5]. D'autres arrêts invoquent la théorie de l'apparence pour justifier (avec difficulté) la mise à l'écart de la fiction de la rétroactivité[6] envers les tiers de bonne foi.

– 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 revente[7]), soit on considère que le tiers acquéreur se fonde sur un fait juridique (sa possession de bonne foi depuis trois ans) pour

[1] Art. 1352-2 c. civ. (estimation du prix à restituer en cas de revente du bien) ; a

[2] Art. 2372 al. 1er c. civ. (« En cas d'aliénation ou de perte du bien, la propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ou sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien ».)

[3] Art. 1304-7 al. 1er c. civ. : « L'accomplissement de la condition résolutoire éteint rétroactivement l'obligation, sans remettre en cause, le cas échéant, les actes conservatoires et d'administration. »

[4] Civ. 3e, 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. »

[5] 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. ».

[6] Écartant la qpc, critiquant la jurisprudence établissant la théorie de l'apparence : Civ. 3e, 30 mars 2017, n°16-22.058, Bull.

[7] En présence d'une acquisition à titre gratuit : Civ. 1ère, 7 oct. 2015, n°14-16.946, Bull. ; D. 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 » ; Civ. 3e, 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. »

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)[1].

– 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. 3e, 17 juin 2009[2]). Aux yeux des juges, la vente du terrain n'est pas suffisamment rattachée à l'annulation de l'acte administratif.

– L'article 1342-3 c. civ.[3] admet également que « 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.

La jurisprudence utilise donc des justifications peu orthodoxes pour écarter la rétroactivité de l'annulation. Ces justifications diverses ont pour objectif de permettre à des tiers d'invoquer, en substance, l'inopposabilité de la fiction à leur égard.

L'inopposabilité envers certains tiers de la rétroactivité de l'annulation permet ainsi à des tiers d'invoquer leur intérêt légitime, afin d'éviter la charge économique de l'annulation. La force obligatoire de l'annulation ne produira son effet que dans la mesure compatible avec l'effet produit par la prérogative exercée par le tiers.

– Si la victime d'accident subissait l'annulation du contrat d'assurance, elle serait privée d'indemnisation : or la loi impose l'assurance obligatoire, précisément pour que cette situation ne se produire pas.

– En présence d'une revente, le tiers-acquéreur conserve sa propriété : s'il doit le prix, il le versera au propriétaire actuel du bien vendu (à savoir le vendeur, lorsque l'annulation est antérieure au versement du prix) ; si le tiers-acquéreur a déjà payé au propriétaire apparent (l'acquéreur), ce dernier devra rembourser le propriétaire effectif (vendeur, après l'annulation).

---

[1] Civ. 1ère, 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 une erreur commune et légitime, dès lors que la cause de la nullité aurait été et devait être nécessairement ignorée de tous »

[2] Civ. 3e, 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] Art. 1342-3 c. civ. : « Le paiement fait de bonne foi à un créancier apparent est valable. »

786. Lorsque le tiers se prévaut de l'inopposabilité de l'annulation à son égard, il ne subira pas la **charge économique de l'annulation** (la victime sera indemnisée ; le tiers-acquéreur conserve la propriété). Cette charge économique sera donc assumée par d'autres que lui, à savoir les contractants ou l'un d'eux.

Lorsque la victime invoque l'inopposabilité de l'annulation du contrat d'assurance, elle ne subit pas la *charge économique de l'absence d'assurance*. Cette charge économique sera assumée par les contractants, et d'ailleurs différemment entre eux : l'assureur garantit la victime (comme une caution) ; la charge économique finale devra être assumée par l'assuré (auteur du dol).

Lorsque le tiers-acquéreur invoque l'inopposabilité de l'annulation (ou la théorie de l'apparence), il échappe à *la charge économique que les restitutions* peuvent représenter. La perception du prix qu'il doit sera un risque qui sera assumé par l'un des contractants : le vendeur qui a vendu à un acquéreur devenu insolvable (et incapable de restituer le prix versé par le tiers-acquéreur) subira la charge économique de ce risque.

L'inopposabilité a donc pour fonction de transférer la charge économique de l'annulation d'un tiers (qui y serait exposé par l'effet de la rétroactivité) à l'un des contractants. Le risque d'insolvabilité exerce une influence centrale : il y a un fossé entre la réalité juridique et la réalité matérielle. C'est l'exécution.

(787- à 796. : réservés)

797. L'**effet rétroactif de l'annulation** possède un domaine d'application limité. La force obligatoire de l'annulation s'applique aux contractants comme aux tiers, afin d'éviter de faire produire un effet de droit à ce qui n'est pas un acte juridique valide.

La rétroactivité sera toutefois inopposable à certains tiers dont l'intérêt légitime est reconnu, à savoir le tiers-acquéreur de bonne foi, ainsi que quelques autres (victime d'accident, lorsque le contrat d'assurance est annulé). La prérogative exercée par le tiers conduira à adapter l'annulation, dont la force obligatoire sera résiduelle. La même méthode est employée, lorsque la force obligatoire du contrat est inopposable à certains tiers.

L'effet rétroactif de l'annulation signifie donc que l'annulation possède une force obligatoire. Les deux termes sont synonymes. Il s'agit d'identifier la légalité qui s'impose à tous, ou celle que l'un peut invoquer.

Conclusion de la section 2ème
La nullité du contrat

798. La **nullité du contrat** sanctionne donc le vice de formation du contrat. Les contractants n'ont pas respecté une des conditions imposées par la loi pour que leur contrat soit valide.

Pour invoquer la nullité de ce contrat (ou d'une de ses clauses), il faudra qu'une décision constate la présence du vice et en tire la conséquence.

- L'exigence d'une décision (« La nullité doit être prononcée » : art. 1178 c. civ.) s'explique parce que le contrat s'est inscrit dans la légalité : il est déjà doté de sa force obligatoire. Il faudra donc s'assurer que le défaut du contrat soit un vice, et non pas un défaut mineur.
- La décision prononçant la nullité devra intervenir dans un certain délai, du moins quand le contrat a fait l'objet d'une exécution ou d'une publication. Cinq après l'exécution, il sera en principe trop tard pour obtenir le prononcé de l'annulation.
- Le contractant protégé par un cas de nullité (dite relative) pourra également confirmer le contrat : le contrat restera soumis à sa force obligatoire.

Lorsque l'annulation est prononcée, la légalité sera restaurée de manière radicale, grâce à l'emploi d'une fiction qui s'impose aux contractants comme aux tiers.

- Tous sont réputés savoir que le constat était, dès sa conclusion, vicié et qu'il ne pouvait donc ni s'inscrire dans la légalité, ni justifier un acte dérivé qui s'y inscrirait. La charge économique qui résulte de l'annulation, du contrat en entier ou d'une de ses clauses, pèsera donc indifféremment sur les contractants ou l'un d'eux, et éventuellement sur des tiers.
- Certains tiers pourront toutefois invoquer l'inopposabilité à leur égard de l'annulation, lorsqu'elle porte atteinte à leur intérêt légitime. La force obligatoire de l'annulation sera alors limitée : le tiers ne subira pas la charge économique de l'annulation ; cette charge sera transférée sur les contractants ou l'un d'eux.

Conclusion de la section 2ème
La nullité du contrat

798. La **nullité du contrat** sanctionne donc le vice de formation du contrat. Les contractants n'ont pas respecté une des conditions imposées par la loi pour que leur contrat soit valide.

Pour invoquer la nullité de ce contrat (ou d'une de ses clauses), il faudra qu'une décision constate la présence du vice et en tire la conséquence.

- L'exigence d'une décision (« La nullité doit être prononcée » : art. 1178 c. civ.) s'explique parce que le contrat s'est inscrit dans la légalité : il est déjà doté de sa force obligatoire. Il faudra donc s'assurer que le défaut du contrat soit un vice, et non pas un défaut mineur.
- La décision prononçant la nullité devra intervenir dans un certain délai, du moins quand le contrat a fait l'objet d'une exécution ou d'une publication. Cinq après l'exécution, il sera en principe trop tard pour obtenir le prononcé de l'annulation.
- Le contractant protégé par un cas de nullité (dite relative) pourra également confirmer le contrat : le contrat restera soumis à sa force obligatoire.

Lorsque l'annulation est prononcée, la légalité sera restaurée de manière radicale, grâce à l'emploi d'une fiction qui s'impose aux contractants comme aux tiers. Tous sont réputés savoir que le constat était, dès sa conclusion, vicié et qu'il ne pouvait donc ni s'inscrire dans la légalité, ni justifier un acte dérivé qui s'y inscrirait.

La charge économique qui résulte de l'annulation, du contrat en entier ou d'une de ses clauses, pèsera donc indifféremment sur les contractants ou l'un d'eux, et éventuellement sur des tiers. Si le contrat d'assurance est annulé après l'accident de la circulation et si cette annulation est opposable à la victime, cette dernière subira la charge de l'insolvabilité du conducteur réputé non assuré. Pour éviter ce résultat, la force obligatoire de l'annulation sera inopposable à certains tiers.

Conclusion du chapitre 1er
La valeur du contrat

799. La **valeur du contrat** consiste à savoir si la décision prise par les contractants pourra modifier la réalité juridique. Deux types de conditions sont à respecter pour que la valeur du contrat soit reconnue.

- Le contrat sera dépourvu de sa force obligatoire, lorsque l'obligation qu'il contient est mal positionnée.
- Lorsque le contrat présente un défaut (vice de formation), il ne perdra sa force obligatoire que si l'annulation est prononcée.
- Lorsqu'un tiers n'est pas tenu du devoir de respecter la force obligatoire du contrat, cette dernière sera atteinte, si le tiers exerce sa prérogative.

La question de la valeur du contrat consiste donc spécifiquement à savoir si le contrat pourra ou non modifier la réalité juridique.

La *force obligatoire du contrat* sera reconnue, si le contrat (acte juridique supposé valide) peut s'insérer dans la légalité, en modifiant la réalité juridique. Deux conditions sont alors requises pour que le contrat devienne une loi :

- Premièrement, chacun des contractants a respecté son domaine de compétence, sans empiéter sur celle des tiers. À défaut, le contrat sera dépourvu de force obligatoire : sans qu'il soit nécessaire d'en faire prononcer la nullité.
- Deuxièmement, le contrat ne modifiera la réalité juridique des tiers que s'ils sont tenus du devoir légal de respecter le contrat. À défaut, le contrat (inopposable) verra sa force obligatoire altérée : sans qu'il soit nécessaire, là encore, d'en faire prononcer la nullité.

La force obligatoire du contrat traite d'une seule question : l'acte juridique peut-il ou non s'insérer dans la légalité ?

Le contrat atteint d'un vice de formation ne modifiera pas la réalité juridique, que lorsqu'une décision prononce la nullité du contrat.

- Lorsque l'annulation du contrat est prononcée par le juge, le contrat est réputé n'avoir jamais existé (effet rétroactif de l'annulation).

– Lorsque l'annulation du contrat ne peut plus être prononcée, parce que le délai de prescription a expiré (cinq ans après l'exécution simple du contrat, en principe), le contrat doit être considéré comme un acte juridique (valide).

Les conditions de formation du contrat traitent d'une seule question : le contrat est-il ou non un acte juridique valide ?

La valeur du contrat sera donc acquise, lorsqu'il a pu s'insérer dans la légalité (celle des contractants comme celle des tiers) et aussi longtemps que sa validité n'est pas remise en cause par une décision prononçant l'annulation. La valeur du contrat est acquise ; il faudra exécuter les obligations qu'il contient.

Chapitre 2ème

L'exécution du contrat : *la modification de la réalité matérielle*

800. L'**exécution du contrat** a lieu lorsque les obligations prévues au contrat sont payées, ce qui a pour effet de les éteindre. La réalité matérielle se modifie par un fait juridique nommé paiement, décrit à l'article 1342 al. 1er et 4 c. civ. : l'exécution de chacune des obligations contenues dans le contrat s'effectue selon les modalités prévues dans le régime général des obligations ; les dispositions plus spécifiques prévues en droit du contrat se comprennent au regard de l'économie du contrat.

Le régime général des obligations, et notamment les articles 1341 et 1342 c. civ., fixe *le droit commun du paiement*, permettant à chaque créancier (qu'il soit contractant ou non) d'obtenir la prestation à laquelle il a droit, grâce au paiement volontaire et, à défaut, grâce au paiement forcé.

- Selon l'article 1342 alinéa 1er c. civ., « Le paiement est l'exécution volontaire de la prestation due. » L'exécution volontaire a lieu, lorsque le débiteur exécute sa prestation, selon la modalité prévue (l'exécution est pure et simple) ou selon une modalité qui est présentée comme équivalente en droit (les deux cocontractants se doivent une même somme d'argent : le paiement par compensation sera équivalent à deux exécutions réciproques).
- 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. » Si l'exécution volontaire n'a pas lieu (impayé provisoire), le créancier fera saisir les biens et revenus de son débiteur défaillant (exécution forcée). L'obligation finira par être payée, de force (si du moins le débiteur dispose de ressources).
- Lorsque le paiement (volontaire ou forcé) a lieu, l'obligation s'éteint. Selon l'article 1342 alinéa 4 , « Il [le paiement] libère le débiteur à l'égard du créancier et éteint la dette ». L'obligation a rempli sa fonction : le transfert de valeur a eu lieu.

  L'exécution des obligations contenues dans le contrat a donc lieu selon des modalités qui n'ont rien de spécifiques. Le paiement d'un prix ou d'un impôt s'exécute de la même manière, en versant une somme d'argent. On se souvient des paroles de Spinoza[1], qui affirmait que les belles promesses n'engagent à rien d'autre que ce que prévoit le régime général de l'obligation.

Le régime général des obligations précise également le statut de *certains événements imprévus* qui peuvent survenir pendant la vie de l'obligation (donc : avant son extinction par le paiement). Les obligations sont considérées isolément les unes des autres :

[1] Baruch Spinoza, *Traité théologico-politique*, XVI, trad. de Pierre-François Moreau et Jacqueline Lagrée, Puf, coll. « Épiméthée », 1999 : « « 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 nature, 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 »

– Des imprévus peuvent survenir et conduire à une adaptation de l'obligation, en présence d'un changement considéré comme mineur. Le bailleur déménage ou décède : le locataire enverra le montant de son loyer à la nouvelle adresse ou à l'héritier.

– Si l'emprunteur (débiteur) veut se faire remplacer par un tiers, les modalités de la révision de l'obligation (de source contractuelle ou légale) seront précisées, en régime général des obligations. Ce type de changement est considéré comme majeur.

Le régime applicable à la modification de l'obligation dépend du statut de l'événement imprévu (changement mineur ou majeur) : en présence d'un changement mineur, il suffira d'informer l'autre partie à l'obligation ; en présence d'un changement majeur, l'autre partie à l'obligation devra y consentir.

Le régime général des obligations traite donc des modalités d'exécution de chaque obligation, quitte à adapter l'obligation, lorsque survient un *imprévu* que l'on peut classer en deux grandes catégories.

– Lorsque le débiteur n'exécute pas son obligation volontairement (impayé provisoire), le créancier pourra obtenir l'exécution forcée, selon des modalités prévues par le régime général (saisie des biens, des revenus …). En régime général des obligations, l'impayé définitif sera établi, quand le débiteur ne paye pas ce qu'il dû et n'aura plus à le payer à l'avenir : le créancier est alors confronté à une perte sèche. Le débiteur en faillite est libéré : la société est liquidée ou la personne physique surendettée est déchargée de son passif. L'exécution volontaire ou forcée sont, en régime général de l'obligation, des paiements : l'impayé désigne uniquement la perte sèche du créancier. La réalité matérielle (absence de ressources du débiteur) conduira à modifier la réalité juridique : le créancier n'aura plus le droit d'être payé.

– Lorsque survient une circonstance imprévue (le créancier cède sa créance à un tiers ou déménage ; le débiteur veut se faire remplacer par un tiers dans le remboursement de son crédit), le régime général des obligations fixera à la fois le statut du changement (majeur ou mineur) et le régime applicable à la modification (éventuelle) de l'obligation (soit l'autre partie à l'obligation est informée, soit elle doit consentir au changement).

En régime général des obligations, la force obligatoire des obligations peut donc être modifiée lorsque survient un imprévu (l'obligation sera modifiée sur un point : le créancier n'est plus le même ; le créancier subit une perte sèche). Ce régime s'applique à toutes les obligations (y compris contractuelles), considérées isolément les unes des autres.

801. En droit du contrat, des dispositions spécifiques sont établies, afin de tenir compte de l'**économie du contrat,** lorsque survient un imprévu : les obligations du contrat, considérées les unes par rapport aux autres, pourront être modifiées en dehors des cas établis en régime général des obligations.

- Le cocontractant n'est pas en mesure de payer la marchandise qu'il vient d'acheter : il ne sera pas nécessaire de recourir à l'exécution forcée. Le contractant se contentera d'opposer l'exception d'inexécution : la logique du donnant-donnant, propre au contrat synallagmatique, sera appliquée (et permettra au vendeur d'éviter une perte sèche).
- Le contrat de vente de matériel informatique est annulé, ce qui conduit à rendre inutile le contrat de maintenance. L'annulation prend la forme d'un événement imprévu (extérieur au prestataire chargé de la maintenance tout comme au client) qui conduira (à certaines conditions) à la résiliation du contrat de maintenance.

L'économie du contrat explique certaines solutions spécifiques adaptées en droit du contrat, lorsque certains imprévus surviennent, parce que les obligations prévues au contrat sont liées entre elles. Pas de paiement, pas de marchandise vendue. Pas de matériel livré, pas de contrat de maintenance.

Lorsque des *circonstances extérieures aux contractants* surviennent, les modalités de révision du contrat conduiront à prendre en compte différents types d'événements (l'annulation d'un contrat duquel dépend un autre contrat ; une dévaluation modifiant l'équilibre d'un contrat conclu sur la durée …). En fonction du régime applicable à la révision du contrat, soit le contrat sera modifié, soit il restera inchangé.

Lorsque l'un des contractants *n'exécute pas correctement sa prestation*, le droit du contrat permettra au cocontractant de prendre des mesures afin de s'adapter au plus vite à l'inexécution. Si le contractant ne peut livrer que la moitié de la marchandise (et si cette moitié de livraison intéresse néanmoins le cocontractant), le client ne paiera que la moitié du prix : la réduction de prix, au regard de l'économie du contrat telle qu'elle avait été prévue, conduira à modifier le contrat de vente. La réalité matérielle (la livraison pour moitié) conduira à modifier la réalité juridique (prix réduit de moitié), soit provisoirement, soit définitivement.

L'exécution du contrat donne donc lieu à des dispositions spécifiques, afin que le contractant confronté à un imprévu puisse prendre (seul ou avec d'autres) des décisions adaptées. Deux types d'imprévu peuvent être distingués :

– L'inexécution de son obligation par l'un des contractants conduira l'autre à en tirer la conséquence, ce qui permettra de respecter l'économie du contrat, malgré l'inexécution (section 1ère). Des « remèdes » sont établis en droit du contrat.

– La survenance d'une circonstance extérieure aux contractants conduira éventuellement à une révision du contrat, ayant pour effet de modifier l'économie du contrat (section 2ème).

(802- à 804. : réservés)

Section 1ère

La révision du contrat : *l'adaptation du contrat au changement de circonstances*

Résumé

La **révision du contrat** a lieu, lorsque le contrat est modifié après sa formation, afin (le plus souvent) de tenir compte de la survenance de circonstances imprévues ayant un effet important sur l'économie du contrat. Deux régimes de révision coexistent :

La révision du contrat du *consentement mutuel des contractants* garantit que la modification des circonstances ne sera pas l'occasion, pour un contractant, d'imposer sa volonté de changement à l'autre.

- En présence d'une cession de contrat, lorsqu'un contractant souhaite se faire remplacer par un tiers, le cocontractant doit donner son accord à ce changement, selon deux modalités différentes. Soit il consent purement et simplement : l'ancien contractant sera déchargé et son remplaçant sera désormais seul tenu d'exécuter le contrat. Soit il donne son accord : l'ancien contractant garantit l'exécution procurée par le remplaçant.
- En présence d'une imprévision, une disposition supplétive de volonté prévoit que, en l'absence d'accord entre les contractants, le juge pourra imposer sa décision et réviser aussi bien le contenu du contrat que sa durée. La clause contraire est possible.

La *révision judiciaire* du contrat conduira le juge à imposer unilatéralement la modification du contrat à l'un des contractants.

- La caducité du contrat sera prononcée par le juge, lorsque le contrat perd un élément essentiel après sa conclusion. Il en va ainsi, lorsque les contrats sont interdépendants : l'annulation de la vente immobilière conduira à résilier le prêt consenti par la banque. La banque supportera donc la charge économique de la caducité.
- Lorsqu'un contractant peut fixer unilatéralement le prix (certains contrats de service ; contrat avec tarif-fournisseur), le prix excessif réclamé par un contractant pourra conduire le juge à rééquilibrer le contrat après exécution et même à y mettre fin, solutions justifiées par le courant solidariste.

La révision du contrat conduira donc à adapter l'économie du contrat, afin de tenir compte d'un changement de circonstances survenant au moment où les obligations doivent être exécutée.

- En principe, la révision est mutuellement consentie par les contractants, solution conforme à la théorie libérale. La commune volonté des contractants est respectée.
- Exceptionnellement, le législateur autorise la révision judiciaire, solution prônée par la théorie solidariste. Les cas légaux consacrés permettent de contrôler l'équilibre du contrat lors de son exécution.

805. La **révision du contrat** a lieu, lorsque le contrat est modifié après sa formation, afin (le plus souvent) de tenir compte de la survenance de circonstances imprévues ayant un effet important sur l'économie du contrat. La révision correspond donc à un changement majeur du contrat, et non à une adaptation du contrat consécutive à un changement mineur[1].

– En régime général des obligations, certains changements (dont le statut pourrait prêter à débat) sont considérés comme mineurs ou majeurs. La cession de créance est considérée comme un changement mineur (le cocontractant, débiteur, en sera simplement informé : comme en présence d'un changement d'adresse), alors que la cession de dette est un changement majeur (l'emprunteur qui veut se faire remplacer par un tiers dans le remboursement du crédit doit obtenir l'accord de la banque).

– En droit du contrat, la révision sera systématiquement un changement majeur, car ce changement modifie l'économie du contrat, telle qu'elle a été fixée par les contractants lors de la conclusion de leur contrat, le plus souvent à la suite d'un événement imprévu (augmentation du prix du pétrole ; dévaluation monétaire …). Si le contrat n'est pas révisé, l'un paiera avec une monnaie dévaluée (et réalisera une excellente affaire : comme en présence d'une clause d'indexation réputée non écrite). Si le contrat est révisé, l'autre devra trouver une ressource pour payer davantage que le prix initialement prévu (comme en présence d'une clause d'indexation rectifiée).

Lorsque survient un imprévu majeur (à savoir : ayant pour effet de modifier substantiellement l'équilibre du contrat), le critère retenu pour autoriser la révision du contrat devient la question centrale. Deux modalités sont envisageables. Soit les deux contractants doivent se mettre d'accord ; soit le juge imposera sa décision.

Si les deux contractants doivent se mettre d'accord sur l'adaptation du contrat, la négociation qui aura lieu conduira chaque contractant à mener la politique (ou la stratégie) de son choix, en fonction de ce qu'il estime être son intérêt :

– Le contractant qui profite des circonstances acceptera une modification en sa défaveur, s'il estime, premièrement, être en mesure de payer davantage et deuxièmement, que son cocontractant doit préserver sa rentabilité sur le long terme. Si le premier point n'est pas acquis et si le second lui est indifférent, il refusera la renégociation ou il refusera toute modification.

[1] Soc., 9 avril 2015, n°13-27.624, Bull. ; 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. : (abstrat) « La diminution de la rémunération résultant de la réduction des sujétions consécutive à un changement des horaires du cycle de travail ne constitue pas une modification du contrat de travail. »

– Si le contractant (qui profite des circonstances) refuse la modification du contrat, l'autre cherchera à y mettre fin. On sait toutefois que seul le contrat conclu à durée indéterminée peut faire l'objet d'une résiliation (avec préavis).

À défaut de révision mutuellement convenue, les contractants devront exécuter leurs prestations, purement et simplement, en respectant ce qui a été initialement prévu, comme si aucun bouleversement fortuit de l'équilibre du contrat n'avait eu lieu.

Si la loi autorise la révision judiciaire du contrat, au motif du bouleversement survenu en raison de l'imprévu ou pour un autre motif, le juge sera autorisé à prendre une décision unilatérale ayant pour effet de modifier la force obligatoire du contrat.

– La révision judiciaire du contrat ne sera autorisée que dans les cas prévus par la loi. La loi pourra imposer de constater un bouleversement de l'équilibre du contrat, à la suite d'un événement imprévu ; la loi pourra autoriser la révision judiciaire du contrat en constatant simple la survenance d'un déséquilibre quelconque lors de l'exécution.

– La révision judiciaire signifie que le juge modifiera l'équilibre initial du contrat, en imposant à l'un des contractants de payer davantage que prévu ou en mettant fin au contrat (sans respecter la durée initialement prévue).

Si la révision judiciaire du contrat est autorisée en présence d'un bouleversement de l'équilibre du contrat, même sans survenance d'un imprévu, cela signifie en réalité que le juge peut modifier le contrat à tout moment.

La révision du contrat consiste donc à modifier substantiellement l'économie du contrat, à la suite d'une décision prise après la conclusion du contrat (c-à-d. la rencontre des consentements). Les cas (étroits ou larges) dans lesquels la révision du contrat est admise et le régime applicable à la révision (révision judiciaire ou mutuellement convenue) conduiront donc soit à respecter la commune volonté des parties, soit à n'en tenir aucun compte.

– Si la révision du contrat n'est autorisée que par le consentement mutuel des parties (§1er), la survenance d'un imprévu n'exercera qu'une influence secondaire : pour le contractant confronté à l'imprévu (majeur), la question essentielle sera d'obtenir le consentement de l'autre.

– Si la révision judiciaire du contrat est autorisée par le législateur (§2ème), le contractant qui saisira le juge pour imposer une modification du contrat devra être dans un des cas légalement admis.

§1er/ La révision mutuellement convenue du contrat :

la nécessité de l'acceptation du cocontractant

806. La **révision mutuellement convenue du contrat** impose au contractant qui souhaite modifier les obligations initialement prévues d'obtenir l'accord de l'autre. Le consentement de l'autre ne surviendra que s'il trouve son intérêt dans la révision du contrat.

– Peu importe le motif invoqué pour obtenir la modification du contrat : un bouleversement de l'équilibre du contrat causé par un imprévu (une dévaluation monétaire ; un transport plus long que prévu) ou par une imprévoyance du contractant (qui ne s'est pas rendu compte de la charge de travail dans un contrat conclu au forfait), ou simplement le souhait d'être remplacé par un tiers (sous-traitant, repreneur …).

– Tant que l'autre ne consent pas à la modification du contrat, l'exécution du contrat doit avoir lieu conformément à ce qui a été convenu, en respectant la durée prévue au contrat. La clause relative à la durée est donc un risque pris par les contractants : la durée déterminée du contrat limite la perturbation causée par un imprévu, tandis que la durée indéterminée du contrat permet à chacun de rompre en cas d'imprévu.

La révision mutuellement convenue du contrat impose donc de respecter la commune volonté des contractants. Plus précisément, l'acceptation du cocontractant apparaît comme l'exigence centrale qui gouverne la révision mutuellement convenue. Cette acceptation, conformément aux principes gouvernant l'expression du consentement, sera soit explicite, soit implicite.

L'*exigence d'un consentement explicite* émanant des deux contractants conduira à s'assurer que la révision du contrat correspondra à la volonté certaine des deux contractants, celui qui propose la modification et celui qui devra l'accepter explicitement.

– En l'absence d'acceptation explicite, la révision du contrat n'est pas admise. Si le salarié n'accepte pas explicitement la modification de son contrat de travail (baisse de salaire), même si l'exécution devient conforme à la proposition de l'employeur, le salarié pourra obtenir l'exécution du contrat, conformément à ce qui a été initialement prévu (Soc., 29 nov. 2011[1], supra ,n°157).

[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. »

– L'exigence d'une acceptation explicite impose du contractant qui souhaite obtenir une révision du contrat de proposer une solution conforme à l'intérêt de son cocontractant. Si un entrepreneur souhaite se faire remplacer par un tiers en cours d'exécution du contrat, le client (contractant originaire) sera incité à accepter, si les modalités du remplacement garantissent ses intérêts.

L'exigence d'un consentement explicite du cocontractant garantit que la révision sera conforme à son intérêt, autant qu'à celui du contractant qui propose la révision.

Lorsque le consentement du contractant ou des deux contractants est implicite, l'acceptation de l'un ou le consentement des deux devient nettement moins certain. La loi prévoit deux cas de figure :

– On sait que l'acceptation implicite d'une offre est exceptionnellement admise, quand le silence vaut acceptation (supra). Ce cas de figure permet à un contractant d'imposer à l'autre une modification du contrat, sans avoir à invoquer la survenance d'un imprévu.

– Le consentement des deux cocontractants sera implicitement admis, lorsque la loi adopte une disposition supplétive de volonté, applicable à certaines conditions. Si l'économie du contrat est bouleversée en raison d'un événement imprévu, l'un ou l'autre des contractants pourra demander une révision.

L'adoption d'une disposition supplétive de volonté permet au législateur d'orienter la volonté des contractants, sauf clause contraire explicite adoptée par les contractants.

La révision mutuellement convenue entre les contractants pourra donc correspondre à une volonté plus ou moins effective des contractants.

– L'exigence d'un consentement explicite, en présence d'une cession de contrat (I), garantit que la révision du contrat est voulue de part et d'autre.

– L'exigence d'une clause contraire, pour écarter l'obligation de renégocier en cas d'imprévision (II), s'explique par la volonté du législateur d'orienter la volonté des contractants.

I/ La cession de contrat *: le consentement explicite à la révision*

807. La **cession de contrat** est une opération par laquelle un des contractants originaires cherche à se faire remplacer par un tiers. En cours de bail, le locataire cherche à se faire remplacer par un tiers ; au cours du chantier, l'entrepreneur cherche à se faire remplacer par un repreneur ou un sous-traitant dans l'exécution d'une tâche précise.

– Ce remplacement du contractant originaire par un tiers est perçu comme un changement majeur, parce que l'accord du cocontractant est exigé. Si le changement avait été perçu par la loi comme mineur (comme c'est le cas en présence d'une cession de créance : art. 1321 c. civ.), il aurait suffi d'en informer le cocontractant. Le statut du remplacement d'un contractant par un tiers est donc légalement fixé : peu importe que le contrat soit courant (contrat d'entreprise) ou conclu en considération de la personne (contrat de bail, contrat de travail).

– L'exigence du consentement du cocontractant signifie donc que les trois protagonistes (le contractant remplacé, le tiers remplaçant et le cocontractant originaire) sont d'accord. L'exigence d'un consentement explicite des trois garantit que chacun des trois estime que l'opération est conforme à son intérêt.

Dans la cession de contrat, l'accord entre le remplacé et le remplaçant doit nécessairement exister, faute de quoi aucune offre ne sera faite au cocontractant originaire. L'accord de ce dernier prendra donc la forme d'une acceptation explicite.

L'exigence d'un « accord » du contractant originaire est un élément de la définition même de la cession de contrat. Selon l'article 1216 al. 1er c. civ.[1], « 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'*absence d'accord du cocontractant originaire* interdit toute modification du contrat. L'accord conclu entre le remplacé et le remplaçant est inopposable au cocontractant originaire :

– 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. 3e, 27 avril 2017[2]). En droit du contrat, l'absence d'accord du cocontractant (ou son refus) signifie que le contrat conclu avec un sous-traitant est inopposable[3].

– En conséquence, le client ne sera pas tenu de payer le sous-traitant non agréé. Selon Civ. 3e, 27 avril 2017, préc., « le maître de l'ouvrage [client] n'est pas redevable des sommes

[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. »

[2] Civ. 3e, 27 avril 2017, n°16-15.958, Bull. ; D. 2017 p.982 ; 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. (...) ».

[3] 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 Barbièri ; 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.

exposées par le maître d'œuvre [entrepreneur] pour rémunérer un sous-traitant [architecte] lorsque le recours à la sous-traitance est interdit (...) ». Le client (même enrichi[1]) 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 facture[2].

– Lorsque l'entrepreneur se fait remplacer dans l'exécution du contrat, sans avoir obtenu l'accord du client, l'entrepreneur est l'auteur d'une inexécution de ses obligations (infra). Il engage sa responsabilité envers son client, si ce dernier subit un dommage par cette faute.

Le consentement explicite du contractant originaire prendra la forme d'une *acceptation*.

– Le contractant remplacé (dénommé cédant) et le tiers remplaçant (dénommé cessionnaire) présentent conjointement leur offre. Tant que l'offre n'est pas acceptée, le contrat doit être exécuté par le cocontractant : le locataire continue d'habiter le local et de payer le loyer.

– L'acceptation du cocontractant originaire doit être explicite. Elle surviendra, lorsqu'il estime que la cession de contrat est conforme à son intérêt. Le contractant qui cherche à se faire remplacer expliquera donc au contractant originaire l'intérêt que le remplacement par un tiers peut avoir pour lui.

La cession de contrat sera donc admise, lorsque le contractant originaire accepte (1), parce que l'opération se traduira pour lui par un profit, au regard des modalités du remplacement (2). La cession de contrat produira alors ses effets (3) .

1/ L'acceptation de la cession de contrat : *le consentement du contractant originaire*

808. L'**acceptation de la cession de contrat** par le contractant originaire (cédé) doit être exprimée de manière explicite ; le législateur exige même une condition de forme, afin de s'assurer que le consentement du contractant non remplacé ne sera pas acquis de manière implicite.

[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. 3e, 27 avril 2017, n° 16-15.958, préc. : (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. »

La *condition de forme* est imposée par l'article 1216 al. 3 c. civ.[1] : « La cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité. ». La cession de contrat est donc un contrat solennel, sanctionné par la nullité de la cession en cas de vice de forme.

- La forme exigée en l'espèce est un écrit, à savoir un contrat "privé" (acte sous seing privé, comportant la signature des trois protagonistes). Aucune mention obligatoire n'est exigée : il peut être dactylographié.
- La condition de forme interdit d'admettre un consentement à la suite d'une exécution volontaire. Si le salarié ne consent pas explicitement à la baisse de salaire et s'il continue de travailler avec la baisse de salaire, l'employeur ne pourra pas y voir une "exécution volontaire", c-à-d. un consentement tacite. La forme exigée impose donc le consentement explicite.
- En l'absence d'écrit, la cession de contrat (prouvée par ailleurs) est nulle. Il s'agit d'une nullité relative : l'écrit permet de s'assurer de l'acceptation explicite donnée par le cocontractant originaire. Lui seul est en mesure de confirmer la cession de contrat : la solution est admise par le législateur, puisque le cocontractant originaire peut donner acte de la cession de contrat (infra).

L'*acceptation du contractant cédé* à la cession de contrat peut s'exprimer selon deux modalités (art. 1216 c. civ.[2]).

- L'acceptation explicite du contractant cédé est exprimée par un écrit quelconque (courrier, mail, signature d'un avenant au contrat), postérieurement à la conclusion du contrat originaire. La condition de forme sera respectée en produisant un avenant au contrat (art. 1216 al. 1er c. civ.). Ce cas de figure sous-entend que le contractant qui propose son remplacement est confronté à une circonstance imprévue.
- L'acceptation du cocontractant originaire peut être donnée par avance. 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

[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.
« 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. »

[2] 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'électricité). Ce cas de figure sous-entend que le remplacement est anticipé par le contractant à remplacer et admis par le contractant non remplacé.

L'a*cceptation préalable et globale* de la cession de contrat imposera au contractant remplacé d'informer son cocontractant (client) 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 :

- La notification est une information donnée au cocontractant originaire (client), préalablement à l'exécution de la prestation. 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 2022[1]). Quand la facture, faisant état de travaux exécutés par un sous-traitant, le client paye : « prendre acte » signifie que le contractant originaire exécute volontairement. Il confirme donc le contrat, malgré le vice de forme.

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. Il suffira donc d'en informer le client (contractant cédé). En outre, le cocontractant originaire peut confirmer, même tacitement la cession de contrat, par la prise d'acte.

2/ Les modalités du remplacement : *l'acceptation avec ou sans décharge*

809. Les **modalités du remplacement** conduiront à préciser le contenu de l'acceptation émanant du contractant originaire (cédé), si du moins elle survient.

- Si le tiers (cessionnaire) inspire la défiance, le contractant originaire (cédé) n'acceptera pas (ou refusera) le remplacement. Le contractant qui souhaite être remplacé devra alors poursuivre (personnellement) l'exécution du contrat, en respectant la durée convenue (tacitement ou explicitement) entre les parties. Le contractant originaire peut donc *geler la situation*.

[1] 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. »

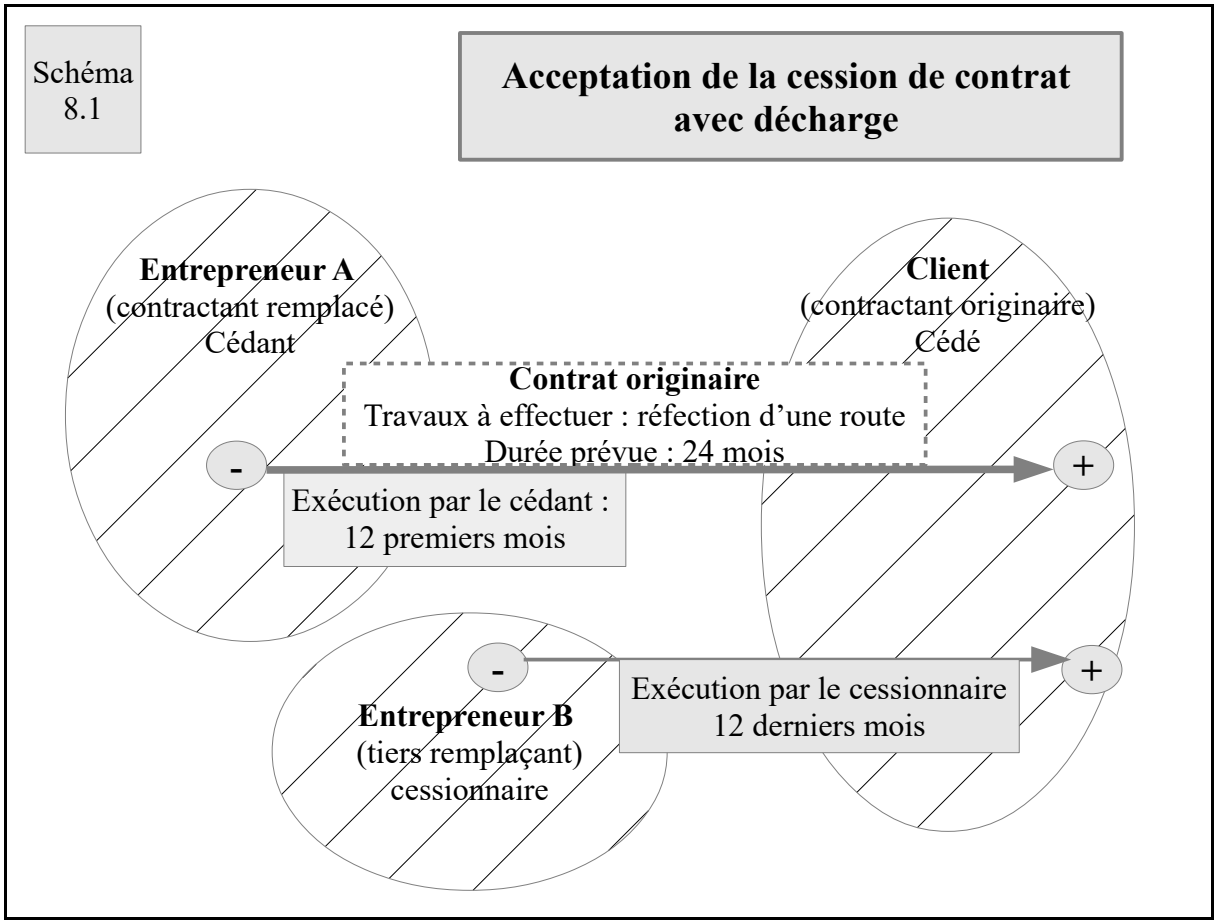
– L'acceptation (explicite : supra) signifie que le cédé accepte que le tiers remplaçant (cessionnaire) poursuive le contrat. Le tiers lui inspire suffisamment confiance.

L'acception du contractant originaire peut se produire, selon deux modalités : il accepte et donne décharge au cédant, il accepte sans donner décharge au cédant.

L'*acceptation avec décharge du cédant* signifie que le contractant originaire accepte que le tiers remplaçant prenne désormais seul en charge la poursuite du contrat. Le contractant qui se fait remplacer n'assumera pas la poursuite du contrat. Selon l'article 1216-1 al. 1er 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. Mais, pour l'avenir, le cédant est déchargé. Le cédant a exécuté le contrat pendant 12 mois et il est responsable de ce qu'il a exécuté ; pour les 12 mois suivants, il n'a rien à exécuter et il n'est responsable de rien.

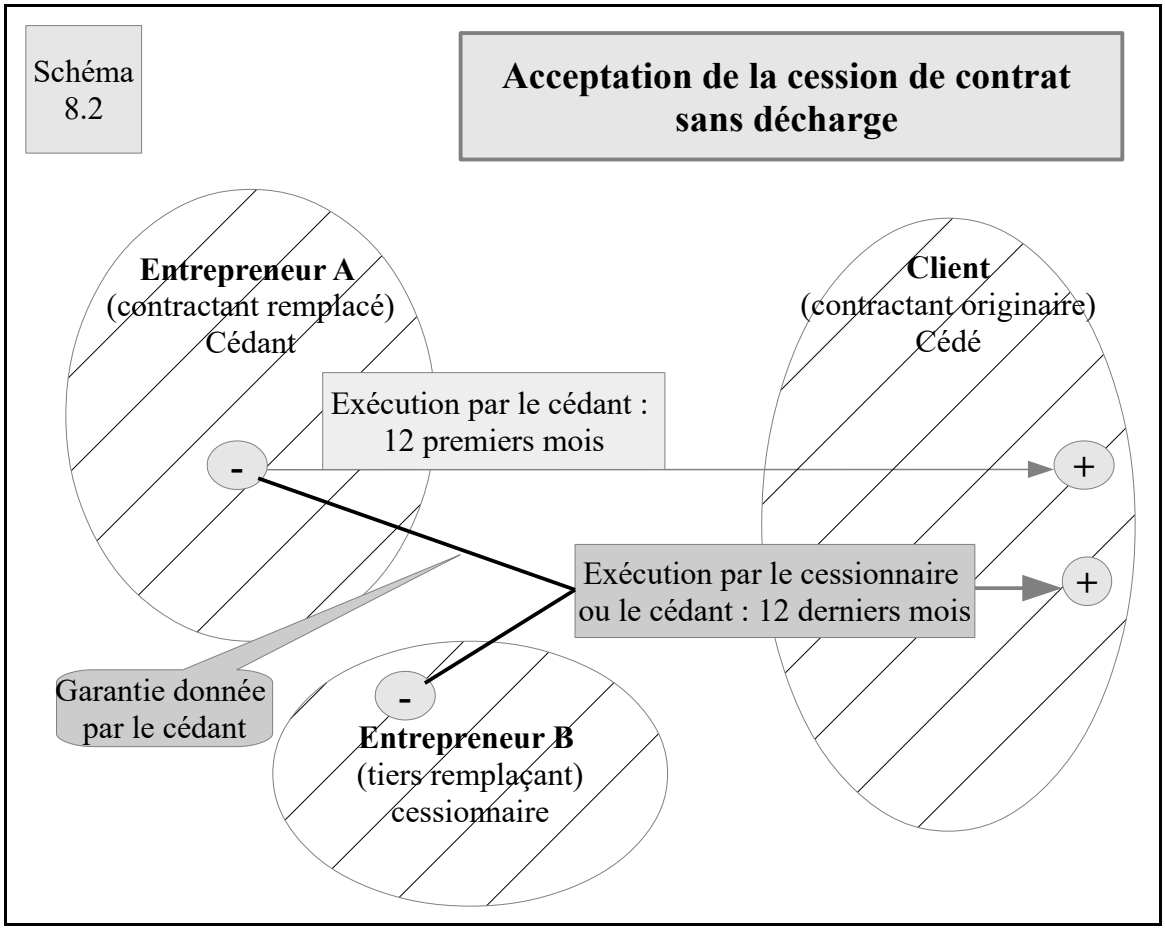
– Le cessionnaire, nouveau contractant, sera tenu du passif né à compter de la cession, tout comme il sera le seul bénéficiaire des créances détenues envers son cocontractant (originaire) (schéma 8.1).



L'*acceptation sans décharge du cédant* signifie que le contractant originaire (cédé) donne simplement son accord à l'exécution de la prestation par un tiers. 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

– Cette modalité vaut à titre supplétif. Selon l'article 1216-1 al. 2 c. civ. : « A défaut, et sauf clause contraire, le cédant est tenu solidairement à l'exécution du contrat. » Le cédant cherche à se faire remplacer tel jour, pour telle prestation (payée 200€) : le remplaçant sera payé (150€), le solde étant perçu par le cédant (qui apporte l'affaire). Le cédant, le jour de son remplacement, exécutera un autre travail (payé 200€). Le cédant peut donc avoir intérêt à être remplacé, même sans décharge.

– L'absence de décharge du contractant remplacé (cédant) signifie qu'il reste seul responsable de la mauvaise exécution de ses obligations avant la cession et qu'à compter de la cession, le contractant cédé bénéficie de deux codébiteurs solidaires : le cédant garantit le passif futur, à naître à compter de la cession (schéma 8.2).



Le régime de la cession de contrat montre que le contractant originaire (non remplacé) a intérêt à accepter la cession sans décharge du contractant remplacé (cédant).

- La solidarité entre le cédant et le cessionnaire conduira le cédant à choisir un cessionnaire fiable.
- La cession de contrat correspond alors à l'intérêt bien compris des trois protagonistes : le cédé est garanti par le cédant (le client a donc deux codébiteurs) ; le cédant est le contractant qui éprouve le besoin d'être remplacé (il sera rétribué pour l'affaire apportée au remplaçant et disponible pour un autre travail) ; le remplaçant est un tiers qui trouvera dans l'exécution du contrat une ressource.

3/ Les effets de la cession de contrat : *l'opposabilité des exceptions*

810. Les **effets de la cession de contrat** modifient le vecteur de l'obligation, mais pas la prestation à exécuter. Le contractant non remplacé bénéficie de l'opposabilité des exceptions : sa situation ne change pas, face à la prestation qui doit être exécutée. Selon l'article 1216-2 c. civ.[1], il faudra distinguer selon les protagonistes pour savoir qui a le droit d'invoquer telle ou telle exception.

Le *contractant originaire qui reste* (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 remplaçant (cessionnaire) les exceptions (au sens large) 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 de forme (affectant le contrat conclu avec le cédé), 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 remplaçant* 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 personnelles.

[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. »

- Si le contractant remplacé pouvait invoquer un vice (du consentement), le tiers remplaçant ne pourra pas invoquer ce vice (qu'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.

Les effets de la cession de contrat montrent que la force obligatoire du contrat originaire n'est modifiée que ponctuellement : les prestations convenues restent les mêmes. Le client (contractant qui reste) paiera le même prix ; le remplaçant sera payé par le client, pour les prestations effectuées à compter de la cession.

(810- à 823. : réservés)

824. La **cession de contrat** est donc une révision du contrat par laquelle l'un des contractants originaires sera remplacé par un tiers, qui deviendra lui-même contractant en cours d'exécution du contrat. Ce cas de révision du contrat repose sur le consentement mutuel des contractants, parce que l'opération modifie profondément le contrat.

Le consentement mutuel des contractants est exigé, l'accord du contractant non remplacé étant même soumis à une condition de forme.

- Cette condition de forme interdit d'admettre un accord implicite du contractant non remplacé : aucune exécution "volontaire" ne conduira donc à légaliser le changement proposé par le remplacé et son remplaçant.
- L'acceptation du contractant non remplacé fixe l'économie de la cession de contrat : en réalité, il y a deux cessions de contrat, avec ou sans décharge du contractant remplacé.

Le remplacement d'un contractant par un tiers modifie en profondeur le contrat, en réalité parce que la notion de "remplacement" contient une ambiguïté.

- Le remplacement signifie normalement que le remplaçant se substitue au remplacé. C'est soit l'un, soit l'autre. La cession de contrat ne correspond à ce cas de figure qu'en présence d'une clause explicite (écartant clairement le sens supplétif de volonté).
- À titre supplétif de volonté, le remplacement qui a lieu dans la cession de contrat est une adjonction. Ce sera désormais l'un et l'autre : le remplacé reste tenu solidairement, donc au même titre que le remplaçant, sachant que ce dernier exécutera la prestation.

La cession de contrat aura donc lieu, lorsqu'un des contractants originaires se fait remplacer par un tiers : le contrat originaire sera modifié sur un point particulier.

- L'exécution de la prestation sera fournie par un tiers (qui deviendra contractant), qui sera garanti ou non par le contractant remplacé. Il s'agit donc bien d'adapter l'exécution du contrat à un changement de circonstances.
- L'exécution de la prestation par le remplaçant modifiera la réalité matérielle, et cette réalité matérielle sera conforme à la réalité juridique (modifiée par la cession de contrat).

En présence d'une cession de contrat, peu importe donc que le remplacement du contractant par un tiers corresponde ou non à un imprévu.

II/ La révision du contrat pour cause d'imprévision : *le consentement tacite à la révision*

825. La **révision du contrat pour cause d'imprévision** survient lorsqu'il est décidé de modifier le contrat sur un point essentiel, parce qu'un contractant est confronté à un événement imprévu rendant excessivement onéreuse pour lui l'exécution du contrat. Le cas d'ouverture à la révision est spécifiquement centré sur la circonstance imprévue ; le régime de la révision, portant sur la modification à apporter au contrat, devra être précisé.

L'*imprévision* est la cause, c-à-d. ce qui justifie, la demande de révision émanant du contractant confronté à un imprévu qui survient lors de l'exécution du contrat. Cet imprévu a pour effet de « rendre l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour lui ». Subitement, le prix d'un intrant essentiel augmente de manière imprévue, ce qui conduirait le fabricant à vendre à perte : le fabricant doit livrer 10 tonnes de blé/an pendant cinq ans, et, la troisième année, une guerre conduit à multiplier par dix le coût d'un engrais. Le coût de production de la tonne de blé passe de 300 à 400€/ tonne, alors que le prix convenu est de 350€ la tonne. L'un des contractants est confronté à un déséquilibre qui survient de manière imprévue lors de l'exécution du contrat : c'est le cas d'ouverture de la demande de révision (lequel obéit à des conditions propres).

La *révision* sera l'effet de l'imprévision, lorsque le contrat est modifié, comprendre rééquilibré afin de permettre au contractant qui subit l'imprévision d'exercer son activité de manière rentable, ou du moins sans se ruiner. Toute la question sera de déterminer le régime de la révision :

- Si la modification du contrat doit être décidée d'un commun accord, le contractant profitant de l'imprévision devra l'accepter et il ne l'acceptera que s'il juge cette modification conforme à son intérêt.

– Si la modification du contrat est décidée unilatéralement par le juge, le contractant qui estime que l'équilibre du contrat est modifié de manière imprévue pourra saisir le juge pour obtenir une modification du contrat qui sera imposée à son cocontractant.

Le régime de la révision (pour cause d'imprévision) impose de prendre parti sur la justification (politique) du contrat : soit il exprime la commune volonté des parties, qu'il soit modifié ou non (thèse libérale) ; soit il exprime un équilibre qui doit être préservé, ce qui autorise une décision unilatérale du juge (thèse solidariste).

La révision du contrat pour cause d'imprévision a donné lieu à un débat doctrinal pendant plus d'un siècle, opposant le solidarisme et l'autonomie de la volonté, en raison de la portée politique attribuée à cette question[1]. En pratique, il convient toutefois d'observer que les cas d'imprévision sont peu fréquents ; lorsque la question se pose, il faudra fixer le régime de la révision. En 2016 (ord. n°2016-131 du 10 février 2016), lors de la réforme du droit du contrat, le législateur a pris position : l'article 1195 c. civ. fixe le cas d'ouverture (1) et le régime de la révision (2).

826. Le débat qui a opposé la doctrine au cours du XX^e^ siècle a donné lieu à des prises de position de la **jurisprudence**. Le conseil d'État a pris une orientation solidariste marquée, tandis que la cour de cassation consacrait la thèse libérale, du moins jusqu'au début du XXI^e^ siècle.

En 1916, l'arrêt C.E., 30 mars 1916, *Gaz de Bordeaux*[2] fut l'occasion de consacrer en droit administratif la thèse solidariste.

– Le quintuplement du prix du charbon, causé par l'occupation par l'armée allemande des puits de charbon du nord de la France et par la politique monétaire inflationniste décidée par les autorités publiques, afin de financer la guerre, fut considéré (sans surprise) comme un cas d'imprévision ; en décidant d'imposer à l'administration (en l'occurrence, la ville de Bordeaux) une indemnisation, afin de permettre à la compagnie (Gaz de Bordeaux) qui assurait l'éclairage de la ville de faire face à l'augmentation du prix de la ressource (le gaz étant produit par le charbon), le conseil d'État a donc admis une révision unilatérale du contrat (administratif) par le juge. Les juges administratifs ont validé sans texte la cause de révision ainsi que son régime.

– La révision unilatérale du contrat par le juge administratif impose à l'État (administration) de trouver les ressources nécessaires pour rééquilibrer les contrats conclus à durée déterminée. La rentabilité des fournisseurs de l'État est préservée.

[1] Voir : Christophe Jamin, *Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil*, Dr. et patr. mars 1998, p. 46

[2] 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 ».

La cour de cassation adoptait pour sa part la thèse libérale. Elle fut affirmée à la fin du XIX^e^ siècle, dans l'arrêt Canal de Craponne (Civ., 8 mars 1876[1]), lorsque le débat de la révision pour cause d'imprévision prit une tournure politique.

- Tout au long du XX^e^ siècle (et notamment lors des périodes d'inflation forte[2]), le juge judiciaire s'interdit donc d'imposer sa décision aux contractants. Si les contractants décident, d'un commun accord, de réviser leur contrat, pour cause d'imprévision ou pour tout autre cause, ils exercent leur liberté contractuelle. Le régime de la révision (conforme à ce qu'affirme l'article 1193 c. civ.) ne nécessite pas de prendre en compte le cas spécifique de l'imprévision.
- Au début du XXI^e^ siècle, mis à part un arrêt isolé (Com., 29 juin 2010, inédit[3]), la cour de cassation maintenait l'exigence d'une révision mutuellement convenue, sans considérer que le contractant qui refusait de mauvaise foi de renégocier puisse engager sa responsabilité civile.

En consacrant à l'article 1195 c. civ., la révision pour cause d'imprévision, le législateur de 2016 a donc validé la thèse solidariste. Le cas d'ouverture reste restreint ; mais son existence même induit un régime autoritaire de révision.

1/ La cause de la révision : *l'imprévision*

827. La **cause de la révision** est établie en cas d'imprévision, laquelle est définie à l'article 1195 al. 1^er^ c. civ.[4] : il s'agit d'« un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat [qui] rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque (...) ». Cette définition comporte plusieurs conditions (conduisant à définir le risque) et donne lieu à une réserve (le risque n'a pas été « accepté »).

La *réserve* portant sur l'absence d'acceptation du risque signifie que l'imprévision figure parmi les dispositions supplétives de volonté du contrat. Le sens donnée par le législateur au silence des contractants est orienté :

---

[1] 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 ». Précision : le contrat conclu à durée indéterminée aurait pu être rompu par la compagnie s'estimant lésée.

[2] 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 »).

[3] Com., 29 juin 2010, *Soffimat*, n°09-67.369, RDC 2011. 34, obs. E. Savaux ; D. 2010. 2481, note D. Mazeaud ; D. 2010. 2485, note Th. Génicon ; JCP 2010. 1056, note T. Favario ; RTD civ. 2010. 782, obs. B. Fages ; LPA 24 déc. 2010, p. 7 s., note A.-S. Choné ; Dr. et patr. 2011, n°200, p. 68, obs. Ph. Stoffel-Munck ; JCP 2011, n°3, 126, note J. Ghestin ; Defrénois 2011. 811, obs. J.-B. Seube ; Gaz. Pal. 2011, no 12-13, p. 21, obs. D. Houtcieff.

[4] 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. »

- Une clause explicite contraire permet aux contractants de convenir que le risque lié à l'imprévision interdira à l'un (emprunteur ; acquéreur ...) ou aux deux parties d'invoquer le régime de l'imprévision. Le risque de l'imprévision est alors « assumé » par le contractant : l'acceptation sera implicite, lorsque la circonstance (non prise en compte) de l'imprévision est traitée comme un paramètre (pris en compte).

- En pratique, il arrivera souvent que les contractants garderont le silence sur cette question, parce qu'ils n'y penseront pas. Les contractants sont alors réputés avoir accepté, l'un et l'autre, l'application de l'article 1195 (al. 1er et 2ème) c. civ.

  La consécration de l'imprévision en droit du contrat par une disposition supplétive de volonté consacre la thèse solidariste, sous un mode mineur, toutefois, puisqu'il s'agit uniquement d'orienter le consentement des contractants. Comprendre : le contractant qui se verra imposer la révision du contrat par le juge est réputé y avoir consenti.

L'imprévision est un *risque* qui se réalise, lorsqu'une circonstance survient de manière imprévisible et a pour effet de rendre l'exécution excessivement onéreuse pour l'un des contractants. Trois conditions cumulatives sont exigées pour établir l'imprévision.

- La « circonstance » est un événement qui survient de manière inopinée, sans avoir été pris en compte, directement ou indirectement, par les contractants. Il faudra donc distinguer entre un paramètre, qui est pris en compte[1] (le prix du pétrole varie ; pour édifier un immeuble, il faut obtenir des autorisations administratives diverses …) et la circonstance qui ne l'est pas (une épidémie qui interdit le commerce, une guerre qui bloque une route commerciale essentielle …). La première condition repose donc sur la qualification opérée par le juge : l'événement extérieur aux parties est soit une circonstance (implicitement exclue de la prévision des parties), soit un paramètre (implicitement inclus dans la prévision des parties).

- La circonstance survient de manière « imprévisible » : rien n'annonçait le déclenchement d'une guerre ou d'une épidémie, lorsque les parties ont conclu leur contrat. Ce « changement (...) imprévisible » est ce qui permet de distinguer le paramètre de la circonstance : la circonstance met en défaut la prévision des parties (et pourra donc être une imprévision), alors que le paramètre y est intégré (ou doit l'être). La date à laquelle

[1] Civ. 1ère, 16 mars 2004, n°01-15.804, Bull. n°86 ; RTD civ. 2004, p. 290-291, obs. J. Mestre et B. Fage ; D. 2004, p.1754-1758, note Denis Mazeaud ; J. Ghestin, *L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation*, D. 2004. 2239 : « 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 ».

l'événement est qualifié est celle de conclusion du contrat : l'événement devenu prévisible lors de la conclusion du contrat est un paramètre. L'imprévision frappe donc le contractant engagé dans un contrat conclu à durée déterminée (contrat à exécution successive : contrat de travail) ou dans un contrat conclu sur la durée (lorsqu'il existe un délai entre la date de conclusion du contrat et celle de son exécution : la vente est conclue, le prix est payable dans six mois). Au cours de cette durée, un « changement » de circonstances survient.

– Le changement a pour effet de rendre l'exécution du contrat « excessivement onéreuse » pour un contractant. Le fabricant a conclu un contrat sur 5 ans, en anticipant un coût stable des intrants : la vente de 10 tonnes de blé par an au prix de 350€/tonne est rentable (avec un prix de revient de 300€/tonne) ; si l'approvisionnement en engrais est suspendu en raison d'un embargo, le fabricant produira à perte (avec un prix de revient à 400€/tonne). L'exécution de sa prestation par le contractant est ruineuse, mais possible ; c'est ce qui distingue l'imprévision de la force majeure, dans laquelle l'exécution elle-même est « empêchée » (art. 1218 c. civ.[1], infra).

L'imprévision est donc définie comme une circonstance (c-à-d. un événement qui n'est pas un paramètre qui aurait dû être pris en compte) qui change et a pour effet de bouleverser l'économie du contrat.

L'imprévision obéit donc à une définition relativement stricte :

– Premièrement, il faut être en présence d'un événement qui sera qualifié de circonstance, parce que, contrairement au paramètre, il est extérieur à la prévision des parties, parce qu'il survient de manière imprévisible et parce qu'il a pour effet direct de rendre l'exécution de la prestation d'un des contractants excessivement onéreuse.

– Deuxièmement, l'imprévision ne doit pas avoir été exclue par une clause explicite du contrat. Cette exclusion a lieu soit de manière générale, soit en précisant le statut de tel ou tel paramètre.

Le cas d'imprévision est donc peu fréquent : la plupart des événements (extérieurs aux parties) qui surviennent sont des paramètres.

[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. »

828. Lorsque le cas de l'imprévision est admis, le contractant qui subit l'imprévision est confronté à une **charge économique** lourde et imprévue : pour exécuter sa prestation, il devra travailler à perte (sauf si le contrat est révisé). Cela ne veut pas dire pour autant que le contractant qui profite de l'imprévision s'enrichit de manière injustifiée.

- Le cocontractant qui profite de l'imprévision a-t-il les moyens de payer davantage que prévu ? En période d'inflation, certains coûts augmentent, mais il n'est pas certain que les revenus du cocontractant aient été indexés sur l'inflation. On sait d'ailleurs que la clause d'indexation sur l'inflation est illicite et réputée non écrite : le législateur veut que l'inflation pèse sur le créancier du prix (ce que Keynes nommait l'euthanasie des rentiers).
- Le cocontractant qui profite de l'imprévision doit-il affecter des ressources supplémentaires à l'exécution d'un contrat dont il croyait le prix fixé fermement et définitivement ? Si les revenus de la ville de Bordeaux s'accroissent (du fait de l'inflation), doivent-ils être affectés au rééquilibrage des contrats conclus avec des fournisseurs (afin qu'ils restent rentables) ou peuvent-ils être librement affectés à d'autres activités (en fonction des décisions politiques qui relèvent de la compétence de la mairie, et non de celle du juge ...) ?

Si le contractant qui profite de l'imprévision doit subir la charge économique de la révision (qui lui serait imposée : infra, le régime de la révision), il faut en déduire que la liberté contractuelle est orientée, conformément à ce que soutient la théorie solidariste et contrairement à ce que souhaite l'autonomie de la volonté.

829. L'**opposition entre le solidarisme et l'autonomie de la volonté** porte (supra, introduction) sur la définition de la liberté contractuelle, perçue comme une liberté économique pour les uns, comme une liberté personnelle pour les autres.

Le contrat « juste et utile », selon la théorie solidariste (supra n° 40 et suiv.), justifie un ordre public qui régira non seulement la formation, mais aussi l'exécution du contrat. Le contrat doit préserver l'équilibre de l'échange, qui sera contrôlé lors de la formation du contrat (solution qui ne correspond pas au droit positif) et aussi lors de son exécution (question que traite ponctuellement l'imprévision). Le contractant qui profite de l'imprévision pourra se voir imposer la charge de la révision.

Le contrat répond à un besoin individuel, selon la théorie libérale (supra n°43 et suiv.), ce qui conduira à limiter les dispositions impératives au strict minimum. Il appartient donc au contractant qui profite de l'imprévision de mener la politique de son choix, en fonction de ses moyens, envers son cocontractant, quand il subit une imprévision :

- Si le contractant qui profite de l'imprévision veut préserver la rentabilité de son fournisseur (afin de lui éviter une faillite), il acceptera une révision du contrat, à la mesure de ses moyens.

- Si le contractant est indifférent au sort de son fournisseur, il profitera d'une ressource à bas coût, pendant la durée d'exécution du contrat. On sait que si le contrat est conclu à durée indéterminée, chacun des contractants peut résilier : chacun évite d'être soumis au changement de circonstances.

830. L'**imprévision** est donc un cas de figure défini de manière restreinte par le législateur. Il faut être en présence d'une circonstance, et non d'un paramètre ; cette circonstance doit présenter des caractères objectifs (imprévisible et ayant un effet économique) et subjectifs (ne pas avoir être acceptée par l'un des contractants).

Ces conditions limitent le *domaine d'application de la révision*. La révision ne portera que sur les contrats conclus à durée déterminée, bien que l'article 1195 c. civ. ne le précise pas.

- On sait que le contrat conclu à durée indéterminée est précaire : il peut être rompu unilatéralement par l'un des contractants, précisément lorsque les circonstances changent. Le contractant qui rompt aura uniquement à respecter un délai de préavis, sans avoir à invoquer de motif : peu importe qu'il rompe le contrat en raison d'une imprévision (au sens technique du terme) ou pour tout autre motif. Le contrat conclu à durée indéterminée signifie que les contractants ne veulent pas s'engager sur la durée, parce que les circonstances peuvent changer. Chacun des contractants pourra donc aisément se désengager du contrat ;
- Le « changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat » ne pourra conduire à un déséquilibre du contrat que si le contrat est conclu sur la durée. Ce sera un contrat à exécution successive (10 tonnes de blé par an pendant 5 ans ; un remboursement de 500€/mois pendant 3 ans) ou un contrat à exécution ponctuelle mais conclu sur la durée (l'immeuble est vendu 300.000€ et le prix n'est payable que dans 5 ans).
- L'imprévision ne sera que rarement établie en présence d'un contrat à exécution instantanée, parce que le changement de circonstances est assumé par le contractant, devenu propriétaire de la prestation. Le vendeur assume les risques du changement imprévisible des circonstances (l'environnement de l'immeuble se dégrade subitement : l'immeuble perd de sa valeur), tout comme il en profite (l'immeuble bénéficie de l'inflation).

  Le changement de circonstances imprévisible sous-entend la durée (et la prévision).

Lorsque le cas d'imprévision est établi (ce qui peut donner lieu à litige), le contractant qui subit l'imprévision « peut demander » à l'autre une révision du contrat. Reste à fixer le régime de la révision

(831- à 834. : réservés)

2/ Le régime de la révision : *l'admission de la révision judiciaire*

835. Le **régime de la révision** pour cause d'imprévision repose sur un choix politique préalable à effectuer par le législateur.

– Soit la révision doit être mutuellement convenue, conformément au cas général fixé à l'article 1193 c. civ., ce qui rend sans objet le cas spécifique de l'imprévision, sauf à admettre une exception ponctuelle ou à préciser un point particulier.

– Soit la révision sera décidée unilatéralement, c-à-d. autoritairement, parce que ce cas est admis par la loi (hypothèse visée à l'article 1193 in fine : c'est une des « causes que la loi autorise »).

Le régime de la révision fixé à l'article 1195 c. civ. semble concilier les deux cas de figure. La révision mutuellement convenue est souhaitable ; mais la révision judiciaire est permise.

La révision mutuellement convenue est considérée comme *souhaitable* par le législateur, puisqu'il affirme que le contractant qui subit l'imprévision peut « demander » une renégociation (art. 1195 al. 1er in fine). Il est précisé que la renégociation ne conduira à une décision de révision que si les deux contractants en conviennent. Et que tant que la décision de révision n'est pas prise, le contractant qui subit l'imprévision est tenu d'exécuter : il ne peut pas imposer sa décision à l'autre. La recherche d'une révision mutuellement convenue s'inscrit dans une logique consensuelle ; mais le contractant qui « demande » pourra aussi saisir le juge.

La *révision judiciaire* du contrat est admise par le législateur : selon l'article 1195 al. 2 c. civ., « 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 juge peut donc imposer autoritairement et unilatéralement sa décision, solution qui modifie substantiellement les termes de la renégociation. Le contractant qui refuse la révision pourra se la voir imposer par le juge : un mauvais accord peut alors devenir préférable à la décision prise par un juge (solidariste).

Le régime de la révision du contrat pour cause d'imprévision montre donc que le législateur a effectué son choix : la révision mutuellement convenue est certes souhaitable (a), mais, derrière cette recherche apparente de consensus, le juge imposera sa décision « aux conditions qu'il fixe » (b).

a/ Le caractère souhaitable d'une révision mutuellement convenue : *une renégociation (sous la menace de la décision du juge)*

836. Le **caractère souhaitable d'une révision mutuellement convenue** apparaît à la fin de l'article 1195 al. 1er et au début de l'alinéa 2. Le législateur précise ce que les contractant peuvent décider d'un commun accord » ; il rappelle toutes les modifications dont « les parties peuvent convenir ».

- Selon l'article 1195 al. 1er c. civ. : lorsque le cas d'imprévision est établi, la partie contractante qui subit l'imprévision « peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. » ;
- Selon l'alinéa 2, « 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. »

Selon la vision du législateur, la renégociation porte sur deux objets successifs : la première renégociation porte sur le prix (et plus généralement sur le rééquilibrage du contrat) ; si elle échoue, les contractants sont invités à entamer une seconde renégociation, pouvant porter sur un objet plus large, à savoir la remise en cause du contrat.

La *première renégociation* visée à l'article 1195 al. 1er est une véritable obligation juridique (au sens de devoir). Elle porte sur un objet implicite, à savoir la modification de l'équilibre du contrat. Le contractant qui subit l'imprévision renégocie les conditions du contrat, afin que l'exécution devienne rentable ou non ruineuse pour lui. On rediscute donc du prix : le contractant qui profite de l'imprévision est invité à accepter une augmentation du prix et il sera l'auteur d'une faute, en cas de « refus » de renégocier. S'il renégocie, et qu'il n'accepte la demande de l'autre, il y aura « échec » de la renégociation. La différence entre un refus et un échec sera appréciée par le juge : le refus engage la responsabilité civile de l'auteur de la faute ; l'échec est moralement neutre.

La *seconde renégociation*, dont traite l'article 1195 al. 2 c. civ., porte sur l'existence même du contrat : la durée du contrat peut être remise en cause, le contrat peut même faire l'objet d'une « résolution » (avec effet rétroactif, donc). Les parties peuvent aussi « convenir » de s'en remettre au juge. Lequel pourra être saisi par le contractant qui subit l'imprévision (infra).

Le caractère souhaitable d'une révision mutuellement convenue est donc affirmé par deux obligations différentes :

- la première est un devoir, juridiquement sanctionné ;
- la seconde est une invitation, dépourvue de contenu contraignant.

837. La **première obligation de renégocier le contrat** (article 1195 al. 1er c. civ.) est imposée au contractant qui profite de l'imprévision. Il commettra une faute s'il refuse la demande de renégocier ou s'il négocie de mauvaise foi ; il n'en commettra pas si la renégociation est un « échec ».

La partie qui subit l'imprévision « peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. »

- La demande de renégociation est un droit que le contractant peut invoquer, lorsqu'il prétend être victime d'une imprévision. Le cocontractant pourra contester l'existence du cas d'imprévision : le litige sera tranché par le juge. Le cocontractant qui refuse de renégocier quand le cas d'imprévision est établi commet une faute : il viole son devoir (dont l'existence est acquise par une disposition supplétive de volonté : supra).
- La « demande de renégociation » a pour objectif d'ouvrir, à nouveau, les négociations : l'acceptation d'une renégociation signifie simplement que l'un et l'autre échangeront des arguments, expliqueront leurs difficultés respectives. La renégociation porte sur l'économie du contrat, qui serait restaurée par une augmentation du prix à payer ou par une réduction de la quantité à livrer. C'est une offre : elle sera acceptée ou rejetée.

La renégociation doit être menée *de bonne foi*, comme la négociation (art. 1112 c. civ.). Le contractant qui subit l'imprévision et celui qui en profite peuvent chacun commettre une faute ; cette faute, source de responsabilité civile, ne permettra pas de rééquilibrer le contrat.

- La renégociation est gouvernée par le principe de la liberté des deux contractants, ce qui inclut la liberté de rompre la renégociation, lorsqu'un des contractants estime que les conditions de l'autre ne seront pas acceptables. Il existe toutefois une différence essentielle : la rupture d'une négociation ne conduira jamais le juge à imposer la conclusion du contrat ; la renégociation pour cause d'imprévision, à l'inverse, peut conduire le cocontractant à saisir le juge. La menace de son intervention modifie le contexte de la renégociation.
- La faute commise lors de la renégociation (art. 1112 al. 1er c. civ.[1]) peut avoir pour auteur soit le contractant qui profite de l'imprévision (et invoque des arguments dilatoires afin de profiter le plus longtemps possible du contrat) ou le contractant qui subit l'imprévision (en cherchant à faire échouer la renégociation, afin de saisir le juge le plus rapidement possible). La faute de l'un ou celle de l'autre sera établie en appliquant le régime de l'abus de droit (supra n°67).

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

L'article 1195 al. 1er c. civ. s'inscrit donc dans une logique plutôt libérale. Lorsque l'un des contractants subit une imprévision, l'autre doit accepter de renégocier le contrat, en tenant compte de la charge qui pèse sur son cocontractant. À ce stade, rien n'oblige les contractants à parvenir à un accord portant sur la révision du contrat.

- La renégociation aboutira si une révision mutuellement convenue est décidée par les deux contractants. Conformément au droit commun, la menace de recourir au juge est légitime (et n'est pas une violence : art. 1141 c. civ.[1]).
- L'article 1195 al. 1er c. civ. contient une précision finale : « Elle [la partie qui demande la révision] continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. » Tant qu'aucune révision, a priori mutuellement convenue, n'a eu lieu, le contrat n'est pas modifié : sa force obligatoire n'est pas modifiée et l'exécution à échéance doit avoir lieu (faute de quoi, le débiteur sera l'auteur d'une inexécution : infra).
- La faute commise par le contractant (qui refuse la renégociation ou qui commet un abus de droit en faisant semblant de renégocier) donnera lieu à une indemnisation qui n'a pas pour effet de rééquilibrer le contrat : on sait que la faute commise lors d'une négociation (art. 1112 al. 2 c. civ.[2]) ne doit pas conduire à indemniser la perte de profit du contrat ; de même, la faute commise lors de la renégociation ne doit pas conduire à rééquilibrer le contrat. D'où la précision au sujet de la poursuite de l'exécution du contrat.

La renégociation imposée par l'article 1195 al. 1er c. civ. ne suit donc pas exactement le régime juridique de la négociation : le contractant qui refuse la renégociation commet une faute, alors qu'il n'y a pas de faute à refuser une négociation ; le contractant qui rompt la renégociation pourra se voir imposer une révision judiciaire, alors que le contractant qui rompt une négociation ne se verra imposer rien de tel.

838. La **seconde "obligation" de renégocier** (art. 1195 al. 2 c. civ.) est une simple invitation (dépourvue de sanction juridique) qui porte sur le maintien du contrat : le contractant qui subit l'imprévision et qui n'obtient pas le rééquilibrage du contrat peut inviter l'autre à négocier sur la durée du contrat, éventuellement aussi sur sa résolution. L'objet de cette seconde négociation pourra également envisager la décision unilatérale que le juge serait amené à prendre en cas d'échec de cette renégociation : la menace de la révision judiciaire se précise.

[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. 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'invitation à remettre en cause l'économie du contrat, telle qu'elle a été fixée avant le changement de circonstances, montre toute l'étendue du pouvoir des parties (et, le cas échéant) du juge : le législateur précise que « les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent (...) ». La révision mutuellement convenue peut donc porter sur la date et sur la résolution :

- La renégociation portant sur la durée du contrat peut permettre au contractant subissant l'imprévision de résilier à une date antérieure à celle qui avait été convenue dans le contrat conclu à durée déterminée. Cette décision fera peser la charge économique de l'inflation sur le cocontractant. Ce dernier sera tenu de trouver un nouveau fournisseur, mais au prix du marché, donc à un prix nettement supérieur. Il subit alors la charge de la révision, pour la durée qui sépare la décision de réviser et la date d'expiration du contrat initialement prévu. Cette solution a été ponctuellement adoptée par le législateur en 1919 et 1949[1].
- La renégociation portant sur la résolution du contrat est nettement plus radicale. Le contractant qui subit l'imprévision veut obtenir l'anéantissement rétroactif du contrat, avec le même effet qu'une annulation. Ce cas de figure est très rare : il faut admettre un bouleversement des circonstances entre la date de conclusion du contrat (vente immobilière) et le moment où le prix doit être payé (dans trois mois ou un an) ou la date de livraison de la marchandise. Si la résolution est convenue, le contractant qui subit l'imprévision ne pourra plus être l'auteur d'une inexécution, s'il ne respecte pas ses obligations pendant la première renégociation.

  Le contenu de cette seconde obligation de renégocier est dépourvu de valeur juridique. Le législateur rappelle simplement l'étendue de la liberté de renégocier : c'est du bavardage.

Le législateur poursuit, en rappelant que les parties peuvent saisir le juge : « ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. » L'invitation du législateur investit le juge d'une mission de conciliation, à la condition que le contractant qui profite de l'imprévision accepte de donner au juge cette mission :

- L'accord de principe pour « procéder à l'adaptation du contrat » conduira le juge à prendre une décision qui sera réputée mutuellement convenue entre les parties. La mission du juge sera alors similaire à celle d'un arbitre. Cette mission sera fixée par les parties : le juge pourra ou non modifier le prix ou la durée du contrat.

[1] Lois du 21 janv. 1918 et du 22 avril 1949 : le contractant, engagé dans un contrat à exécution successive à durée déterminée, a bénéficié d'une faculté de résiliation.

– L'adaptation judiciaire du contrat conduira le juge à imposer sa décision aux parties. Lorsque les parties limitent d'un commun accord la mission du juge (refus d'une résolution ; refus d'une modification du prix), le contrat qui profite de l'imprévision limite le risque que présente la révision judiciaire pure et simple (infra) du contrat à la demande de son cocontractant.

La seconde "obligation" de renégocier possède donc un contenu étrange : ce n'est pas un devoir juridique, mais un rappel de l'étendue du pouvoir dont disposent les parties (et dont dispose également le juge, s'il impose la révision judiciaire). En réalité, le législateur fait peser une menace sur le contractant qui refuse de « procéder à l'adaptation du contrat ». Et cette menace deviendra effective, si le cocontractant saisit directement le juge.

b/ La révision judiciaire : *« aux conditions » fixées par le juge*

839. La **révision judiciaire du contrat** pour cause d'imprévision permet au juge de modifier le contrat comme bon lui semble. « À 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. » La partie mécontente de la durée de la renégociation saisira donc unilatéralement le juge, lequel dispose d'un pouvoir illimité de révision.

Le *pouvoir du juge* de modifier le contrat n'est pas limité par le législateur. Il dispose du même pouvoir que celui reconnu aux contractants (et rappelé à l'article 1195 al. 2, au titre de l'invitation donnée par le législateur aux parties).

– La révision judiciaire conduira à modifier la force obligatoire du contrat, envers les parties comme envers les tiers. Le nouveau prix fixé par le juge possède exactement la même valeur juridique que le prix qui avait été mutuellement convenu entre les contractants.

– Le contractant qui refuse l'accord amiable proposé par le contractant subissant l'imprévision prend donc un risque : il pourra se voir imposer une révision judiciaire dans des termes qu'il ne maîtrise pas. Ce paramètre modifie substantiellement les termes de la renégociation.

Le juge exerce son pouvoir de manière unilatérale : sa décision se substitue (c-à-d. remplace) à ce qui avait été décidé d'un commun accord par les contractants. Le pouvoir du juge d'imposer aux contractants la révision porte sur le rééquilibrage du contrat ou sa résolution.

En fonction de ce qui lui semble « utile et juste », le juge décidera donc de transférer (totalement ou partiellement) la *charge économique* de la révision sur le contractant qui profite de la révision. Si le juge refuse de réviser le contrat, il décidera de laisser au contractant qui la subit la charge économique de l'imprévision.

- Si le juge décide de résilier le contrat ou de modifier son prix à compter de sa décision, la modification du contrat ne s'imposera qu'à l'avenir. La charge économique de l'imprévision sera répartie entre les deux contractants : le contractant subit l'imprévision entre sa date de naissance, jusqu'à la décision du juge ; le contractant qui profite de l'imprévision et subit la résiliation devra trouver un autre fournisseur au prix du marché (ou se passer de la prestation de son ancien fournisseur). Ce fut la solution adoptée par le législateur dans les lois spéciales de 1919 et 1948.
- Si le juge décide de résoudre le contrat ou d'en modifier le prix à la date de naissance de l'imprévision, la modification du contrat sera rétroactive. Ce fut la solution adoptée en 1916 par le Conseil d'État (Gaz de Bordeaux).

La révision judiciaire du contrat pour cause d'imprévision suit donc le régime de la révision judiciaire : le juge prend unilatéralement une décision qu'il impose aux parties. Il décide que la charge économique de l'imprévision pèsera sur l'un ou l'autre des contractants, soit en la répartissant, soit en la faisant peser sur un seul des contractants.

840. Le régime de la révision judiciaire du contrat pour cause d'imprévision est établi en droit du contrat, mais il existe des **régimes spéciaux**, établis en droit des contrats spéciaux, en droit des successions et ailleurs.
En droit des *contrats spéciaux*, la révision judiciaire est ponctuellement rejetée (contrat d'entreprise conclu au forfait : art. 1793 c. civ.[1]) ou admise (contrat de prêt à usage : art. 1889 c. civ.[2] ; contrat de donation avec charge : art. 900-2 c. civ.[3]).

[1] 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. »

[2] 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 ».

[3] Art. 900-2 c. civ. (loi du 4 juill. 1984) : « Tout gratifié peut demander que soient révisées en justice les conditions et charges gravant 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 ».

En *droit successoral* (art. 786 c. civ.[1]), une disposition ponctuelle permet également à l'héritier (ayant accepté purement et simplement) d'échapper au paiement d'une dette imprévue : il sera déchargé (totalement ou partiellement), à certaines conditions[2].

L'*interprétation du contrat* par le juge a pu servir à maquiller la révision du contrat (Soc., 11 juin 1942[3]), en n'admettant l'application d'une clause du contrat qu'« en temps normal ». L'arrêt de 1942, ancêtre de la clause abusive, a conduit à modifier une clause secondaire du contrat.

Les régimes spéciaux de révision seront appliqués, en dérogation au droit commun établi en droit du contrat, si la loi spéciale l'emporte sur la loi générale (même plus récente).

(841- à 848. : réservés)

Conclusion II/ La révision pour cause d'imprévision : le consentement tacite à la révision

849. La **révision du contrat pour cause d'imprévision** permet donc à un contractant qui subit une circonstance imprévue de demander une révision, lorsque l'exécution du contrat devient ruineuse pour lui. Le régime fixé à l'article 1195 c. civ. correspond, malgré les apparences, à la solution préconisée par la doctrine solidariste.

En apparence, la révision n'est pas imposée aux contractants, puisque ces derniers peuvent convenir explicitement d'écarter l'application des dispositions supplétives de volonté (établies par l'article 1195 c. civ.). Si les contractants ne l'ont pas fait, ils sont réputés admettre le régime de révision prévu par le législateur : une renégociation est imposée, ce qui semble indiquer que la commune volonté des contractants sera respectée.

Mais le contractant qui subit l'imprévision peut saisir unilatéralement le juge, lorsqu'il estime que son cocontractant n'accepte pas d'assumer suffisamment le transfert de la charge économique de l'imprévision.

- Cette possibilité de saisir le juge modifie les termes de la négociation : si le juge qui tranchera le litige est inspiré par la théorie solidariste, le contractant en position de faiblesse économique renégociera en position de force.

[1] 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.
« 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'acquittement 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. »

[2] Civ. 1ère, 4 janvier 2017, n° 16-12.293, Bull. ; Gaz. Pal. 2017, n° 7, p. 22, note Stéphane Piédelièvre.

[3] Soc., 11 juin 1942, S*oc. française du pneu Englebert c. Blanchard.* D. A. 1943. J. 14, note Jacques Flour : (abstrat) « Bien que formulée en termes clairs et précis, la clause d'un contrat à travail attribuant compétence, pour les litiges éventuels, au conseil de prud'hommes ou au tribunal de commerce de la Seine, peut être interprétée en ce sens que, dans l'esprit des contractants, elle n'a été stipulée qu'en vue de son application en temps normal, et non pour le cas où l existence d'une ligne de démarcation, séparant le territoire de la France en deux zones, ne permettrait pas à l'employé, habitant à Lyon, de soumettre sa demande à un tribunal siégeant à Paris »

– Le juge dispose du pouvoir de modifier le contrat en fonction de ce qu'il estime juste et utile : c'est, purement et simplement, la thèse solidariste.

La révision pour cause d'imprévision est donc une consécration de la thèse solidariste, dans l'hypothèse particulière d'une imprévision : mais ce n'est pas le seul cas dans lequel la révision judiciaire est autorisée.

§2ème/ La révision judiciaire du contrat :

la modification impérative du contrat autorisée par la loi

850. La **révision judiciaire du contrat** a lieu lorsque le législateur, dans les cas qu'il établit, admet par une disparition impérative de la loi que le juge est autorisée à prendre unilatéralement la décision de modifier l'économie du contrat. Les contractants ne peuvent donc pas échapper à l'application de la loi : la force obligatoire de leur contrat sera modifiée, lorsque disparaît un élément essentiel au contrat ou lorsqu'un prix excessif a été unilatéralement fixé par l'un des contractants. Ce sont les deux cas légaux prévus.

Selon l'article 1186 al. 1er c. civ., « Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît ». Il devient inutile d'exécuter le contrat, lorsque survient un événement imprévu : le contrat de maintenance du matériel informatique devient inutile, lorsque le matériel informatique ne pourra jamais être livré au client. Il est alors inutile de maintenir la force obligatoire du contrat de maintenance : il sera caduc.

Lorsqu'un contractant est autorisé à fixer unilatéralement le prix d'une prestation (en présence d'un tarif-fournisseur : art. 1164 c. civ. et en présence d'un contrat de service : art. 1165 c. civ.), le juge sera autorisé à contrôler le prix pratiqué par le contractant. En cas d'excès, le juge imposera un rééquilibrage du contrat, conformément à ce que préconise le courant solidariste.

La révision judiciaire du contrat est donc ponctuellement admise par le législateur dans deux cas de figure. En présence d'une caducité (I), il y a véritablement un imprévu qui survient : l'exécution du contrat devient inutile. En présence d'un prix excessif, le rééquilibrage du contrat (II) imposé par le juge prendra la forme d'une indemnisation, comme en présence d'une inexécution.

I/ La caducité du contrat : *le contrat devenu inutile*

851. La **caducité du contrat** consiste à désactiver la force obligatoire d'un contrat correctement formé, parce qu'un de ses éléments essentiels (un de ses paramètres) disparaît (définitivement) et affecte tellement l'économie du contrat que son exécution en devient inutile.

- La perte d'un élément essentiel au contrat ne résulte pas d'une situation provisoire (qui pourrait changer), mais d'une situation définitive. Le contrat de maintenance du matériel informatique perd définitivement sa raison d'être, lorsque le contrat de livraison du matériel est annulé ou lorsque l'exécution devient interdite (en raison d'une loi impérative établissant un embargo).
- La caducité prend la forme d'une décision (art. 1187 c. civ.) qui « met fin au contrat ». La caducité (comme la nullité) résulte d'un acte juridique, qui sera convenu entre les parties ou qui sera décidé par le juge, en cas de litige. Dans ce dernier cas, le juge imposera unilatéralement sa décision.

  La caducité du contrat n'octroie donc au juge un pouvoir de révision que limité : il doit appliquer la loi, en constatant qu'un élément essentiel a disparu et en en tirant la conséquence, en mettant fin au contrat.

L'article 1186 al. 1er c. civ. définit de manière générale les *conditions* requises pour conduire à l'effet (à savoir, la caducité) : « Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît ». La disparation d'un élément essentiel a lieu après la formation du contrat :

- Si les contractants ne se sont pas aperçus, lors de la conclusion de leur contrat, que le commerce de telle marchandise avec tel État étranger était désormais interdit, leur contrat est atteint d'un vice de formation, source de nullité, non de caducité ;
- Le contrat était « valablement formé », mais un élément essentiel à son exécution disparaît, à la suite d'un événement imprévu. Le commerce de telle marchandise est désormais interdit, de sorte que le contrat de livraison perd son objet (la marchandise) ; le contrat de base est annulé, de sorte que le contrat dérivé (entretien du matériel) perd son objet.

La *caducité* est la conséquence de la disparition définitive de l'élément essentiel au contrat. De ce point de vue, le juge qui constate la perte d'un élément essentiel au contrat ne le révise pas, à proprement parler. Mais il faudra néanmoins prendre la décision : tant que la caducité n'est pas prononcée, le contrat conserve sa force obligatoire.

– La décision judiciaire prononçant la caducité privera de valeur le contrat pour l'avenir uniquement ou également pour le passé. Le juge décidera donc de la date à laquelle il met fin au contrat : cette décision est similaire à une révision du contrat.

– La caducité, comme la nullité ou la révision pour cause d'imprévision, conduira à modifier la force obligatoire du contrat, entre les parties comme envers les tiers.

La caducité du contrat mettra donc fin au contrat (II), lorsque l'exécution du contrat est devenue inutile, en raison de la disparation d'un élément essentiel (I).

1/ Les conditions de la caducité : *la perte d'un élément essentiel*

852. Les **conditions de la caducité** sont acquises par la perte d'un élément essentiel à l'une des obligations du contrat. Cet élément essentiel est souvent une condition implicite qui affecte l'une des obligations (la marchandise vendue doit être dans le commerce et le rester lors de l'exécution du contrat) ou un présupposé du contrat (le contrat d'entretien du matériel présuppose la conclusion du contrat de livraison dudit matériel).

Une obligation perdra un élément essentiel, lorsqu'une *condition tacitement sous-entendue* disparaît après la formation de l'obligation (question relevant du régime général de l'obligation) ou après la conclusion du contrat (question relevant du droit du contrat).

– L'obligation de verser une pension alimentaire à son ex-conjoint pour l'entretien de l'enfant perd sa condition essentielle, quand l'entretien de l'enfant n'est plus assuré par l'ex-conjoint (Civ. 1ère, 30 octobre 2008[1]) ;

– L'obligation de verser un legs perd sa condition essentielle, quand le légataire décède avant le testateur (art. 1039 c. civ.[2]) ou lorsque la chose léguée a disparu du vivant du testateur (art. 1042 c. civ.[3]). Dans un cas comme dans l'autre, le légataire ne pourra plus profiter (personnellement) de la chose.

– En droit du contrat, l'attribution d'actions à un dirigeant de la société dure aussi longtemps que son contrat de travail. Lorsque le salarié a démissionné, il perd sa vocation à

[1] Civ. 1ère, 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.

[2] Art. 1039 c. civ. : « Toute disposition testamentaire sera caduque si celui en faveur de qui elle est faite n'a pas survécu au testateur. »

[3] Art. 1042 c. civ. : « Le legs sera caduc si la chose léguée a totalement péri pendant la vie du testateur. »

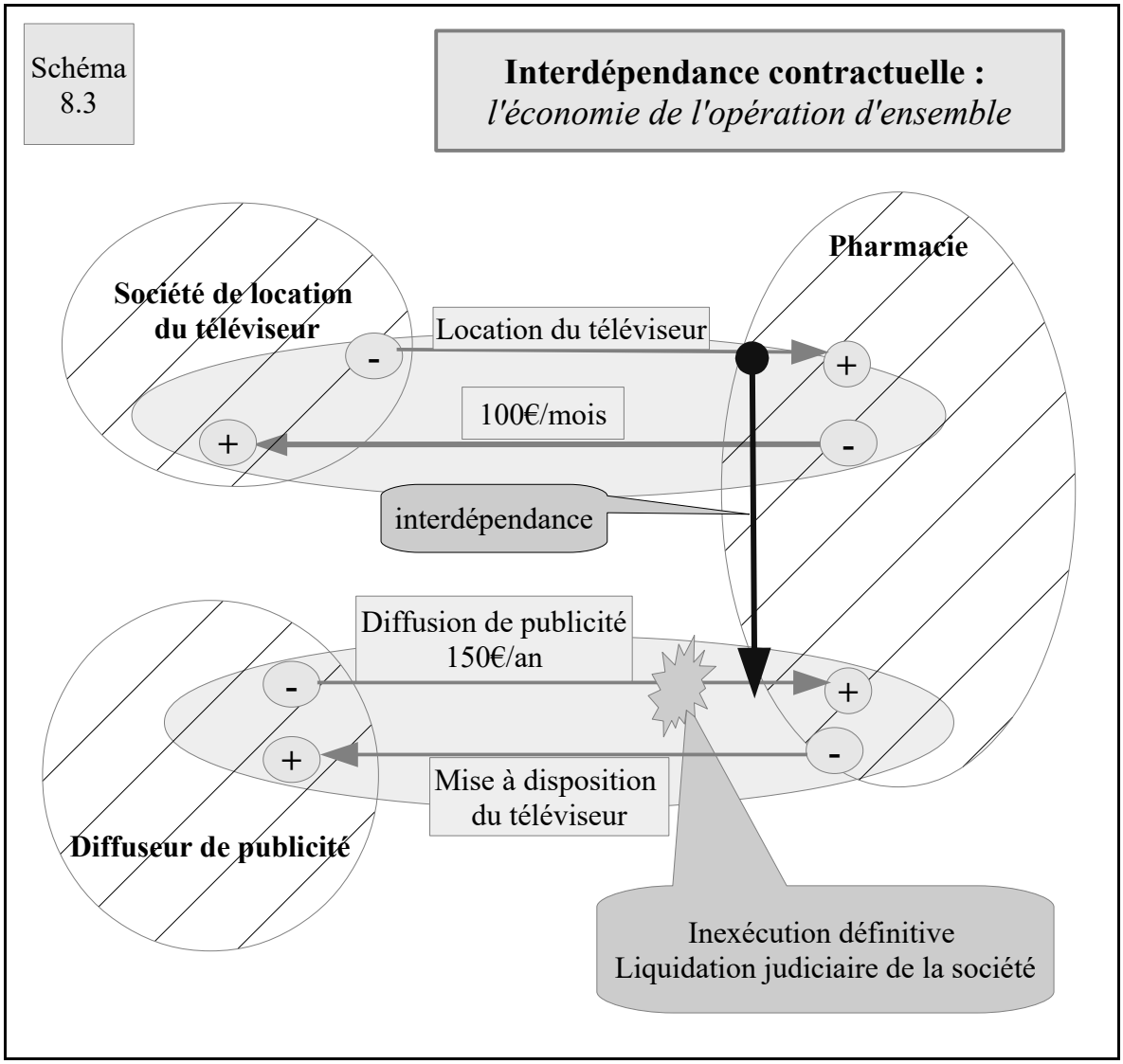
obtenir les actions (Civ. 1ère, 10 septembre 2015[4]). L'appartenance à l'entreprise à la date est une condition tacite, mais essentielle.

L'élément essentiel qui existe lors de la conclusion du contrat et qui disparaît avant d'avoir à exécuter l'obligation remet donc en cause radicalement l'économie du contrat (ou de l'obligation).

Le contrat perdra également un élément essentiel, lorsqu'il figure dans une opération d'ensemble, qui a été prévue comme telle : le contrat est alors *interdépendant*, hypothèse visée à l'article 1186 al. 2 et 3 c. civ.

– L'opération d'ensemble conduira à conclure deux contrats interdépendants, parce que l'un et l'autre sont nécessaires à l'économie générale de l'opération. La pharmacie loue un téléviseur (100€/mois) à une société de location et permet à un annonceur d'y diffuser une publicité (pour 150€/mois). La pharmacie espère un gain de 50€/mois (schéma 8.3). Si l'annonceur fait faillite et n'exécute pas, la pharmacie doit-elle continuer de payer la location du téléviseur ? L'économie d'un contrat est imbriquée dans celle de l'autre.

[4] Civ. 1ère, 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 (l'engagement de verser des actions était destiné à préserver la bonne entente dans l'entreprise) : « l'engagement unilatéral à durée indéterminée (…), privé de cause à compter de la démission de M Y..., était devenu caduc à compter de cette date ».



– L'exécution du contrat de maintenance du matériel informatique devient inutile (au client), lorsque le contrat de location dudit matériel est annulé (ou résolu) (Com., 4 novembre 2014[1]). L'entreprise chargée de la maintenance se verra opposer la caducité par le client, lorsque l'entreprise de maintenance avait connaissance de l'opération d'ensemble et donc de l'économie (imbriquée) des deux contrats ;

– Inversement, si le contrat de maintenance du matériel informatique est annulé ou résolu, le client invoquera pareillement l'inutilité du contrat de location de matériel (crédit-

[1] Com., 4 novembre 2014, n°13-24.270, Bull. ; D. 2014, Actualité / droit civil, p. 2297 : « Lorsque des contrats incluant une location financière sont interdépendants, l'anéantissement du contrat principal est un préalable nécessaire à la caducité, par voie de conséquence, du contrat de location. »

bail), à la condition que la société de crédit-bail ait eu connaissance de l'interdépendance entre son contrat et le contrat de maintenance (Com., 5 avril 2025[1]).

L'interdépendance contractuelle a donc lieu quand deux contrats sont imbriqués l'un dans l'autre et lorsque les contractants connaissent l'opération d'ensemble : chacun sait alors que le contrat auquel il est partie présente un risque spécifique, lorsque l'autre contrat disparaît.

Les conditions de la caducité font donc apparaître l'existence d'un risque sous-entendu par les contractants. Un paramètre essentiel explique l'engagement des contractants, et sa disparition rendra sans intérêt le contrat :

- il devient inutile de verser un legs, lorsque celui à qui la chose était destinée est décédé ;
- il devient inutile (pour le client) de payer la maintenance d'un appareil qui ne sera jamais livré. Le contrat interdépendant suscite une difficulté spécifique : l'entreprise de maintenance, qui n'y est pour rien dans la non-livraison et qui a exposé des frais pour exécuter le contrat, devra-t-elle subir la charge économique de la disparition du contrat de livraison ?

853. La **caducité pour cause de contrats interdépendants**, consacrée par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, est traitée aux alinéa 2 et 3 de l'article 1186 c. civ.[2]. Le régime fixé par le législateur impose, au préalable, d'identifier le contractant qui devra supporter la charge économique du contrat devenu inutile à l'un ou à l'autre.

- Pour l'entreprise chargée de la maintenance du matériel informatique (et engagée dans un seul contrat), la conclusion du contrat conduira à espérer un gain et à engager des dépenses (de personnel, de formation …). Si le contrat de maintenance devient caduc, l'entreprise de maintenance subira la perte : elle aura exposé une dépense et n'aura aucun revenu.
- Pour le client (engagé dans les deux contrats), la charge économique du contrat de maintenance ne s'explique que si le matériel lui est livré : le client, utilisateur du matériel,

[1] Com., 5 avril 2025, n° 23-16.749 (n° 57 F-B), Bull. ; D. 2025, p.244 : « (…) lorsqu'un contrat de crédit-bail et un contrat de maintenance sont interdépendants, la résiliation du second entraîne, à la date à laquelle elle produit ses effets, la caducité du premier. »

[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. »

sera alors en mesure de générer des revenus, permettant de payer à la fois la location du matériel (à la société de crédit-bail) et sa maintenance (à la société de maintenance). Si le matériel n'est pas livré, le client voudra éviter la perte, en ne payant ni la société de crédit-bail, ni la société de maintenance.

La caducité pour cause d'interdépendance contractuelle conduira donc, quand elle est admise, à transférer sur le cocontractant la charge économique consécutive à la disparation du contrat essentiel à l'un. Pour que le client puisse imposer la caducité à l'entreprise de maintenance, deux séries de condition doivent être respectées : la première porte sur l'opération d'ensemble et son économie propre, la seconde sur la connaissance du risque par le contractant qui y sera exposé.

L'article 1186 al. 2 définit par un critère objectif l'*opération d'ensemble et son économie propre* : « Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît (...) ». Pour construire un immeuble, il faut financer l'opération, obtenir des autorisations, réaliser les fondations et conclure avec des sous-traitants. S'il apparaît que les fondations ne pourront pas être exécutées, en raison des caractéristiques du terrain, tous les autres contrats deviennent inutiles. L'aliéna 2 poursuit : « 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 ». Pour le client, l'exécution des contrats conclus avec les sous-traitants devient inutile, de même que celle du contrat de prêt (destiné à financer l'opération). Ainsi :

- L'annulation de la vente immobilière (contrat primaire) entraînera la caducité du prêt (contrat secondaire), destiné à financer l'acquisition (Civ. 1ère, 1er juillet 1997[1]) ; la résiliation d'une location de matériel informatique (contrat primaire) conduira à rendre inutile le contrat d'entretien de ce matériel informatique (contrat secondaire) (Com., 11 septembre 2019[2]) ;
- La résiliation du contrat d'entretien de la photocopieuse (contrat secondaire) entraînera pareillement la caducité du contrat de location de la photocopieuse (contrat primaire) (Com., 10 janvier 2024[3]) ; la rupture du contrat de fourniture d'électricité entre le

[1] Civ. 1ère, 1er 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

[2] 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. »

[3] Com., 10 janvier 2024, n° 22-20.466 (n° 13 FS-B+R), D. 2024, p.60

client final et le distributeur (contrat secondaire) conduira le distributeur d'électricité à rompre le contrat conclu avec son fournisseur (contrat primaire) (Civ. 1ère, 4 avril 2006[1]).

L'interdépendance contractuelle signifie donc que la disparition d'un contrat essentiel rendra les autres inutiles. On remarque qu'un contrat secondaire peut être essentiel pour un contrat primaire et inversement : l'interdépendance est réciproque. La disparition d'un contrat essentiel (par annulation, résolution, résiliation[2] …) remet en cause l'économie de l'opération d'ensemble.

La *connaissance de l'opération d'ensemble* par le contractant qui subira (le cas échéant) la caducité de son contrat est la seconde condition, exigée à l'article 1186 al. 3 c. civ. : « le contractant contre lequel elle [l'interdépendance] est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement ». Le législateur n'exige pas une acceptation du risque par le contractant qui y sera exposé : sa seule connaissance de « l'existence de l'opération d'ensemble » suffit. Ainsi :

- Si le contrat de maintenance a été conclu par le client, sans préciser qu'il louait le matériel à un tiers (dans le cadre d'un crédit-bail …), l'entreprise de maintenance qui offre son service devra être payée, même si le matériel n'est pas présent dans les locaux du client. Le client assume le risque : l'interdépendance existe objectivement, mais elle est inconnue de son contractant.
- Lorsque le contractant « contre lequel [l'interdépendance] est invoquée » connaît l'opération d'ensemble, il devra assumer le risque de l'opération d'ensemble. La société de crédit-bail sait que le matériel loué fait l'objet d'un contrat de maintenance : si la société de maintenance disparaît (liquidation judiciaire), le contrat de crédit-bail deviendra caduc (Com., 10 janvier 2024[3]).
- Le contractant qui connaît l'opération d'ensemble ne peut pas refuser le risque d'interdépendance par une clause contraire. La société de crédit-bail sait que le matériel informatique loué doit être entretenu et elle veut que le contrat-bail dure trois ans au

[1] Civ. 1ère, 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 (…) ».

[2] 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. »

[3] Com., 10 janvier 2024, n° 22-20.466 (n° 13 FS-B+R), D. 2024, p.60 : 13. (…) « le contrat étant inclus dans une opération comportant une location financière, la société Leasecom avait nécessairement connaissance de l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'elle avait donné son consentement (...) »

minimum ; une clause précisera que le client choisira l'entreprise chargée de la maintenance et assumera le risque d'exécution de ce contrat. La clause est illicite : soit le contractant connaît l'interdépendance (et il doit l'assumer) ; soit il ne la connaît pas et c'est le seul cas dans lequel il n'assume pas son risque.

Le contractant (professionnel) qui connaît l'interdépendance ne peut donc pas échapper à la charge économique que représentait pour lui la caducité. La solution de l'article 1186 al. 3 valide la jurisprudence antérieure à la réforme de 2016 (Mixte, 17 mai 2013[1] ; Civ. 1ère, 13 mars 2008[2] ; Civ. 1ère, 4 avril 2006[3] ; Com., 5 février 2000[4]).

La caducité pour cause d'interdépendance contractuelle donne donc lieu à une législation impérative. Lorsque les deux conditions de l'opération d'ensemble sont remplies, d'une part parce que les contrats sont interdépendants, d'autre part parce que l'interdépendance est connue du cocontractant (exposé au risque), la charge économique de la caducité sera impérativement assumée par le cocontractant : le client (partie aux contrats interdépendants) devra obtenir de l'un et de l'autre l'exécution. Si l'exécution de l'un ne peut avoir lieu, l'autre ne l'obtiendra pas non plus.

– L'article 1186 trouve son origine dans une jurisprudence née à compter des années 2000 : les juges ont refusé que les clients aient à assumer la charge économique liée à l'interdépendance. Si la photocopieuse n'est pas entretenue, le client ne paye pas sa location. Si le téléviseur ne fonctionne pas, la pharmacie ne paye pas le diffuseur d'annonces (et inversement).

– L'interdépendance des contrats permet donc au contractant central (lié à deux partenaires différents) de préserver l'économie de l'opération d'ensemble. Si le diffuseur ne paye pas la pharmacie (150€/mois), la pharmacie ne paye pas la location des téléviseurs (100€/mois) : l'interdépendance entre la location du téléviseur et la diffusion de publicité préserve l'équilibre envisagé par la pharmacie.

---

[1] Mixte, 17 mai 2013, n°11-22.927 et n°11-22.768, Bull. ; D. 2013, p. 1273, obs. X. Delpech, et p.1658, note D. Mazeaud ; D. 2013, p.2487, obs. C. Le Stanc ; D. 2014. Pan. 630, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; RTD civ. 2013, p.597, obs. H. Barbier ; RTD com. 2013, p.569, obs. D. Legeais : « les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants. Sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance ».

[2] Civ. 1ère, 13 mars 2008, n°06-19339, Bull. : « la redevance due comprendra le montant des loyers mensuels revenant au bailleur et sera intégralement perçue par la société Protecnicom France qui reversera au bailleur le montant des loyers et malgré ses constatations d'où il se déduisait que la location souscrite auprès de la société Grenke location n'avait aucun sens sans les prestations d'installation du matériel contractuellement dues à l'utilisateur par la société Protecnicom France, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. »

[3] Civ. 1ère, 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 (…) ».

[4] Com., 5 février 2000, n°97-19.793, Bull. n°29, : « Est sans portée la clause contractuelle stipulée en contradiction avec l'économie générale d'une convention ».

2/ Les effets de la caducité : *la fin du contrat*

854. Les **effets de la caducité** sont précisés à l'article 1187 al. 1er c. civ. : « La caducité met fin au contrat ». Le contrat devenu inutile sera soit résilié, uniquement pour l'avenir, soit résolu, pour le passé et l'avenir. Les autres effets de la caducité ne sont pas spécifiques.

La *résiliation* du contrat à la date de disparition de l'élément essentiel sera prononcée, lorsque le contrat à exécution successive a eu lieu dans le passé, en respectant l'économie du contrat.

- La vente immobilière est annulée trois ans après la conclusion et l'octroi du prêt : les remboursements (incluant la perception des intérêts) effectués au cours des trois années précédentes restent valides. La résiliation du prêt signifie que le capital restant à rembourser doit être versé en une seule fois (lorsque le vendeur restituera le prix, à la suite de l'annulation de la vente) ; le contrat de prêt devient caduc à ce moment ;
- le matériel informatique a été correctement entretenu pendant deux ans. Le contrat de location conclu entre le client et la société de crédit-bail prend fin à la date à laquelle la société de maintenance est liquidée.

La *résolution* du contrat sera prononcée, lorsque la disparation de l'élément essentiel porte atteinte à l'économie du contrat dans son ensemble. Ce sera souvent le cas en présence d'un contrat à exécution unique : la livraison d'une marchandise est interdite, à la suite d'une loi impérative établissant un embargo. Le contrat sera résolu, dans le passé comme pour l'avenir : la caducité produit alors un effet rétroactif, identique à celui produit par l'annulation.

Les *autres effets* produits par la caducité ne sont pas spécifiques. Il conviendra de tenir compte du fait juridique (modifiant la réalité matérielle) qui a lieu mais qui s'avère contraire à la réalité juridique modifiée par la caducité.

- Si le contrat devenu caduc a été exécuté partiellement, parce que le client a payé des redevances à la société de crédit-bail, malgré l'absence de maintenance, la société de crédit-bail devra restituer les sommes perçues à compter de la résiliation. 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. »
- Le contractant subissant la caducité ne pourra pas être indemnisé par son cocontractant de la perte qu'il subit. La société de crédit-bail qui récupère le matériel avant le terme initialement convenu subira la perte de revenus. La banque remboursée de manière anticipée perd les intérêts futurs et ne percevra pas d'indemnité de remboursement anticipé.

Les effets de la caducité conduiront donc à distinguer entre actes et faits juridiques.

- La caducité est un acte juridique qui produira son effet de droit : il modifie le contrat, pour l'avenir et, le cas échéant, pour le passé.
- Les faits juridiques qui s'avèrent désormais contraires à la réalité juridique issue de la caducité donneront lieu à des obligations secondaires, destinées à rendre la réalité matérielle conforme à la réalité juridique.

(855- à 873. : réservés)

Conclusion I/ La caducité du contrat

874. La **caducité du contra**t sera prononcée par le juge, lorsqu'il constate qu'un élément essentiel à l'exécution d'une de ses obligations a disparu. Le contrat devenu inutile ne sera pas exécuté et il faudra modifier en conséquence sa force obligatoire.

Lorsque des contrats interdépendants sont conclus, l'inexécution de l'un conduit à remettre en cause l'économie de l'opération d'ensemble. Il faudra identifier celui des contractants qui subira la charge économique de l'inexécution.

- La caducité a pour effet de transférer la charge économique de la rupture du contrat sur l'un des contractants (la société de crédit-bail ; la banque qui finance l'opération annulée ….). La disposition est impérative ;
- La caducité permet de préserver l'équilibre de l'opération d'ensemble, tel qu'il a été envisagé par le contractant intermédiaire (le client, le plus souvent). Si le client était exposé au risque, une clause accessoire du contrat aurait pour effet de le déséquilibrer, à la manière d'une clause abusive.

La *charge économique de la caducité* est la question centrale qui se pose dans les contrats interdépendants. Les dispositions impératives de l'article 1186 c. civ. protègent le contractant intermédiaire :

- l'économie générale de l'opération sera préservée par la caducité, comme elle le sera par l'exception d'inexécution (infra). Si le diffuseur de publicité n'exécute pas, la pharmacie restitue le téléviseur parce que la location est devenue caduque.
- Les dispositions de l'article 1186 sont impératives : aucune clause contractuelle contraire ne permet aux contractants de faire peser la charge de l'inexécution (définitive) sur le contractant intermédiaire. Une telle clause (abusive) créerait un déséquilibre accessoire

entre les droits et obligations des parties ; si le déséquilibre est principal, la révision judiciaire est ponctuellement envisageable.

II/ Le prix excessif fixé unilatéralement par un contractant : *l'exécution de mauvaise foi du contrat*

875. Le **prix excessif fixé unilatéralement par un contractant** traduit une exécution de mauvaise foi du contrat, ce qui conduira le législateur à autoriser le juge, dans les deux cas légalement prévus, à réviser le contrat.

On sait (supra n°) que le législateur (validant l'orientation solidariste de la jurisprudence) a admis deux cas (exceptionnels) dans lesquels un contractant peut fixer unilatéralement le prix qu'il réclame à son cocontractant.

- En principe, le prix doit être convenu entre les deux contractants : si les contractants conviennent que le prix sera fixé unilatéralement (par l'un d'entre eux), le contrat est atteint d'un vice de formation (objet indéterminé). La nullité du contrat (supra) est encourue.
- Exceptionnellement, le prix fixé unilatéralement par l'un des contractants (créancier du prix, en l'occurrence) ne sera pas un vice de formation. En présence d'un tarif-fournisseur conclu dans le cadre d'un contrat de distribution exclusif (art. 1164 c. civ.) et en présence d'un contrat de service conclu sans forfait (art. 1165 c. civ.), la formation du contrat ne pourra pas être remise en cause par le débiteur.

Le débiteur, qui estime être victime d'un prix excessif, pourra toutefois contester l'*exécution de bonne foi* de son cocontractant. Le législateur a investi le juge d'un pouvoir de révision judiciaire, qui est établi, dans les mêmes termes, aux articles 1164 al. 2 et 1165 al. 2 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 ». Le juge est donc investi d'un pouvoir de contrôle qui ne portera pas uniquement sur le prix (ce qui est l'objet des dommages-et-intérêts), mais également sur la relation contractuelle (ce qui est l'objet de la résolution).

Le pouvoir de révision du juge, en présence d'un prix excessif fixé unilatéralement par un contractant, est donc étendu. Dans les deux cas légalement prévus (art. 1164 et 1165 c. civ.), le législateur permet au juge de contrôler le prix pratiqué (1) et de tirer la conséquence qu'il juge appropriée sur le maintien du contrat (2), en cas de manquement à l'exécution de bonne foi.

876. Le **manquement à l'exécution de bonne foi du contrat** (art. 1104 c. civ.[1]) permet au juge de constater l'existence d'un abus de droit, la notion pouvant faire l'objet d'une appréciation politiquement orientée, laquelle a d'ailleurs conduit à la consécration, en 2016, des deux cas prévus aux articles 1164 et 1165 c. civ.

L'*abus de droit* (y compris « l'abus dans la fixation du prix ») permet de sanctionner l'exercice de toute prérogative détournée de sa fonction. L'exécution du contrat peut donc donner lieu à abus, lorsque celui qui exerce une prérogative respecte objectivement la légalité, mais dans un but illicite.

– 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.)[2]. 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 chiffre d'affaires, etc …) (Com., 7 octobre 2014[3]). 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 était 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. 3e, 13 avril 1988[4]). 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 mauvaise foi du contrat peut donc être caractérisée dans le cadre de l'abus de droit, sans devenir pour autant une technique de révision du contrat.

L'exécution de mauvaise foi a toutefois pris une certaine ampleur, lorsque certains juges, inspirés par la théorie solidariste, ont estimé qu'un contractant réclamant l'exécution des obligations prévues au contrat était de mauvaise foi, quand il obtenait un *avantage excessif* (comprendre : déséquilibré).

– Les juges ont utilisé l'exécution de mauvaise foi pour imposer le rééquilibrage du contrat en cas d'imprévision (supra) et pour contrôler le prix fixé unilatéralement par le créancier dans les deux cas validés en 2016[5]. Ils ont également utilisé la notion de faute (commise de mauvaise foi), pour réduire le montant dû par la caution à la banque, en présence d'un cautionnement « manifestement excessif » (infra).

---

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

[2] 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. »

[3] 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 ».

[4] Civ. 3e, 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. »

[5] 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., 1er 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.

– Le caractère excessif d'une des obligations prévues au contrat sera établi lorsque la banque réclame trop à la caution (par rapport à la fortune de la caution) ; le client obtient trop, en profitant de l'imprévision ou en commettant un « abus dans la fixation du prix ».

La notion d'exécution de bonne foi (art. 1104 c. civ.), historiquement centrée sur l'abus de droit, a donc été réinterprétée par des juges solidaristes, afin de justifier leur contrôle sur le contenu du contrat. Le contrat, perçu comme une liberté économique du contrat (selon la conception solidariste) et non comme une liberté personnelle (selon la conception libérale) devra alors respecter un équilibre contrôlé par les juges. Le législateur valide notamment deux cas ponctuels de prix abusifs.

1/ Le contrôle judiciaire du prix pratiqué : *les dommages-et-intérêts en cas d'abus*

877. Le **contrôle judiciaire du prix pratiqué** par le contractant ayant fixé unilatéralement le prix conduira le juge à fixer le montant des dommages-et-intérêts dus « en cas d'abus dans la fixation du prix » (al. 2 des art. 1164 et 1165 c. civ.)[1]. Ils ont spécifiquement pour fonction de rééquilibrer le contrat.

– Le montant des dommages-et-intérêts sera fixé par compensation. La différence entre le juste prix (estimé par le juge) et le prix excessif fixé par le créancier conduira à fixer le montant des dommages-et-intérêts.

– La révision judiciaire a lieu selon les mêmes modalités, que l'on soit en présence d'un tarif-fournisseur (art. 1164) ou d'un contrat de service conclu sans forfait (art. 1165). Le contractant fixant le prix doit être en mesure de le justifier. Le juge disposera donc d'une base pour identifier le juste prix.

L'allocation de dommages-et-intérêts permet donc au contractant victime d'obtenir un rééquilibrage du contrat, dans les deux cas légalement admis, tarif-fournisseur ou contrat de service conclu sans forfait.

Le *tarif-fournisseur excessif* pratiqué envers son distributeur par la marque sera caractérisé quand le fournisseur profite de sa position dominante pour réduire (excessivement) la marge de son distributeur (exclusif), tout en maintenant un prix-clientèle stable. Le contrôle judiciaire porte donc sur la marge pratiquée par le fournisseur, pendant toute la durée au cours de laquelle le tarif-fournisseur a été pratiqué. Pour chacun des contrats d'exécution, la marque doit être en mesure de justifier son tarif-fournisseur, (« à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation » : art. 1164 al. 1er c. civ.).

[1] 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.

– L'obligation faite à la marque de justifier le prix pratiqué envers son distributeur signifie 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 les charges pesant sur le fournisseur (coûts de fabrication, de livraison …), en tenant compte des circonstances particulières (montant des commandes ou coût particulier d'une livraison).

– Le contrôle de la marge pratiquée par la marque envers son distributeur exclusif ou sélectif conduira le juge à comparer le tarif-fournisseur au tarif-clientèle (lui aussi dicté par la marque). Si la marge effectuée par la marque est trop importante par rapport à celle laissée au distributeur, des dommages-et-intérêts seront allouées à ce dernier. La question de fond consiste à répartir les marges de chacun.

– Le contrôle effectué par le juge ne porte pas sur les autres aspects du contrat. 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.

L'abus dans la fixation du prix sera donc établi quand la marge laissée au distributeur est insuffisante, en raison de la marge excessive réalisé par la marque au détriment du distributeur.

Le *prix abusif facturé dans un contrat de service conclu sans forfait* doit, comme le tarif-fournisseur être justifié par le prestataire de service (« le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation » : art. 1165 al. 1er c. civ.). Le contrôle judiciaire n'est exercé sur le prix que lorsque le prix a été facturé avant la réalisation du service :

– Le juge ne contrôle pas le prix convenu dans un contrat conclu au forfait. L'article 1165 c. civ. ne s'applique pas à cette hypothèse : « Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution (...) ». Le forfait est un accord des parties conclu avant l'exécution.

– Le prix n'est pas non plus contrôlé par le juge lorsque les honoraires sont fixés après la réalisation du service. Le client a alors pu se rendre compte de diligences accomplies par le professionnel[1].

– Le contrôle judiciaire ne porte donc que sur le montant du prix facturé au client avant la réalisation du service, sans contrat conclu au forfait. La jurisprudence admet (depuis longtemps[2]) même de réviser les honoraires excessifs convenus entre un avocat (Civ. 1ère, 3

[1] Civ. 2e, 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 ») ; Civ. 2e, 8 février 2018, n° 16-22.217, Bull. ; JCP 2018, éd. G, Act., 239, note Cécile Caseau-Roche.

[2] Civ., 29 janv. 1867, D.P. 1867.1.53 ; Sirey 1897.1.245

mars 1998[1]), agent d'affaires … ou un expert[2] et son client. Le prix sera réductible s'il s'avère excessif par rapport au service rendu.

Le client qui conteste le caractère excessif du prix facturé par le prestataire saisira le juge d'une demande de révision du contrat. Tel qu'il est rédigé, l'article 1165 c. civ. impose au client de payer le prix fixé unilatéralement par le professionnel (créancier)[3], en attendant que le juge tranche la contestation. Si le client ne paye que le prix qu'il estime justifié, le créancier aura à saisir le juge ; soit le client sera l'auteur d'une inexécution (infra), soit il aura payé le juste prix (de sorte que le créancier sera débouté de son action en paiement). L'absence d'exécution par le client, le temps de la procédure, est un risque à calculer.

Le contrôle judiciaire du prix pratiqué par le contractant consiste donc à contrôler la marge réalisée par le créancier qui fixe unilatéralement son prix et qui doit être en mesure de le justifier envers son client comme envers le juge. Les dommages-et-intérêts permettent, après compensation entre le juste prix et le prix excessif pratiqué, de rééquilibrer le contrat.

2/ La résolution du contrat

879. 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).

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.

---

[1] Civ. 1ère, 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 ».

[2] 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. »

[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. » ;

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.

Conclusion de la section 1ère

La révision du contrat

899. La **révision du contrat** consiste à adapter le contenu du contrat, lorsque des circonstances imprévues surviennent et rendent difficiles l'exécution du contrat, telle qu'elle avait été prévue par les contractants.

Lorsque la révision est mutuellement convenue, les contractants appliquent à la révision le même régime que celui qui gouverne la conclusion du contrat. Le parallèlisme des formes conduira à respecter la décision des contractants.

Lorsque la révision est décidée par le juge, la révision devient impérative. Le législateur autorise le juge à modifier le contrat, dans différents cas légalement (et exceptionnellement) établis :

- la révision pour cause d'imprévision est admise, sauf clause contraire explicite convenue entre les contractants ;
- la caducité pour cause d'interdépendance conduira le juge à mettre fin aux contrats interdépendants, ce qui conduit à faire supporter la charge économique de la rupture sur l'un des contractants ;
- le prix unilatéralement fixé par un contractant (contrat de service conclu sans forfait avec un prix facturé avant l'exécution de la prestation ; contrat de distribution exclusive avec tarif-fournisseur) conduira le juge à contrôler la marge excessive réalisée par un contractant au détriment de l'autre.

  Ce sont les seuls cas dans lesquels la révision judiciaire est imposée au contractant. Il faut donc une circonstance spécifique pour obtenir du juge une révision du contrat.

La révision, quand elle est admise, conduira à adapter l'exécution à la modification des circonstances. En droit français, le principe est libéral : sauf cas légal (c-à-d. sauf exception), le contenu du contrat n'est pas contrôlé par le juge, lorsque le moment de l'exécution est venu.

On note toutefois que les exceptions admises sont toutes issues de cas jurisprudentiels validant la thèse solidariste : la réforme de 2016 a validé ces cas en les considérant comme des exceptions. La jurisprudence n'a donc pas vocation à établir d'autres cas : le contractant qui n'exécute pas ce qu'il doit est l'auteur d'une inexécution.

Section 2ème

L'inexécution du contrat : *le risque du défaut de contrepartie*

Résumé

L'**inexécution du contrat** a lieu lorsque l'un des contractants n'exécute pas correctement sa prestation. Les « remèdes » prévus en droit du contrat permettent au contractant qui subit l'inexécution d'éviter un appauvrissement unilatéral, que l'inexécution de l'autre lui soit ou non imputable.

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.

- Si le créancier veut trouver une solution définitive, il 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 peut enfin réclamer des dommages-intérêts, c-à-d. un équivalent monétaire à la valeur de la prestation manquante du débiteur. Ces quatre options sont alternatives car mathématiquement équivalentes : elles sont centrées sur la l'obligation, qui sera exécutée (en nature ou remboursée) ou non (résolution ou réduction de prix).

  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. Ainsi, 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.

---

900. L'**inexécution du contrat** a lieu lorsque l'un des contractants (débiteur de l'obligation) n'exécute pas correctement sa prestation au profit de l'autre (créancier). Les « remèdes » prévus en droit du contrat permettent au contractant qui subit l'inexécution d'éviter un appauvrissement unilatéral, que l'inexécution de l'autre lui soit ou non imputable. La logique du donnant-donnant, propre au contrat synallagmatique, conduit donc à prendre en compte le risque du défaut de contrepartie.

Premièrement, le contractant suspend le versement de sa propre prestation tant que l'autre ne fournit pas la sienne (ou risque de ne pas être en mesure de 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 de l'un justifie l'inexécution de l'autre. Cette mesure est unilatérale : nul besoin d'obtenir une autorisation du juge.

Deuxièmement, le contractant confronté à une inexécution optera pour une mesure définitive, afin de tirer la conséquence de l'inexécution imputable à l'autre (débiteur de l'obligation). 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 contre-prestation convenue.

La logique du donnant-donnant qui gouverne l'exécution du contrat synallagmatique conduira ainsi le contractant, confronté à l'inexécution de l'autre, à systématiquement 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 (§1er).
- Il optera pour une mesure définitive, lorsque l'inexécution est imputable au débiteur (§2ème).
- En cas de force majeure, l'équilibre dans l'échange conduira à identifier le contractant sur qui devra peser la charge de la perte (§3ème).

(903. et 904. : réservés)

§1er/ 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 de l'exécution, décidée par le contractant qui risque d'être confronté à une inexécution de la part de l'autre. Si l'un n'exécute pas, l'autre n'exécutera pas non plus. 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. Certaines conditions préalables doivent être remplies : le domaine d'application de l'exception d'inexécution est limité aux contrats soumis à l'exécution trait-pour-trait, parce qu'aucun contractant ne veut devenir créancier économique.

Le *domaine d'application* de l'exception d'inexécution est limité aux contrats synallagmatiques, ceux soumis à exécution instantanée ou à exécution successive.

- 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 terme[1].
- L'exception d'inexécution s'applique aux seuls les contrats synallagmatiques soumis à l'exécution trait pour trait : la date d'exécution des prestation et contre-prestation doit donc être identique.

  La date d'exécution des obligations est donc essentielle dans le fonctionnement de l'exception d'inexécution.

La raison pour laquelle la *date d'exécution* des prestations est essentielle s'explique : 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.

[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;

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 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'exception pour inexécution avérée

907. L'**exception pour inexécution avérée** correspond au cas classique. Elle 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. » Deux conditions sont posées : l'inexécution de l'autre est actuelle et suffisamment grave.

L'inexécution du contractant est actuelle quand il doit exécuter son obligation à échéance et qu'il ne le fait pas : « 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 acquise[3].

- 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.
- Le client ne dispose pas des fonds pour payer ses marchandises. Il les laisse à la caisse du magasin.

[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. »).

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 (ou trois) situations bien distinctes.

- Premièrement, le manquement « suffisamment » grave du cocontractant repose sur un principe de proportionnalité. L'exception d'inexécution 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]. L'exécution trait pour trait garantit ici, 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 du cocontractant donnera lieu à une *sanction*, selon une modalité similaire à la clause réputée non écrite. Si le local est considéré comme indécent, le bailleur ne sera payé que partiellement. Lorsque des travaux d'isolation du logement ne sont pas réalisés par le bailleur, le législateur répute le logement « indécent ». Tant que les travaux ne sont pas exécutés, le locataire ne paiera que partiellement le loyer (à hauteur du montant de l'allocation-logement) (Civ. 3e, 14 déc. 2023[2]).
- Troisièmement, 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 payer[3]. Cette exception d'inexécution est couramment pratiquée en

[1] Civ. 3e, 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] Civ. 3e, 14 décembre 2023, n°22-23.267, Bull. ; D. 2023 p.2238 : « le propriétaire ne peut exiger du locataire que le paiement du montant du loyer et des charges récupérables, diminué du montant des allocations de logement ».

[3] 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. »

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).

Le cocontractant qui constate l'inexécution de l'autre n'a aucune formalité à effectuer : il adopte immédiatement une contre-mesure, puisque l'inexécution de l'autre est actuelle et « suffisamment grave . La mesure est unilatérale : aucune notification formelle n'est exigée. Peu importe que l'inexécution soit imputable au cocontractant ou non. L'objectif est d'éviter à l'un des contractants de s'exposer à une perte, quand l'autre n'est pas en mesure de fournir sa prestation. C'est le domaine classique du donnant-donnant. L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 prévoit une autre hypothèse.

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 a 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

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'eau[1].

2/ L'exception pour risque d'inexécution

908. L'**exception pour risque d'inexécution** est une mesure préventive que le contractant opposera lorsqu'il y a 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 trois conditions .

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.

---

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. [...] »

[1] Civ. 1ère, 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. [...] »

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. 3e, 19 novembre 2015[1]) 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.

Enfin, une troisième condition est exigée, spécifique à l'article 1220 c. civ.[2] : 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.[3]) ou suspend l'exécution (art.

[1] Civ. 3e, 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 »).

[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] Art. 1219 c. civ. : « Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, (...) ».

1220 c. civ.[1]). Dans les deux cas, la *suspension* est une mesure provisoire, mais qui a vocation à durer.

L*a suspension dure aussi longtemps* que le cocontractant ne fournit pas (correctement) sa prestation.

- Tant que le bailleur ne communique pas le montant des charges au locataire, ce dernier ne paiera pas les charges[2]. Dès que le montant des charges sera communiqué, le locataire les paiera.
- Pendant les travaux de désamiantage, le local est indisponible : le locataire ne verse pas les loyers[3].

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.[4]). L'exception d'inexécution justifie un déséquilibre au détriment d'un débiteur, qui subit une rétorsion disproportionnée, afin de le contraindre à exécuter.

---

[1] Art. 1220 c. civ. : « Une partie peut suspendre l'exécution de son obligation (...) ».

[2] Civ. 3e, 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. »

[3] Civ. 3e, 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. »

[4] 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. »

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 pour lui. Il pourra alors prendre une option plus radicale.

(911- à 914. : réservés)

§2e/ 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. 1er 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).

[1] Art. 1217 al. 1er 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. »

Ces quatre mesures (prévues en droit communautaire[1]), 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.[2]) : la mesure se cumule avec 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 passés[3].

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.[4]). 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 2023[5]).

La résolution sera prononcée parce que l'exécution de sa prestation par le cocontractant est devenue inutile à l'autre. Le contrat sera alors rétroactivement détruit.

---

[1] 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. (...) »

[2] 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. »

[3] 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. »

[4] 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. »

[5] 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.

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 :

- 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 employés[1]) 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,

[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.

sans avoir à l'en informer[1]. Mais la clause ne doit pas être abusive[2] : 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).

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 commerciale[3]).

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.[4] précise que la clause résolutoire peut prévoit une procédure spéciale de règlement des différents[5]. 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 secret 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

[1] Une clause expresse et claire est nécessaire et suffisante. Voir : Civ. 1ère, 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. 1ère, 3 juin 2015, n°14-15.655, Bull. n°131 ; D. 2015, p.1677, note G. Poissonnier ; RTD civ. 2015. 875, obs. H. Barbier.

[2] 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. »

[3] Le droit cambiaire exige la ponctualité : le paiement de la lettre de change à échéance est de rigueur.

[4] 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. »

[5] « 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. 1ère, 29 mars 2017, n°16-16.585, Bull.).

deux mois[6]. 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 »[1]. Le silence signifie que le contractant qui manque gravement à ses obligations pourra se voir imposer la résolution. Un manquement grave 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. 3e, 10 déc. 2014[2]), 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.[3]).
- À l'inverse, ce qui est habituellement tenu comme une inexécution mineure (un retard à terminer un chantier ; petit retard de paiement d'une fracture[4], 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 grave[5].

---

6 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. 1er : « 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 ».

1 Civ. 3e, 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 (...) ».

2 Civ. 3e, 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 ».

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 ».

4 Civ. 3e, 15 sept. 2015, n°13-24.726, un simple retard de règlement d'une facture ne suffit pas.

5 Civ. 3e, 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 »).

Lorsque l'inexécution suffisamment grave est établie, le cocontractant doit suivre la *procédure* en deux temps, décrite à l'article 1226 c. civ.[1] :

- 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 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)[2]. 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.[3] 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. 3e, 29 septembre 2016[4]).

Saisi d'une demande en résolution par l'un des contractants, le juge dispose de *plusieurs options* (art. 1228 c. civ.[5]) : il « prononce » la résolution ou décide d' « ordonner l'exécution du contrat » ou

---

[1] 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. »

[2] Civ. 1ère, 3 juin 2015, n°14-15.655, D. 2015. 1677, note G. Poissonnier ; 22 juin 2017, n°16-18.418

[3] Art. 1227 c. civ. : « La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice. »

[4] Civ. 3e, 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).

[5] 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. »

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 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 poursuivre[1].

2/ Les effets de la résolution : *la destruction, totale ou partielle, du contrat*

922. **Les effets de la résolution** consistent à « mettre fin au contrat » (art. 1229 al. 1er 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.

---

1 Voir, Civ. 3e, 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. 1er 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. »

- 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 résolutoire[1].
- 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 :

- 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.[2]) : 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.[3]).

L'article 1230 c. civ.[4] 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.

---

[1] Civ. 3e, 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 Cérati-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. »

[2] 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. »

[3] 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. »

[4] 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. »

923. L'**effet rétroactif de la résolution** est similaire à celui par l'annulation : le contrat est réputé n'avoir jamais été conclu (art. 1178 al. 2 c. civ.), ni entre les parties, ni envers les tiers.

L'acquéreur n'a jamais été propriétaire de l'immeuble : son créancier n'a jamais pu inscrire d'hypothèque sur l'immeuble (Civ. 3e, 7 janvier 2016[1]).

(924. : réservé)

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.[2]) sont au nombre de deux : l'exécution en nature doit être possible et effectuée à coût raisonnable.

- 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 (sncf) ne peut pas assurer le transport, le client ne pourra pas prendre le taxi et être conduit à destination (sauf, évidemment, si la sncf 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 sncf.

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

[1] Civ. 3e , 7 janvier 2016, n°14-18.360, Bull. ; Gaz. Pal. 2016, n° 7, p. 32, note Christophe Albiges ; JCP N 2016, chron., 1087, n°52, note Stéphane Piedelièvre, et chron., 1096, n° 57, note Mustapha Mekki ; RLDC 2016, n° 6157, note Clotilde Viglione (résolution de la vente : le créancier ne peut pas se prévaloir de l'hypothèque inscrite du chef de l'acquéreur).

[2] 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. »

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. 1er 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 la somme nécessaire à l'intervention du tiers, chargé d'exécuter le service (ou de détruire ce qui a été bâti de façon illégale[2]).

L'exécution en nature par le débiteur est également envisageable. En droit du travail, un salarié victime d'un licenciement nul, pourra soit demander sa réintégration (exécution en nature du contrat de travail), soit une indemnisation (montant représentant les salaires qu'il aurait dû percevoir)[3]. Quand il opte pour la réintégration, le salarié obtient le versement de son salaire ; en contrepartie, il travaille.

(927- à 929. : réservés)

---

[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. »

[2] 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. »

[3] Soc., 24 avril 2024, n° 22-21.818, Bull. ; D. 2024, p.824: « Le salarié dont la rupture du contrat de travail est nulle peut, soit se prévaloir de la poursuite de son contrat de travail et solliciter sa réintégration, soit demander des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi. »

III/ La réduction de prix : *une exécution incomplète*

930. La **réduction de prix** (art. 1223 c. civ.[1]) 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 prix[2]. En droit spécial de la vente, on parle d'action estimatoire[3]. 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 prix[4]. Il doit alors notifier sa décision à l'autre, en la motivant (art. 1223 al. 2 c. civ.[5]). 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 incident[6], lorsque la qualité anormale demeure secondaire).

(931- à 939. : réservés)

IV/ Les dommages-intérêts : *l'exécution incorrecte de la prestation et ses suites*

940. Les **dommages-intérêts** dus par le débiteur représentent l'équivalent monétaire du dommage subi par le créancier en raison de l'exécution incorrecte de ses obligations par le débiteur. La notion d'exécution incorrecte s'applique à différents cas de figure et donc à différents types de dommage.

---

[1] 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. »

[2] Civ. 3e, 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).

[3] 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.

[4] 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

[5] 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. »

[6] Le contractant dolosif engage sa responsabilité civile. Voir Civ. 1ère, 2 oct. 2013, n°12-20.504, Bull.

L'exécution incorrecte de la prestation correspond à la *valeur contractuelle manquante* dans le patrimoine du créancier.

- Le bailleur n'a obtenu qu'une partie du loyer : l'exécution est partielle.
- Le bailleur n'a rien obtenu : l'inexécution est intégrale.

L'exécution incorrecte sera également établie en cas de retard. Le train arrive en retard : le voyageur a pu subir un dommage (perte d'une correspondance ou d'un jour de travail). Le locataire paye son loyer avec un mois de retard.

L'exécution incorrecte de la prestation sera également établie, lorsque le débiteur de la prestation a commis une imprudence, lors de la réalisation de sa prestation.

- La qualité du béton est impropre : il faudra tout détruire, et, après destruction, l'inexécution sera intégrale.
- L'aliment servi dans un restaurant est avarié et causera une atteinte à la personne (maladie).

Lorsque le débiteur n'a pas informé correctement son cocontractant, notamment sur la présence d'un risque, l'inexécution de l'obligation d'information cause directement une mauvaise représentation de la réalité (erreur) : cette erreur conduira le cocontractant victime à subir un dommage qui se traduira dans l'économie du contrat.

- 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.
- Si le garagiste avait informé correctement son client, ce dernier se serait rendu compte du risque d'inefficience de l'intervention. En présence d'un vieux moteur à réparer, il est peu probable que des réparations limitées à la partie haute du moteur sera suffisante (Civ. 1ère, 25 juin 2025[1]).

Les dommages-intérêts remplissent donc plusieurs fonctions distinctes : la première est centrée sur le transfert de la valeur contractuelle (ainsi que le retard), 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

[1] Civ. 1ère, 25 juin 2025, n°23-22.515, Publié au bulletin ; D. 2025, p. 1207 : selon l'arrêt « le problème mécanique dont se plaignait M. [X] concernait le ralenti à froid et que l'intervention du garagiste ayant été limitée à la partie haute du moteur » (…) « M. [X] n'avait pas été informé que la limitation de cette l'intervention à la partie haute du moteur n'était pas de nature à mettre un terme aux dysfonctionnements de celui-ci ».

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 ?

- 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.[2]), 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 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. 1ère, 9 déc. 2015[3]) imposera au responsable (débiteur de la réparation : mauvaise exécution du contrat) une charge sans commune

[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. »

[2] 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. »

[3] Civ. 1ère, 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 »

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.[1]) 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 l'indemnisation de la perte d'exploitation (liée à l'immobilisation du bateau pendant six mois)[2].

– Le dommage prévu (art. 1231-3 c. civ.[3]) suppose l'adoption d'une clause explicite par les parties. Elles conviennent d'évaluer au forfait les dommages-intérêts (art. 1231-5 c. civ.[4]), 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*[5]). Ces clauses ayant « *pour objet ou pour effet de créer, au détriment du*

---

[1] 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. »

[2] Civ. 1ère, 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.

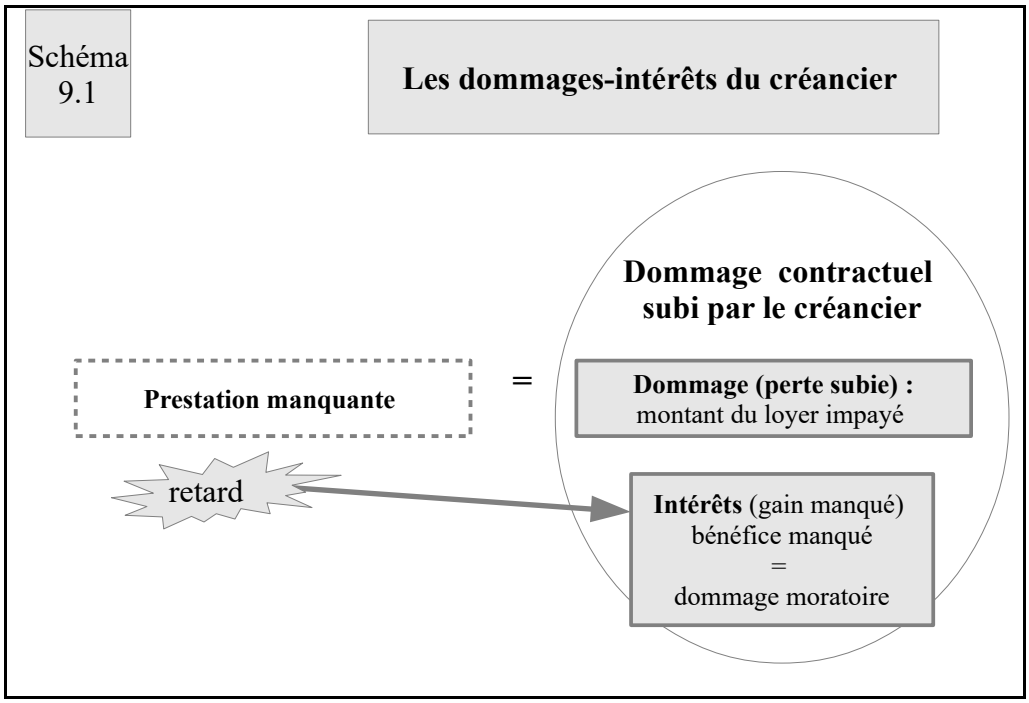
[3] Art. 1231-3 c. civ. : « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive. »

[4] 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. »

[5] 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. consomm. 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,

consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat » sont abusives, et désormais proscrites à l'article 1171 c. civ.[1] (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).



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.

note Nicolas Molfessis ; JCP 1998.I.152, chron. J.-P. Chazal.

[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. »

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 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 emprunt[3] ou ne serait pas exposé à ce risque[4] ; la caution aurait limité son engagement[5]. 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. 3e, 15 avril 2021[6]). L'emprunteur se serait moins exposé au risque ou la caution se serait moins engagée

---

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.

3 Com. 1er 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).

4 Civ. 2e, 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).

5 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.

6 Civ. 3e, 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 ».

(Com., 6 juillet 2022[1] ; Com., 17 juin 1997[2]). Le montant de l'indemnisation correspond fréquemment à une fraction de la contrepartie[3].

– 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. 2e, 15 septembre 2022[4]). Si le garagiste avait informé loyalement le client sur la cause probable du dysfonctionnement du moteur, le client n'aurait pas accepté d'effectuer des travaux aussi aléatoires (Civ. 1ère, 25 juin 2025[5]) : le garagiste devra réparer entièrement le moteur, afin de faire disparaître le dysfonctionnement de celui-ci[6].

---

1 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 »).

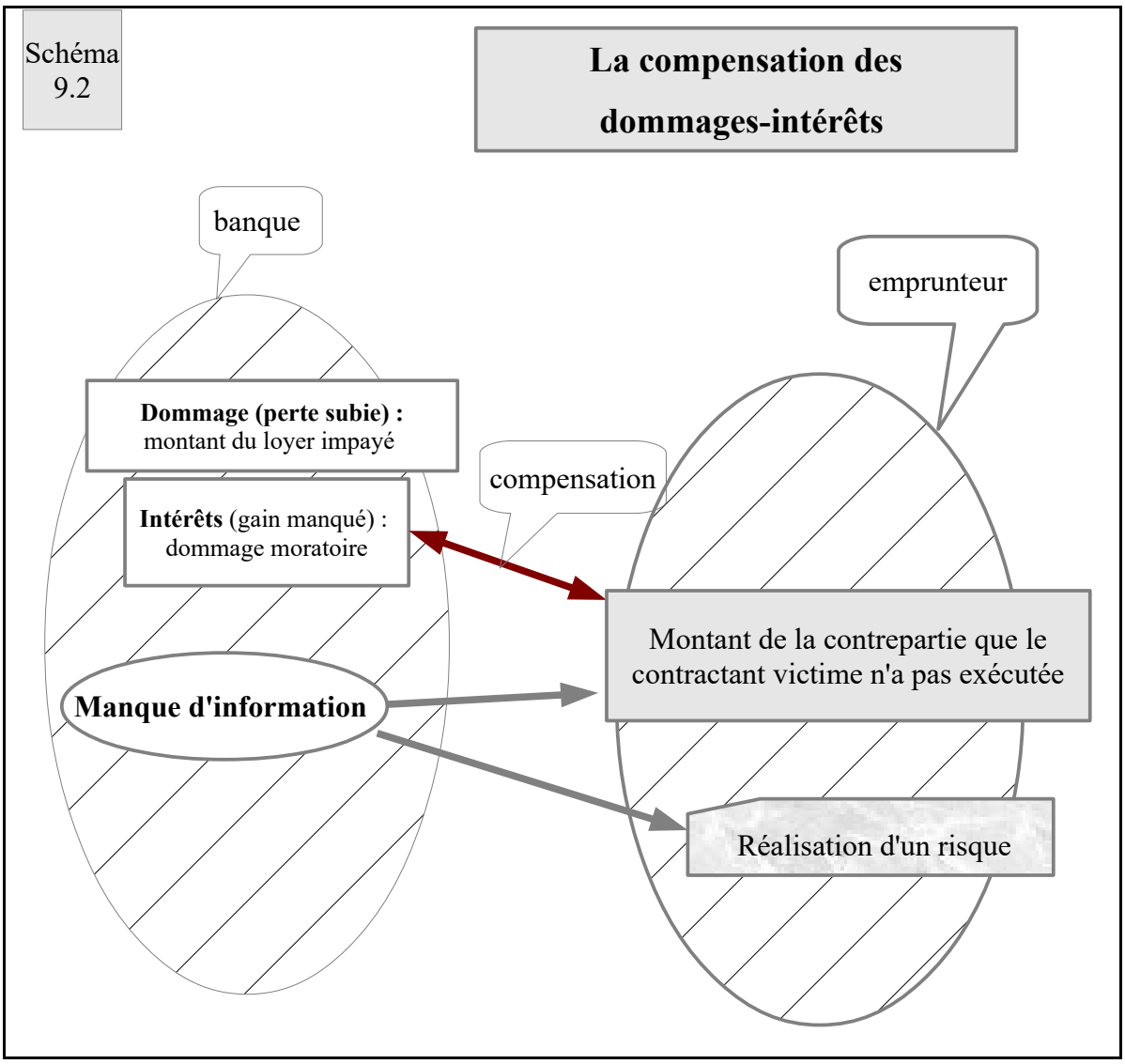
2 Com., 17 juin 1997, n°95-14105, *Macron*, préc. Bull. n°188, p.165 ; D; 1998, p. 208, note J. Casey ; JCP E 1997, p. 235, note D. Legeais : la banque dût plus de deux millions d'€ (quinze millions de francs) de dommages-intérêts, lesquels venaient se compenser avec la dette de la caution (c-à-d. le montant exact que la caution pouvait payer au créancier).

3 Com., 3 décembre 2013, n°12-23.976, Bull. n°176 : la caution doit 200.000€ ; la banque doit l'indemniser à hauteur de 50.000€ en raison du défaut d'information. L'évaluation du montant de ces dommages relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

4 Civ. 2e, 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 »

5 Civ. 1ère, 25 juin 2025, n°23-22.515, Publié au bulletin ; D. 2025, p. 1207 : selon l'arrêt « le problème mécanique dont se plaignait M. [X] concernait le ralenti à froid et que l'intervention du garagiste ayant été limitée à la partie haute du moteur » (…) « M. [X] n'avait pas été informé que la limitation de cette l'intervention à la partie haute du moteur n'était pas de nature à mettre un terme aux dysfonctionnements de celui-ci ».

6 Le client obtient la cassation de l'arrêt préc. (Civ. 1ère, 25 juin 2025, n°23-22.515) parce qu'il n'a pas obtenir une réparation intégrale du moteur : la cour d'appel n'avait octroyé qu'une réparation partielle.



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 entièrement distinctes de la valeur que représente la prestation contractuelle : l'évaluation du

[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.

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'inexécution[1] 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.

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

[1] Civ. 3e, 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. »

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 §2ème/ 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.

§3ème / 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 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

[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. »

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 contre-prestation 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 pas 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. 1ère, 25 novembre 2020[3]).

---

[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. 3e, 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. 1ère, 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.[1]). 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.

---

[1] 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 crédit-preneur 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.

Table des matières

Introduction au droit du contrat

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

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

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

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

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

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

a/ Le contrat synallagmatique : l'échange réciproque

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

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

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

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

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

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

1/ Le pouvoir du législateur : ordre public et intérêt général

2/ Le contrôle exercé par le conseil constitutionnel sur le législateur : les atteintes excessives commises au nom de l'intérêt général

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

1/ Le solidarisme : le dirigisme contractuel

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

I ère partie

La formation du contrat 61

Chapitre 1er/ Le consentement au contrat 63

Section 1ère/ L'existence du consentement 65

§1er/ 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

§2ème/ 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 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 2ème/ L'expression de la volonté 91

§1er/ L'expression du consentement au contrat

I/ Le principe consensualiste : l'exigence d'un signe quelconque

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

III/ L'admission exceptionnelle d'un indice : l'admission d'un silence valant consentement

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

3/ L'exception (solidariste) du silence valant acceptation : la fiction du consentement mutuel ?

§2ème/ L'interprétation du contrat : les obligations mal exprimées

I/ L'interprétation selon la commune volonté des parties

1/ Interprétation et application du contrat : des domaines différents

2/ L'interprétation loyale : le rejet du littéralisme

II/ L'interprétation orientée du contrat : l'interprétation contre

Section 3ème/ Les vices du consentement 119

§1er / 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 (moralement) 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

§2e/ 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 (générant 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 2ème/ Le contenu du contrat 171

Section 1ère/ Le contenu certain 173

§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 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 2ème / Le contenu licite 231

§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 / Le contrôle des prestations

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 305

chapitre 1er/ La valeur du contrat 309

Section 1ère/ La force obligatoire du contrat 311

§1er/ Le respect du contrat par les contractants : la compétence des contractants face aux tiers

I/ Le domaine de compétence des contractants : l'obligation imposée à eux-mêmes

1/ Le domaine de compétence propre aux contractants : le pouvoir de s'engager comme débiteur

2/ La compétence réservée du législateur : l'inclusion des obligations légales

II/ Le domaine d'incompétence des contractants : l'obligation imposée au tiers

1/ Le refus de principe de l'obligation imposée au tiers

2/ L'exception : la stipulation pour autrui

§2ème/ Le respect du contrat par les tiers : le devoir légal imposé aux tiers

I/ L'opposabilité du contrat à l'égard des tiers : le contrat respectable

1/ L'information des tiers : la source du devoir de respecter le contrat

a/ La publicité de certains contrats : les tiers réputés informés

b/ La notification à certains tiers: le tiers effectivement informé

c/ La preuve de l'information du tiers : le cas résiduel

2/ L'effet du contrat connu et respecté de tous : la pleine force obligatoire du contrat

a/ Le devoir légal de respecter le contrat : une obligation pesant sur les tiers et les contractants

b/ Le droit légal d'invoquer le contrat : la prérogative fondée sur le contrat

II/ L'inopposabilité du contrat à un tiers : le contrat non respectable

1/ L'ignorance du contrat par le tiers : l'absence du devoir de respecter le contrat

a/ Le contrat inconnu du tiers : l'existence ignorée du contrat

b/ Le contenu non respectable du contrat : l'ignorance volontaire du contrat
2/ L'effet du contrat ignoré par le tiers : la force obligatoire restreinte du contrat
Conclusion de la section 1ère

Section 2ème/ La nullité du contrat 381

§1er/ Le vice de formation du contrat : l'exigence d'une décision constatant la cause de nullité
I/ Le prononcé de la nullité du contrat : le constat d'un vice de formation
1/ L'exception de nullité : l'absence d'exécution d'une obligation
2/ L'action en nullité : l'exécution simple du contrat
a/ Le titulaire de l'action en nullité : la distinction entre nullité relative et absolue
b/ Le délai pour exercer l'action en nullité : la prescription extinctive
II/ La confirmation du contrat : la décision de valider le contrat vicié
1/ La décision de confirmer : une compétence exclusive du contractant protégé
a/ La volonté certaine de confirmer : la confirmation expresse ou tacite
b/ La volonté "souhaitable" de confirmer : la confirmation implicite sur demande du cocontractant
2/ L'effet de la confirmation : le maintien de la force obligatoire du contrat

§2ème/ L'annulation : la modification de la légalité par la décision prononçant la nullité
I/ L'étendue de l'annulation : la destruction de la légalité viciée
1/ La compétence du juge : l'influence du vice sur l'économie du contrat
2/ La compétence du législateur : la clause réputée non écrite
II/ L'effet rétroactif de l'annulation : le rétablissement de la légalité
1/ La modification de la légalité : le contrat réputé non avenu
2/ L'inopposabilité de l'annulation envers certains tiers : la modification du contrat vicié
Conclusion de la section 2ème
Conclusion du chapitre 1er

chapitre 2e/ L'exécution du contrat 445

Section 1ère/ La révision du contrat ... 447

§1er/ La révision mutuellement convenue du contrat : la nécessité de l'acceptation du cocontractant

I/ La cession de contrat : le consentement explicite à la révision

1/ L'acceptation de la cession de contrat : le consentement du contractant originaire

2/ Les modalités du remplacement : l'acceptation avec ou sans décharge

3/ Les effets de la cession de contrat : l'opposabilité des exceptions

II/ La révision du contrat pour cause d'imprévision : le consentement tacite à la révision

1/ La cause de la révision : l'imprévision

2/ Le régime de la révision : l'admission de la révision judiciaire

a/ Le caractère souhaitable d'une révision mutuellement convenue : une renégociation (sous la menace de la décision du juge)

b/ La révision judiciaire : « aux conditions » fixées par le juge

§2e/ La révision judiciaire du contrat : la modification impérative du contrat autorisée par la loi

I/ La caducité du contrat : le contrat devenu inutile

1/ Les conditions de la caducité : la perte d'un élément essentiel

2/ Les effets de la caducité : la fin du contrat

II/ Le prix excessif fixé unilatéralement par un contractant : l'exécution de mauvaise foi du contrat

1/ Le réquilibrage du contrat

2/ La résolution du contrat

Section 2e/ L'inexécution du contrat 493

§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

Bibliographie 523

Liste des abréviations 523

Index 523

Table des matières 527