CD1
introduction à l'étude du droit des obligations et des contrats

1. Introduction générale

2. Définition du droit des obligations

3. Classification des obligations

4. Caractère généraux du droit des obligations

5. Les sources des obligations

6. Introduction à l'étude du contrat

7. Diversité des contrats

A. Introduction générale

Votre programme porte cette année su le droit des obligations, sur une matière plus technique que celle qui a pu vous être enseignée l'année précédente, mais aussi sur une matière plus importante, non pas par ses valeurs mais par ses conséquences et par ses incidences concrètes. On peut si j‘ose dire se passer du droit du divorce, du droit de la filiation. De nombreuses personnes qui vivent très bien ensemble, mais il est plus difficile de se passer du contrat, de se passer des obligations. Nous sommes en effet tous engagés dans des liens contractuels, nous vivons contractuellement. Le droit des obligations est le support de la vie des affaires, le support de la vie économique. Nous entrons cette année dans un monde peut être plus froid que le monde de la famille, mais dans un monde économiquement plus décisif, et en même temps dans un monde très vivant. Je voudrais vous montrer la vie intense qui anime cette partie du droit, en essayons de stimuler votre curiosité, de pratiquer une méthode faite d‘un va

et viens entre le concret et l‘abstrait, entre l‘expérience et la pensée. Nous étudierons cette année de belles questions, des questions classiques, des questions de la cause dans les contrats, questions du vice de consentement, la question également du fondement de la responsabilité. Nous aborderons des problèmes plus techniques, la répétition de l'indu, la forme dans les actes juridiques, la réparation du dommage matériel ou moral.

Nous nous pencherons aussi sur des questions plus troublantes: celles de la causalité, des questions plus dramatiques, les malheurs des borgnes, parfois sur des questions plus mélodramatiques. En tout cas à travers toutes ces questions, tout ces problèmes, et les réponses que nous chercherons a leur donner, vous verrez défiler toutes les formes du droit contemporain, ici juste, là injuste, ici flexible, là rigoureux.

Trois contemporains qui en toute hypothèse supporte le poids de l'histoire. L‘histoire à son importance dans le droit des obligations, par ce que c'est les romains qui ont défini les obligations, qui ont déterminé cette théorie des obligations. L'obligation est définie en effet comme un lien de droit qui nous oblige à faire ou à ne pas faire quelque chose. Cette définition recouvre de très nombreuses réalités: l'automobiliste qui renverse le piéton est obligé de réparer le préjudice qu'il a pu causé. L‘acquéreur qui paye sa baguette de pain est tenu juridiquement de régler son dû. Quand au garagiste auquel on confie la voiture doit réparer cette automobile dans les conditions définies par les normes techniques habituelles. Vous voyez, nous entrons dans un monde économique important et que nous pratiquons tous les jours. Il faudrait maintenant mettre un peu d'ordre dans cette introduction générale et définir de manière plus précise les obligations, essayer de vous proposer une classification, essayer également de présenter les caractères généraux de cette matière pour suivre sur les sources et m'arrêter au plan que je voudrais vous proposer .Première séries d'observations dans cette introduction.

B. Définition du droit des obligations

Nous avons défini par avance cette obligation et les juristes plus largement définissent par avance cette obligation en opposant le droit personnel au droit réel.

L'obligation n'est pas autre chose que le droit personnel, considéré d'un point de vue passif. Droit personnel, je vous le rappelle, suppose que des relations s'établissent entre deux personnes et que l‘une de ses personnes soit tenue envers une autre. Droit réel, suppose qu'une relation s'établisse entre une personne et une chose : droit de propriété ; possession ; ou autre.

Nous étudions cette année le droit personnel, c'est à dire les relations qui se nouent entre les personnes, des relations juridiques qui se nouent entre les personnes. L'obligation dans ses conditions se présente comme un lien de droit, un lien juridique par lequel une personne est tenue envers une autre personne d'une prestation d'un fait ou d'une abstention. Il est tenu de faire quelque chose, de ne pas faire quelque chose envers une autre personne. Et ce lien de droit est juridiquement sanctionné par conséquent, si cette obligation n'est pas respectée, la personne victime de l'inexécution peut introduire une action au besoin en justice pour obtenir

satisfaction. Il y a donc un lien entre deux personnes, un lien entre un créancier, une personne qui croit qu'il fait crédit et un débiteur qui est lié, qui doit faire quelque chose, réparer un dommage, payer un prix, peindre un mur, que sais-je encore?

Il y a donc dans l'obligation un côté passif, le débiteur est tenu d'une dette, et un côté actif, le créancier peut faire quelque chose, peut réclamer quelque chose. Il y a donc une créance contre cette autre personne, qu'est le débiteur. Il y a ainsi dans l'obligation un rapport qui est établi entre deux personnes, entre le créancier et le débiteur. Un rapport qui est juridiquement sanctionné, il y a un lien de droit: l'obligation, rapport entre un créancier et un débiteur, et qui comporte une sanction, une sanction étatique si l'obligation n'est pas respectée encore une fois. On peut saisir un tribunal, on peut saisir des arbitres pour obtenir satisfaction.

La remarque permet de cerner la notion d'obligation avec davantage de précision. Le terme obligation est en effet susceptible de plusieurs exceptions. En droit commercial, en droit des affaires, on appelle obligation généralement des titres qui constatent des emprunts fait par certaines personnes morales ou de droit public, l'état par exemple : l‘emprunt Balladur, ou fait par des personnes privées. On emprunte de l'argent dans le public, le public peut souscrire à ses emprunts et souscrire plus précisément à ses obligations, et la personne morale devra régulièrement rémunérer ses personnes qui ont souscrit à ses emprunts. Les titres représentent les créances, le préteur est un obligataire et se faisant le préteur se distingue d'un actionnaire, l'actionnaire ayant un droit de propriété dans la société. Dans ce terme, que l'on rencontre dans la vie des affaires, nous pouvons l'oublier, pour nous en tenir a l'expression plus classique dans le langage ordinaire en effet, il y a obligation, chaque fois qu'une personne est tenue de respecter une prescription quelle qu'elle soit, on a l'obligation de rouler à droite, on a peut être aussi l'obligation de faire l'aumône, mais ses obligations sont elles des obligations au sens juridique du terme ? Peut être pas, il ne s'agit pas d'obligation au sens juridique du terme, car vous le voyez, il n'y a pas de lien de droit entre deux personnes. Je suis tenu de rouler à droite, mais cette obligation pèse uniquement sur moi, il n‘y est pas de créancier, si ce n'est l'état, si ce n'est le gendarme. J'ai peut être l'obligation de faire l'aumône, la charité, veut que je doive faire l'aumône, mais y a t il véritablement un créancier, un créancier déterminé?

Dans l'obligation au sens technique, il y a nécessairement encore une fois un lien de droit entre deux personnes, entre un créancier, et un débiteur. Alors c'est la définition qu'il faut retenir, c'est la définition qui suscite plusieurs questions:

1ère question

Comment devient-on créancier, comment devient-on débiteur ?

Par quel phénomène, ce lien de droit s'établit-il ?

2ème question

Comment peut-on assurer l'exécution de cette obligation?

Quels sont les droits que l'on retire de l'obligation?

Comment s'éteint cette obligation?

Comment se transmet cette obligation?

Quel est le régime de cette obligation?

Question de source d'abord:

Quelle est l'origine de ce lien de droit?

Question de régime, question des effets:

Comment circule l'obligation ?

Comment vit cette obligation

Avant de répondre à ses deux questions, il n'est pas inutile de cerner les variétés des obligations et de proposer, c'est le deuxième point de cette introduction de proposer une classification des obligations.

C. Classification des obligations

On peut avancer me semble-t-il trois types de classifications:

Distinguer les obligations selon leurs sources

Distinguer les obligations selon leur objet

Distinguer les obligations selon leur force

Selon la source d'abord,

C.1. Source de l'obligation

Vous me diriez immédiatement qu'on appelle source d'une obligation est le fait qui lui donne naissance, le phénomène qui lui donne naissance. L'acquéreur pour reprendre l'exemple de tout à l'heure, l'acquéreur est tenu de payer le prix, il doit payer le prix de sa baguette, parce que tout simplement l'acquéreur s'est engagé vis-à-vis du vendeur, vis-à-vis du boulanger. Il y a un contrat qui est conclu entre ces deux personnes, le boulanger doit donner sa baguette et l'acquéreur doit payer le prix. Quelle est l'origine de cette obligation de payer le prix ? C'est tout simplement le contrat, le contrat le plus simple qui soit, qui était passé entre ses deux personnes .L'automobiliste qui renverse le piéton doit indemniser le piéton, réparer le préjudice qu'il a pu commettre. Pourquoi ? l'automobiliste a commis une faute, n'a pas respecté les prescriptions légales? A conduit d'une manière imprudente. Il est donc tenu en vertu de ses raisons que nous étudierons un peu plus tard, il est tenu de réparer ce préjudice et de réparer tous les dommages qui ont été subi par le piéton.

On voit donc, il y a 2 grandes sources d'obligations:

l'acte juridique

Le fait juridique

C.1.a. L'acte juridique

Est une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit. On s'engage dans quelque chose, on achète le pain; on veut porter sa voiture chez un garagiste; on veut construire une usine, il y a donc une manifestation de volonté entre plusieurs personnes. Et cette manifestation de volonté c'est un acte juridique dans la mesure ou cette manifestation est destinée à produire des effets juridiques .Un contrat qui est conclu entre des personnes, ce contrat repose sur des volontés exprimées par les personnes, et ses volontés produisent des effets de droit. Ses faits de droit ce sont les obligations qui découlent de ce contrat. Payer le pris, réaliser la chose, exécuter les prestations qui ont été convenu entre les parties.

Deuxième source de l'obligation, 2ème grande source de l'obligation:

C.1.b. Le fait juridique

Le fait juridique c'est un événement qui peut entraîner des effets de droit, c'est l'accident dont je parlais tout à l'heure. L'automobiliste qui est imprudent et qui renverse le piéton. Il y a un accident, c‘est un événement, et cet événement produit des effets de droit. Autre événement qui peut produire des effets de droit: le décès, une personne décède, une succession va s'ouvrir et il faudra répartir les biens du défunt entre les membres de sa famille, il y a bien donc un fait juridique qui entraîne des conséquences de droit. On peut distinguer des obligations en prenant en considération le problème de source, en prenant en considération l'objet de l'obligation.

C.2. L'objet de l'obligation

L'objet de l'obligation désigne ceux à quoi le débiteur est tenu à l'égard du créancier. Le code civil envisage cette distinction, puisque le code civil parle de:

L‘obligation de donner

L‘obligation de faire

L‘obligation de ne pas faire

C.2.a. L'obligation de donner

On s'engage à donner quelque chose, et dans le langage du code civil, il s'agit de transférer la propriété d'un bien, donner pour les juristes, c'est **darer**, transférer encore une fois en pleine propriété un bien à une personne, on fait une donation, on vend un bien, le donataire celui qui reçoit la donation devient propriétaire de ce bien. On vend un bien, le vendeur se débrouille de sa propriété et l‘acquéreur devient propriétaire. Il y a bien dans ce type de contrat, dans ce genre d‘opération, une obligation pour les juristes, une obligation de donner. Transférer la propriété.

Autre type d‘obligation:

C.2.b. L'obligation de faire

C‘est l‘obligation la plus simple qui soit. On s‘engage à peindre un mur, on s‘engage à réparer une automobile, on s‘engage à faire une telle ou telle prestation.

On peut également s‘engager à ne pas faire quelque chose :

C.2.c. L'obligation de ne pas faire

On s‘engage à ne pas faire concurrence. Le salarié qui passe un contrat avec son employeur ; il doit rester fidèle à son employeur, le temps que le contrat s‘exécute, et par conséquent ce salarié ne peut pas travailler pour le compte d‘un autre employeur, il ne peut pas se débaucher si j‘ose dire, pour le compte d‘un autre employeur. Il y a donc une obligation de non concurrence qui pèse sur le salarié. Une obligation de ne pas faire, si cette obligation n‘est pas respectée, si le salarié se débauche, le salarié devra indemniser son employeur.

Cette distinction présente de nombreuses intérêts, parce que nous verrons que l_obligation de donner est certainement une obligation qui est toujours susceptible d‘exécution en nature. On peut contraindre une personne à respecter cette obligation de donner. Donc cette obligation de donner doit être exécuté matériellement, le transfert de propriété doit être opéré, en toutes hypothèse.

Quand à l‘obligation de faire, es que l‘on peut contraindre quelqu‘un à respecter scrupuleusement sa promesse ? Supposant que le garagiste, pour une raison ou pour une autre, ne veuille pas faire la réparation. Es que l‘on peut contraindre ce garagiste a accomplir cette prestation, autrement dit, es que l‘obligation de faire est susceptible d‘exécution forcée, ou doit-on se contenter si l‘obligation n‘est pas respectée, doit on se contenter de dommages et intérêts ? Il y a forcément une sanction, mais es que la sanction est une sanction en nature, ou es que c‘est une sanction qui trouve son expression dans le domaine du dommage et intérêts ? Lorsque l‘obligation est une obligation de faire, la plupart du temps la seule sanction qui est concevable est une sanction par équivalent, qui trouve encore une fois son expression dans l‘allocation des dommages et intérêts.

Les obligations varient enfin en fonction de leur intensité.

C.3. Force de l'obligation

Les obligations varient dans leur intensité. Il y a une hiérarchie entre les différentes obligations.

En bas de l‘échelle la 1ere obligation que l‘on découvre :

C.3.a. L‘obligation sociale

> Ou encore obligation morale. Cette obligation n‘a pas de portée juridique, sauf dans quelques cas particuliers. Il reste que si l‘obligation est volontairement exécuté, elle est considéré comme parfaitement valable .L‘obligation sociale ou morale se novant au sens général du terme, en une obligation civile, juridiquement efficace.
>
> Plus haut dans l‘échelle des obligations, s‘intercallent les obligations qui sont assorties de sanctions et d‘abord :

C.3.b. L‘obligation de moyens

C'est-à-dire l‘obligation par laquelle le débiteur s‘engage à faire son possible pour que l‘obligation soit exécutée, tel c‘est le cas de l‘obligation du médecin qui est affecté d‘un certain aléa. Dans ses conditions la responsabilité du médecin est subordonnée à l‘existence d‘une faute prouvée par le créancier.

Ensuite :

C.3.c. L‘obligation de résultat

Au terme de laquelle, le débiteur s‘oblige à faire le nécessaire pour que l‘obligation soit exécutée. Tel est le cas de l‘obligation du transporteur, la responsabilité du débiteur est alors engagée si l‘obligation reste inexécutée. Le résultat n‘est pas obtenu, la responsabilité est engagée de plein droit, mais le débiteur pourra s‘exonérer en prouvant ; La charge de la preuve pèse sur lui, en prouvant l‘existence d‘une cause étrangère.

Au sommet de la hiérarchie se découvre enfin :

C.3.d. L‘obligation de garantie

Le débiteur tenu dans ses termes, ne peut pas s‘en exonérer, même en cas de force majeur. Il est donc tenu systématiquement et doit en tout état de cause assumer les conséquences de l‘inexécution de son obligation.

D. Caractères généraux du droit des obligations

Quels sont maintenant les caractères généraux du droit des obligations ?

3ème point de cette introduction. Il faut dire que le droit des obligations présente aujourd‘hui de plus en plus d‘importance. Le droit des obligations est très présent dans la vie des affaires, dans la vie économique. On ne peut pas en effet se passer de contrat, qu‘il s‘agisse d‘ailleurs de relations qui se nouent entre des professionnels, ou qu‘il s‘agisse de relations entre des professionnels et de simples consommateurs. Nous ne pouvons pas nous passer de cet instrument juridique qu‘est le contrat. Le contrat produit des obligations, ces contrats sont déterminants dans la vie économique. On ne peut pas en effet se passer de contrat, qu‘il s‘agisse d‘ailleurs de relations entre des professionnels et de simples consommateurs. Nous ne pouvons pas nous passer de cet instrument juridique qu‘est le contrat. Le contrat produit des obligations ; ses contrats sont déterminants dans la vie économique. C‘est une observation qu‘il faut toujours avoir présente à l‘esprit. Il faut savoir également que ce droit des obligations est un droit qui se prête assez facilement à l‘abstraction :

Un droit Français des obligations

Un droit Allemand des obligations

Un droit Italien des obligations

Un droit Anglais des obligations

Ä D‘ailleurs totalement différents du notre.

Mais cela dit, des efforts ont été pris pour essayer de faire en sorte que certaines lignes de force se dégagent et pour essayer d‘unifier cette matière. Une convention récente à été prise, convention que je vous demande de retenir immédiatement, c‘est la fameuse **convention de Rome du 19 Juin 1980, sur la loi applicable aux obligations contractuelles.**

C‘est une convention de communauté européenne, qui s‘efforce d‘harmoniser les règles de conflits des lois en matière du droit des obligations. Il faut savoir que, on peut se demander quelle est la loi qui est applicable lorsqu‘un contrat est conclu entre un français et un allemand ?

Faut-il appliquer la loi française ?

Faut-il appliquer la loi allemande ?

Faut-il appliquer une autre loi ?

Avant la convention de Rome, il n‘y avait pas de critères communs aux des différents états de la communauté européenne. Eh, bien la convention de Rome a fait une avancée importante en proposant à tous les états qui ont adhérés à cette convention des critères communs. La loi qui est applicable au contrat dont je viens de parler, au contrat passé entre un français et un allemand, c‘est en principe la loi qui a été choisi par les parties, et a défaut si les parties ne sont pas exprimés, ça sera du lieu où réside la personne qui s‘est engagé à accomplir la prestation essentielle du contrat. Cela signifie concrètement que si le vendeur est installé en Allemagne, la loi allemande sera compétente parce que c‘est la loi du lieu du débiteur de la prestation caractéristique qui est applicable.

Alors, cette question de droit applicable est certainement une question très complexe, mais elle illustre très bien les problèmes d‘harmonisation du droit des obligations dans la communauté. Encore une fois il n‘y a pas de système commun. Il y a néanmoins un certain nombre de règles qui sont entrain de se dégager pour essayer de faire en sorte que cette unification se fasse progressivement. Il est certain que l‘on peut réaliser cette unification beaucoup plus facilement. Ce sont des problèmes économiques qui sont en cause, que s‘il

s‘agissait d‘unifier le droit de divorce ou le droit de la famille, qui font appel à des valeurs morales et qui ne sont pas forcément partagées par toutes les personnes.

Cela dit, ce droit des obligations à tendance a se patrimonialiser, si j‘ose dire ; a se juridiciser également. Les obligations, en effet se présentent de plus en plus comme des valeurs économiques.

Raisonnant un instant sur le **contrat :**

Le contrat est un lien de droit entre deux personnes. Il y a donc un rapport qui s‘établit entre le créancier et le débiteur. S‘agit-il uniquement d‘un lien entre deux personnes ?

Est-ce que l‘on peut considérer que ce contrat est aussi un bien?

Est-ce que l‘on peut considérer que ce contrat à une valeur économique ?

Est-ce que le contrat peut circuler ?

Est-ce que l‘on peut céder ce contrat ?

Est-ce que l‘on peut moyenner ce contrat ?

Autrement dit, Est-ce que ce lien de droit d‘obligation n‘a pas tendance à se patrimonialiser, a se juridiciser ?

Je prendrai un exemple :

« La plupart des joueurs de football sont engagés dans des liens contractuels avec leurs clubs, et ses joueurs dit-on se vendent ou s‘achètent. Comment la chose se déroule-t-elle sur le plan juridique ? »

Tout simplement, les contrats qui sont conclus entre les joueurs et les clubs, ses contrats qui sont conclus entre les joueurs et les clubs ; ses contrats se cèdent. Le joueur lui-même ne va pas se vendre bien naturellement, dieu merci. Mais son contrat à une valeur économique et ce contrat fait l‘objet d‘une cession. Cela montre très bien que ce lien de droit entre ces deux personnes, entre le joueur de football et le club, ce lien, cette obligation, ce lien juridique à une valeur économique importante et par conséquent cette valeur peut circuler et cette valeur peut être patrimonialisé.

Pour poursuivre dans cette introduction, essayons de présenter d‘une manière plus technique, d‘une manière plus précise **les sources des obligations.**

E. Les Sources des obligations

Le Code Civil distingue cinq sources d‘obligations :

E.1. Le contrat

Le contrat Ä L‘accord entre deux personnes, deux ou plusieurs personnes qui est destiné à faire naître des effets juridiques ;

E.2. Le quasi-contrat

Le quasi-contrat Ä N‘est pas un contrat, c‘est presque un contrat. Il n‘y a pas véritablement de manifestation de volonté entre deux personnes.

La tuile du toit de mon voisin est déplacée, je me déplace, je constate cette situation et je répare cette tuile. Je remets la tuile à sa place, et malheureusement à cette occasion j‘ai un accident, je tombe. Es que je peux obtenir réparation du préjudice que je viens de subir ? J‘ai rendu service volontairement à mon voisin, mais sans que mon voisin l‘ai accepté. Il n‘y a pas de contrat qui était conclu entre nous.

Le droit dans ce genre de situation considère qu‘il y a un quasi contrat ; j‘ai rendu service à mon voisin volontairement ; ma gestion était utile puisque j‘ai voulu réparer cette tuile, mais malheureusement j‘ai glissé et j‘ai subi un préjudice. Mon voisin sera tenu de réparer le préjudice que j‘ai pu subir. Il y a un quasi-contrat qui s‘est conclu entre moi et mon voisin : quasi-contrat qui fait naître des obligations.

Le contrat l‘accord de volonté entre deux personnes ; le quasi-contrat est une deuxième source

E.3. Le délit

Troisième source d‘obligation Ä **Le délit :**

Je vole quelque chose; je renverse volontairement un piéton ; je blesse volontairement mon voisin.

Je commet une délit, c'est-à-dire une infraction pénale ; je cause un préjudice en même temps, je cause volontairement ce préjudice, je suis tenu de réparer ce préjudice. Il y a bien une obligation qui pèse sur moi, qui m‘oblige à réparer toutes les conséquences nuisibles de ce que j‘ai pu faire.

Le contrat ; le quasi contrat ; le délit ; le quasi-délit, 4ème source envisagé par le Code Civil.

E.4. Le Quasi-délit

4ème Source Ä **Le Quasi-délit** :

Je n‘ai pas voulu agir volontairement, je n‘ai pas voulu blesser volontairement mon voisin, mais je l‘ai renversé par maladresse, par négligence. J‘ai commis non pas un délit, mais un quasi-délit ; presque un délit. Néanmoins, j‘ai commis une faute, cette faute a causé un préjudice, je suis tenu de réparer ce préjudice.

Le contrat ; le quasi contrat ; le délit ; le quasi-délit, 5ème source des

Obligation : La loi ;

E.5. La loi

5ème source des obligations Ä **La loi** :

En vertu d‘un certain nombre de textes, certaines prescriptions légales. Je dois faire quelque chose ou ne pas faire quelque chose. Je dois respecter le code de la route ; respecter cette loi, qui m‘impose un certain nombre de prescriptions. Qui ne respecte pas ses prescriptions, eh bien je suis tenu de payer des amendes, je suis tenu toutefois d‘aller en prison, bref il y a des obligations qui pèsent sur moi.

Donc le Code Civil envisage cinq sources d‘obligations :

Le contrat ´ L‘accord entre deux personnes ;

Ce qui est presque le contrat ´ Ce qui ressemble au contrat, mais qui n‘est pas juridiquement le contrat : **Le quasi-contrat** ;

Le délit

Le quasi-délit ;

La loi

Plus précisément cette obligation contractuelle D la 1ère source : le contrat, l‘obligation contractuelle, naît de la volonté des parties, autrement dit l‘obligation contractuelle est un acte volontaire et licite. Ce sont les parties elles-mêmes qui déterminent l‘étendue de cette obligation. On passe un contrat, on se met d‘accord sur le prix, on se met d‘accord sur la chose. Ce sont les parties qui fixent ses différents éléments. Le contrat est donc **une manifestation de volonté** en vue de produire des effets de droit, mais il y a bien **un acte volontaire, un acte licite** à la base. Ce contrat en effet doit être conclu conformément aux prescriptions légales, le contrat est valable dans la mesure ou le contrat est licite.

Donc l‘obligation contractuelle **naît de la volonté des parties**.

L‘obligation quasi-contractuelle D l‘obligation quasi-contractuelle ne naît pas d‘un contrat, puisqu‘il n‘ y a pas d‘accord entre les deux personnes. Il n‘y a pas d‘accord pour reprendre l‘exemple de tout à l‘heure, entre moi-même et mon voisin et je peux constater que la tuile de son toit a été déplacée ; il y a une situation particulière et qui me conduit à faire quelque chose. Donc je fais un quelque chose, il y a **un fait**, non pas un accord de volonté ; ce fait est **volontaire** et ce fait est **licite**, ce fait est **conforme à la loi**. La loi n‘interdit pas ce genre de comportement.

Donc l‘obligation quasi-contractuelle naît d‘un fait volontaire et licite ; c‘est la gestion de l‘affaire ; c‘est l‘enrichissement sans cause ; c‘est également le paiement de l‘indu. On paye ce qui n‘est pas du, pour telle ou telle raison, eh bien je dispose juridiquement d‘une action pour obtenir une restitution de cet indu. Il n‘y a pas de contrat entre moi-même et la personne qui a reçu le paiement, il y a simplement un fait ; le paiement est un du, le droit m‘accorde une action répétition pour obtenir restitution de ce que j‘ai payé indûment. L‘obligation est une obligation quasi-contractuelle. La personne qui à reçu ce paiement devra restituer le paiement, dans la mesure ou les conditions de l‘indu naturellement sont bien établis.

L‘obligation délictuelle DL‘obligation délictuelle naît d‘un fait illicite et volontaire.

Donner un coup de point à mon camarade, blesser volontairement mon camarade, j‘ai agi d‘une manière illicite, il y a des coups et blessures involontaires, mon acte est illicite et volontaire ; je suis tenu juridiquement de réparer ce préjudice, il y a bien une obligation de nature délictuelle qui pèse sur moi.

L‘obligation peut être également, une obligation quasi-délictuelle :

L‘obligation quasi-délictuelle Dl‘obligation quasi-délictuelle naît d‘un fait illicite contraire à la loi, mais involontaire.

Des coups et blessures involontaires, je sui maladroit, je blesse quelqu‘un, je renverse quelqu‘un, ce quelqu‘un subit un préjudice, je doit réparer ce préjudice.

La loi enfin D5ème source des obligations : la loi enfin fait naître des obligations en dehors de toutes volontés. Les obligations résultent alors de la seule autorité de la loi, il s‘agit par

exemple de l‘obligation qui pèse sur les époux de contribuer aux charges du mariage. C‘est la loi, c‘est le code Civil, qui impose aux époux de respecter ses prescriptions et de contribuer aux charges de mariage. De même en est-t-il de l‘obligation alimentaire. Les parents sont dans le besoin, je suis tenu juridiquement de contribuer à ces besoins dans la mesure de mes possibilités ; C‘est la loi qui m‘impose de porter secours à mes parents. L‘obligation alimentaire qui est définis par certains textes du code Civil. La source de cette obligation peut être morale, certainement, mais elle est également juridique, et plus précisément elle est légale, parce qu‘il y a un texte du Code Civil qui impose ce type d‘obligation.

On rapprochera des obligations légales les obligations que l‘on peut qualifier d‘obligations statutaires. Les personnes qui sont assujettis à la sécurité sociale doivent verser des cotisations à la sécurité sociale ; cette obligation est une obligation est une obligation de caractère statutaire, on est dans un régime statutaire, dans régime de sécurité sociale et on bénéficie de ce régime et en contre partie, il y a naturellement des obligations qui pèsent sur les différents assujettis. Obligation de contribuer à la sécurité sociale et de verser plus précisément ses cotisations.

On remarquera que l‘on peut parfaitement rapprocher ses différentes sources, rapprocher le contrat, le quasi-contrat, le délit, le quasi-délit, ou faire d‘autres recoupements selon que l‘acte est volontaire ou l‘acte est licite ou illicite. On peut aussi regrouper et parler d‘acte juridique et de fait juridique. L‘acte juridique, nous disons tout à l‘heure c‘est cette manifestation de volonté pour produire des effets juridiques. Le fait juridique, c‘est un événement matériel volontaire ou involontaire qui entraîne des effets de droit. On peut donc proposer toute une série de distinction pour présenter les sources des obligations.

Je me tiendrai personnellement à une présentation plus simple, je voudrais pour ce cours de droit des obligations envisager d‘abord le contrat : 1ère source d‘obligation, développer dans un 2ème temps le quasi-contrat ; gestion d‘affaires ; enrichissement sans cause ; paiement de l‘indu, et développer enfin le délit et le quasi-délit, c'est-à-dire aborder les problèmes de responsabilité civile et délictuelle ou quasi-délictuelle. En tout cas extra-contractuelle

F. LE CONTRAT

F.1. Introduction

Le contrat est un accord entre deux ou plusieurs personnes, auquel la loi donne force juridique en sanctionnant les engagements qu’il inclut.

L‘engagement du vendeur de livrer la chose, encore l‘engagement de l‘acquéreur de payer le prix. Donc il y a un accord entre deux personnes la plupart du temps, l‘accord entre le vendeur et l‘acquéreur. Cet accord est juridiquement sanctionné, en ce sens que le vendeur est contraint de livrer la chose, et l‘acquéreur pourra forcer le vendeur à respecter ses obligations. L‘acquéreur est tenu de payer le prix et à défaut le vendeur pourra engager une action contre l‘acquéreur, pour que le prix soit effectivement réglé.

Ce qui caractérise le contrat c‘est me semble t-il la place qu‘il a prise parmi tous les phénomènes juridiques contemporains dont il est devenu le plus important. Le contrat est longtemps demeuré le fait de certaines personnes : commerçants des villes, bourgeois des campagnes. Ce contrat s‘est étendue, aujourd‘hui à de nouvelles catégories socioprofessionnelles : Les salariés ; les cadres ; les ménages ; les étudiants ; les agriculteurs ; les commerçants ; les industriels ; toutes ces personnes recourent quotidiennement à la technique contractuelle ; et qui pour exploiter leurs entreprises, qui pour s‘équiper et qui pour vivre tout simplement, quotidiennement.

Jamais d‘ailleurs les rapports contractuels n‘ont été aussi denses qu‘aujourd‘hui. Ces rapports ont pris un nouvel essor en gagnant des domaines qui étaient jusqu'à présent fermés, si j‘ose dire. Dans le droit des sociétés, les associés s‘organisent sur des bases contractuelles en passant ses fameuses conventions extrastatutaires, qui dérogent à certaines règles du droit des sociétés. Les pouvoirs publics eux-mêmes recourent aux techniques contractuelles. Cette volonté de concertation qui anime le monde contemporain, qui requiert un ordre concerté fondé sur l‘accord des différents partenaires sociaux et certainement à l‘origine du renouvellement du phénomène contractuel.

Le pouvoir public, s‘engage dans des contrats de programmes, dans des contrats de plans, dans des contrats de progrès. Les pouvoirs publics ont compris que plutôt que d‘imposer leur politique, il valait mieux faire passer cette politique en négociant avec les différents partenaires économiques et sociaux ; et cette technique est à l‘origine du développement du phénomène contractuel. Le contrat est devenu une technique d‘action administrative est un instrument d‘incitation économique et parfois d‘intervention financière.

Autrement dit, le contrat est en bonne santé, cette expansion n‘est pas sans conséquence, compte tenu de cette accélération de la vie économique et sociale contemporaine. De la complexité croissante de la vie des affaires, de la vie économique, de la vie internationale également ; les types de contrats se multiplient et se diversifient.

On pourra donc dans une 1ère observation sur cette diversité du droit des contrats. La vie sociale ébranle en même temps certains points du phénomène contractuel. Il faudra dire quelques mots : sur cette notion même du contrat. Comment conçoit-on le contrat ?il faudra

enfin s‘interroger sur le fondement du ressort contractuel, sur l‘idée force du contrat : qu‘es qui fait le contrat de nos jours ? Trois précisions dans cette introduction au contrat :

La diversité

La notion

Le fondement.

F.2. Diversité du contrat

Essayons d‘abord d‘illustrer la diversité du phénomène contractuel. Le contrat, en l‘an 2000 se caractérise par son extrême diversité :

Quant à sa forme :

D‘abord le contrat peut être conclu pour une période de temps très limitée. On achète une salade, une baguette de pain chez son commerçant ; il peut être conclu également après de très longs pourparlers. Imaginons les restructurations de sociétés qui trouvent l‘expression dans toute une série de conventions.

Certains contrats se concrétisent sur la base de simples paroles échangées par deux personnes, sans autre formalité. Simple poignée de mains peut sceller l‘accord. D‘autres contrats sont formalisés dans des actes particuliers. Ainsi en est-il de l‘acquisition d‘un immeuble, qui ne nécessite nécessairement un acte notarié.

Quant au fond :

La diversité du phénomène contractuel est tout aussi éclatante, plusieurs critères de classement peuvent être proposés :

D‘après le type ;

D‘après l‘objet ;

D‘après la qualité des contractants ;

D‘après la durée ;

D‘après le mode de formation ;

On peut pour distinguer les contrats s‘en tenir au type.

F.2.a. D‘après le type

- Opposition entre contrats classiques et contrats modernes

Certains contrats sont identifiés par le code civil de 1804, ils répondent à des opérations quotidiennes.

Contrat de vente par lequel une personne s‘engage à livrer une chose, l‘autre à en payer le prix ;

Contrat de mandat, par lequel le mandant donne pouvoir au mandataire de faire quelque chose en son nom et pour son compte ;

Contrat de prêt, par lequel le prêteur s‘engage à remettre quelque chose à son co-contractant, a charge comprise de la restituer ;

A côté de ses contrats classiques, identifié par le code civil, se développe des contrats modernes, ceux que la pratique a mise au point à imaginé et spécialement pour la pratique commerciale, que l‘on pense au :

contrat de crédit-bail ;

contrat d‘ingénierie ;

contrat de réalisation d‘ensembles industriels ;

Ou encore a tous les

contrats qui portent sur des brevets ou des marques ;

- Opposition entre contrats nommés et contrats innomés

On peut opposer plus précisément les contrats nommés et les contrats innomés.

Le contrat nommé : est le contrat qui porte un nom, et dont la théorie se trouve dans les textes et spécialement dans le code civil. Ainsi en est il du mandat, ainsi en est il du cautionnement, ainsi en est il du bail.

Le contrat innomé : en revanche, n'a pas de nom, tout simplement parce que le législateur ne l'a pas spécialement prévu. Le contrat reste innomé même s'il porte un nom dont la pratique, tel est le cas par exemple du contrat d'escompte très connu par les banquiers, ou encore de contrat coffre-fort.

Cette distinction entre les contrats nommés et les contrats innomés est évoquée par l'**article 1107 C.Civ** .

Selon ce texte : « Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales qui sont l'objet du présent titre.

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

Le texte de l'**art 1107 C.Civ**, s'il évoque cette distinction, n'approfondit pas la dite distinction, dont au demeurant, l'intérêt à varié au cours du temps.

En droit romain :

La distinction entre le contrat nommé et le contrat innomé était déterminante. En effet, **les contrats nommés** étaient les contrats dont la théorie était reconnue, était constituée, et s'attachait à ses contrats une action expressément prévue par la loi ou par le prêteur (C'est à dire le magistrat de l'époque).

Les contrats innomés formaient une catégorie particulière. Ils ne comportaient pas de sanction prévue par la loi et n'étaient pas obligatoires. Ces contrats, à la différence des contrats nommés étaient illimités. On a finit cependant avec l'évolution, avec les besoins économiques qui se sont multipliés, par admettre le caractère contraignant d'un tel contrat en cas d'exécution volontaire par l'une des parties.

Depuis l'adoption du Code Civil :

Depuis 1804, depuis l'adoption du Code Civil, on ne s'interroge plus sur la question de savoir si le contrat comporte ou nom une action. C'est le droit qui fait naître l'action, ce qui compte c'est ce que les parties veulent. Nommés ou innomés, tous les contrats sont efficaces dans la mesure naturellement où ses contrats répondent aux exigences de la théorie générale des obligations. Aujourd'hui force est de constater que les contrats se spécialisent de nouveau. Le législateur s'est engagée dans la définition de statuts contractuels types ; si bien qu'il redevient peut-être nécessaire de re-distinguer les contrats nommés et les contrats innommés.

Opposition entre contrats principaux et contrats accessoires

En se tenant toujours au type de contrat. On peut opposer les contrats principaux et les contrats accessoires.

Le contrat principal : est le contrat qui existe indépendamment d'un autre. A lui seul, le contrat permet d'atteindre le résultat escompté par les parties.

Le contrat accessoire : en revanche, suppose l'existence d'un autre contrat auquel il se rattache. Le contrat de vente est un contrat principal, de même que le contrat de bail. En revanche le contrat de cautionnement est un contrat accessoire ; il garantie l'exécution d'un contrat principal, et est entendu que la caution s'engage à se substituer au débiteur, si le débiteur est défaillant. La caution s'engageant à l'égard naturellement du créancier.

Le contrat de cautionnement donc dépend d'un rapport principal, et si ce rapport principal vient à disparaître, le cautionnement entend que le contrat accessoire est frappé de caducité.

Un autre critère de distinction me vient à l'esprit, il tient à l'objet du contrat :

F.2.b. D'après l'objet

On peut opposer également les contrats qui relèvent des cours du droit civil, on peut opposer les contrats entre professionnels qui obéissent à la théorie générale des obligations et les contrats conclus entre professionnels et consommateurs ; qui obéissent à la théorie des obligations et de surcroît au droit de la consommation. Droit qui s'efforce de protéger la partie faible, c'est-à-dire en l'occurrence le consommateur ; étant entendu que le consommateur est la partie qui contracte dans le cadre d'activités personnelles ou familiales, et qui contracte dans le cadre d'activités qui peuvent être considéré comme étranger à ces relations professionnelles.

Autre critère de distinction tient à la durée :

F.2.d. D'après la durée

A cet égard, on peut opposer les contrats à exécution instantanée et les contrats à exécution successive.

Opposition entre contrats à exécution instantané et contrats à exécution successive

Les premiers donnent naissance à une obligation qui s'exécute en un seul trait de temps : Acquisition d'une baguette de pain, ou encore qui s'exécute en une seule fois (transport de Paris a Marseille).

Le contrat à exécution successive donne naissance à une obligation qui s'étale dans le temps ou, plus précisément, qui ne prend effet que par l'écoulement du temps (contrats de fournitures par exemple). Un tel contrat ne doit pas être confondu avec un contrat à terme ni même peut être avec un contrat en cours.

Enfin, un dernier critère de distinction tient au mode de formation du contrat :

F.2.e. D'après le mode de formation

Il y a :

Des contrats d‘adhésion ;

Des contrats d‘assurance ;

Des contrats de transport en Métro ;

Des contrats négociés ;

Des contrats qui se concluent après de longs pourparlers.

Mais ces distinctions n‘entraînent pas de conséquences sur le plan juridique, du moins des conséquences précise sur le plan juridique.

On peut également opposer :

les contrats consensuels, qui se concluent par le consentement des parties et uniquement par le consentement des parties.

Les contrats solonnels qui requièrent le respect de certaines formes comme le contrat de donation, qui doit d‘hypothèque qui peut être notarié

les contrats réels, c'est-à-dire, les contrats qui supposent pour leur validité, un échange de consentement, mais également la remise d‘une chose à l‘un des contractant.

A cet égard, il faut souligner que dans la jurisprudence contemporaine. Cette notion de contrat réel est entrain d‘être réduite d‘une manière assez sensible. La cour de cassation ayant considéré que le prêt d‘argent consenti par un professionnel du crédit n‘était pas un contrat réel, et sous entendu était donc un contrat consensuel. Mais les autres contrats de prêts, les prêts à usage de même que les contrats de gage, de même encore que les contrats de dépôt restent eux des contrats réels, c'est-à-dire, supposent pour leur validité la remise de la chose entre les mains du co-contractant.

CD2 La formation du contrat

1. La notion du contrat

2. Le fondement du contrat

3. Les conditions de formations du contrat : l'existence du consentement

4. Caractère et régime de l'offre de contracter

5. Les effets de l'offre de contracter

6. l'acceptation

7. Les contrats conclus par correspondance

8. Le processus de négociation du contrat

Nous reprenons le fil de nos observations sur l'introduction générale au droit des contrats, j'ai essayé la dernière fois de présenter la diversité des contrats, mettre en valeur la richesse du phénomène contractuel. Je voudrais maintenant aborder une question, qui est la question de la notion de contrat, pour poursuivre quelques minutes sur le fondement du contrat et aborder les problèmes de conclusions du contrat.

A. La notion du contrat

Sur la notion même du contrat, on peut dire d'abord que le contrat suppose un accord de volonté. Le contrat est un engagement entre deux ou plusieurs personnes, et cet engagement est d'autre part juridiquement sanctionné. Alors par conséquent le contrat suppose cet accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes, et le contrat suppose que cet accord s'accompagne d'une sanction.

Alors on dit d'abord que le contrat est un accord de volonté, cet accord est extrêmement varié, puisqu'il peut être matérialisé dans un écrit, dans une lettre, trouver son expression dans un coup de téléphone ou dans une télécopie, voire tout simplement dans une poignée de mains.

Cette notion de manifestation de volonté, cette notion d'accord de volonté appelle quelques précisions, on comprend parfaitement que les parties doivent se mettre d'accord sur un certain nombre d'éléments pour que cet accord forme un contrat. On peut se demander si l'accord doit porter sur tous les éléments de l'opération qui est envisagée par les parties ou seulement sur les éléments essentiels.

Les tribunaux considèrent que le contrat exige essentiellement le concours de deux ou plusieurs déclarations de volonté qui se manifestent d'un côté par une offre ou proposition et de l'autre par son acceptation, et étant entendue que l'acceptation doit épouser l'offre, répondre aux éléments qui sont exprimés dans l'offre. Tout acte qui recèle un accord de volonté a vocation à être un contrat ; un communiqué, émanant de telle ou telle autorité, un cahier des charges, une convention entre époux réglant les effets patrimoniaux d'un divorce. Le règlement intérieur d'une collectivité. Alors, chaque fois il y a une proposition, et qu'à cette proposition correspond une acceptation qui épouse les éléments principaux de la

proposition, il y a un accord. On verra que l'accord doit porter sur tous les éléments essentiels de l'opération qui est projeté par les parties. Il existe un certain nombre d'hypothèse dans lesquels on peut se demander s'il y a véritablement un accord entre les parties ? On peut se demander si on peut reconnaître une certaine force à des manifestations qui seraient des manifestations unilatérales de volonté. Comment qualifier une offre de contracter ? Il y a bien une manifestation de volonté. On veut faire quelque chose, on fait une proposition :

Est- ce que cette proposition en elle-même à une force juridique ?

Est - ce que l'offre doit être maintenue ?

Est- ce que l'offre peut être considéré comme un engagement de volonté, liant l'auteur de l'offre ?

En droit français, on est assez réservé vis-à-vis de cette théorie de l'engagement unilatéral de volonté. C'est dire que seul l'accord entre deux parties est considéré comme obligatoire. L'engagement purement unilatéral n'a en principe pas de force juridique, n'a pas de portée dans le monde du droit. Donc le contrat est d'abord un accord, le contrat est ensuite un accord qui est juridiquement sanctionné.

Ce qui conduit à faire le départ entre les conventions qui ne sont pas obligatoires, tels les relations sociales, tels les actes de complaisance.

Y a –t-il un contrat lorsque l'on demande à un pompiste de gonfler les pneus ?

Il y a peut être un accord entre l'automobiliste et le pompiste, mais est ce que cet accord est suffisamment sérieux pour matérialiser un contrat ?

On peut penser que la relation est simplement une relation sociale, une relation de complaisance qui n'entre pas dans le cadre contractuel, dans l'orbite contractuelle.

Autre exemple :

L'invitation à dîner :

Est-ce que cette invitation à dîner, lorsqu'elle est lancée, lorsqu'elle est accepté surtout, constitue un contrat ?

On est me semble-t-il en dehors du droit, on est simplement dans le cadre de relations de complaisance, de relations sociales.

Par conséquent si des problèmes se posent, des problèmes de dommages, de préjudices, seul le droit de la responsabilité extracontractuel à vocation à intervenir. Le problème s'est posé, il y a peu de temps dans la situation suivante :

Deux personnes qui avaient envisagées de faire un voyage en Italie, un voyage d'affaire et le conducteur de l'automobile était convenu avec le passager de partager les frais : les frais d'autoroute ; les frais d'essence. Les deux personnes s'entendaient très bien, et malheureusement un accident est intervenu en Italie.

On s'est demandé s'il fallait appliquer les règles du contrat ou les règles du délit ou quasi-délit ?

Est-ce que la responsabilité est une responsabilité contractuelle ou une responsabilité délictuelle ?

La Cour de cassation dans un arrêt très récent de 1994 nous a fait observer que la relation n'était pas véritablement contractuelle, la relation n'avait pas de caractère économique ; on était toujours dans le domaine des rapports de complaisance et par conséquent seule la responsabilité délictuelle avait vocation à intervenir

Dans le prolongement on peut se demander si les engagements d'honneur sont des engagements contractuels ?

Exemple :

Soit un homme d'affaire qui décide de reprendre une société qui s'engage sur l'honneur à assurer la pérennité de la société dont il prend le contrôle.

-Est-ce que cet engagement est un engagement juridiquement sanctionné ?

-Est-ce que cet engagement à une valeur contractuelle ?

Eh, bien la jurisprudence n'est pas opposée à cette analyse, et un arrêt de la chambre commerciale du 10 Janvier 1972 appuie effectivement, considérait que ce type d'engagement n'était pas de type dé contractualisé et par conséquent avait une valeur obligatoire. Par conséquent le juge ne s'estime pas toujours lié par l'intention des parties. Les juges confèrent parfois des effets de droit, à une convention qui théoriquement ne devrait pas engendrer d'effets de ce type.

La jurisprudence reste toutefois assez pragmatique sur la question.

Cela me conduit à une dernière observation, sur l'introduction au droit des contrats, qui concerne le fondement du contrat.

B. Le fondement du contrat

Quelle est l'idée qui justifie le contrat, quelle est la raison qui permet de comprendre le mécanisme contractuel, le phénomène contractuel ?

Un temps, on considérait que le contrat reposait essentiellement sur la volonté des parties. Une théorie s'était développée surtout au cours du 19ème siècle D **c'est la théorie de l'autonomie de la volonté.**

Au terme de cette théorie, les personnes sont engagées parce qu'elles ont voulu s'engager et par conséquent ce qui fait la force du contrat, c'est la volonté qui est exprimée par les parties. Alors cette théorie philosophique de l'autonomie de la volonté à des conséquences juridiques :

Première conséquence : il s'agit du **consensualisme**.

La conclusion des contrats est dominée par le principe de la liberté, puisque la volonté est toute puissante de faire le contrat. Il n'est pas nécessaire d'observer des rites, par conséquent la volonté n'a pas à être coulé dans des formes préétablies. Le consentement des parties, s'il est libre, s'il est éclairé, suffit pour que le contrat soit valablement conclu.

Deuxième corollaire : De cette théorie philosophique de l'autonomie de la volonté : **la liberté contractuelle.**

Lorsqu'on passe un contrat, les parties sont libres de déterminer le contenu du contrat ; ils sont libres également de contracter ou de ne pas contracter, de choisir la personne du cocontractant. La liberté qui est reconnue aux parties d'aménager le contenu du contrat, de fixer des obligations qu'elles assument.

3. **Autre conséquence**: de la théorie philosophique de l'autonomie de la volonté ; il s'agit de **la force obligatoire des contrats.**

Une fois que l'on s'est mis d'accord sur les éléments essentiels de l'opération, il faut respecter cet accord. Entre les parties, la convention constitue une véritable loi ; les parties

ne peuvent pas méconnaître cette loi. Par conséquent, dans le prolongement, le juge ne peut pas refaire ce contrat le juge doit respecter cette loi des parties ; les parties doivent respecter scrupuleusement les termes du contrat, quelques soient les vicissitudes qui peuvent affecter ce contrat, et les autorités extérieures dont le juge, doivent également respecter cette mini loi qui constitue l'accord des volontés.

4. **Dernière conséquence :** qui découle de la théorie philosophique de l'autonomie de la volonté trouve son expression dans le principe de **l'effet relatif des convention** : Les parties sont engagées, et seuls les parties sont engagées. Par conséquent, ce contrat ne peut pas produire des effets à l'égard des tiers ; ne peut pas profiter aux tiers, ne peut pas non plus nuire aux tiers. Le contrat est une loi privée qui s'impose uniquement aux parties contractantes. Alors cette théorie philosophique de l'autonomie de volontés a expliquée et continue a expliquer la plupart des mécanismes contractuels. Seulement force est de reconnaître que la volonté est parfois remise en cause dans le contrat ; la volonté contractuelle peut s'effacer devant la loi ou parfois devant certaines décisions du juge. Alors si la volonté contractuelle n'est plus tout puissante, c'est que la volonté contractuelle n'est peut-être plus le fondement du contrat. C'est la raison pour laquelle certains auteurs ont cherché ce fondement ailleurs, notamment dans l'idée de confiance ou tout simplement dans l'idée de simple nécessité sociale, car en dehors des sociétés centralisées le seul mode d'organisation des rapports sociaux reste l'accord entre les individus. Il y a donc différentes conceptions qui peuvent avancer pour justifier le contrat : des conceptions sociologiques ; des conceptions plus philosophiques ; qui découlent de la théorie de l'autonomie de la volonté.

Je crois que ses deux conceptions coexistent, ce qui accuse l'intérêt de l'étude des contrats que l'on poursuivra autour de trois thèmes :

Le thème de la conclusion ;

Le thème du contenu ;

Le thème de l'exécution ;

Nous abordons aujourd'hui, le premier thème du droit des contrats qui a attrait à la conclusion du contrat.

Comment se forme le contrat ?

Comment se conclu ce contrat ?

C. Les conditions de formation du contrat : l'existence du consentement

Il est nécessaire d‘exposer les conditions de formation du contrat avant d‘examiner les sanctions de ses règles. Que se passe-t-il si telle ou telle condition n‘a pas été respectée ? Est-ce que le contrat est nul ? Est-ce que la nullité est relative ? Est-ce que la nullité est absolue ?

Deux précisions ; deux séries de précisions, sur d‘abord, les conditions de formation du contrat, et ensuite sur ses sanctions des formations du contrat.

S‘agissant des conditions de formation du contrat, la plupart d‘entre nous les ignorent, parce que quotidiennement les contrats se font et se défont sans aucune difficulté. Le vécu est assez simple, on achète, on vend, on paye. Dans la pratique, et il arrive néanmoins que des problèmes se posent, que des contentieux éclatent et il est dans ses conditions nécessaire de déterminer les éléments qui justifient le contrat et qui permettent de dire que le contrat est valablement formé. L‘Article 1134 C.civ, indique du reste que le contrat n‘est obligatoire, que si le contrat est légalement formé D texte essentiel.

Le contrat lie les parties, il est obligatoire, lorsque ce contrat est légalement formé ; cela signifie que les parties doivent passer un contrat obligatoire ; doivent respecter les conditions posée par la loi.
Quelles sont ces conditions ?

L‘Article 1108 C.civénumère précisément ses éléments qui sont :

Le consentement des parties : les parties ont elles voulues s‘engager ?

Qui tiennent ensuite à la capacité ; étant capable de contracter ;

Qui tiennent à l‘objet D » que fait-on ? », l‘objet doit être certain l‘objet doit être licite D « Qu‘a-t-on voulu ? » ;

Et enfin, ils tiennent à la cause qui est la justification du pourquoi s‘est on engagés ?

L‘obligation doit avoir une contre partie, on ne s‘engage pas sans aucune raison.

❶Le consentement ;

❷La capacité ;

❸L‘objet ;

❹La cause ;

Il faut ajouter à ses quatre conditions énumérées par l‘Article 1108 C.civ, un cinquième qui a attrait à la condition de forme.

Une séries d‘observations : 1ère Condition de formation du contrat DLe consentement.

C.1. Le consentement

Le contrat, on l‘a dit est un accord de deux volontés en vue de faire naître une obligation ; de faire naître **un effet de droit.**

L‘accord de volonté ; la manifestation de volonté ; les manifestations de volontés constituent l‘élément le plus élémentaire du contrat. Contracter n‘est pas le fait, c‘est d‘abord **consentir**. Le principe ici est celui de **la liberté de consentir, la liberté de ne pas contracter** et de choisir son partenaire. Il y a certes un certain nombre d‘atteintes, parce que dans certaines hypothèses les contrats sont imposés. Tel est le cas du contrat d‘assurance, parfois la loi fustige les discriminations pour des raisons tout à fait compréhensibles, mais il ne va pas moins que le principe reste celui de la liberté. Contracter, c‘est d‘abord vouloir, et vouloir d‘une manière intègre. On peut décomposer ce consentement et apporter un certain nombre de précisions qui concerne justement l‘existence de ce consentement. Comment se présente ce consentement ? Et qui concerne ensuite l‘intégrité du consentement. Le consentement est parfait, lorsque le consentement n‘est affecté d‘aucun vice.

D‘abord l‘existence du consentement :

C.2. L‘existence du consentement

On a démonté depuis un certain nombre d‘années le mécanique de la formation du contrat, de la formation du consentement. On a distingué, **l’offre** qu‘on appelle encore **la pollicitation** D l‘invitation à contracter, de l‘**acceptation** qui est la réponse à l‘offre. La rencontre de ses deux éléments, la rencontre de l‘offre et de l‘acceptation forme le contrat.

Pour qu‘un contrat se forme, il faut donc qu‘une offre ait été émise et qu‘à cette offre corresponde une acceptation. Cette **théorie de l’offre et de l’acceptation** ne rend pas compte de toute la variété des consentements. Elle n‘est pas suffisamment riche, car cette théorie ne traduit pas la discussion préalable à l‘échange des volontés. Il faut par conséquent compléter cette théorie et mettre en avant ce que l‘on pourrait appeler **le processus de négociation du contrat**. Il arrive que les parties s‘engagent pour des pourparlers, que le consentement se mûrisse progressivement au point de constituer à terme l‘accord qui sera juridiquement obligatoire. Voyons donc le mécanisme de l‘offre et de l‘acceptation et présentons quelques observations sur le processus de négociation des contrats.

C.3. Le mécanisme de l‘offre et de l‘acceptation

Le contrat suppose la rencontre de deux manifestations de volontés ; par la force des choses. Une première manifestation de volonté précède la seconde : l‘offre précède l‘acceptation.

Tout contrat comporte cette double démarche. Quelques observations sur cette offre ou pollicitation, et ensuite sur l‘acceptation.

C.3.a. L‘offre ou pollicitation

L‘offre est une manifestation de volonté par laquelle une personne exprime son intention d‘être lié dans un rapport contractuel. Dans l‘hypothèse naturellement ou le destinataire de cette offre l‘accepte.

Deux questions se posent à propos de l‘offre :

Quels sont les caractères de l‘offre ? Comment peut-on analyser juridiquement l‘offre ? Quels sont les éléments constitutifs de l‘offre ?

Quels sont les effets de l‘offre ?

Caractère de l‘offre :

S‘agissant du caractère de l‘offre, s‘agissant des éléments constitutifs de l‘offre, des éléments qui sont déterminants, et d‘autres éléments qui sont tout a fait secondaires.

C.3.b. Les éléments déterminants :

Quels sont les éléments déterminants ? De nombreuses propositions précèdent la conclusion d‘un contrat. Toutes ne sont pas des offres. Je dirai d‘abord, que l‘offre se distingue de l‘avant contrat, et plus précisément de la promesse unilatérale de contrat.

Dans l‘offre DL‘offrant n‘est pas juridiquement lié ; n‘est pas débiteur d‘une obligation à l‘égard du destinataire de l‘offre. En revanche, dans la promesse de contrat l‘auteur de la promesse est engagé juridiquement et engagé contractuellement envers le bénéficiaire de la promesse.

Lorsqu‘une promesse unilatérale de vente est consenti, il y a bien un accord de volontés entre le promettant et le bénéficiaire ; il y a bien un contrat. Un contrat particulier, car unilatéral. Mais la relation est bien contractuelle, et dans le cadre de cette relation contractuelle ; le promettant est débiteur d‘une obligation, il est engagé envers le bénéficiaire de la promesse qui est lui bénéficie d‘une option ; Il peut décider de poursuivre la relation contractuelle ou de ne pas poursuivre cette relation contractuelle, et donc de refuser toute l‘obligation. La promesse unilatérale de contrat est donc un engagement beaucoup plus fort que celui qui résulte de l‘offre.

L‘offre se sépare également de l‘invitation à entrer en pourparlers, l invitation a entrer en pourparlers n‘est qu‘une proposition visant à instituer une négociation ; cette invitation ouvre une phase préparatoire ; elle est assez vague, elle est indéterminée. Promet dans le sens général du terme :

A vendre telle voiture, telle automobile, mais on ne fixe pas le prix, à vendre Une 205 modèle 92, prix à débattre.

Il ne s‘agit pas d‘une offre, il s‘agit tout simplement d‘une invitation à entrer en pourparlers. Car cette manifestation de volonté reste évasive, ou n‘a pas suffisamment d‘éléments pour savoir quelle est la volonté précise de l‘auteur de cette communication.

Quels sont les éléments qui font qu‘une déclaration de volonté est une offre ?

C.3.c. Caractère de l‘offre

La jurisprudence est intervenue à de très nombreuses reprises sur la question, et a développé si on peut dire une véritable théorie de l‘offre. Certains textes, notamment des textes de portée internationale ont complété cette théorie. On peut dire que l‘offre est **caractérisée**, d‘abord lorsque l‘offre est précise.

DL‘offre doit être précise : En effet, l‘offre vise à création d‘un contrat ; l‘offre doit donc être suffisamment précise pour qu‘une acceptation puisse provoquer le contrat, pour cela l‘offre doit révéler les éléments essentiels du contrat, c'est-à-dire les éléments à défaut desquels, il est impossible de concevoir la convention envisagée. Lorsque l‘on fait une offre de vente, il faut dans ces conditions faire état de la chose, l‘objet du contrat et du prix ; il faut donc révéler tout important. Les éléments essentiels de l‘opération projetée par les parties. L‘offre doit être précise ;

D L‘offre ensuite doit ferme : elle doit exprimer une volonté décidée, ce qui fait apparaître la question des réserves.

Une proposition ne peut être qualifiée d‘offre, si elle comporte des restrictions pour pouvoir l‘accepter.

Je vends tel marchandise, je vend tel bien, mais sous réserve d‘acceptation d‘un dossier par exemple

Lorsqu‘il y des réserves, il y a, si l‘on peut dire renversement des rôles, il y a un décalage dans la mécanique du contrat qui s‘opère. Le proposant ; La personne qui émet cette invitation, cette manifestation de volonté. Le proposant indique qu‘il ne conclura le contrat qu‘avec la personne ou les personnes auxquelles il aura donné son agrément. Par cette technique, le proposant s‘assure le contrôle de la conclusion du contrat. Le proposant n‘est donc pas dans la position d‘un offrant, il est simplement dans la situation d‘une personne qui émet une invitation à entrer en pourparlers ; son partenaire s‘il est intéressé par cette manifestation va émettre une offre et le contrat sera conclu, lorsque l‘auteur de la proposition initial donne son acceptation, donne son agrément.

Ses réserves sont assez fréquentes dans la pratique de ses réserves produisent des effets ; elles disqualifient par conséquent une offre en invitation pour entrer en pourparlers.

Un arrêt relativement récent de la chambre commerciale de la cour de cassation du 6 Mars 1990(semaine juridique. 6 mars 1990- N° 21583) Dillustre ce qui vient d‘être dit. C‘est un arrêt en date du 6 mars 1990 rapporté à la semaine juridique 1990 n° 21583 avec une note de Bernard GROSS que vous trouverez aussi dans vos documents.

Dans cette espèce, un commerçant Mr BORD avait signé un bon de commande de matériel et renvoyé celui-ci avec un chèque d‘acompte au vendeur à la société HUJIN. Les conditions générales de vente de la société figuraient sur le bon de commande, et l‘un de celles-ci précisait que l‘offre ne devenait définitive et ne constituait un engagement qu‘après ratification de la société venderesse. Avant que cette ratification n‘interviennent, le signataire du bon de commande Mr BORD se ravise et rétracte sa commande.

Un litige s'élève alors entre la société et son client à propos de l'acompte versé. Acompte dont le remboursement était réclamé par Mr BORD.

La société refuse toute restitution au motif que la vente était ferme.

La Cour d'appel de Versailles a débouté Mr BORD de sa demande en répétition au motif que le « bon de commande » constituait un achat ferme aux conditions offertes par la société venderesse. La clause figurant sur le bon de commande constituait une condition suspensive stipulée au bénéfice du seul vendeur.

Mr BORD forme alors un pourvoi contre cette décision.

Le problème soulevé était de déterminer la nature juridique du « bon de commande » établis par la société HUGIN et signé par Mr BORD.

La chambre commerciale de la cour de cassation à cassé la décision de la cour d'appel pour violation de la loi, Article 1134 C.civ et l'article 1583 C.civ au motifs « qu'entre commerçants une proposition de contracter ne constitue une offre que si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation.

L'enjeu de cette affaire était de savoir **si un contrat liant la société à Mr Bord était ou non formé.**

Les conséquences étaient ensuite faciles à déterminer ; c'est la raison pour laquelle il est intéressant d'étudier dans une première partie :

Premièrement: La qualification des propositions émanant de l'un et l'autre des adversaire. Pour ensuite en examiner les conséquences juridiques.

1ère Partie donc : Qualification des propositions de contracter de l'un et l'autre des protagonistes.

La clause d'agrément contenue dans les conditions de vente disqualifie la proposition de la société venderesse ; ce n'est pas une offre de contracter faite au public, cela permet alors

d‘affirmer que le « bon de commande » signé par l‘acquéreur potentiel Mr BORD est une offre d‘achat.

D‘abord, donc la proposition de la société venderesse, n‘est pas une offre au sens juridique du terme ; elle présente certains caractères de l‘offre dans la mesure où la nature du contrat ; la chose à vendre, et le prix proposé sont bien précisés dans le « bon de commande ».

Mais l‘introduction dans les conditions générales de vente de la nécessité d‘une ratification par le vendeur, enlève à la proposition toute fermeté.

La cour d’appel en cette espèce avait analysée cette clause comme une condition suspensive au bénéfice du seul vendeur.

La chambre commerciale de la cour de cassation a justement condamné cette analyse. La clause d‘agrément contenue dans la proposition est une réserve dépendant de la seule volonté de la société venderesse. Cette réserve disqualifie donc la proposition de la société HUGIN : ce n‘est pas une offre, c‘est une simple invitation à entrer en pourparlers. Des lors en signant et renvoyant le « bon de commande » c‘est Mr BORD qui se place dans une position d‘offrant. Il propose d‘acheter fermement les marchandises proposées aux prix demandés. Il y a avec l‘introduction de la clause d‘agrément par le vendeur un renversement des rôles, qui va avoir une influence sur la solution du litige. Car en effet, il convient d‘étudier maintenant le régime juridique de la proposition de l‘acquéreur BORD.

2ème Partie : le régime juridique de l‘offre :

Jurisprudence et doctrine sont intervenues pour déterminer ce régime en dégageant un principe : celui de la libre révocabilité de l‘offre. Principe qui connaît des limites. Le principe : l‘offre de contracter non acceptée, peut être retiré à tout moment par son auteur. Cette solution classique, s‘explique par le fait que tant qu‘aucune acceptation n‘est intervenue, le contrat n‘est pas formé.

Donc, les dispositions de l‘article 1134 C.civ, relatives à la force obligatoire des conventions ne s‘applique pas. L‘offre n‘est qu‘une manifestation unilatérale de volonté insusceptible à elle seule de créer une obligation à la charge de celui dont elle émane.

La cour de cassation dans arrêt ancien du 3 février 1919. DALLOZ- Périodique 1923. 1ère partie p.126 avait déjà dégagé cette règle qui est une nouvelle fois affirmée par la chambre commerciale de cette même formation dans cette décision.

Toutefois, il existe des limites aux principes de la libre révocabilité de l‘offre. En effet par plusieurs décisions les juges ont admis que l‘offre devait être maintenue pendant un délai raisonnable. L‘offrant lui-même a pu fixé un délai, donc, toute rétractation intempestive de

l‘offre pendant ce délai raisonnable ou fixé peut être sanctionné en vertu des règle de la responsabilité civile extracontractuelle. C'est-à-dire l‘article 1382 du C.civ. Toutefois dans cette décision, celle que nous étudions, la cour de cassation n‘a pas été appelé à se prononcer sur ce point. Elle s‘est contentée de rappeler ce qu‘était une offre et d‘affirmer une nouvelle fois le principe de la libre révocabilité de celle-ci

L‘offre est dans ces conditions caractérisée, lorsque l‘offre est précise et lorsque l‘offre est ferme. On peut ajouter que l‘offre parfois comprend d‘autres éléments, mais des éléments qui ont une valeur descriptive et non une valeur qualifiante.

Il est vrai que l‘auteur de l‘offre doit se faire connaître et doit extérioriser sa manifestation de volonté ; mais toutes les formes sont admises. On peut dire que l‘offre peut être expresse ou tacite ;

L‘offre expresse Ddésigne tout comportement visant à porter à la connaissance d‘autrui la manifestation de volonté en vue de contracter ; Comment porte-t-on à pleine connaissance d‘autrui ?

Par la parole ;

Par l‘écrit ;

Par l‘envoi d‘un catalogue ;

Par la publication d‘horaires ;

Par la publicité ;

Mais également par une attitude ;

Le taxi qui stationne dans les places réserves est dans la position d‘un offrant D Fait une offre de transport.

L‘offre tacite D désigne toute action qui présuppose une volonté de contracter. Cette offre tacite n‘existe pratiquement pas, parce que l‘offre implique une certaine initiative. Néanmoins, l‘offre tacite est admise dans un cas de la **tacite reconduction**.

Un contrat de bail a été conclu entre un bailleur et un locataire, si au terme du contrat de bail, le locataire reste dans des lieux, occupe toujours les locaux ; on peut considérer, on peut

déduire de son attitude une offre en vue du renouvellement du contrat. On va déduire de son maintien dans les lieux, la volonté de poursuivre les relations contractuelles.

L‘offre du locataire est une offre tacite et si le bailleur ne s‘oppose pas à ce que le locataire se maintienne dans les lieux ; on pourra considérer que le contrat de bail à été reconduit tacitement. On peut dire également toujours a propos de ses éléments qui ont une valeur descriptive; on peut dire que l‘offre peut s‘adresser à une personne déterminée, ou au public, peu importe ; par conséquent la personne du destinataire de l‘offre, on peut faire une offre à une personne bien précise que l‘on a en face de soi ; on peut faire une offre au public, une petite annonce ; dans la mesure ou cette petite annonce est ferme et précise, peut constituer une offre.

On expose des marchandises dans une vitrine en indiquant le prix de cette marchandise, il y a une offre qui est faite par le commerçant au public, au passant. Le passant entre dans le magasin et est intéressé par la marchandise, vue le prix de cette marchandise. On peut considérer que ce faisant le client a donné son acceptation et ce contrat par conséquent est valablement conclu.

J‘ajouterai qu‘en droit américain où plus généralement dans le commun Law, l‘offre doit pour avoir une force juridique être faite nécessairement à une personne déterminée. Aux Etats-Unis, les petites annonces ne sont pas des offres ; sont peut-être des invitations pour entrer en pourparlers, mais ce ne sont jamais des offres.

La situation est différente en France dans la mesure ou naturellement ou encore une fois l‘offre est ferme et précise.

Les effets de l‘offre D

Quels sont les effets de l‘offre ?

Quelle est la valeur de l‘offre ?

Que se passe-t-il si entre le moment ou le destinataire prend connaissance de l‘offre, et le moment ou le destinataire prend sa décision ; décide de donner effectivement son acceptation ; l‘offre est révoquée.

Plusieurs problèmes se posent, ils méritent d‘être étudiés.

C.3.d. La révocation de l‘offre

1ère question concerne la révocation de l‘offre. Dans l‘absolu, l‘offre doit-elle être révocable ?

Deux exigences contradictoires se présentent ; d‘un côté on peut considérer que l‘auteur de l‘offre doit être libre de revenir sur sa manifestation de volonté, mais d‘un autre côté on peut vouloir assurer la sécurité des transactions et faire en sorte que cette offre soit maintenue pendant un certain délai ; le destinataire de l‘offre est donc, il devrai avoir le temps nécessaire pour prendre sa décision.

En droit positif : des distinctions sont proposées : si l‘offre est assortie d‘un délai. On exprime une offre qui est valable pour trois mois par exemple. Dans ce genre de situation, l‘auteur de l‘offre doit maintenir sa proposition pendant ce laps de temps, à défaut on peut se demander si on peut sanctionner l‘auteur de l‘offre, et s‘il faut sanctionner en le condamnant a en payer des dommages et intérêts ou en allant au-delà on considérant que le contrat est conclu.

La jurisprudence : se montre plutôt favorable à la 1ère hypothèse, si l‘auteur de l‘offre ne respecte pas le délai qu‘il a lui-même fixé. Le destinataire de l‘offre qui considère qu‘il est victime de la révocation, le destinataire pourra réagir en justice pour obtenir une réparation ; pour obtenir des dommages et intérêts.

-si l‘offre ne s‘accompagne d‘aucun délai :

On considère que l‘offre faite au public est parfaitement révocable ; si l‘offre est faite à une personne déterminée. L‘offre doit être maintenue pendant un délai raisonnable. Les solutions ne sont pas toujours aussi nettes ; ce sont des tendances que l‘on peut exprimer et qui résultent des principaux arrêts rendus par la cour de cassation.

Par conséquent, la jurisprudence considère que dans certains cas l‘offre est juridiquement obligatoire, et lie son auteur, elle doit être maintenue pendant un délai raisonnable dit-on. Et a défaut on peut se demander comment il faut sanctionner l‘auteur de l‘offre. La jurisprudence est plutôt favorable à l‘application de la responsabilité civile ; on sanctionne l‘auteur de l‘offre qui révoque avant l‘expiration de ce délai raisonnable en le condamnant à payer des dommages et intérêts au destinataire de l‘offre.

D‘autres auteurs vont plus loin et considèrent que la seule sanction réside dans l‘exécution en nature, c'est-à-dire dans la conclusion même du contrat. Donc on devra forcer l‘auteur

de l‘offre à passer le contrat et respecter sa promesse. La jurisprudence ne va pas aussi loin.

Autre question Dc‘est la question de la caducité de l‘offre.

C.3.e. Caducité de l‘offre

L‘offre devient caduque par l‘écoulement du temps, si un délai a été stipulé. La proposition devient caduque à l‘expiration de ce laps de temps.

Une offre a été faite pour 3 mois, le délai de 3 mois est expiré, l‘offre n‘a plus de valeur obligatoire, elle devient caduque.

Si l‘offre n‘est enfermée dans aucun délai, l‘offre devient caduque après l‘expiration de ce fameux délai raisonnable. Comment apprécier ce délai raisonnable ? Il s‘agit d‘une question d‘usage, il s‘agit d‘une question d‘appréciation des tribunaux en fonction du comportement des parties, en fonctions de la qualité des parties, en fonction des circonstances. On a pu considéré que l‘offre de la vente d‘un immeuble était devenue caduque après l‘expiration d‘un délai de 9 ans. C‘est l‘hypothèse dans laquelle on est arrivé.

Est-ce que l‘offre peut être frappé de caducité, lorsque l‘offrant, lorsque l‘auteur de l‘offre vient à décéder ?

La jurisprudence a pu évoluer sur la question, les arrêts les pus récents, notamment un arrêt de la 3ème chambre civile du 10 Mai 1989 ; considère que l‘offre est frappée de caducité à raison du décès de son auteur.

C‘est une solution qui parait tout à fait justifié si l‘on veut bien l‘admettre, que l‘offre n‘est pas un engagement unilatéral de volonté. C‘est une manifestation de volonté, il faut respecter cette manifestation ; agir de **bonne foi**, mais on ne peut pas dire que l‘auteur de l‘offre soit débiteur d‘une obligation, soit engagé d‘une manière unilatérale vis-à-vis du destinataire.

2ème pièce dans le mécanisme de conclusion du contrat après l‘offre.

C.3.f. L‘acceptation

Apportons quelques précisions sur la forme de l‘acceptation, sur l‘objet de l‘acceptation et sur la connaissance de cette acceptation.

C.3.g. La forme de l‘acceptation

Aucune forme n‘est requise, il suffit que la réponse du destinataire de l‘offre traduise une volonté certaine d‘accepter. Dans ses conditions l‘acceptation peut-être expresse, faite verbalement ; faite par écrit, voire résulter d‘un geste.

Au cours d‘une adjudication, le commissaire priseur, va émettre une série d‘offres de prix, si quelqu‘un dans la salle lève la main ; hoche la tête, on peut considérer, on considère que ce hochement, cette manifestation, ce geste, constitue une acceptation. Par conséquent, cette personne devra respecter le contrat ; devra payer le prix de la marchandise qui a été proposé ; qui a été adjugée.

Un client ouvre la portière d‘un taxi qui est en stationnement dans les endroits appropriés ; on peut considérer que le client se faisant accepte l‘offre du chauffeur de taxi, q‘un contrat de transport est ainsi conclu.

L‘offre peut être tacite, peut résulter de l‘exécution du contrat proposé. On propose un contrat dans telle condition, une personne, cette personne exécute ce contrat sans avoir donné formellement son acceptation. On exécutant les prestations, on peut considérer que cette personne a nécessairement accepté le contrat, et que le contrat est par conséquent valablement conclu.

On peut se demander si l‘acceptation peut résulter d‘une attitude entièrement passive ?

Le problème est celui de la valeur à reconnaître au silence.

La jurisprudence traditionnelle et notamment un arrêt de la chambre civile du 25 Mai 1870 a pu régler la question, et l‘on considère que **le silence ne vaut pas acceptation.**

Le silence ne suffit pas à prouver l’acceptation : Une règle de bon sens.

Seulement, il faut aller au-delà de cet attendu de principe, de cette règle de principe ; rien ne s'oppose à ce que dans certains cas, on puisse faire produire des effets au silence. Il se peut en effet que le silence soit circonstancié, s'accompagne de circonstances particulières.

La jurisprudence, donc est amenée à compléter le principe qu'elle a dégagée en 1870 en considére que :

Le silence vaut acceptation lorsque les usages dans ce sens ; lorsque les textes spécifiques admettent que le silence vaut acceptation ;

lorsque les parties sont en relation suivies d'affaires ; il y a relations continues entre des commerçants qui s'envoient régulièrement des « bon de commandes », des papiers ; on peut considérer que si ces commerçants ne critiquent pas le contenu de telle clause, ces commerçants sont sensés avoir donné leur acceptation à toutes les clauses qui sont contenues dans ses papiers, dans ses documents.

Enfin lorsque l'offre est faite dans l'intérêt exclusif du destinataire, et lorsque le destinataire reste silencieux ; on considère que son silence vaut acceptation ;

Il y a donc un certain nombre d'hypothèse particulière dans lesquelles on donne une force à ce silence dit « circonstancié ».

C.3.h. L'objet de l'acceptation

Quant à l'objet de l'acceptation, l'acceptation doit tendre à la conclusion du contrat ; l'acceptation doit épouser l'offre ; l'acceptation doit donc être identique à l'offre.

La pratique révèle les quelques difficultés, il se peut en effet que le destinataire de l'offre ait fait une réponse un peu différente de celle que pouvait attendre l'auteur de l'offre ; il se peut que le destinataire fasse une contre-proposition, il est d'accord avec certains éléments mais il refuse d'autres éléments. Lorsque le destinataire de l'offre fait une contre-proposition, on peut considérer que le destinataire de l'offre fait une contre offre et le contrat sera conclu lorsque cette contre offre est acceptée par la personne qui a pris l'initiative du contrat ; c'est-à-dire par l'auteur de l'offre. Cette théorie de la contre offre traduit tout simplement le marchandage ; vous dites 100, je dis 50, on se met d'accord pour 75. Le contrat est très souvent conclu dans ces conditions. On peut se demander également, si l'acceptation doit porter sur tous les éléments qui sont contenus dans l'offre. Il se peut que l'offre soit une offre complète, que l'offre révèle à la fois les éléments essentiels et les éléments accessoires du contrat. On fait une offre de vente, on indique quelle est la chose, on indique quel est le prix, et on fait état des modalités de livraison, des conditions de règlement du prix etc. dans ce genre de situation l'acceptation peut se

réduire à un simple oui. On n‘a pas besoin de tout accepter, de répondre à tous les éléments qui sont révélés dans l‘offre.

Néanmoins, si le destinataire de l‘offre refuse un élément essentiel, le contrat n‘est pas formé, le contrat n‘est pas conclu. Et ce refus peut être considéré comme une contre offre. Si l‘on accepte les éléments essentiels et l‘on refuse les éléments accessoires on est d‘accord avec la chose, on est d‘accord avec le prix, on n‘est pas d‘accord avec les modalités de livraison. Dans ce genre de situation on peut considérer que le contrat n‘est pas formé. Il se peut que l‘offre ne soit pas complète, il se peut que l‘offre soit réduite à certains éléments, aux éléments essentiels de l‘opération projetée, dans ce cas là l‘acceptation réduite aux éléments essentiels suffit pour faire naître le contrat. Le détail pourra être fixé ultérieurement. Le contrat va ainsi se conclure par couches successives, par vagues successives. Dés l‘instant que l‘acceptant est d‘accord sur les éléments essentiels qui ont été révélé par l‘auteur de l‘offre le contrat est conclu. Le contrat pourra devenir parfait si par la suite les parties se mettent d‘accord sur les éléments accessoires ; mais s‘il y a une divergence sur les éléments accessoires, ces divergences ne peuvent pas remettre en cause le principe même de l‘accord entre les parties.

Quand à la connaissance de l‘acceptation.

C.3.i. La connaissance de l‘acceptation :

L‘acceptation forme le contrat, mais ce n‘est pas tout, au moment ou se produit cet accord. Est-ce que l‘accord résulte simplement de la déclaration de volonté de l‘acceptant ?

Où est-ce que l‘accord se déduit de la connaissance que l‘auteur de l‘offre prend de cette acceptation ?

Le problème se pose lorsque les deux parties ne sont pas sur le même lieu.

Pierre est à Paris, il fait une offre à Paul qui est à Marseille. Paul répond par lettre qu‘il accepte ; la lettre arrive le lendemain.

A quel moment le contrat est-il formé ?

Au jour ou Paul a émis sa lettre à la poste ? Ou au contraire, est-ce que le contrat est formé le jour ou l‘acceptation a été reçue, ou le jour ou Pierre a reçu effectivement la lettre ?

Cette question intéresse le lieu de formation du contrat ou le moment de formation du contrat ?

Dans l_absolu, plusieurs théories sont concevables. Il faut naturellement se placer du côté de l‘acceptant, on prend en considération l‘acceptation.

Deux théories ont été dégagées :

C.3.j. La théorie de l‘émission :

Le contrat est conclu le jour ou l‘acceptation est émise, le jour ou la lettre par exemple est remise à la poste ;

ou

C.3.k. La théorie de la réception :

Le contrat est conclu le jour ou l‘acceptation est prise en considération effectivement par l‘auteur de l‘offre, le jour ou l‘auteur de l‘offre reçoit cette acceptation, c'est-à-dire le jour ou le courrier est distribué entre les mains de l‘auteur de l‘offre.

Chacune de ses solutions à son propre fondement et sa propre conception du contrat. Il faut tenir compte des données pratiques.

La jurisprudence est assez pragmatique, par conséquent sur la question, et la jurisprudence dans son ensemble se montre plutôt favorable à la théorie de l‘émission.

On peut poursuivre quelques instants sur cette existence du consentement en indiquant comment se négocie le contrat.

C.4. Le processus de négociation du contrat

Je crois que la théorie de l‘offre et de l‘acceptation ne rend plus compte aujourd‘hui de la richesse de ce phénomène contractuel, des différentes phases de conclusion du contrat. Le contrat se conclu très souvent par vagues successives.

Quelques observations sur le processus de négociation des contrats.

Les contrats dont nous parlons sont ici les contrats si l‘on ose dire, les contrats de situations, par opposition aux contrats d‘occasions.

Ce sont des contrats qui par leur objet sont déterminant pour la vie d‘une entreprise ou son niveau d‘activité.

Ces contrats sont des répercussions économiques importants, se négocient, à la différence de simple contrat d‘occasion. Lorsqu‘on achète sa salade sur le marché, l‘opération est conclue en un seul trait de temps. Cette négociation peut être une négociation originaire, une négociation qui tente à la conclusion d‘un premier contrat ; il peut s‘agir également d‘une négociation qui tente à la reconduction du contrat.

Comment intervenir dans ce domaine ?

A priori cette période préparatoire n‘intéresse pas le droit. On discute, poursuit la discussion, on ne veut pas se lier ; par conséquent la matière, le terrain, si l‘on peut dire n‘est pas favorable à l‘intervention de règles juridiques ; partie de la vie des affaires que de rompre les pourparlers, de ne pas poursuivre les discussions. En réalité, les solutions sont un peu plus complexes, et on peut se persuader que la jurisprudence a pu rendre un certain nombre de décisions qui apportent des réponses aux différents problèmes qui se posent.

Cette période de pourparlers se déroule en trois phases.

Il y a une première période que l‘on pourrait qualifier de période à l‘initiation des pourparlers.

C.4.a. L‘initiative des pourparlers :

A un certain moment, une personne prend une initiative, fait des propositions, prend contact. L‘entreprise sollicite une autre entreprise, en vue d‘étudier les conditions dans lesquelles celles-ci pourrait fournir tel ou tel matériel. On prend une initiative. Le fait d‘inciter quelqu‘un à contracter peut-il être considéré comme une faute ?

On peut faire état de pas mal d‘affaire qui mettent en cause la société Peugeot : il s‘agissait de moment de la restructuration de la société TALBO, qui avait été reprise par Peugeot. Peugeot voulait absorber un certain nombre d‘anciens garagistes, d‘anciens concessionnaires. Et en l‘espèce, la société Peugeot avait pour inciter un ancien garagiste à passer un contrat de concession avec cette société mère ; avait fait état de certaines circonstances, avait fait état d‘une perspective intéressante. On avait dit au garagiste qu‘il pourrait compte tenu du bilan prévisionnel qui était établi, on avait dit au garagiste qu‘il pourrait vendre environ 150 voiture par an. Le garagiste avait été séduit par cette manifestation de volonté ; le garagiste avait

donné son accord. Par la suite, le garagiste, puisque la conjoncture était difficile, le garagiste n'à pu vendre simplement que 50 automobile. Par conséquent son chiffre d'affaire était catastrophique. Il était dans une situation financière extrêmement délicate et le garagiste a considéré que la société Peugeot avait commis une faute en incitant ainsi son contractant à passer un contrat tout à fait déséquilibré.

La cour de cassation dans un arrêt du 25 Février 1986 a rejeté cette prétention en considérant qu'il appartenait au garagiste d'étudier le sérieux de la prévision faite par la société Peugeot lors de l'établissement d'un bilan prévisionnel. Et l'arrêt laisse entendre aux circonstances de fait **: que dans certains cas l'invitation a passer un contrat dans des conditions qui sont raisonnables peut être considéré comme une faute.**

On peut parfois sanctionner cette initiative de pourparlers.

Les pourparlers ensuite se conduisent : on organise les pourparlers.

C.4.b. La conduite des pourparlers :

Soit on les enferme dans des contrats préparatoires dans des contrats cadres, dans des promesses de contrat, dans des promesses unilatérales, dans des promesses synallagmatiques. Soit les pourparlers se déroulent librement. Je dirai que lorsque les pourparlers sont enfermés dans des contrats, dans des engagements qui respectent le contrat. Une promesse de contrat est un contrat qu'il s'agisse d'un contrat unilatéral ou d'un contrat synallagmatique, on respecte les règles des contrats, que nous allons étudier, lorsque les pourparlers ne donnent lieu à aucun accord préparatoire, les pourparlers se conduisent librement, étant entendue les partenaires qui discutent ne doivent pas rompre d'une manière abusive ces pourparlers. Si la rupture est empreinte de mauvaise foi, on pourra sanctionner cette rupture par l'allocation de dommages et intérêts. Supposons que la négociation soit bien avancée, que la négociation est mûrie, que les parties soient sur le point de donner le oui définitif et que pour une raison ou pour une autre, peut-être pas très correcte, l'un des partenaires refuse de passer le contrat, refuse de signer le contrat. Eh bien si cette rupture est empreinte de mauvaise foi, si le partenaire qui s'est retiré savait pertinemment qu'il n'irai pas jusqu'au bout de la discussion, on pourra sanctionner son comportement et dans ses conditions allouer des dommages et intérêts à la victime de cette rupture de pourparlers.

La jurisprudence est dans ce sens, il y a plusieurs arrêts de la cour de cassation qui admettent **la responsabilité pour rupture abusive de pourparlers.**

Enfin, dernière étape dans la formation de ces contrats complexes concerne l'issue des pourparlers.

C.4.c. L‘issue des pourparlers :

Elle est double, il se peut d‘abord que les pourparlers échouent. La discussion s‘enlise ; la discussion traîne, on remet au lendemain. Il se peut également que la discussion avorte, on retire l‘offre, ou refuse l‘acceptation.

La négociation est interrompue, mais certains devoirs demeurent. Le devoir de discrétion demeure ; discrétion sur la négociation, sur les informations qui ont été recueillis au cours des pourparlers. Par conséquent, les partenaires qui ont échangés un certain nombre d‘informations pendant cette période doivent rester discret, sous peine d‘engager leur responsabilité, s‘ils révèlent ses informations.

Il se peut également que les pourparlers aboutissent, il peut être de succé les pourparlers, le contrat est alors formé par le consentement des parties et dans la mesure ou les autres conditions de formation de contrat ont été respecté. Le consentement doit exister, le consentement doit être également intègre, voire lucide.

Nous verrons la prochaine fois précisément ces questions d‘intégrité et de lucidité du consentement

CD3 Les vices du consentement, l’intégrité du consentement

1. La théorie des vices du consentement ;

2. La notion de l’erreur ;

3. L’extension de la notion d’erreur ;

4. Les limites de la notion d’erreur ;

5. Commentaire sommaire de l’arrêt. Cass. Soc., 3 Juillet 1990 ;

6. La violence

7. Le dol dans la formation du contrat;

8. Les conséquences du dol ;

A. Les qualités du consentement

Nous abordons aujourd‘hui la question de la qualité du consentement.

Pour qu‘un contrat soit valablement formé, il est nécessaire que la volonté des parties existe et s‘expriment ; mais ce n‘est sans doute pas suffisant. Le consentement doit présenter certaines qualités que les textes, le code civil n‘énonce pas d‘une manière positive. Le code civil décrit les hypothèses ou ses qualités font défaut, c'est-à-dire des hypothèses dans lesquelles la volonté est viciée, plus précisément l‘art 1109 du code civil[1] dispose : « qu‘il n‘y a pas de consentement valable si le consentement n‘a été donné que par erreur ou s‘il a été extorqué par violence ou surpris par dol », on peut déduire de ses dispositions que l‘erreur ; la violence ; le dol, vicient le consentement. Il y a peut-être davantage, la loi à entendue protéger

celui dont le consentement à été vicié ; elle lui permet de demander l'annulation du contrat conclu sous l'empire d'un vice. Or, cette solution est souvent difficile à mettre en œuvre. Comment prouver le vice du consentement ? De plus cette solution n'est pas toujours suffisante pour assurer la bonne protection des contractants, et spécialement des profanes et des consommateurs. Ils faut aller peut-être loin pour que le consentement contractuel soit donné en toute connaissance de cause ; soit éclairé et soit lucide. C'est sans doute pourquoi la jurisprudence à élargit la théorie des vices du consentement. C'est sans doute pourquoi, la jurisprudence a également imaginé de nouvelles techniques de protection, techniques que le législateur à repris à son compte en les améliorant. On pourrait donc dire qu'en :

Droit positif, deux qualités sont requises pour que le consentement soit valablement exprimé. :

Une qualité tient me semble-t-il à la **lucidité du consentement** et cette qualité résulte de différents textes et de différentes solutions édictés par la jurisprudence qui reconnaissent dans un certain nombre de contrat des obligations de renseignements, voire des obligations de conseil. Le professionnel se voit obliger de renseigner son cocontractant de donner toute une série d'informations à son cocontractant, donc pour que le consentement de ce dernier s'exprime d'une manière claire. Et pour que ce consentement s'exprime d'une manière lucide ;

l'autre qualité plus traditionnelle et tient à l'intégrité du consentement. Il faut que le consentement exprimé par un des cocontractants, qu'il soit, soit exempt de vice.

S'agissant de la première qualité, de la qualité moderne, la qualité de lucidité, je dirai très rapidement que toute une série de dispositions contemporaines qui ont été reprises dans le code de la consommation édictent des obligations de renseignement.

C'est ainsi que le professionnel doit informer ses clients sur les prix, informer ses clients sur les conditions de vente, et si le professionnel ne respecte pas cette obligation. Le professionnel s'expose le cas échéant a des sanctions pénales et lorsque la loi pénale n'est pas intervenue, le professionnel s'expose à engager sa responsabilité civile, pour manquement justement à cette obligation de renseignement parfois à cette obligation de conseil.

Je développerai aujourd'hui la qualité traditionnelle et qui tient à l'intégrité du consentement, pour développer cette fameuse théorie des vices du consentement.

B. L'intégrité du consentement : la théorie des vices du consentement

La théorie des vices du consentement est née avec le **consensualisme**.

En droit Romain, c'est-à-dire a un moment ou le formalisme triomphe, il importe peu que la volonté soit saine ou pas ; le contrat est valable, dés que des rites sont observés. Mais progressivement, au fur et à mesure que l'évolution économique et sociale se produit. Les vices du consentement se développent et les vices du consentement apparaissent, aussi semble-t-il pour des considérations de morale. Le dol et la violence sont considérés comme des délits, il s'agit alors de punir les auteurs de ses actes. Quant à l'erreur, elle est admise en tant que vice du consentement dans des hypothèses très limitées. C'est d'ailleurs plus exactement une cause de non -consentement davantage qu'un vice du consentement.

Alors ses règles sont progressivement affinées et notamment sous l'influence des canonistes, à l'époque du Code civil, au moment où le consensualisme est consacré, le législateur fait une place assez large à la théorie des vices du consentement mais tout de même les rédacteurs du Code civil ont repris les dispositions issues du droit romain et n'admettent pas que n'importe quel vice puisse remettre en cause le consentement.

Trois vices sont consacrés :

L'erreur ;

la violence ;

Le dol ;

La jurisprudence : s'est efforcée d'élargir ces notions pour faire pour parfaire le consentement, pour faire en sorte que le consentement soit véritablement intègre.

Des vices du consentement, il faut distinguer les situations dans lesquelles l'une des volontés fait défaut .Une volonté peut être exprimée par une personne sous l'empire d'une drogue, par un enfant en bas âge, est ce que dans ce genre de situation on peut dire que le contrat est vicié que le consentement est vicié ? Le consentement dans ce genre d'hypothèse fait défaut, il n'y a pas de vice du consentement, il y a un défaut de consentement ; et par conséquent, le contrat est nul et nul d'une nullité absolue ; il faut donc bien faire la distinction entre ce qui relève du vice du consentement, de l'erreur, de la violence et du dol et ce qui relève de l'absence de consentement .L'absence totale de consentement est sanctionnée par la nullité totale du contrat, par la nullité absolue du contrat.

Alors, il est nécessaire de préciser que avant de détailler ces différents vices du consentement, que ces vices du consentement ne sont retenus en tant que cause d'annulation du contrat ;que si ces vices ont été déterminant il faut être certain qu'en l'absence de vice, la victime n'aurait pas contractée, n'aurait pas passé le contrat de vente, si elle avait connu la réalité de l'opération. De surcroît ces vices du consentement s'apprécient au moment de la conclusion du contrat. Si le vice se manifeste ultérieurement il ne peut être de remettre en cause la

conclusion du contrat, on pourra sanctionner le cas échéant en se fondant sur les règles de la responsabilité et non pas en mettant en œuvre la théorie des vices du consentement.

Ces vices sont au nombre de trois, il s'agit de l'erreur de la violence et du dol.

1er vice du consentement : l'erreur

C. L' Erreur

L'erreur, vice du consentement consiste à croire vrai ce qui ou faux et faux ce qui est vrai. L'erreur suppose donc que le contrat était conclu sous l'effet d'une opinion contraire à la réalité, dans la pratique judiciaire l'erreur est certainement le vice qui est le plus souvent invoqué, ce qui ne veut pas dire qu'il s'agisse de la cause de nullité la plus efficace. Des conditions existent, des conditions que **la jurisprudence** a complété à partir des textes et que **la doctrine** a parfois compliquée .Toujours est il qu'il a un point de départ, le point de départ repose sur le texte de l'article 1110 du Code civil[2], **la jurisprudence** l'a précisé, **la jurisprudence** l'a dépassé dans le souci de protéger les cocontractants mais dans le souci également d'assurer la sécurité des transactions, **la jurisprudence** a imposé un certain nombre de limites. Trois séries d'observations. Voyons la notion d'erreur telle qu'elle est conçue par le texte de l'art 1110 du Code civil. Voyons comment **la jurisprudence** a dépassé cette notion, a élargi cette, voyons donc l'extension de le notion et nous présenterons quelques observations sur les limites plus récentes qui ont été fixées encore une fois par les décisions de justice.

C.1. La notion d'erreur

La notion telle qu'est conçue par le code civil. L'art 1110 Code civil dispose que l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter à moins que la considération de la personne ne soit la cause principale de la convention. Le texte conduit donc à distinguer entre l'erreur sur la substance et l'erreur sur la personne. Pour des raisons de commodité, nous commencerons par la 1ère catégorie d'erreur.

C.1.a. L'erreur sur la personne :

Cette erreur sur la personne est retenue dans des cas bien particuliers, elle est retenue si et seulement si la considération de la personne, du cocontractant est un élément déterminant, était déterminante. Autrement dit, il faut que cette erreur ait porté sur les qualités essentielles de la personne, et que cette personne soit la cause du contrat, soit un élément essentiel du contrat. On peut faire immédiatement le rapprochement avec les dispositions de l'art 180 du Code civil[3], qui concernent le mariage, le mariage peut être annulé lorsque l'un des époux s'est trompé sur justement les qualités essentielles du conjoint, ce que prévoit essentiellement le texte. Alors ses qualités essentielles de la personne peuvent être des qualités physiques, des qualités civiles, ou des qualités morales voire des qualités intellectuelles.

Ce qui compte c'est la considération de la personne .La considération de la personne doit avoir exercée une influence déterminante sur le consentement ainsi en est il par exemple du locataire, qui aurait dissimulé telle ou telle de ses qualités, la locataire qui dissimule son passé de femme galante, décision dans ce sens, l'assuré dans un contrat d'assurance qui dissimule son âge dans une police d'assurance vie, plus précisément. Il y a erreur lorsque l'on croit à l'impartialité d'une personne alors que cette personne a des liens avec son adversaire. Dans tous les cas, il y a bien une erreur sur la personne, il y a bien une erreur sur les qualités qui sont considérées comme essentielles. Deux difficultés se posent dans la pratique. Que décider si l'erreur porte non pas sur ses qualités physiques, civiles, morales, mais l'erreur porte sur la solvabilité du cocontractant, la solvabilité est un élément important.

Le locataire n'est pas solvable, la caution n'est pas tout à fait solvable etc.

Alors cette erreur sur la solvabilité est prise en considération si cette erreur est la conséquence d'une erreur sur la qualité de la personne. Le Problème se pose en matière de cautionnement précisément, se pose un contrat de cautionnement conclu donc entre un créancier et un banquier par exemple et une caution. Est ce que la caution, lorsqu'elle est appelée à régler le créancier peut soutenir valablement qu'elle s'est trompée sur la solvabilité du débiteur principal. A aucun moment, je ne me serais porté caution si j'avais su que le débiteur principal que je cautionne était insolvable ou était pratiquement insolvable. **La jurisprudence** n'est pas du tout favorable à cette solution, à cette prétention et la jurisprudence n'admet la nullité du cautionnement pour l'erreur sur la solvabilité du débiteur principal uniquement dans l'hypothèse ou cette solvabilité est rentrée dans le champ contractuel, a été une condition de l'engagement de la caution.

2ème difficulté : il se peut que l'on se trompe non pas sur la personne physique du cocontractant mais que l'on se trompe sur la personne du cocontractant en tant que personne morale. La plupart des contractants en effet sont des entreprises, on croit contracter avec telle entreprise ; en réalité c'est une autre entreprise qui prend le marché qui contracte. Il a une erreur sur la personne morale. Des décisions récentes de cour d'appel pour l'instant admettent ce type d'erreur. On peut citer en ce sens un arrêt de la cour d'appel de Saint Denis de la réunion du 6 octobre de 1989 qui mettait en cause en l'occurrence des société de presses, la personne pensait contracter avec telle société, en réalité c'était une autre société qui s'était présentée. On a pu considérer puisque c'est en l'occurrence la considération de la personne morale était essentielle dans le contrat. On a pu considérer que ce contrat était frappé de nullité et devait donc être remis en cause.

Donc **1ère erreur**, **l'erreur sur la personne**, elle est une cause de nullité, si cette considération sur la personne est essentielle, a été déterminante au moment du conclusion du contrat.

2ème erreur : toujours en s'en tenant au texte de l'article 1110 du Code civil, **l'erreur sur la substance**.

C.1.b. L'erreur sur la substance

On peut concevoir ce terme de substance de deux façons :

La substance c'est d'abord le matériau dont l'objet du contrat est fait .C'est la matière de la chose objet du contrat.

Les chandeliers sont présentés comme chandeliers en argent, en réalité les chandeliers sont des chandeliers en cuivre argenté ;

Il y a bien une erreur qui porte ici sur la matière, sur la matière de la chose même du contrat.

La substance peut également être comprise de manière plus large, la substance serait alors toute qualité qui a pu apparaître comme essentielle au cocontractant et qui a déterminé son consentement, la substance recouvre alors les éléments essentiels du contrat, les éléments fondamentaux du contrat qui peuvent se rapporter à l'objet, à, la personne, à la nature du contrat. Il s'agit donc des qualités essentielles que l'on attend du contrat. La substance est alors comprise de manière subjective. Il s'agit de la qualité substantielle, c'est l'antiquité réelle du meuble ;c'est le caractère constructible du terrain ; le caractère authentique du tableau, la puissance du moteur du véhicule que l'on souhaite acheter, l'année de sortie du véhicule .etc.

Cette analyse subjective de la substance, ne résout pas tous les problèmes ; car ces qualités essentielles ne sont pas fixés une fois pour toute. Ses qualités essentielles dépendent avant tout de la volonté des parties au contrat, ce qui est important pour certaines parties, ne l'est pas forcément pour d'autres même si le contrat est identique pour certains le caractère authentique d'un tableau est un élément essentiel, pour d'autres, le caractère authentique peut

être un élément secondaire. On peut parfaitement se contenter d'une copie, tout dépend naturellement du prix, cela dépend de la volonté des parties. A cet égard, une controverse existe, pour certains pourraient défendre une conception objective des qualités essentielles, on définirai ses qualités de manière abstraite selon l'opinion commune, pour d'autres ; il faudrait défendre une conception subjective des ses qualités essentielles et tenir compte, principalement de la volonté des parties et non pas des usages, et non pas des circonstances. La seconde conception des qualités essentielles est certainement préférable. L'erreur est un vice de du consentement, il s'agit de rechercher ce qu'a réellement voulu la partie qui est en cause, la partie au contrat victime de l'erreur, mais force est de constater que :

La jurisprudence n'est pas très nette à cet égard. La jurisprudence à essayé de s'évader des termes même de l'article 1110 du Code civil et d'élargir la notion d'erreur. Voyons le 2eme point qui conserve l'extension de la notion d'erreur telle qu'elle a été conçue par l'article 1110 du Code civil.

D. L'extension de la notion d'erreur :

Les tribunaux ont ajouté aux erreurs visées par l'article 1110 du Code civil, trois types d'erreurs en tant que vices du consentement. D'abords l'erreur sur la nature du contrat ;

D.1. L'erreur sur la nature du contrat. (Error in negocio)

Un individu croit acquérir en vertu d'une donation alors que le contrat est un contrat de vente, il y a une erreur sur la nature du contrat. Ou croit que l'acte est un acte de donation, alors qu'en réalité l'acte est une vente, et donc il faut payer un prix.

Un individu croit conclure un contrat d'assurance dont les primes sont fixe, alors que les primes sont variables, il y a une mutuelle d'assurance qui propose ce type de contrat jusque là les primes sont variables mais l'individu croirait payer des primes fixes, il y a une erreur sur la nature du contrat pour certains dans ce genre de situation l'engagement est alors inexistant, pas de raison d'être, et l'erreur serait une erreur obstacle, une erreur qui fait que les volonté des parties n'ont pu se rencontrer. L'erreur empêchera la rencontre des volontés. Cette analyse est peut être excessive, à partir du moment ou l'erreur est celle qui porte sur l'élément essentiel. L'élément essentiel peut parfaitement résider dans la nature du contrat

2ème Catégorie d‘erreur retenue par les tribunaux, l‘erreur sur l‘objet du contrat :

D.2. L‘erreur sur l‘objet du contrat (error in corpore)

Ou plus précisément sur l‘objet de l‘obligation qui est issue du contrat. L‘erreur porte matériellement sur la désignation de l‘objet.

A croit vendre telle parcelle de terrain ;

B croit acheter une autre parcelle du terrain, qui n‘est pas cadastré de la même façon.

Il y a alors entre les parties un malentendu. L‘erreur encore une fois fait obstacle à la conclusion du contrat. L‘erreur dans ce genre d‘hypothèse peut par exemple porter sur l‘unité monétaire de comptes employés par les parties. Une personne pense s‘exprimer en franc actuel alors que le cocontractant, personne âgée compte toujours en anciens francs. Il y a bien une erreur qui porte sur l‘objet même de l‘obligation et cette erreur est de nature à entraîner la nullité du contrat.

Autre type d‘erreur retenue par les tribunaux.

D.3. l‘erreur sur sa propre prestation

Le plus souvent l‘erreur porte sur la contre – prestation c'est-à-dire sur l‘objet de l‘obligation du cocontractant. Dans un contrat de vente, la plupart du temps c‘est l‘acquéreur qui se plaint, l‘acquéreur croit avoir acheter un objet authentique, un tableau authentique il s‘aperçoit par la suite que le tableau est faux, qu‘il s‘agit d‘une faute. L‘erreur porte sur la prestation reçu du vendeur et non pas sur la prestation de l‘acquéreur. On s‘est trompé sur l‘objet du contrat qui est proposé par le vendeur, mais il se peut parfaitement que l‘erreur alléguée ait eu pour objet la propre prestation du contractant qui est victime du vice. Pour reprendre l‘exemple de la vente, il se peut que ce soit le vendeur qui se trompe ; Il vend une toile attribuée à l‘école Caravage, alors qu‘en réalité la toile est de poussin, ou attribuée à poussin. Le vendeur se trompe alors sur sa propre prestation, c‘est la prestation qu‘il fournit à son cocontractant.

Est ce que dans ce genre de situation on peut admettre la nullité ? Peut être un peu trop facile pour un cocontractant de pouvoir se délier de son contrat en considérant qu‘il s‘est trompé sur sa prestation, est-ce que le cocontractant ne doit pas connaître le bien qu‘il vend ? Ou le bien qui est objet de sa propre prestation ?

La jurisprudence après un certain nombre d'hésitations a fini par admettre cette sur sa propre prestation.

On peut faire observer que le texte de l'article 1110 du code civil ne distingue pas ce type d'erreur : erreur sur sa propre prestation ou l'erreur sur la contre prestation, on peut faire observer également que les décisions les plus récentes de la cour de cassation notamment rendues dans l'affaire POUSSIN retiennent ce type d'erreur ; bien que cela pose des problèmes de preuves qui soient assez difficiles. Alors, si la jurisprudence a étendue la notion d'erreur telle qu'elle est conçu par l'art 1110 de code civil, on s'aperçoit qu'en :

Droit positif : les erreurs qui ne sont pas admises sont peu nombreuses, ils sont peut être au nombre de trois. Tout d'abord :

l'erreur sur la qualité secondaire de l'objet : L'erreur sur un élément qui n'est pas essentiel. Cette erreur n'est pas prise en considération, il ne s'agit pas d'une erreur sur les qualités essentielles. autre type d'erreur qui n'est pas pris en considération.

L'erreur sur la valeur : On s'est trompé non pas sur la substance, mais sur la valeur, sur le prix de la chose, je vend ma voiture 10.000fr alors qu'elle en vaut 50.000 franc, j'achète pour 50.000 francs une voiture qui n'en vaut que 10.000 francs. Je fais une mauvaise affaire ; tant pis pour moi. De manière générale on refuse de prendre en considération l'erreur sur la valeur. la lésion c'est-à-dire le déséquilibre monétaire, le déséquilibre pécuniaire dans un contrat n'est pas une cause de nullité. Mais il se peut néanmoins que l'erreur sur la valeur soit une erreur sur la substance, j'achète un tableau de maître parce que je sais que ce tableau a de la valeur et si après coup je m'aperçois que ce tableau n'est pas un tableau de maître, je me suis trompé sur la valeur, mais dans ce cas, le tableau n'a de valeur parce qu'il s'agit d'un tableau de maître .La valeur n'est pas une qualité essentielle, la valeur est une conséquence, c'est un accessoire de la qualité essentielle .Il y a incessamment des liens entre les qualités essentielles et la valeur, mais si l'erreur porte uniquement sur les valeurs, pas sur les qualités essentielles en tant que telles, cette erreur n'est pas prise en considération. De même l'erreur sur le motif.

L'erreur sur le motif : l'erreur sur le motif n'est pas une cause de nullité du contrat. Je loue une place pour un spectacle en plein air avec l'espoir faux qu'il fera beau. Jusque là, je ne peux pas me plaindre si par la suite, malheureusement il y a eu un orage au cours du spectacle. Néanmoins l'erreur sur les motifs cesse d'être inefficace, cesse d'être aberrante si les motifs ont été intégrés sur le contrat sous la forme d'une condition. Je loue une place à condition qu'il fasse beau, dans ce cas là, cette condition de beau temps est intégré dans le champ contractuel et par conséquent cette condition ne se réalise pas, condition que le cocontractant connaissait ne de réalise pas, le contrat peut être annulé et je peux obtenir le remboursement de ma location.

E. Limites de la théorie de l‘erreur

Cela dit **la jurisprudence** a apporté un certain nombre de limites à cette notion d‘erreur.

La jurisprudence a dressé des barrières au développement de la théorie de l‘erreur.

Quelles sont ses limites ? C‘est ce troisième point.

Pour maintenir la sécurité de certaines transactions, trois règles ont été forgées par les tribunaux :

1ère règle

E.1. L‘erreur doit porter sur un élément qui est compris dans le champ contractuel

L‘erreur doit porter sur un élément qui devait normalement être pris en considération par les deux parties au contrat. Il se peut qu‘une partie ait en vue une qualité particulière qu‘elle tient pour essentielle et que l‘autre ignore. Est –ce que dans ce genre de circonstance le contrat peut être annulé, je veux acheter un meuble d‘époque mais le vendeur ne le sait pas. Le vendeur vend des meubles anciens mais date précise, puis –je demander l‘annulation du contrat pour cause d‘erreur, parce que je pensais que le meuble était un meuble d‘époque mais alors qu‘en réalité le meuble qui m‘a été vendu est un meuble qui, simplement un meuble ancien ? Autrement dit faut il que l‘erreur soit commune, faut il que l‘erreur porte sur un élément compris dans le champs contractuel. **La jurisprudence** est en ce sens ; on ne peux pas se plaindre si cet élément na pas été partagé par les deux parties, n‘a pas été intégré dans le champs contractuel. Par conséquent si l‘on achète un meuble chez un antiquaire, on peut penser que l‘antiquaire vendra des meubles d‘époque, des meubles de valeur, des meubles qui présentent un caractère authentique. Cette authenticité fait parie du champs contractuel, est intégré dans le champs contractuel par conséquent si le meuble vendu n‘est pas un meuble d‘époque, n‘est pas un meuble authentique, l‘acquéreur victime de cette erreur, pourra demander l‘annulation du contrat, mais si le même acquéreur se présente dans une brocante, les conditions de formation du contrat, l‘environnement contractuel est totalement différent, il pensait cet acquéreur, acheter un bien authentique, un meuble authentique, mais il est dans une brocante, par conséquent le brocanteur a pu lui vendre un meuble de valeur, un meuble authentique, mais il se peut que en même temps que le brocanteur livre simplement un meuble présenté comme ancien, si l‘acquéreur a commis une erreur tant

pis pour lui, cet élément d'authenticité n'était pas partie du champs contractuel et l'acquéreur ne pourra pas demander l'annulation du contrat.

2ème règle :

E.2. L'erreur doit être excusable:

L'erreur doit être excusable sinon l'erreur cesse d'être une cause de nullité. Une erreur est inexcusable lorsqu'elle est grossière, c'est à dire lorsqu'il s'agit d'une erreur que l'on pouvait éviter avant de conclure le contrat.

Je suis un architecte, j'achète un terrain, en vue de construire, mais j'oublie de me renseigner sur le plan d'urbanisme, sur le plan d'occupation des sols, puis –je me plaindre, si par la suite je m'aperçois que le terrain que j'ai acheté n'est pas constructible. Il y a bien une erreur sur les qualités essentielles, la constructibilité d'un terrain est une qualité essentielle, et bien l'architecte est un professionnel de la construction, il lui appartient à l'architecte de se renseigner sur ce caractère constructible. Donc on ne se renseignant pas, il commet une faute, une faute qui le prive d'agir en annulation du contrat. L'erreur doit donc être une erreur excusable.

Ce sont les deux principales limites qui ont été fixées par la jurisprudence.

L'arrêt de la chambre sociale de la cassation en date du 3 juillet 1990 publie au Dalloz 1991 page 507 avec une note de M.MOULY, a pour principal intérêt d'illustrer la rare application du 2ème Alinéa de l'art 1110 du code civil, relatif à l'erreur sur la personne dans les contrats .Dans une affaire est d'ailleurs, l'annulation n'a pas été accepté en raison de la faute inexcusable du demandeur. En l'espèce, la société CE a été admise en règlement judiciaire et autorisée à poursuivre son exploitation fin mars 1984 en mai de cette même, M.R a été engagé par le syndic en qualité de directeur de la société, en juillet 1984, l'employeur met fin aux fonctions de M.R au motif que celui ci avait caché lors de son embauche qu'il avait été dirigeant d'une société mise en liquidation des biens .Le salarié saisit la juridiction prud'homal d'une demande en paiement des indemnités de rupture de congés payés et des salaires à l'encontre de la société (C.E.)

La cour d'appel de Versailles a le 18 novembre 1986 débouté R de sa demande au motif que le contrat de travail était nul, en raison de l'erreur commise par l'employeur sur la personne de son employé. Ce dernier forme alors un pourvoi en cassation qu'accueille alors la chambre sociale de la cour de cassation. L'arrêt d'appel est cassé, l'employeur ayant commis une faute inexcusable en ne se renseignant pas suffisamment sur le candidat directeur qu'il avait recruté **Faute inexcusable à l'origine de son erreur, la solution de la cour de cassation**

n'est pas révolutionnaire. Depuis le milieu du siècle, il est unanimement admis en France comme dans d'autres pays du marché commun à l'exception toutefois de l'Allemagne que l'erreur qu'elle porte sur la personne du cocontractant ou sur substance de la chose, objet du contrat ; dès lors qu'elle trouve son origine dans la faute inexcusable du demandeur en annulation de la convention, empêche ce dernier de triompher de son action.

Ainsi en l'espèce, l'erreur commise aurait pu entraîner la nullité du contrat de travail c'est ce que nous allons examiner dans un premier temps mais le comportement fautif de la victime de cette erreur prive celle ci de toute possibilité de triompher dans son action d'annulation .C'est ce que nous verrons ensuite.

1ère partie :L'erreur sur la personne du cocontractant pour conduire à la nullité du contrat de travail

La société en difficulté réclamait l'annulation du contrat la liant à son directeur, parce qu'elle s'était trompée sur ses qualités. Ce qui nous conduit à étudier le domaine et la notion d'erreur sur la personne avant de vérifier le caractère déterminant de celle ci sur la conclusion de la convention .Ce n'est que dans certains contrats qu'une telle erreur peut avoir une influence sur la validité même de la convention. Il s'agit des contrats conclu **intuitu personnae** dont fait incontestablement partie le contrat de travail.

Mais que faut il entendre par **erreur sur la personne ?**

Celle ci peut en effet présenter deux aspects, ce peut être une erreur sur l'identité même de la personne, ce qui ne nous intéresse pas ici ce peut être et l'hypothèse est nettement plus fréquente : **une erreur sur les qualités essentielles de celles-ci**, cette erreur dont il est question dans cette affaire ici. Mais qu'entendre par qualités essentielles de la personne, la notion est par nature subjective, en l'espèce il s'agissait de l'aptitude du salarié à diriger une entreprise en difficulté, aptitude qui pouvait être mise en doute par le fait même que l'entreprise qu'il dirigeait quelques jours avant son embauche n'avait pas été sauvée de la faillite. En admettant que cette erreur puisse être qualifiée d'erreur sur la personne au sens de l'art 1110 al 2 du Code civile, ce que n'avait pas hésité à faire la cour d'appel encore fallait il que celle ci soit déterminante du consentement du cocontractant ou demandeur en annulation. Et qu'elle ne trouve pas son origine dans la faute de ce dernier. Nous abordons ici la :

<u>Deuxième partie consacrée au caractère de l'erreur, vice du consentement :</u>

Il convient de remarquer que ses caractères concernant aussi bien l'erreur sur la substance ou les qualités substantielles de la chose objet du contrat que l'erreur sur la personne plus largement d'ailleurs il concerne tous les vices du consentement. L'erreur pour en revenir à elle doit avoir été déterminante du consentement de la partie qui se trompe .En l'espèce cela ne soulevait pas de difficultés particulières, mais cette erreur doit aussi être excusable et c'est

cette dernière exigence qui explique la censure de l‘arrêt d‘appel de la cour d‘appel. Mr R dans son curriculum vitae n‘avait pas effectivement précisé que la société pour la qu‘elle il travaillait ultérieurement avait été mise en liquidation des biens ; mais il avait mentionné le nom de celui ci. Dès lors on ne pouvait l‘accuser de réticences dolosives et il était loisible de son nouvel employeur de se renseigner sur les antécédents de celui qu‘elle embauchait, ce qu‘elle n‘a pas fait .Cette mission, ce manque de précaution élémentaire peut être qualifié de fautif .Or c‘est bien ce qu‘affirme la chambre sociale dans cette décision : l‘erreur n‘est cause de nullité que dans la mesure où elle est excusable, ici elle était inexcusable.

2ème catégorie de vice de consentement après l‘erreur sur la violence.

E.3. La violence

La violence peut se définir comme le fait d‘extorquer à une personne son consentement à un acte par le moyen de la crainte qu‘on lui inspire.

Contrairement à la victime de l‘erreur, la victime de la violence ne s‘est pas trompé, elle a conclu en sachant ce qu‘elle faisait, mais elle a conclu sans agir librement, elle a agit sous l‘empire d‘une crainte, elle s‘est résolue à contracter pour échapper à un mal plus grave qui la menace au cas où elle refuserait de s‘engager, le vice ici ne réside pas dans la violence en soi mais dans la crainte que la violence inspire.

A Rome : Le fait d‘inspirer à une personne un sentiment de crainte dans la conclusion d‘un contrat était considéré comme un délit.

Le Code civil : N‘a pas tout à fait la même conception, même si certaines conséquences se rattachent encore à ce caractère délictuel .Le Code pénal réprime les extorsions, les chantages et le code civil aussi marque par cette idée de délit et qui inspire et qui est à l‘origine du vice de la violence. Cette violence, il faut en décrire les éléments et il faut s‘interroger aussi sur son origine.

1) Les éléments constitutifs

S‘agissant des éléments constitutifs, on peut dégager ses éléments constitutifs en se fondant sur les textes, les textes du Code civil.

La violence suppose d‘abord qu‘il y ait une menace :

E.3.a. La menace

La violence exige la menace d‘un mal, d‘un mal présent, c‘est dans ces termes que s‘exprime l‘art 1112 Code civil[4] ; en réalité, le mal est nécessairement un mal futur, ce qui est présent c‘est la crainte inspirée par la violence. La menace peut concerner la personne elle même, la personne physique, sa vie, sa santé, sa personnalité morale, son honneur, sa réputation, ses sentiments. Mais la menace peut également concerner les biens de la personne, sa fortune. On menace une personne de révocation si cette personne ne fait pas tel acte, ou si cette personne ne signe pas reconnaissance de dette. On menace une personne d‘un refus de permis de construire pour obtenir une renonciation à une indemnité d‘expropriation. La menace peut donc porter sur la personne ou sur ses biens, mais de quelle personne s‘agit – t‘il ? Et de quel bien s‘agit – t‘il ? Le plus souvent il s‘agit de la personne, de la victime elle même, et des biens de la victime elle-même. Il peut arriver que la crainte d‘un mal d‘une personne proche puisse il forcer le consentement du cocontractant.

L‘article 1113 du code civil [5]l‘a bien compris, la violence est une cause de nullité non seulement lorsqu‘elle est exercée sur la partie contractante, mais encore lorsqu‘elle l‘a été sur son époux ou son épouse ou les descendant ou sur les ascendants.

Le texte pose une présomption, présomption que la crainte d‘un mal menaçant ses personnes proches, chers, a déterminer le consentement du contrat cette présomption est simple, cette présomption est d‘abord limitée, donc il faut une menace qui menace les proches du cocontractant

Cette menace ensuite doit être impressionnante.

Article 1112 du code civil[6] parle d‘une menace d‘un mal considérable, on veut dire par là que la crainte doit avoir été assez grave pour déterminer le consentement. En son absence la victime n‘aurait pas consenti. Et comment apprécier l‘intensité de cette menace. Les textes sont peut être contradictoires**,** le 1er alinéa de l‘article 1112 du code civil se prononce plutôt pour une appréciation abstraite une appréciation **In abstracto.** On apprécie ce mal considérable par référence à un homme qui est moyennement impressionnable un bon père de famille.

Le second alinéa de l‘article 1112 du code civil suppose que l‘appréciation se fasse d‘une manière plus concrète par référence au contractant lui même en tenant compte de son âge, de sa condition, de son sexe.

La jurisprudence retient peut être davantage la seconde analyse et se prononce par conséquent en faveur d‘une appréciation **In concreto** par référence en contractant lui même ses qualités personnelles. On recherche dans chaque espèce, c‘est si la volonté de la victime a été entraînée par la violence. L‘appréciation se fait cas par cas, tout dépend des individus tous dépend des circonstances.

La menace enfin, doit être illégitime.

XMenace illégitime.

La violence ne vicie le contrat que si elle présente un caractère illégitime. On retrouve ici l'origine de la violence. La violence ne l'oublions pas était un délit, cette règle a été maintenu même, si elle est peu compatible avec l'idée selon laquelle la violence est un vice du consentement.

L'article 1114 du code civil[7] indique que la seule crainte révérencielle envers le père, la mère, ou un autre ascendant, ne suffit pas pour annuler le contrat. On en déduit que la violence morale des ascendants sur les descendants n'est pas suffisante pour entraîner l'annulation du contrat. Ceci, par ce que cette violence est considérée comme légitime. Il peut y avoir une crainte, une crainte déterminante. On mon père ou a ma mère pour éviter tel malédiction, mais cette crainte résulte de l'exercice d'une autorité morale considéré comme légitime.

La jurisprudence s'est inspirée de ce texte l'article 1114du code civil et on a généralisé la solution. La violence en tant que vice de consentement doit présenter un caractère illégitime qui est souvent difficile à déterminer.

Ce caractère illégitime peut résulter des moyens qui ont été utilisés, il peut également résulter des moyens qui ont été utilisés et peut également résulter du but que l'on poursuit. La menace de l'emploi d'une voie de droit peut devenir une violence s'il y a un abus dans cette voie de droit. La voie de droit elle-même n'est pas un acte illégitime, on peut lancer un procès, une assignation, mais il se peut que cette voie de droit est utilisée d'une manière illégitime. On fait un usage excessif, on détourne cette voie de droit de son propre but. Jusqu'e là, la violence est une violence illégitime.

Supposons par exemple que le gérant d'un super marché surprenne quelqu'un entrain de voler, un paquet de biscuit et lui demande de verser immédiatement une somme de 10 000 fr sous menace de porter plainte de déposer une plainte pour vol. Le fait de déposer une plainte pour vol dans ce genre de circonstance n'est pas illégitime, et le fait de demander10 000fr est sans doute excessif, l'indemnité si réclamée est de beaucoup supérieure au préjudice subie. Donc on peut considéré qu'il y a violence dans le contrat conclu, le fait d'avoir perçu 10 000fr dans ce genre de circonstance est un contrat nul faute de violence. Ici on sanctionne surtout la faute commise par l'auteur de la violence, on cherche d'une certaine manière à assurer l'équité dans le contrat.

Ce souci transpire également dans l'a détermination dans l'origine de la violence.

E.3.b. L'origine de la violence

S‘agissant de l‘origine de la violence, on peut dire sans aucun doute que pour que la violence entraîne la nullité du contrat, il importe peu que cette violence soit l‘oeuvre de l‘une des parties ou d‘un tiers mais on peut se demander si la violence peut résulter d‘évènements extérieurs ?

Est ce que la menace peut être une menace qui provient des circonstances ?

La question est discutée, **la jurisprudence** finalement dans les décision les plus récents à pu considéré que l‘état de nécessité pouvait justifier une violence et que dans ces conditions la violence pourrait résulter d‘évènements extérieurs aux parties, on s‘empare des évènement pour passer un contrat, pour faire conclure un contrat pour imposer un contrat et qui est déséquilibré, et qui est draconien. On considéré aujourd‘hui on pu considéré en tout cas dans certaine décisions que ce contrat doit être annulé pour cause de violence.

On voit à travers ses idées, la jurisprudence essaye d‘assurer l‘équité dans le contrat, essaye d‘assurer une certaine morale dans le contrat. Cette idée se retrouve partiellement lorsqu‘il s‘agit d‘apprécier le 3ème vice du consentement qui est le dol.

E.4. Le dol

Le dol est un vice du consentement régit par l‘article 1116 du code civil [8], le dol consiste dans le fait de conduire quelqu‘un à contracter par tromperie, consiste dans le fait d‘utiliser une manœuvre pour conclure un contrat pour persuader quelqu‘un de conclure le contrat. Il y a un manœuvre qui est utilisée et qui vise à surprendre le consentement du cocontractant. Le dol dont nous parlons est le dol dans la formation du contrat, au moment de la conclusion du contrat, et ce faisant ce dol se distingue d‘un autre dol qui est le dol dans l‘exécution du contrat. Une partie peut d‘une manière délibéré violer ses obligation. Une fois que le contrat était conclu, le dol dans l‘exécution du contrat entraîne des conséquences différentes du dol dans la formation.

Le dol dans la formation est sanctionné par la nullité, le dol dans l‘exécution sera sanctionné par la responsabilité et parfois par des déchéances. A travers le dol dans la formation, le droit sanctionne l‘erreur qui a pu naître dans l‘esprit du contractant et qui en est victime. Autrement dit l‘erreur commise ici par la victime du dol n‘est pas une erreur spontanée, mais une erreur provoqué par ses manœuvres.

Le droit positif sanctionne également à travers le Dol, la faute qui a pu être commise par son auteur.

On peut dire que, et on a dit très justement que le droit sanctionnait ici l‘atteinte à la bonne foi du contractuelle, cela permet de comprendre que seul le dol du cocontractant est sanctionné par la nullité, le dol n‘est considéré que s‘il émane des parties au contrat par ce qu‘il y a une violation de la bonne foi contractuelle dans ce genre de situation, une partie au contrat manque à son obligation de bonne foi, lorsqu‘elle commet des manœuvres pour tromper le cocontractant. Si le dol émane d‘un tiers, d‘un tiers au contrat, ce dol ne peut pas être pris en considération par ce qu‘il n‘y a pas manquement à la bonne foi contractuelle. Aucune faute

ne peut être reproché à l'un des cocontractants, le dol du tiers ne peut être sanctionné, que par le jeu des règles de la responsabilité délictuelle. Le dol repose donc sur des manœuvres qui ont été accompli pour surprendre un consentant, de qu'elle manœuvre s'agit il et quel sont les effets de ses manœuvre ? S'agissant tout d'abord de manœuvre dolosives.

E.4.a. Les manœuvres dolosives

Le code civil emploi le terme manœuvre ce qui évoque l'idée d'actes accomplis en vue de tromper le cocontractant, l'idée d'artifice de mise en scène, d'escroquerie, de simulation, c'est:

Le garagiste qui truque le compteur de la voiture, qu'il cherche à vendre, c'est le propriétaire d'une maison qu'il cherche à louer, qu'il vante les mérites de sa villa, qu'il présente comme étant au bord de la mer, alors que la villa en est très éloignée.

Il y a le dol des manoeuvres qui sont répréhensibles et peu importe la forme des manœuvres. La manœuvre répréhensible est toute manœuvre employée pour amener le cocontractant à conclure. Alors, certaines manœuvres sont tolérables, certains mensonges sont acceptables.

Le droit positif a conservé une distinction intéressante issue du droit romain, distinction entre le dolus malus : le mauvais dol et le dolus bonus, autrement dit il y a de bon dols, il y a des manœuvres qui ne sont pas constitutifs de dol : le fait d'exagérer un peu sur les qualités de la marchandise qu'en vend ; le fait de faire une publicité un peu excessive. Dans ce genre de circonstance il y a un bon dol, il n'y a pas de manœuvres qui soient véritablement répréhensibles. Toutefois **la jurisprudence** la plus récente est assez réservée vis-à-vis de cette distinction, et **la jurisprudence** a tendance a élargir la notion de dolus malus au détriment naturellement de la notion de dolus bonus, et il faut tenir compte bien entendu de toute la réglementation sur la publicité trompeuse ou inexacte. Peut importe en tout cas la forme de la manœuvre répréhensible. Les manœuvres peuvent consister dans une action, comme dans une abstention, le dol peut être commis par commission : mensonges, ruses, encore par omission, le dol résulte alors d'une abstention : on ne renseigne pas le cocontractant sur tel ou tel élément. Le dol résulte alors d'une réticence, résulte du fait de taire certaines informations qui sont intéressante pour le cocontractant. Le dol résulte alors du silence. Et encore faut-il que cette réticence ait été faite de manière volontaire. Autrement dit, si la réticence dolosive n'est pas empreinte d'une intention de tromper le cocontractant, d'une intention de nuire, la réticence dolosive n'est pas considérée comme pouvant entraîner la nullité du contrat. **La jurisprudence** la plus récente est dans ce sens.

On peut citer une arrêt du 12 novembre 1987, la cour d'appel ne caractérise pas la faute dolosive qu'elle sanctionne, dés lors qu'elle ne recherche pas si le défaut d'information a été fait intentionnellement pour tromper le contractant et le déterminer a conclure la vente. Il faut que cette réticence soit intentionnelle pour qu'elle puisse entraîner l'annulation du contrat.

E.4.b. Les effets de ses manœuvres dolosives :

Le dol commis par un contractant a pour effet de vicier le consentement, parce que le dol peut provoquer une erreur, mais également parce que le dol est une attitude contraire à la notion de contrat. Le plus souvent, le dol engendre une erreur, le dol provoque chez celui qui en est victime une fausse représentation de la réalité. Le dol induit en erreur. La victime de ses manœuvres a contracté sous l'empire d'une erreur, son consentement est vicié, par conséquent le contrat est annulé. Encore faut-il naturellement que cette erreur présente un caractère déterminant. Cela dit, le dol est susceptible d'être prouvé beaucoup plus facilement que la simple erreur. Parce que le dol repose sur des faits extérieurs, repose sur ses manœuvres. Et le dol ne suppose pas nécessairement une recherche psychologique a la différence de ce qui se passe lorsque l'erreur est une erreur purement spontanée. Il se peut que le dol n'engendre pas une erreur, on peut se demander alors, si le dol peut être sanctionné ?

Supposant une personne, d'un certain âge qui se fasse chambrer si j'ose dire par une autre personne. La vielle dame a de la fortune, tous les jours une personne vient la voir pour essayer d'obtenir sinon les faveurs de la vielle dame au moins la conclusion d'un contrat portant sur tel ou tel de ses biens dans les conditions naturellement avantageuses. Et la personne, la vielle dame, finit par céder, cède justement par lassitude, elle lâche son consentement, elle est énervée, elle en a assez et elle consent, et elle consent en connaissance de cause.

Est-ce que le contrat qu'elle a passé dans ses conditions peut être remis en cause ? Il n'y a pas d'erreur, il n'y a pas d'erreur spontanée, elle a agit en connaissance de cause, il n'y a pas d'erreur provoquée non plus, elle sait ce qu'elle fait. Il n'y a pas eu de violence, il n'y a pas eu de menace illégitime. La personne a fini par céder ; c'est la lassitude qui a entraînée son consentement. Y a-t-il dol ?

La jurisprudence a pu l'admettre, la cour d'appel de COLMAR dans une décision du 30 janvier 1970 a pu l'admettre. Le fait de chambrer une personne âgée peut être regardé comme une manœuvre dolosive, surtout lorsque la longueur exceptionnelle de la discussion qui s'est déroulée avant la passation de l'acte litigieux laisse supposer une résistance qui a fini par fléchir en raison de la lassitude. Alors cette décision de la cour d'appel de COLMAR laisse entendre que le dol n'est pas forcément lié à l'erreur, et que le **droit positif** sanctionne a travers le dol le manquement à la bonne foi contractuelle. Le dol enlève sa liberté au consentement, même s'il n'entraîne pas une erreur. Le dol devient un moyen d'annuler le contrat, chaque fois que des procédés malhonnêtes ont été utilisés. Alors cela dit, cet arrêt de la cour d'appel de CLMAR, si intéressant soit il est un arrêt qui est isolé, et la cour de cassation dans plusieurs arrêts, dans plusieurs décisions ne s'est pas engagée dans cette voie. Ceci parce que la cour de cassation considère que il ne faut pas remettre en cause trop facilement le contrat, qu'il faut peut être assurer davantage la sécurité des transactions que d'assurer la protection des cocontractants.

Mais, cela dit ce qui vaut pour la théorie des vices du consentement ne vaut peut être pas pour les théories plus modernes qui ont été dégagées ses dernières années, et qui laissent une place importante aux obligations de renseignement, aux facultés de réflexions, aux délais de repentir, toutes dispositions qui était encadrée plus récemment par le code de la consommation.

CD4
L’objet et la cause dans le contrat

1-L’objet du contrat, l’objet de l’obligation (l’existence de la chose)

2- la détermination de la chose

3-La détermination du prix

4-La chose doit être dans le commerce

5-l’objet des obligations de faire et de ne pas faire

6-L’objet du contrat (ordre public)

7- L’objet du contrat (la lésion)

8- La théorie de la cause

9- La cause de l’obligation

10- La cause du contrat.

A. L‘objet

Nous reprenons le fil de nos observations sur les conditions de formation du contrat. Nous avons étudié jusqu‘à présent cette **1ère condition** qui tient au consentement. On ne peut pas concevoir un contrat sans que les parties aient manifestées leurs intentions de contracter. Contracter c‘est d‘abord vouloir. Nous avons vu que ce consentement devait exister et que ce consentement devait présenter un certain nombre de qualité, spécialement le consentement doit être intègre c'est-à-dire exempt de vices. Le consentement s‘il est donné à la suite d‘une erreur, d‘une violence ou d‘un dol est un consentement impur et par conséquent le contrat conclu dans ces conditions mérité d‘être remis en cause et plus précisément mérite d‘être annulé.

La seconde condition qu‘il faut respecter pour que le contrat soit valablement conclu, tient à la capacité des parties.

Les parties doivent être capables pour s‘engager dans une opération contractuelle. Ce thème de la capacité est un thème connu, il renvoie à des considérations qui ont été étudié principalement dans le cadre du droit des personne. C‘est la raison pour laquelle on peut dans le cadre de ce cours ne pas y revenir. Je voudrais développer **les autres conditions** de formation du contrat qui ont trait à **l’objet** et qui ont trait à **la cause**.

Quelques développements d‘abord sur l‘objet sur ce qu‘il est convenu d‘appeler la théorie de l‘objet.

Le code civil se réfère tantôt à l‘objet du contrat tantôt à l‘objet de l‘obligation. Cette terminologie n‘est pas toujours très heureuse et appelle en tout cas un certain nombre de précisions.

On peut dire dans un certain sens que le contrat n‘a pas d‘objet, et que le contrat n‘a que des effets. L‘objet du contrat est de créer des obligations, de faire naître des obligations. Dans un contrat de vente, le vendeur à l‘obligation de livrer la chose et l‘acquéreur à l‘obligation de payer le prix, et ces obligations sont postulées par le contrat lui- même, mais les obligations elles-mêmes ont un objet, l‘objet de l‘obligation c‘est ceux à quoi les parties s‘obligent. Les parties s‘obligent à donner, à livrer une marchandise, à faire quelque chose, à payer un prix, ces objets ce sont les prestations qui recouvrent les obligations des parties. C‘est la raison pour laquelle on ne devrait parler que de l‘objet de l‘obligation, donner ; faire ou ne pas faire quelque chose, et de l‘objet de la prestation, livrer une marchandise, payer un prix particulier. Il reste toutefois que l‘on peut tout de même reconnaître une valeur à la notion d‘objet même du contrat. IL faut comprendre par objet du contrat l‘opération juridique voulue par les parties, le résultat voulu par les parties : faire une vente, faire un louage, l‘objet du contrat est alors l‘objectif poursuivi par les parties, c‘est l‘objet de l‘obligation principale qui découle du contrat, qui façonne cette opération juridique voulue par les parties, c‘est en d‘autres termes la prestation caractéristique du contrat.

Nous développerons dans ces conditions l‘objet de l‘obligation et nous développerons ensuite l‘objet du contrat.

D‘abord l‘objet de l‘obligation.

A.1. L‘objet de l‘obligation

L‘objet de l‘obligation c‘est une prestation, c‘est donner quelque chose, c _est faire quelques chose ou ne pas faire quelque chose, et c‘est bien de cette manière que le **code civil** conçoit l‘objet de l‘obligation.

1ère catégorie d‘obligation :

Ce sont les obligations de donner ;

Autre catégorie d‘obligations :

Ce sont les obligations de faire ou de ne pas faire ;

D‘abord les obligations de donner.

A.2. L‘obligation de donner

Les contrats qui portent sur les biens, les contrats qui sont relatifs aux biens entraînent cette obligation qui consiste à donner quelque chose, donner quelque chose au sens de darer (latin) qui signifie transférer la propriété.

Alors, le contrat lui –même relatif aux biens comporte cette obligation de donner, fait naître cette obligation de donner, et cette obligation de donner porte sur une chose déterminée. Cette obligation de donner à un objet, qui concerne la chose même.

Alors quelles sont les qualités qui sont requises de cette chose, cette chose doit exister, cette chose doit être déterminé ou déterminable et cette chose doit être dans le commerce.

D‘abord,

B. La détermination de la chose

La chose doit exister

La chose qui fait l‘objet de la prestation doit exister. Si la chose a disparu au moment de la conclusion du contrat, il est évident qu‘on ne peut pas conclure le contrat. On ne peut pas vendre une, une marchandise qui a disparu, c‘est ce que prévoit expressément d‘ailleurs l‘art

1601 code civil[9] si au moment de la vente la chose vendue était périe en totalité, la vente est frappée de nullité. Cela dit, il n'est pas nécessaire que la chose, objet de la prestation, objet de cette obligation de donner, soit existante au moment de la conclusion du contrat. La chose si j'ose dire peut être en gestation ; le contrat porte alors sur une chose future, **le code civil** admet parfaitement ce type de convention puisque dans l'art 1130 code civil [10] il est indiqué que les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. Alors il est nécessaire néanmoins que cette chose existe un jour, du moins il est nécessaire que cette chose puisse exister, on a parlé de chose en germe. Il faut que cette chose en germe puisse se développer pour que le contrat porte effectivement sur quelque chose de déterminé, sur quelque chose de consistant. Alors la **jurisprudence** s'est prononcée à plusieurs reprises sur ce type de problème. Peut –on vendre un immeuble qui est à construire ? l'immeuble n'existe pas au moment de la conclusion du contrat, mais l'immeuble reste un projet, l'immeuble est à construire.

La jurisprudence, à admis ce type de contrat et ce type de contrat est aujourd'hui règlementé par un certains nombre de textes, la vente d'immeubles à construire est une opération très fréquente et qui a donné lieu à une législation très protectrice des intérêts et des acquéreurs d'ailleurs. Le problème se pose aussi pour la vente d'une chose à fabriquer on passe une commande en vu de faire fabriquer un meuble par exemple. On passe une commande auprès d'un ébéniste, on lui demande de réaliser tel ou tel meuble, une cuisine ou que sais je encore,

Est ce que le contrat est valable ? La chose n'existe pas au moment de la passation de la commande ; la chose est future.

Mais néanmoins, la chose sera réalisée et le contrat est parfaitement concevable. Alors, on imagine néanmoins qu'un certain nombre de problèmes se posent, parce que si la chose n'est pas encore existante, le contrat peut être conclu, mais le contrat est subordonné tout de même à la réalisation de la chose. Si la chose n'arrive pas à l'existence, le contrat ne sera pas formé, le contrat n'aura pas d'effets juridiques. Alors on peut penser que ce type de contrat est un contrat affecté d'une condition, laquelle condition repose sur la réalisation de la chose. Peut-on acheter le coup de filet du pêcheur ?

On se présente sur le port, sur le vieux port de Marseille, on demande a un pêcheur de ramener dans ses filets du poisson, et on lui propose d'acheter tous ces poissons qu'il pourrait ramener au moment où le contrat est conclu, ou le coups de mains est donné, la poignée de main est donnée plus exactement, les poissons ne sont pas là.

Est ce que le contrat est valablement conclu,Alors le contrat est parfaitement concevable mais il se peut que le pêcheur ne ramène rien dans ses filets, la pêche est mauvaise, le temps est gros et le pêcheur ne ramène rien. Est ce que néanmoins le pêcheur pourra demander une rémunération pour le gasoil qu'il a pu dépenser, pour l'énergie qu'il a pu perdre, pour le temps qu'il a perdu en mer, est ce que le contrat est concevable ?

Et bien ce contrat est parfaitement valable, ayant entendu que le contrat est me semble t- il davantage un contrat aléatoire, ne porte pas sur la chose, sur les poissons, il porte plutôt sur une chance. La chance que le pêcheur ramène dans ses filets des poissons. La vente est par

conséquent est parfaitement admissible, mais c'est une vente qui est conclu aux risques et périls de l'acquéreur. On vend, non pas une chose, mais on vend peut être ici un espoir.

Alors on voit immédiatement la différence qui peut y avoir entre la vente d'une chose à fabriquer, cette chose à fabriquer sera réalisée et la vente du coup de filet du pécheur, la vente est ici aléatoire, néanmoins le contrat est parfaitement concevable.

Donc :

1ère condition concernant cette chose, objet de l'obligation de donner, cette chose doit exister,

Ensuite cette chose doit être déterminée, plusieurs **textes du code civil** font référence a cette détermination de la chose a propos des obligations de donner, c'est ainsi que l'article 1129 du code civil[11], nous indique que l'obligation doit avoir pour objet une chose au moins déterminé quant a son espèce, c'est une exigence juridique qui traduit certainement une règle de bon sens ; on ne peux pas contracter sur de l'inconsistant, on ne peux pas contracter sur du vent, il faut savoir à quoi on s'engage. On a toujours donné une interprétation raisonnable à ce type d'exigence, parce que les choses peuvent être simplement déterminable et non pas déterminées.

Quelques observations générales avant de s'arrêter sur une question plus particulière qui concerne la détermination du prix.

B.1.a. Considérations générales sur la détermination de l'objet : corps certain et chose du genre

A propos de ses obligations de donner, l'obligation de donner peut porter sur ce que l'on appelle un corps certain ou sur une chose de genre, le corps certain est une chose qui est considérée dans son individualité est une chose unique, une chose qui n'est pas interchangeable. La Jeconde est un corps certain, on peut parfaitement concevoir un contrat de vente portant sur un corps certain, la chose est bien déterminée.

La chose de genre, en revanche existe en un infini d'exemplaires, la chose est fongible, la chose est interchangeable, elle se pèse, elle se mesure, le beurre, le lait, le blé, l'argent sont des choses fongibles. Est-ce que le contrat peut avoir pour objet une chose de genre ? Alors la solution est parfaitement aujourd'hui admise est étant entendu, qu'il faut distinguer deux types de problèmes, si l'on s'interroge d'abord sur les questions de validité même du contrat,

il est nécessaire que cette chose soit au minimum déterminable, une chose qui est absolument indéterminée ne peut pas former l'objet de l'obligation de donner.

Supposer qu'un vendeur s'engage à vendre du blé, le vendeur s'engagerait d'une manière qui est très inconsistante, puisque le vendeur pourrait alors livrer un seul grain de blé, donc il est nécessaire de déterminer davantage l'objet de son obligation, sans qu'un taux de blé de bosse, du blé pour nourrir x personnes,

Donc il est nécessaire de déterminer ou de rendre déterminée cette chose de genre, pour que cette chose de genre ait une consistance, et pour éviter que le débiteur ne puisse se libérer en livrant si j'ose dire n'importe quoi. Donc s'agissant de déterminer la validité même du contrat, la chose de genre peut former l'objet de l'obligation de donner, mais encore faut il que cette chose soit déterminable et présente certains contours. S'agissant de problèmes du transfert de propriété qui est un problème différent, on s'interroge sur la question de savoir a partir de quand l'acquéreur dans un contrat de vente devient propriétaire, lorsque la vente porte sur une chose de genre, la chose n'est pas déterminée, la chose est une chose fongible, le transfert de propriété ne peut pas s'opérer tant que cette chose n'est pas déterminée. Autrement dit, pour que le transfert de propriété s'opère, il faudra procéder à l'individualisation de cette chose de genre. A partir du moment où la chose de genre est individualisée ; à partir du moment où la chose est spécifiée ; le transfert de propriété s'opère et l'acquéreur devient propriétaire de la chose, mais tant que cette chose n'est pas individualisée, le vendeur reste propriétaire de cette chose et supporte aussi tous les risques afférant à la disparition de cette chose. Voilà ce que l'on pouvait dire d'une manière générale quant à la détermination de la chose qui forme l'objet de l'obligation de donner. Cette chose doit être déterminée ou déterminable.

B.1.b. Qu'en est –il lorsque la chose objet de l'obligation est un prix ?

Un problème plus particulier, c'est posé à propos de l'obligation de payer le prix. On est toujours dans le cadre des obligations de donner, dans le cadre du contrat de vente. Il faut livrer une chose, et en contre partie, payer un prix. Est ce que ce prix qui forme ici l'objet de l'obligation de l'acquéreur doit être fixé ? Alors d'une manière générale, on exige que ce prix soit déterminé ou déterminable, à défaut, le contrat est frappé de nullité ; alors cette solution a été dégagée à propos de la vente.

La jurisprudence étant fondée sur le texte de l'art 1591[12]code civil. Mais cette **jurisprudence** a était progressivement généralisée à tous les contrats de distribution, à la plupart des contrats de distribution, a plupart des contrats de fourniture dans lesquels on s'engage à donner quelque chose. Alors si le prix est déterminé au moment de la conclusion du contrat aucune difficulté ne se pose, le contrat est parfaitement valable mais si l'on s'engage pour un certain temps, pour une certaine durée, il est difficile de déterminer avec précision le prix de la prestation. Le prix est fonction d'un certain nombre de variables, le prix peut dépendre de la conjoncture, c'est la raison pour laquelle les professionnels ont du mal à déterminer le prix et laisse ce prix entouré d'un certain flou. Alors **la jurisprudence**

est intervenue pour fixer un certains nombres de directives, **la jurisprudence** considère que le prix peut rester indéterminé mais que en toute hypothèse, le prix doit être déterminable et en tout cas déterminable objectivement. Alors, par conséquent, on peut laisser indéterminé le prix et faire référence à des paramètres extérieurs pour que le prix soit déterminé à partir de ces paramètres extérieurs. Supposons que dans un contrat de concession, dans un contrat de fourniture, on indique que le prix est le prix du marché.

Un brasseur, la société CRONOMBOURG s'engage à livrer X quantité de bière à un débitant ; et il est prévu que le prix sera le prix du marché de la bière dans la ville de Paris et que on pourra réclamer ce prix.

C. La détermination du prix

Est ce que le prix est déterminable ? Le prix est déterminable, parce qu'il dépend du marché de la bière,

Mais est ce que ce mode de détermination du prix est valable ? Le prix peut rester donc simplement déterminable mais encore faut il que cette déterminabilité du prix se fasse d'une manière objective.

Alors comment apprécier cette condition ?

Reprenons notre exemple, si la société CRONOMBOUG a le monopole de la livraison de la bière dans la ville de Paris. Le marché dépend d'une seule société, le marché est un marché monopolistique et par conséquent, le prix sera fixé unilatéralement par la société CRONOMBOURG, le prix n'est fixé pas objectivement, puisqu'il n' y a qu'une seule société qui domine le marché de la bière. C'est elle qui va fixer ses prix, ce mode de détermination n'est pas objectif, et par conséquent le contrat peut être remis en cause pour indétermination du prix. Si en revanche sur le marché de la bière, il y a plusieurs gros brasseurs qui se présentent, plusieurs sociétés qui se présentent, le prix sera déterminé tout à fait objectivement.

Le prix peut encore être stipulé par référence à une offre concurrente, le vendeur s'engage à vendre le bien à l'acquéreur à tel prix, tout en précisant que si celui ci trouve le même biens à un prix inférieur à celui qu'il pratique il s'engage à s'aligner sur le prix proposé par le concurrent. Encore une fois, il faut qu'il y ait une concurrence effective sur le marché, pour que ce mode de détermination du prix soit licite.

Enfin le prix peut être fonction de la rentabilité de la chose, le prix de la vente d'un fond de commerce sera fonction du chiffre d'affaires réalisé par l'acquéreur, ce mode de détermination est généralement considéré par **la jurisprudence** comme non objectif car c'est

Il est nécessaire que la chose existe ;

Il est nécessaire que la chose soit déterminée,

Il est nécessaire enfin que la chose soit dans le commerce.

L'article 1128 [14]du code civil, précise qu'il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions. Par commerce, on entend ici les opérations juridiques, les transactions, et non pas les seules opérations commerciales. La chose doit être dans le commerce, par conséquent si la chose n'est pas dans le commerce juridique, cette chose est illicite et par conséquent le contrat peut être remis en cause, le contrat peut être annulé.

Alors quelles sont ces choses qui ne sont pas dans le commerce, ces choses illicites ?

Il y a un certain nombre de choses qui sont sacrées : la personne humaine, les droits de la personnalité, peut être aussi les clientèles. Donc un contrat ne peut pas porter sur la personne humaine. On ne peut vendre certaines parties de son corps, les textes les plus récents, notamment les textes de 1994 ont consacré cette idée, ces idées selon laquelle le corps humain est hors du commerce juridique et ne peut pas en lui-même donner lieu à des opérations commerciales, des opérations juridiques. On peut être donner son sang ; mais si l'opération doit être nécessairement gratuite, elle ne s'accompagne d'aucune rémunération, sinon le contrat serait frappé de nullité.

De même le contrat médical, le contrat médical est à priori un contrat illicite parce qu'il porte sur le corps humain ; mais ce contrat médical peut être sauvé si j'ose dire, si son but est un but conforme aux données actuelles de la science, et permet d'assurer la guérison du malade. Donc la chose illicite c'est la chose qui représente certains tabous, la chose sacrée ; on ne peut concevoir des contrats portant sur ces choses. Il peut s'agir également de choses impures. On ne conçoit pas de vendre de la drogue, de vendre des animaux atteints de maladies contagieuses, la chose alors n'est pas dans le commerce juridique, le contrat qui porte sur ces choses est frappé de nullité. Il peut s'agir également de choses dangereuses, de choses qui sont de nature à porter atteinte à la sécurité des personnes. Ces choses dangereuses aujourd'hui ne peuvent donner lieu à des transactions juridiques, des textes nombreux sont intervenus en ce sens et notamment une loi de juillet 1983 dont les dispositions ont été reprises dans le code de la consommation.

Une question se pose aussi pour les clientèles, est ce que les clientèles sont susceptibles de transactions ? Aucune difficulté ne se pose pour les clientèles commerciales, on peut céder un fond de commerce, le fond de commerce étant constitué principalement par la clientèle, Peut on céder une clientèle civile ? Notamment une clientèle d'architectes, les clientèles d'avocats, les clientèles de médecins, les clientèles des professions libérales ? Et bien la clientèle en elle-même est insaisissable, la clientèle est une chose très particulière, elle ne peut pas en elle-même faire l'objet d'une transaction civile. On pourra peut être céder des supports de la clientèle, céder des fichiers, on pourra peut être se faire rémunérer, si l'on présente a son successeur la clientèle. Mais en soi la clientèle n'est pas susceptible de transaction, parce qu'elle est hors du commerce juridique encore une fois.

Donc, nous voyons que la chose, et qui forme l'objet de l'obligation de donner doit présenter certaines qualités :

Cette chose doit exister ;

Cette chose doit être déterminée ou déterminable ;

Cette chose enfin doit être dans le commerce ;

E. L‘obligation de faire et de ne pas faire

Deuxième catégories d‘obligations qui découlent des contrats se sont les obligations de faire et de ne pas faire ; ces obligations de faire et ne pas faire ont-elles mêmes des objets.

Quelles sont les qualités qui sont requises pour ses objets ?

Alors l‘objet de ses obligations de faire ou de ne pas faire :

- **Doit être possible ;**
- **Doit être déterminé ;**
- **Doit être licite ;**

On s‘engage dans un contrat, et au terme de ce contrat, on doit faire quelque chose ou ne pas faire quelque chose. Quelles sont les conditions requises vis-à-vis de ce quelque chose qui forme l‘objet de l‘obligation de faire ou de ne pas faire ?

1ère condition, 1ère exigence, elle concerne le caractère possible de cet objet :

Peut on s‘engager à toucher du doigt la lune ? Là l‘objet de cette obligation de faire est impossible, par conséquent le contrat n‘a pas de consistance, le contrat n‘a pas de raison d‘être. Donc c‘est une règle de bon sens qui mérite naturellement d‘être rappelé. Elle tient à la possibilité de cet objet.

Ensuite, deuxième condition, elle tient à la détermination de l’objet :

On s‘engage à faire quelque chose, mais ce quelque chose doit être déterminé aussi bien dans sa quantité que dans sa qualité.

On prend un taxi, le taxi doit faire une course ; la prestation, elle est peut être pas déterminée, mais elle est en tout cas déterminable, c‘est la course et la quantité précise sera déterminée une fois que le taxi a achevé son trajet. Et peut on s‘engager à faire un geste au profit d‘une société, au profit d‘une personne ? Le problème qui s‘est posé dans un arrêt de la cour de cassation, un arrêt du 28 février 1983 ; et un débiteur s‘était engagé vis-à-vis de son créancier

à faire un geste que le créancier a voulu rendre service ; faire un geste ; quelle est la consistance de cette obligation ? On a considéré ici que le contrat qui avait été conclu entre les parties, qui portaient sur cette prestation « faire un geste » ; devait être annulé parce que ce « faire un geste », ce « quelque chose » n'était pas déterminé, ni même déterminable ; et la cour de cassation rappelle a cet égard les dispositions de l'article 1129 du code civil, en vertu de l'article 1129 il faut pour la validité du contrat, pour l'obligation, ici l'obligation de faire ait pour objet une chose au moins déterminé quand à son espèce. Faire un geste n'est pas une chose déterminée, ni même déterminable. L'arrêt est intéressant puisqu'il s'agit d'un arrêt de cassation. L'objet donc de cette obligation de faire doit être possible, il doit être déterminé, ou déterminable et enfin il doit être licite.

Alors on retrouve cette condition qui découle de l'article 1128 du code civil, on peut se demander si, il est possible de faire quelque chose d'illicite, ou ne pas faire quelque chose d'illicite? Les textes sont là pour rappeler cette exigence pour interdire de s'engager dans ce type d'opération. Mais il n'est pas toujours très facile d'appliquer ces textes.

Est-ce que l'on peut s'engager dans une société, dans une société commerciale a voter nécessairement dans tel sens. Est-ce que les conventions de vote sont valables ? Est-ce que l'associé peut aliéner son droit de vote, si j'ose dire, et s'engager a voter toujours au profit des mêmes dirigeants ?

Ce n'est pas certain, parce que le droit de vote dépend de la personnalité même de l'associé, ce droit de vote est un droit individuel, il est difficile d'aliéner ce droit. Néanmoins, **la jurisprudence** aujourd'hui a pu admettre que les conventions de vote étaient valables dans la mesure ou ces conventions étaient justifiées par l'intérêt de la société. Donc a priori, les conventions de vote sont illicites, parce que l'on ne peut pas aliéner à ses prérogatives essentielles, le vote est libre, même dans une société commerciale, mais on peut concevoir certaines atténuations pour satisfaire certaines considérations et notamment certaines considérations sociales.

Peut on s'engager à ne pas travailler ? Est-ce que les clauses de non concurrence sont valables ?

On est embauché par une société et généralement le contrat de travail prévoit que si le salarié est licencié, et bien le salarié ne devra pas faire concurrence a son ancien employeur pendant un certain temps, donc, il s'engage a ne pas travailler pendant un certain temps. Est-ce que cette clause, est ce que cette stipulation, est ce que ce contrat est licite ? Alors **la jurisprudence** aujourd'hui, et **même les textes** admettent ce type de clauses de non concurrence, mais dans la mesure ou cette clause est limitée a la fois dans le temps et dans l'espace, et dans la mesure ou le salarié n'a pas abandonné définitivement cette possibilité de travailler, donc de gagner sa vie. Donc l'objet de l'obligation de faire doit être licite, conforme aux textes, conforme aux lois, mais parfois il est difficile d'appliquer cette exigence, il faut admettre semble t-il un certains nombres d'assouplissement.

Voilà pour cet objet de l'obligation, l'obligation a un objet, il faut donner, faire ou ne pas faire quelque chose et se donner, faire ou ne pas faire porte nécessairement une chose.

F. L‘objet du contrat

S‘agissant maintenant de l‘objet du contrat. L‘objet de l‘opération qui est prévue par les parties, le contrat doit avoir certaines qualités. On a parlé de civisme contractuel ; le contrat doit être conforme à l‘ordre public, le contrat doit être aussi d‘une certaine manière juste. Alors deux séries d‘observations.

1. D‘abord sur la licéité de l‘objet du contrat ;

2. Ensuite sur la valeur de l‘objet du contrat ;

F.1. La licéité de l‘objet du contrat : l‘ordre public et les bonnes mœurs

Pour ce qui est de la licéité de l‘objet, on s‘engage dans une opération contractuelle, cette opération doit être licite, et cette opération plus précisément doit être conforme à l‘ordre public. Cette notion d‘ordre public est une notion difficile et il y a certainement autant de définitions de l‘ordre public que d‘auteurs qui se sont penchés sur la matière. L‘ordre public, néanmoins peut être défini de manière générale comme le bon fonctionnement des institutions indispensables a la collectivité. Négativement, l‘ordre public est l‘anti-thèse de la liberté contractuelle, c‘est une limite à la liberté contractuelle. Dans un contrat on fait ce que l‘on veut, on détermine donc les opérations que l‘on souhaite, mais a condition que ses opérations ne soient pas illicites, a conditions que ses opérations soient conformes à l‘ordre public. L‘ordre public est déterminé par les textes d‘abord, il y a un certains nombres de lois, de lois impératives qui précisent que telles ou telles disposition est une disposition d‘ordre public, on ne peut pas porter atteinte a l‘ordre public qui est déterminé par des lois impératives, on doit respecter systématiquement ces textes. L‘ordre public peut être déterminé aussi, je dirai par les usages, par les bonnes manières qui restent tout de même présentes aussi bien dans la vie civile, d‘ailleurs que dans la vie des affaires. Il y a des règles, il y a des choses qui se font, il y a des choses qui ne se font pas. Donc il y a des choses, qui sont contraires à l‘ordre public, il y des choses qui sont conformes à l‘ordre public. Est-ce que l‘on peut par exemple concevoir par exemple un contrat par lequel on rémunère une personne qui se propose de présenter des enfants susceptibles d‘être adoptés ; il y a un intermédiaire ici qui propose ses services, et ses services consistent dans la présentation d‘enfants susceptibles d‘être adoptés. Est-ce que, ce type de contrat est admissible ? Est-ce que ce contrat est conforme à l‘ordre public ? Où est ce que ce contrat est contraire à l‘ordre public ? Il y a quelque chose d‘inadmissible dans ce contrat, parce que l‘intermédiaire ici trafique si j‘ose dire sur la personne humaine et surtout sur des enfants. Un arrêt d‘ailleurs de la cour de cassation de 1987, a pu considérer que ce type de contrat était totalement frappé de nullité, mais il n‘y a pas de textes là-dessus, c‘est simplement l‘usage et les conventions, c‘est la civilité si j‘ose dire qui détermine ce qu‘il faut entendre par ordre public. **La jurisprudence** aussi détermine cet ordre public, il y a un certain

nombre d‘arrêts qui considèrent que certaines dispositions sont des dispositions d‘ordre public auxquelles on ne peut pas porter atteinte ; donc cet ordre public qui est une notion assez fuyante, qui dépend de textes, qui dépend des usages, qui dépend aussi des opinions que les juges se font a un moment donné de ses bonnes manières, de ce qui est vital pour une société. Cela dit, cet ordre public est une limite à la liberté contractuelle, mais plus fondamentalement on peux se demander si l‘ordre public obéit a une certaine cohérence ; s‘agit il de protéger a travers cette notion d‘ordre public la société, uniquement la société ? L‘apparition **d’un ordre public dirigiste** dans le secteur économique a modifié certainement l‘appréciation que l‘on pouvait avoir de l‘ordre public ; et je crois que l‘on peut distinguer avec les auteurs d‘ailleurs **un ordre public de direction**, il s‘agit d‘orienter l‘économie, de contrôler les prix par exemple dans une économie pour éviter l‘inflation, de prendre des mesures qui sont impératives et cet ordre public de direction se distingue de **l’ordre public de protection**. Le législateur, le pouvoir public, le gouvernement prennent régulièrement des mesures pour protéger certaines catégories sociales qui sont considérés dans une situation de faiblesse ; ce sont les salariés, ce sont les locataires, ce sont les consommateurs ; et cette politique donc se traduit par un certain nombre de textes qui protègent les intérêts de ses consommateurs, de ces locataires, de ces personnes considérées comme dans un état de faiblesse économique. Alors, il y a donc plusieurs dispositions d‘ordre public, l‘ordre public de direction, l‘ordre public de protection, étant entendu aussi que des dispositions peuvent relever a la fois de l‘ordre public de protection et de l‘ordre public de direction. Cette distinction est importante, on la retrouvera lorsque nous étudierons le droit des nullités.

Alors cet ordre public, cet ordre public se rapproche d‘une certaine manière d‘une notion dont on a beaucoup parlé dans le courant du XXème siècle, ou vers la fin du XIXème siècle et début du XX ème siècle qui est **la notion de bonnes mœurs**. Le contrat doit être conforme aux bonnes mœurs ; alors cette notion a certainement moins d‘incidence aujourd‘hui qu‘elle n‘ait pu en avoir autrefois, parce qu‘on désigne par les bonnes mœurs essentiellement la morale sexuelle. Alors c‘est la raison pour laquelle un contrat de « streeptease » qui avait pu être considéré dans les années 1970 comme contraire a la morale, aujourd‘hui, me semble t il ne serai pas systématiquement remis en cause. En tout cas, si certains contrats sont passés pour favoriser certaines liaisons adultères, ces contrats seraient toujours considérés comme contraires aux bonnes moeurs et donc susceptibles d‘être annulés. Quelques décisions de la cour de cassation qui encore aujourd‘hui se prononcent sur ce type de problème. Mais, l‘on peut aussi parfaitement soutenir que la notion d‘ordre public recouvre aujourd‘hui cette notion de bonnes mœurs, et l‘ordre public serait a la fois un ordre public politique ; on veut contrôler, on veut défendre les colonnes de la cité, les grands équilibres de l‘état, de l‘état et des moteurs essentiels de l‘état. Il y aurai également un ordre public économique, ordre public de direction, de protection ; un ordre public social, de protection des locataires, des salariés, des consommateurs, et un ordre public, si l‘on peut dire un ordre public moral qui traduit les valeurs essentielles d‘une société. Alors bien entendu, il appartient au juge devant un contentieux particulier de déterminer ce que recouvre cet ordre public moral. En tout cas le contrat doit avoir un objet et qui est conforme a cet ordre public.

F.2. La valeur de l‘objet : problème de la lésion

On peut se demander si l'objet du contrat doit avoir une valeur, et plus précisément, s'il faut qu'il y ait dans un contrat une équivalence entre les prestations.

Quelques observations justement sur cette valeur de l'objet.

On se pose cette question de la valeur de l'objet pour se demander si le contrat doit être équilibré.

S'est posé le problème de la lésion.

Est-ce que les prestations des parties ; est ce que les obligations des parties doivent être équilibrées ?

Est-ce que l'on peut concevoir un contrat de vente dans lequel le prix est totalement dérisoire ?

Alors pour le **code civil, en droit positif**, la lésion n'est pas un vice du consentement, c'est un vice particulier, c'est une cause très particulière d'annulation des contrats, c'est ce que prévoit l'article 1118 [15]du code civil, la lésion ne vise pas ici les conventions que dans certains contrats ou a l'égard de certaines personnes. Alors les cas de lésion qui sont reconnues dans le code civil sont reconnus en matière de minorité, si le contrat passé par un mineur est lésionnaire, le mineur pourra demander la nullité de ce contrat, mais les dispositions ici sont très particulières, en dehors de ce cas de minorité, la lésion est admise dans deux principales hypothèses :

1. L'hypothèse du partage, si l'un des copartageant reçoit un lot d'une valeur inférieure de plus du quart a celui qui l'aurait dû normalement recevoir, si les évaluations ont été faites, si le copartageant étais lésé donc du plus du quart le copartageant pourra demander la nullité du partage pour cause de lésion. C'est ce que prévoit l'article 891 [16]du code civil,

2. De même en matière de vente d'immeubles, si le vendeur, et bien le vendeur a été lésé de plus du sept douzième, donc ne reçoit pas un prix qui correspond a cette valeur, le vendeur pourra demander la nullité du contrat. A condition d'agir dans des limites très précises, et de faire diligenter une expertise pour constater cette lésion et d'agir dans ce délai de deux ans.

Donc en matière de partage, la lésion est admise en tant que cause de nullité, s'il y a un déséquilibre dans le partage, dans une fraction bien déterminée dans le code civil, et en matière de vente d'immeuble si le vendeur est lésé de plus du 7/12ème, mais si l'acquéreur est lésé peu importe. L'acquéreur ne pourra pas demander la nullité du contrat pour déséquilibre. Alors ces cas qui sont prévus par le code civil sont limitatifs et la **jurisprudence** s'est toujours refusée à systématiser cette idée contenue dans le code civil, et admettre que la lésion en elle-même, c'est-à-dire le déséquilibre dans les prestations est une cause d'annulation. Alors le législateur est intervenu dans des cas particuliers, en matière de vente d'engrais par exemple, en matière de prêt à intérêts, en matière de contrats de cession de droits d'exploitations, mais ses interventions restent limités. Donc un contrat est valable, même si les prestations sont déséquilibrées, même si il n'y a pas d'équivalence entre ce que l'on fait et ce que l'on reçoit. La valeur de l'objet n'est pas une condition de validité du contrat. Toutefois, certaines brèches apparaissent, ça et là **en jurisprudence** et même dans des textes

plus récents, je pense notamment au texte sur la protection des consommateurs, puisque le législateur aujourd'hui permet au juge d'annuler, d'éliminer ce que l'on appelle **les clauses abusives** ; Alors les clause abusives, on aura l'occasion d'y revenir ce sont les clauses incluses dans les contrats professionnels des consommateurs, les clauses qui confèrent aux professionnels un avantage excessif, ils font imposer par un abus la puissance économique du professionnel et qui confèrent a ce professionnel un avantage excessif.

Alors qu'est ce qu'avantage excessif ?

C'est une notion qui est appréciée par la **jurisprudence**, par les juges, et on retrouve sous cette notion d'avantage excessif, certainement l'idée de lésion, donc de lésion subjective. Si une personne est victime d'un abus, si le professionnel ne retire de cet abus un avantage très important, un avantage excessif, et bien le consommateur est lésé, est subjectivement lésé, et par conséquent la clause qui lui impose un avantage excessif qui lui impose cette contrainte excessive plus exactement peut être remise en cause par le juge.

L'objet est une condition essentielle de la formation du contrat, cet objet concerne aussi bien l'objet de l'obligation : la chose qui forme l'objet de l'obligation de donner ou l'objet de l'obligation de faire ou de ne pas faire, et concerne également le projet contractuel, c'est-à-dire l'objet du contrat lui-même.

G. La théorie de la cause

Autre condition de formation de contrat, elle tient à la cause.

La théorie de la cause est une théorie très difficile, qu'il faut aborder avec prudence, mais me semble t-il avec des idées simples. Toute une évolution s'est produite en la matière.

Avant le code civil, on admettait que le contrat n'était valable que dans des cas bien déterminés. L'accord de volontés n'est juridiquement sanctionné que si cet accord répond à certaines conditions de formation.

En droit romain, il existe des contrats réels, les contrats formels et des contrats donc qui sont reconnus dans des cas déterminés. Et le droit sanctionne ses contrats, parce que les accords visent à réaliser des opérations qui sont bien déterminées. L'accord de volontés est obligatoire parce qu'il entre dans une catégorie prédéterminée. Donc la validité du contrat ne dépend pas de la volonté des parties, la validité du contrat dépend des rites qui ont été observés, des formes qui sont imposés par les pouvoirs publics. Donc, certains contrats sont obligatoires, et d'autres contrats ne sont pas obligatoires ; d'autres contrats, parce qu'ils ne répondent pas aux formes exigées ne sont pas obligatoires. Donc on fait un tri, entre les contrats obligatoires et

les contrats non obligatoires, et ce tri est fait en fonction de la forme. La forme et par conséquent est la justification du contrat.

Dans l'ancien droit, on a pu considérer que cette conception romaine étais trop restrictive et qu'il fallait donner force a des accords, même si ses accords ne répondaient pas, ne rentraient pas a des catégories déterminées. Donc il a fallut donner force à la volonté contractuelle. A cet accord, qui ne s'accompagne pas de rites, qui ne s'accompagne pas de forme. Mais encore fallait il que cet accord ait une justification, ait une cause, alors quelles est cette justification, quelle est cet élément qui peut faire que l'on admette que l'accord des parties en soi puisse entraîner des effets juridiques. Et bien c'est a partir de ce moment là qu'on a découvert la notion de cause, autrement dit la notion de cause s'est substitué à la notion de forme. Il a fallut trouver une justification à cet accord. Auparavant la forme était la justification, et bien, désormais, la cause est la justification.

Alors comment concevoir cette cause justement?

Plusieurs théories ont été proposées, toujours est-il que cette cause est conçue comme une condition de validité du contrat. La cause c'est plus précisément le but du contrat, le pourquoi, en vue duquel on contracte, c'est la justification ; on ne s'engage pas sans aucune raison, donc si cette raison est déterminée, si cette raison existe, l'accord de volontés est obligatoire, il y a une justification. Alors, il faut peut être, être plus précis. On voit justement ses précisions ont été apportées par la **jurisprudence**.

Après le code civil, toute **une jurisprudence** s'est développée pour mieux cerner cette théorie de la cause, cette jurisprudence est aujourd'hui affinée, et **le droit positif** distingue la cause de l'obligation de la cause du contrat.

La cause de l'obligation : la cause immédiate

La cause de l'obligation est conçue comme un instrument de protection des parties qui s'engagent. Le contrat fait naître des obligations, mais ces obligations doivent reposer sur une cause. Une obligation sans cause ne peut avoir aucun effet. Une obligation, plus précisément doit avoir une contrepartie, c'est une règle qui en droit positif, qui signifie que la cause doit exister ; une obligation qui découle d'un contrat doit avoir une justification, doit avoir une contrepartie, on parle de la cause de l'obligation, c'est la cause immédiate ; ce n'est pas le motif pour lequel on peut s'engager, ce n'est pas la raison précise pour laquelle on peut s'engager. C'est la cause de l'obligation.

Alors quelle est la portée de cette règle ?

On peut raisonner essentiellement sur les contrats synallagmatiques, c'est-à-dire les contrats qui comportent des obligations réciproques. Pourquoi le vendeur s'engage-t-il à livrer la

chose ? Et bien, c‘est que en contre partie, l‘acquéreur s‘engage à payer le prix. Donc il y a bien une interdépendance entre ses obligations. Donc s‘il n‘y a pas de prix, s‘il n‘y a pas d‘obligation de payer le prix, l‘obligation du vendeur de livrer la chose n‘a pas de justification, n‘a pas de raison d‘être, n‘a pas de cause. Donc c‘est cette idée qui est reprise dans les contrats synallagmatiques, la cause doit exister, elle est retenue au moment de la conclusion du contrat. C‘est une condition de validité ; donc si cette obligation de livrer n‘a pas de contrepartie, l‘obligation de livrer n‘a pas de cause, elle est frappée de nullité ; et inversement, si l‘obligation de l‘acquéreur de payer le prix n‘a pas de contrepartie, l‘obligation de l‘acquéreur n‘a pas de raison d‘être. Alors cette idée, très simple s‘est répandue dans d‘autres contrats, que le contrat de vente. Supposons qu‘une personne cède un brevet moyennant le versement d‘une rémunération importante, alors que le brevet ne présente aucune nouveauté. L‘idée formalisée dans le brevet est une idée tout a fait banale, le brevet n‘est pas neuf et tout le monde pourrait trouver cette idée. Néanmoins, un contrat était conclu, un contrat au terme duquel on cède ce brevet qui ne présente aucune nouveauté. Est-ce que l‘obligation de rémunérer le cédant à une cause, a-t-elle une contrepartie ? On achète quelque chose qui ne présente aucun intérêt. Et bien l‘obligation de payer n‘a pas de contrepartie, et par conséquent cette obligation est dépourvue de cause. Lorsque dans un contrat de bail, en s‘engage a verser un pas de porte pour pouvoir jouir de locaux, est ce que cette obligation qui consiste a verser ce qu‘on appelle le pas de porte, c'est-à-dire une rémunération supplémentaire ; est ce que cette obligation a une cause ? Le locataire va normalement payer ses loyers, il paye ses loyers, il verse ses loyers en contre partie il peut jouir de la chose ; mais est ce que, on peut demander a ce locataire de verser préalablement un pas de porte, quelle est la cause de ce pas de porte, la possibilité d‘accéder a un contrat de location ; mais y a-t-il véritablement une justification, y a-t-il véritablement une cause ? Alors on s‘est posé la question, et la **jurisprudence** a biaisée quelques peu en considérant que ce versement de ce pas de porte, ce versement de cette somme d‘argent était parfaitement causé, que le pas de porte représentais un loyer supplémentaire qui était exigé de la part du locataire. Donc il faut chaque fois dans un contrat synallagmatique se demander si les obligations ont une contre partie, ont une justification. Et cette théorie de la cause permet de contrôler les engagements des parties et permet de protéger les parties elles-mêmes. On ne s‘engage jamais sans aucune raison. Si cette raison objective n‘existe pas, et bien le contrat est annulé pour défaut de cause.

H. La cause du contrat : la cause médiate, motif impulsif et déterminant

Cette cause de l‘obligation doit être doublé par une autre analyse qui concerne la cause du contrat. La théorie de la cause a ce stade permet de contrôler, non pas la justification des obligations, mais permet de contrôler le motif ; le motif qui anime les contractants. Le contrat est un outil qui est mis a la disposition de personnes par l‘ordre juridique ; et bien l‘ordre juridique ne peut pas permettre que ce contrat, que cet instrument soit utilisé dans un but illicite, ou encore dans un but immorale. Donc on va contrôler le motif et plus précisément la cause impulsive et déterminante pour laquelle les parties s‘engagent. Alors si l‘on emprunte de l‘argent pour constituer, pour organiser une maison de jeux clandestine, le contenu du contrat est neutre, il s‘agit d‘un contrat de prêt ou d‘un contrat d‘emprunt, mais l‘esprit du

contrat n‘est pas neutre ; l‘objet est certainement licite, on emprunte de l‘argent, mais la cause est illicite ; lorsqu‘on emprunte pour constituer une maison de jeux clandestine. On voit que la cause du contrat, ce motif qui est pris en considération permet de contrôler le caractère licite ou pas de l‘opération ; le caractère illicite ou non du contrat lui-même. Alors cette question de la cause du contrat soulève de nombreuses difficultés.

La première difficulté : est de savoir, si ce qui vaut pour la cause illicite, vaut également pour la cause immorale. S‘agissant de la cause immorale, la cour de cassation a récemment modifiée profondément sa jurisprudence, en considérant dans un arrêt de la 1ère chambre civile du 3 février 1999, **« que n’était pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l’auteur, entend maintenir la relation adultère qu’il entretient avec le bénéficiaire »,** alors c‘est un revirement très important qui conduit a se demander si la notion de cause immorale dans ce genre de convention peut être encore retenue ?

La deuxième difficulté : est davantage d‘ordre technique, elle consiste a savoir si ce motif illicite ou immoral doit être partagé par les deux contractants. Un temps **la jurisprudence** l‘admettait sans aucune difficulté en se fondant précisément sur la notion de champs contractuel ; il faut savoir que depuis une décision du 7 octobre 1998 la jurisprudence a évoluée ; la cour de cassation ayant considérée en effet que : « un contrat pouvait être annulé pour cause illicite ou immorale, même lorsque l‘une des parties n‘a pas eu connaissance du caractère illicite ou immorale du motif déterminant de la conclusion du contrat. » C‘est une décision importante qui soulève naturellement un certains nombres de problèmes d‘interprétation ; j‘aurai pour ma part, une analyse assez réservée vis-à-vis de cette décision, et il faut reconnaître que d‘autres personnes ont pu considérer que cette décision était tout a fait remarquable.

C‘est de la notion de la cause illicite article 1133 [17]du code civil dont il est question dans l‘arrêt de la 1ère chambre civile de la cour de cassation du 12 juillet 1989, largement commenté dans différentes revues et dont vous avez bien entendu le texte dans vos documents.

Dans cette espèce un parapsychologue vend à une autre parapsychologue du matériel d‘occultisme, l‘acquéreur refusant de payer le prix de vente, le vendeur s‘adresse aux tribunaux.

La cour d’appel l‘a déboutée de sa demande en paiement au motif : « que le contrat de vente avait une cause illicite ».

Un pourvoi est alors formé par le vendeur contre l‘arrêt d‘appel. Le demandeur en cassation soutient que d‘une part la cause du contrat ne réside pas dans l‘utilisation que l‘acquéreur compte faire de la chose vendue, mais dans le transfert de la propriété de cette chose. Les juges du fond, violaient donc la loi, en l‘occurrence les articles 1131[18] et 1133 et 1539 du code civil. Vous remarquez là que le grief qui est mis en avant : la théorie objective classique de la cause ; et que d‘autres part en déclarant nul la vente d‘objet banal au prétexte que ce-ci pourrait servir a escroquer des tiers, les juges d‘appel n‘ont pas précisés comment le mobile

était commun aux deux parties. Leur décision donc pour le demandeur manquait de bases légales et devait être cassé.

La cour de cassation a rejeté ses deux arguments en précisant que : « d‘abord, si la cause de l‘obligation de l‘acheteur réside dans le transfert de la propriété et dans la livraison de la chose vendue, la cause du contrat en revanche consiste dans le mobile déterminant ; c'est-à-dire celui en l‘absence duquel, l‘acquéreur ne se serait pas engagé ; qu‘ensuite la cause impulsive est déterminante de ce contrat, était de permettre l‘exercice du métier de devin ; activité prévue et punie par l‘article R34 du code pénal ; il s‘agissait donc d‘une cause illicite ; qu‘enfin le vendeur ne pouvait ignorer que la vente de ce matériel d‘occultisme était destiné à l‘exercice d‘un métier pénalement répréhensible ; il connaissait donc a l‘évidence le mobile déterminant de l‘engagement de son cocontractant ». Cette décision adopte ainsi une terminologie utilisée par une partie de la doctrine, qui distingue entre cause du contrat et cause de l‘obligation.

CDN° 5 Les nullités, La théorie des nullités

1. La notion de nullité ;

2. Les sources de la nullité ;

3. Mise en œuvre de la nullité (procédure) ;

4. Distinction entre nullité relative et nullité absolue ;

5. Mise en œuvre de la distinction (nullité absolue- nullité relative);

6. Intérêts de la distinction (nullité absolue- nullité relative) ;

7. Conséquences de la nullité;

8. Rétroactivité de la nullité du contrat et responsabilité ;

Nous abordons aujourd‘hui le thème des nullités, et plus précisément des sanctions des conditions de formation des contrats.

Nous avons vu que le contrat, pour être valablement conclu, supposait que les parties se soient mise d‘accord, supposait également que l‘objet du contrat soit déterminé, que la cause soit licite et morale et naturellement que les parties aient une capacité pour contracter.

Parfois le droit exige que certaines conditions de forme soient respectées. Le contrat est alors solennel où le contrat est soumis a certaines formalités administratives ou fiscales.

Il faut maintenant s‘interroger sur la situation qui joue lorsque l‘une ou l‘autre de ces conditions n‘a pas été respectées. L‘objet n‘a pas été déterminé, la cause est immorale, le

consentement est vicié, qu‘elles sont les sanctions qui son applicables ? La sanction de principe, la sanction à laquelle on peut songer immédiatement trouve son expression dans la nullité du contrat.

Une condition nécessaire pour assurer la validité du contrat n‘a pas été respectée, le contrat n‘est pas valable, le contrat est frappé de nullité.

La nullité est le résultat, l‘annulation est l‘opération que l‘on met en œuvre pour obtenir la nullité.

La théorie des nullités a profondément évoluée ces dernières années, si bien qu‘il est nécessaire de présenter quelques observations préliminaires sur cette notion de nullité et sur les sources de la nullité avant de décrire le régime de cette nullité.

A. LA NOTION DE NULLITE : DISTINCTION AVEC LES NOTIONS VOISINES

La première remarque préalable concerne la notion de nullité.

La nullité sanctionne l‘inobservation des conditions qui sont requises pour assurer la validité du contrat.

Dans ces conditions :

A.1. La nullité se distingue de la résolution du contrat.

Où plus exactement l‘annulation du contrat se distingue de la résolution du contrat.

Il est vrai que les conséquences de ces deux techniques juridiques sont les mêmes. Elles trouvent leur expression dans la rétroactivité, tout se passe lorsque le contrat est nul, ou lorsque le contrat est résolu, tout se passe comme si l‘opération n‘avait jamais existée.

Toutefois la nullité sanctionne les conditions de formation du contrat.

C‘est donc la sanction qui joue au stade de la conclusion du contrat.

En revanche la résolution sanctionne l‘inexécution des obligations contenues dans le contrat, le contrat était valablement conclu mais l‘une ou l‘autre des parties ne respect pas ses obligations. Le contrat peut être, sous certaines conditions que nous étudierons un peu plus tard, le contrat peut être résolu.

Par conséquent si le vice qui atteint le contrat apparaît au moment de la conclusion du contrat la sanction qui s‘impose est la nullité du contrat.

En revanche si le vice, si l‘imperfection est postérieure à la conclusion du contrat, la sanction ne peut être la nullité, la sanction est en principe la résolution.

A.2. La nullité se distingue également d‘une autre sanction qu‘est la caducité.

Les deux notions sanctionnent l‘absence d‘un élément du contrat. La nullité couvre nous venons de le dire, la phase de formation du contrat, elle sanctionne la présence d‘un vice dans le contrat.

La caducité concerne la phase d‘exécution du contrat. L‘engagement est valablement conclu mais, jusqu‘au jour où un évènement extérieur rend son exécution impossible. La résolution sanctionne l‘inexécution d‘une obligation.

La caducité se rapproche de la résolution car elle se manifeste au stade de l‘exécution du contrat mais la caducité joue lorsqu‘un évènement extérieur ne permet plus d‘assurer l‘exécution du contrat.

Dans un contrat conclu pour une longue durée, dans un contrat de fourniture par exemple conclue pour une longue durée, le prix varie généralement en fonction de certains éléments extérieurs au contrat. Si ces éléments extérieurs viennent a disparaître pour une raison ou pour une autre : les barèmes sont supprimés ; les indications d‘administration ne sont pas reprise, la taxation est supprimée, dans ce cas là, la prestation de payer le prix ne peut plus être déterminée elle est impossible a exécuter, l‘obligation est éteinte a compter du jour ou l‘impossibilité d‘exécuter le contrat apparaît.

A.3. La nullité se distingue également de l‘inopposabilité du contrat.

Les deux notions sont fondées sur une irrégularité contemporaine de la conclusion du contrat. La nullité affecte les rapports entre les parties contractantes (l‘objet n‘est pas déterminé, la cause est illicite ou immorale, le consentement est vicié). L inopposabilité affecte, en

revanche, non plus les relations entre les parties contractantes mais les relations entre les parties et les tiers.

Soit une promesse de vente conclu entre A et B. A doit respecter cette promesse, B est bénéficiaire il peut donc lever l'option ou ne pas la lever l'option. La promesse de vente exprime un contrat, A est engagé contractuellement vis a vis de B et inversement. Mais supposons que A vende à C, et donc ne respecte pas la promesse, il est bien évident que A dans, ces conditions engage sa responsabilité contractuelle vis a vis de B. Le contrat conclu entre A et B n'est pas respecté et ce contrat peut encourir un certain nombre de sanctions.

Mais la vente conclue entre A et C, cette vente est valable, car la promesse entre A et B est inopposable à C. C n'est pas partie au contrat conclu entre A et B, C a contracté avec A, C ignore l'existence de la promesse, la promesse est inopposable à C.

Par conséquent si C publie en premier son acte, publie en premier son contrat, son contrat sera efficace et cette efficacité permettra à C d'opposer valablement son contrat à B.

La nullité affecte les rapports entre les parties contractantes, l'inopposabilité concerne les relations des parties avec les tiers. Les contrats sont en principes inopposables mais il se peut que ces contrats soient publiés et lorsque la publicité est faite et lorsque les tiers connaissent ce contrat, les contrats sont alors opposables. On aura l'occasion là aussi de revenir sur cette question de l'opposabilité et de l inopposabilité du contrat.

A.4. La nullité se distingue également de l'inexistence du contrat.

Il est vrai que très souvent on rapproche les deux notions, on considère que si le contrat est inexistant le contrat est nul. Seulement l'inexistence sanctionne l'absence d'un élément essentiel du contrat, d'un élément fondamental du contrat et par conséquent l'inexistence est une sanction plus grave que la sanction de la nullité.

La théorie de l'inexistence a été découverte en matière de mariage. Le mariage peut être annulé dans certaines hypothèses, dans certaines hypothèses qui sont prévues par la loi. Et on s était demandé si l'on pouvait procéder a l'annulation du mariage, constater la nullité du mariage, lorsque les conditions qui devaient être faites pour valablement passer ce mariage n'étaient pas sanctionnées par un texte. Le problème c'est posé à propos notamment de l'exigence du sexe, de la diversité du sexe, et **la jurisprudence** avait considéré que, dans ce genre de situation, si les deux personnes en cause ont le même sexe, le mariage n'est pas nul

parce qu‘aucun texte n‘envisage la nullité mais le mariage, qui ne peu pas se concevoir dan ce genre de situation naturellement, le mariage est alors inexistant.

Cette sanction de l‘inexistence a été reprise par **le droit de la procédure civile** pour sanctionner des actes qui n‘ont aucune valeur et a été reprise également par **le droit des obligations et par le droit des contrats**. Un contrat est inexistant lorsque, dans ce contrat, un élément essentiel fait défaut. Ainsi dans le contrat de société, si les intéressés au contrat de société, si les parties au contrat de société n‘ont pas cet affectio societatis, n‘ont pas l‘intention de se comporter comme des associés, le contrat de société est inexistant.

A.5. La nullité se distingue également de l‘inefficacité.

Il se peut qu‘un contrat soit valablement conclu mais il se peut que ce contrat soit inefficace par ce qu‘il lui manque quelque chose, le contrat est imparfait.

Certains textes récents envisagent cette notion de l‘inefficacité. Tel est le cas **d’une loi de 1989 qui a réglementé certains types de cautionnement et notamment le cautionnement en matière de crédit à la consommation.**

Il se peut que la caution qui s‘engage vis a vis du créancier soit dans une situation difficile. Il se peut que la caution, au moment où elle s‘engage dans ce contrat de cautionnement, soit elle même endetté, et lourdement endetté. Dans ce genre de situation le créancier ne peut pas se prévaloir du cautionnement mais si la caution revient à meilleure fortune, si la caution par la suite, n‘est plus endettée, le contrat de cautionnement sera parfaitement efficace.

Le fait que la caution soit endettée n‘affecte pas la validité du contrat mais simplement l‘efficacité du contrat. Le contrat est valable, mais le contrat ne peut pas produire des effets si la caution est endettée. Le créancier ne pourra pas agir contre la caution, mais si, par la suite, la caution revient à meilleure fortune le contrat retrouve sa pleine efficacité, le créancier pourra obtenir satisfaction et recourir contre la caution.

B. Les sources de la nullité

Une autre question préalable mérite d‘être posée qui est la question des sources de la nullité.

La nullité est prévue, en principe, par les textes. Il n‘y a pas de nullité sans texte. Les sources de la nullité sont donc légales. La nullité résulte de la loi qui l‘établie. Cela dit, on a pu se demander si néanmoins on pouvait accorder une certaine valeur à l‘accord des parties dans ce type de circonstances.

- Est ce que les parties peuvent déterminer les cas dans lesquels le contrat est nul?
- Dire que si le contrat n _est pas signé, le contrat n‘aura aucune valeur?
- Est ce que l‘on peut également renoncer par avance à demander la nullité du contrat?
- Est ce que l‘on peut aussi passer une convention dans laquelle les parties vont constater elles mêmes la nullité?

La nullité sera alors une nullité amiable.

Ces conventions sont en général considérées comme valables. Elles portent sur des actions en justices et en l‘occurrence sur l‘action en nullité. On peut même renoncer à demander la nullité. C est le cas par exemple, en matière d‘assurance où l‘assureur peut s‘engager à maintenir le contrat malgré les déclarations inexactes de l‘assuré qui normalement détermine l‘annulation du contrat pour déclaration de mauvaise fois.

J‘ajouterais néanmoins que ces conventions ne sont pas toujours considérées comme valable. Ainsi en vertu de l‘article 1674 du code civil[19] il est impossible de renoncer par avance au droit de demander la nullité du contrat de vente d‘immeuble lorsque ce contrat de vente d‘immeuble contient un déséquilibre et spécialement lorsque l‘on observe une lésion, lorsque le vendeur est lésé de plus de 7/12.

Le juge peut intervenir en matière de nullité et on doit à la **jurisprudence** justement d‘avoir distingué non seulement précisé la notion de nullité mais également d‘avoir distingué la nullité de concepts voisins comme le concept de l‘inopposabilité, comme le concept de l‘inexistence. Mais le juge ne peut pas, de toute pièce, dire qu‘un contrat est nul. Le juge a besoin de s _appuyer sur une disposition légale.

3 - REGIME DE LA NULLITE

- Quel est le régime de la nullité?

C‘est la question qui mérite d‘être développée.

- Comment peut on mettre en œuvre cette nullité?
- Et quelles sont les conséquences de cette nullité?

C. La mise en œuvre de la nullité (procédure)

Des règles de procédure et des règles de fond doivent être respectées.

C.1. Les règles de procédure

D‘abord les règles de procédure.

- Quel est l‘office du juge?
- Quel est l‘office des parties?

C.1.a. L‘office du juge d‘abord.

Le juge d‘abord, le juge qui est saisie d‘une demande en nullité du contrat doit prononcer cette nullité dès l‘instant que les conditions de l‘action sont réunies. Dès l‘instant qu‘il y a erreur, qu‘il y a dol, qu‘il y a violence, qu‘il y a indétermination de l‘objet, indétermination de la cause ou dès lors que les parties ne sont pas capables.

Le juge doit être saisi de cette demande. Le juge ne peut pas relever d‘office cette demande en nullité. Et naturellement il appartient au juge d‘apprécier, en fonction des circonstances, si les cas de nullités sont véritablement caractérisés.

Dans certains cas la nullité peut ne pas être prononcées par le juge. La nullité est facultative. El le juge dispose alors d‘un pouvoir discrétionnaire. C‘est le cas en matière de vente de fond de commerce. On sait que le contrat suppose que certaines mentions obligatoires soient incluses dans l‘acte.

La loi de 1935 sur la vente du fond de commerce impose au vendeur de donner des informations particulières à l‘acquéreur notamment sur le montant du chiffre d‘affaire des dernières années d‘exercices, sur l‘état des sûretés entre autre. Si ces mentions ne sont pas respectées en principe, le contrat est frappé de nullité mais cette nullité est une nullité facultative. Le juge dispose d ̲un pouvoir d‘appréciation. Il peut admettre la nullité du contrat ou refuser la nullité du contrat alors pourtant que le formalisme informatif n‘a pas été totalement respecté.

C.1.b. L‘office des parties ensuite.

Quel est maintenant l‘office des parties ?

La nullité doit être invoquée par les parties.

La nullité peut être invoqué par voie d‘action. On s‘engage dans une action particulière, dans une action en justice et aux termes de cette action le demandeur souhaite voir constaté la nullité du contrat.

La nullité peut être demandée non plus principalement mais la nullité peut être demandée par voie d‘exception, elle peut être invoquée par voie d‘action, elle peut être invoquée par voie d‘exception. Alors, dans ce genre de situation, on suppose qu‘une partie s‘engage par exemple dans une action en paiement, fait une action principale.

L‘adversaire répond, essaye de se dégager de cette action principale, de repousser cette action principale. L‘adversaire peut élever ce que l‘on appel une exception, s‘opposer à une demande en exécution du contrat, une demande en paiement, en soulevant cette exception et il peut spécialement soulever comme exception la nullité du contrat, le fait que le contrat est frappé de nullité. Cette distinction est importante parce que si l‘action est enfermée dans un certain délai, notamment des délais de prescription qui peuvent être courts, l‘exception, en revanche, est perpétuelle. L‘exception n‘est enfermée dans aucune limite.

On dit que les actions sont temporaires et que les exceptions sont perpétuelles.

Cet adage est admit depuis le 19ème siècle. Il est appliqué en faveur du défendeur qui, ayant possédé jusque là sans trouble, n‘ont pas eu intérêt à prendre l‘initiative de l‘attaque. Cet adage encourage à la passivité procédurale. A ne point ester en justice, le possesseur c‘est à dire, le débiteur qui conserve par devère lui la prestation du non encore troublé dans sa possession en se qu‘il n‘a pas payé l‘obligation illicite. En contrepartie il est indispensable que ce débiteur n‘ait pas exécuté l‘acte qui l‘entend plus tard repousser par voie d‘exception. L‘exécution de l‘acte emporterait en effet perte de la possession que protège uniquement l‘adage et emporterait en outre et surtout renonciation tacite à sa mise en œuvre.

La cour de cassation a confirmé cette analyse en faisant observer dans un arrêt du 1 décembre 1998 que l‘exception de nullité pouvait seulement jouer pour faire échec à la demande d‘exécution d‘un acte juridique qui n‘avait pas encore été exécuté.

C.2. Les règles de fond

Les règles de fond maintenant après les règles de procédure, les règles de fond sont assez difficiles aujourd'hui à mettre en œuvre parce que **la jurisprudence** n'est pas toujours très nette justement sur le fondement des nullités. La distinction importante est la distinction que l'on fait, qu'il faut faire entre les nullités relatives et les nullités absolues.

- Quelle est la raison d'être de ces distinctions ?
- Et quels sont les intérêts qui s'attachent à ces distinctions?

D'abord le principe, le principe de la distinction des nullités relatives et des nullités absolues

D. Distinction entre nullité relative et nullités absolue

Le code civil n'en parle pas mais de nombreux texte suppose l'existence de cette distinction. Il faut donc s'interroger d'abord sur la justification de cette distinction et ensuite sur les applications de cette distinction.

- **La justification de la distinction entre nullités relatives et nullités absolues :**

En droit romain le contrat est nul si le contrat ne contient pas un élément essentiel et spécialement si les conditions de forme n'ont pas été respectées le contrat est frappé de nullité. Dans les autres cas, notamment si l'une ou l'autre des parties s'est rendu coupable de dol, dol qui est un délit à l'époque, le contrat n'est pas nul mais ce contrat peut être injuste, on donne alors à la victime de ce dol le droit de demander la dispense d'exécution ou la restitution de l'obligation exécutée. On protége donc cette victime, la victime peut ne pas être condamnée à exécuter elle même ses obligations, et dans ce cas là la victime est satisfaite, ou la victime peut exiger que l'obligation de son partenaire qui a pu être exécutée, et bien que cette obligation lui soit restituée.

Donc des sanctions particulières sont organisées à l'époque.

Dans l'ancien droit le système romain est maintenu mais avec un certain nombre de transformations car les conditions de validité du contrat sont conçus différemment. Si dans un contrat la cause fait défaut ou dans la même perspective l'objet n'est pas déterminé, le contrat est alors frappé de nullité. En revanche si l'une ou l'autre des parties est victime d'un vice du consentement ou encore si l'une des parties est incapable ou si l'une des parties est lésée le contrat n'est pas nul, le contrat est simplement annulable. La victime, en effet, lorsque le contrat est annulable, la victime doit préalablement obtenir une autorisation d'agir en justice pour demander l'annulation du contrat au moyen de se que l'on appelait à l'époque les **lettres**

de rescision. On fait une distinction entre les hypothèses dans lesquelles le contrat est nul (il manque quelque chose d'important au contrat) et les hypothèses dans lesquelles le contrat est simplement annulable parce que le défaut est moins important. Alors, cette distinction était systématisée tout au long du 18ème siècle notamment et cette distinction a été reprise autour de la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative.

La nullité absolue, dit on à l'époque, a pour objet de faire respecter une condition imposée dans un but d'ordre public alors que la rescision a seulement pour objet de protéger la victime.

Le code civil supprime l'exigence des lettres de rescision mais maintient la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative.

Seulement **les rédacteurs du code civil** fondent la nullité sur la qualité de l'acte. Si l'acte ne contient pas un élément essentiel le contrat n'existe pas. Mais si dans l'acte fait défaut simplement un élément accessoire du contrat le contrat existe mais le contrat est annulable, il est fragile, il peut être remis en cause.

Le droit positif, le droit contemporain, maintient ses distinctions entre la nullité relative et la nullité absolue. Seulement les fondements de l'action en nullité ont variés.

On peut proposer le tableau suivant :

Si la condition, exigée par les textes pour assurer la validité du contrat, si les conditions ou l'une des conditions est exigée dans un but d'ordre public le défaut de cette condition est sanctionné par la nullité absolue. Si, en revanche, la condition n'est pas exigée dans un but d'ordre public, si la condition à moins d'importance, la nullité ne pourra pas être une nullité absolue. Précisément, lorsque, pour assurer la validité du contrat, lorsque la condition est requise non pas dans un but d'ordre public, lorsque la condition est imposée pour protéger le consentement, pour protéger des intérêt particuliers, sans que l'organisation politique ou économique soient en jeux, le défaut de cette condition est sanctionné par la nullité relative. Ainsi en est il en cas de vice du consentement, ainsi en est il si l'une ou l'autre des parties est incapable.

Alors cette distinction entre la nullité relative et la nullité absolue trouve de nombreuses applications dans **le code civil**, mais cette distinction est difficile à mettre en œuvre.

- **Les applications de cette distinction :**

Alors voyons justement les implications de cette distinction. Il est des cas indiscutés, il est des cas discutés.

La nullité est considérée comme une nullité relative (on veut protéger le consentement, on veut protéger des intérêts particuliers) lorsque le consentement est vicié, donc en cas de vice du consentement. La nullité est relative également en cas d'incapacité d'exercice, en cas de rescision pour lésion. Dans ces cas, en effet, on veut protéger l'individu, par conséquent ce sont des intérêts particuliers qui sont en cause, il n'est pas nécessaire de prononcer une nullité systématique, la nullité relative s'impose.

La nullité est absolue lorsque l'objet du contrat n'existe pas, lorsque la cause est immorale, lorsque la cause est illicite, lorsque le contrat est contraire à l'ordre public. Certains cas sont discutés, notamment pour se qui est de l'inobservation des règles de forme. Toutes les sanctions sont concevables, la nullité est parfois absolue, parfois relative, notamment lorsque l'hypothèque n'est pas valablement constituée, n'est pas constitué en bonne et due forme, la nullité est considéré comme un nullité absolue, en revanche en matière de donation si la condition de forme n'a pas été respectée la nullité est une nullité simplement relative. De même en est il en matière de vente de fond de commerce lorsque les mentions de ventes obligatoires n'ont pas été imposées dans le contrat.

Dans d'autres situations **la jurisprudence** est plus hésitante notamment en matière de prix. Si le prix n'est pas déterminé **la jurisprudence** considère généralement que le contrat est nul et que cette nullité est une nullité absolue. **La jurisprudence** retient la même solution lorsque le consentement fait défaut, la nullité serait ici absolue.

Il y a des hésitation **en jurisprudence**, on ne peut pas dire que la ligne soit très précise, une chose est sur c est que si le vice du consentement est caractérisé :

La nullité est relative,

En cas d'incapacité la nullité est relative,

En cas de lésion la nullité est relative.

Et dans les autres, les autres hypothèses, la nullité est normalement une nullité absolue, maison peut on concevoir,

On pourra concevoir aussi que la nullité soit simplement relative. Il faut, me semble t il, prendre en considération l'intérêt protégé par la loi. Si la loi s'efforce de protéger un intérêt général la nullité est absolu, si la loi s'efforce de protéger un intérêt particulier la nullité est simplement une nullité relative.

Force est de constater que **la jurisprudence** n'est pas toujours très cohérente, il y a des arrêts qui vont un peu dans tous les sens, ainsi en matière d'indexation la chambre commerciale de la cour de cassation dans un arrêt du 3 novembre 1988 a considérée que si les règles sur l'indexation, les règles issues de l'ordonnance de 1958 n'avaient pas été respectées le contrat ou la clause d'indexation était atteinte d'une nullité absolue. Est ce que l'intérêt public est vraiment en cause dans ce genre de situation? On peut en douter. Les intérêts particuliers certes sont concernés mais pour la cour de cassation au delà des intérêts particuliers le droit de

l‘indexation intéressent des intérêts généraux, des intérêts de la société en générale et c‘est la raison pour laquelle cet arrêt de 1988 a considère que la nullité était une nullité absolue.

2 Conséquences de cette distinction

Quelles sont maintenant les conséquences qui s‘attachent à cette distinction ? Ces conséquences concernent seulement le régime juridique de la nullité et non ses effets.

Trois conséquences doivent être évoquées :

- **D’abord quelles sont les personnes qui sont habilité à agir en nullité ?**

Si la nullité est une nullité relative, il s‘agit de protéger des intérêts individuels, seul le cocontractant que l‘on entend protéger peut agir à l‘exclusion de l‘autre.

1. Si le contrat n‘est nul pour vice du consentement seul la victime du vice peut agir,
2. Si le contrat est nul pour incapacité seul l‘incapable peut agir.

Donc la nullité est relative, seule la personne qui est protégée par la loi, ou qui est censé être protégé par la loi peut s ‗engager dans une action pour obtenir la nullité du contrat.

En revanche, si la nullité est une nullité absolue, on s‘efforce de protéger non plus des intérêts particuliers, mais l‘intérêt général, la nullité peut alors être demandée par tout intéressé. Tout intéressé c‘est-à-dire les deux cocontractants qui ont un intérêt pécuniaire a obtenir l‘annulation du contrat, les héritiers des deux cocontractants, des deux ou trois cocontractants, les parties au contrat, les ayants cause à titre particulier peuvent également agir (l‘acquéreur d un immeuble loué est tenu de respecter le bail mais cet acquéreur peut demander l‘annulation du contrat de bail si ce bail est illicite). Quant aux tiers, ils sont ni parties, ni héritiers, ni ayants cause à titre particulier, les tiers peuvent demander la nullité absolue du contrat mais les tiers devront certainement justifier d‘un intérêt pour agir, d‘un intérêt légitime mais également d‘un intérêt d‘ordre pécuniaire (mon voisin loue son immeuble pour organiser des jeux clandestin, le contrat est illicite certainement, et le cocontractant ou le voisin lui même peut demander la nullité du contrat, mais moi même ai-je intérêt à demander la nullité du contrat? Je ne suis pas partie a ce contrat, je suis tiers à ce contrat, un contrat qui m‘intéresse

tout de même, ai-je intérêt a demander la nullité du contrat ? A raison de troubles de voisinage, que peut occasionner l'organisation de ces jeux clandestins. On peut le penser, mais encore faut-t-il que cet intérêt soit suffisamment caractérisé.

- **La confirmation des actes nuls**

Deuxième conséquence qui a trait a la distinction entre nullité relative et nullité absolue concerne ce que l'on appelle la confirmation des actes nuls.

Qu'est ce que la confirmation?

Confirmer signifie en droit que l'on renonce à invoquer la nullité du contrat.

La confirmation est donc un acte juridique unilatéral. Ce n'est pas un nouveau contrat, ce n'est pas un nouvel accord, c'est un acte juridique propre a une partie, c'est l'acte par lequel une partie peut considérer comme valable un contrat qui n'est normalement nul, rend valable le contrat préexistant en confirmant ce contrat. Et cette confirmation rétroagie au jour de la conclusion du contrat. La confirmation est également irrévocable. Donc on ratifie l_opération, on confirme l'opération.

Mais comment confirmer?

Pour pouvoir confirmer il faut respecter un certain nombre de conditions. Quant aux conditions de fond on peut préciser immédiatement que seules la nullité relative, seules les hypothèses de nullités relatives sont susceptible de confirmation, on ne peut renoncer à un droit que si l'on peut disposer de ce droit, or la partie qui dispose de la nullité relative dispose du droit d'agir puisque cette partie est la seule titulaire de ce droit d'action.

Quant à la forme, pour pouvoir confirmer, la confirmation peut être expresse, faite par écrit, elle peut être tacite et résulter d'un simple comportement. Le mineur a vendu son terrain. Le contrat est nul, il est mineur. Il se peut que le mineur, devenu majeur, décide d'exécuter le contrat, décide d'exécuter la vente, on va considère alors que le mineur a confirmé l'acte nul, l'acte nul se trouve donc maintenu.

Ici une difficulté se pose concernant la confirmation partielle. Dans un contrat nul. En principe toutes les clauses disparaissent, toutes les clauses tombent. Mais peut on confirmer une clause particulière, une clause plus intéressante que les autres ? Par exemple une clause de responsabilité, ou une clause pénale. Peut on volontairement limiter les effets de la nullité?

La réponse de principe est négative. Elle s'explique par une idée de cohérence. Mais il se peut que l'on puisse faire des dissociations dans ce contrat et par conséquent admettre le maintient de certaines clauses et la disparition d'autres clauses.

- **La prescription du droit d'invoquer la nullité**

Troisième question qui intéresse la distinction entre la nullité relative et la nullité absolue, elle a trait à la prescription du droit d‘invoquer la nullité.

Le droit de créance, comme le droit d‘action et notamment le droit d‘agir en justice, ses droits sont prescriptibles.

La prescription, l‘institution de la prescription s‘explique par diverses raisons, par des raisons pratiques, la prescription dont nous parlons est celle qui éteint le rapport de droit, qui éteint la créance. C‘est dire que la prescription est ici une prescription extinctive, au delà d‘un certain temps on ne peut plus agir. il vaut mieux oublier une situation au delà d‘un certain temps, effacer et repartir sur d‘autres bases. Alors, cela dit la prescription lorsque la nullité est une nullité relative est une prescription de 5ans lorsque la nullité est une nullité absolue la prescription est de 30ans.

Quant au point de départ de ces délais de prescription. Nullité absolue, la prescription cours du jour où le contrat a été conclu. A ce moment en effet on peut apprécier valablement la conformité du contrat aux exigences juridiques.

Si la nullité est une nullité simplement relative, nullité de protection, le point de départ est différent, l‘action en nullité doit être intentée dans ce délai de 5ans à compter du jour ou le vice qui infecté l‘acte à disparu. Le mineur passe un contrat, le contrat est nul. Le mineur devient majeur, et bien dans ce genre d‘hypothèse l‘action en nullité peut être intenté lorsque le mineur acquiert sa majorité. Lorsque le vice a cessé d‘une manière plus générale, l‘action est recevable. Donc si les manœuvres dolosives ont cessés du jour où on découvre ce dol, l‘action en nullité peut être intentée.

Quant au délai, nullité absolue, la prescription de droit commun la prescription est la prescription de 30ans.

Mais en matière commerciale il faut tenir compte du droit de prescription particulier aux actes de commerce si bien que si le contrat est commercial la prescription n‘est plus une prescription de 30ans, la prescription est une prescription de 10 ans, en vertu des dispositions de l‘article 189bis du code de commerce.

Si la nullité est une nullité relative il faut agir dans un délai de 5ans, 5 ans pour agir, dans la mesure où le vice du consentement a été découvert et dans la mesure aussi où les autres conditions de procédure ont été respectées.

E. Les effets de la nullité

Quels sont maintenant les effets de la nullité ? Les effets de la nullité sont le mêmes qu‘il s‘agisse d‘une nullité absolue ou d‘une nullité relative.

Le contrat est rétroactivement anéanti, ce qui est nul ne peut produire d‘effets. Il faut également se demander si la nullité est intégrale ou si la nullité est partielle, il faut également se demander si l‘action en nullité peut être doublée d‘une action en responsabilité ?

Dans cette **section II** consacrée aux effets de la nullité, deux paragraphes, un premier consacré à l‘étendue de cette nullité, et un deuxième paragraphe est consacrés au problème de responsabilité.

E.1. L‘étendue

La nullité peut atteindre l‘intégralité du contrat, toutes ses clauses, tous ses éléments, ou presque. La nullité peut également affecter certaines parties du contrat, alors faut il prononcer une nullité totale, faut il prononcer une nullité partielle?

C‘est posé le problème de l‘étendue de la nullité. Alors ce problème ne se pose que lorsqu‘un élément du contrat est illicite, une clause n‘est pas conforme aux exigences légales. Y a t il alors une contagion ? Est-ce que l‘ensemble de l‘arbre qu‘est le contrat sera nul, sera atteint? Où doit on se contenter simplement d‘éliminer la branche qui est atteinte, qui est viciée? Alors les textes du code civil sont ambigus sur cette question. Ces textes, il s‘agit des articles 900[20] et1172 [21]du code civil, qui évoque ce type de problème.

La jurisprudence a su donner la réponse, elle considère aujourd‘hui que si la clause illicite que l on veut éliminer, si la clause illicite est une condition impulsive et déterminante de l‘acte, la nullité qui sera prononcée sera une nullité totale, on écarte la clause, on écarte également le contrat dans son entièreté, en revanche si la clause illicite n‘est pas une condition impulsive et déterminante du contrat, si on aurait contracté malgré l‘absence de cette clause, alors, dans ce genre de situation, la nullité est une nullité simplement partielle. On écarte uniquement les actes ou les clauses qui ne correspondent pas aux exigences de l‘ordre public particulier.

La jurisprudence aujourd‘hui est assez favorable à la nullité partielle. Ainsi en est il en matière société, de contrat de société, il se peut que le contrat de société contienne une clause dite « léonine », une clause qui confère tous les avantages à un associé ou qui permet à un associé de ne pas subir les pertes de la société. Ces clauses « léonines » sont nulles, sont contraires au principe d‘égalité entre les associés, mais la nullité qui est prononcée, doit être prononcé est une nullité simplement partielle, seule la clause léonine sera écartée. Le contrat lui-même sera maintenu.

De même en est il en matière de prêt, il se peut que de prêt d ̲argent. Il se peut que la stipulation d'intérêts soit nulle, elle n'est pas expresse, elle n'est pas contenue dans un écrit, seule la stipulation est écartée mais le contrat de prêt lui même sera maintenu. L'établissement prêteur ne pourra pas se prévaloir de sa propre stipulation qui est illicite. Le prêteur sera rémunéré au taux d'intérêt légal, donc il y a une sanction particulière qui loue est ici, le préteur est privé de la rémunération qu'il voudrai, ou qui aurai été convenu mais de manière illégale, il ne peut bénéficier que de la rémunération fixée au taux légal.

La jurisprudence est très favorable aujourd'hui à cette idée de nullité partielle. On coupe la branche morte, en quelque sorte et on maintient l arbre si je peux dire !

E.2. La rétroactivité

Deuxième question, paragraphe II, concerne la rétroactivité de la nullité. Après l'étendue de la nullité on peut se demander si la nullité joue d'une manière rétroactive ou pas?

En principe la nullité joue de manière rétroactive. Le contrat qui est frappé de nullité n'a put exister et par conséquent ce contrat compte tenu de son imperfection n'a pu produire d'effets juridiques. Donc tout va se passer comme si le contrat n'avait jamais existé. Il est difficile d'appliquer cette idée en pratique.

Dans les rapports entre les parties contractantes d'abord. Si le contrat n'a jamais existé, ce contrat ne peut dégager d'effets juridiques. Mais de deux choses l'une, Il se peut que le contrat ne soit jamais été exécuté, dans ce cas là aucun problème ne se pose, aucun problème de restitution ne se pose. Mais il se peut que ce contrat ait été exécuté, ait reçu un commencement d'exécution, le contrat est nul, faut il maintenir ce commencement d'exécution, faut il maintenir ses effets?

Alors la question est assez difficile parce que si l'on peut concevoir dans l'absolu des restitution, dans la pratique il est très difficile des les organiser. Comment restituer un prix? Est ce qu'il faut le restituer avec des intérêts? Lorsqu'il faut restituer une chose il se peut que cette chose ait été endommagé, alors faut il restituer la chose dans l'état dans lequel elle se trouve, faut il restituer la chose dans son état originaire?

De nombreuses difficultés peuvent apparaître.

Alors, si le contrat est un contrat à exécution successive, un contrat qui s'étale dans le temps, un contrat de bail, un contrat de travail par exemple, on peut imaginer plusieurs solutions.

On peut imaginer, d'abord que ce contrat est maintenu pour le passé et ne produit pas d'effet pour l'avenir. Donc dans ce cas là on maintient les obligations antérieures et les obligations futures, les obligations qui n'ont pas été encore exécutées, ne pourront pas être exécutées parce que le support de ces obligations a disparut le contrat ayant été frappé de nullité. On peut également concevoir que dans ce contrat à exécution successive il faut tout anéantir et

ce-ci de manière rétroactive. On peut également envisager des solutions plus intermédiaires, et plus subtiles.

Dans un contrat de travail, ce contrat de travail dans notre hypothèse s‘exécute dans le temps et l‘employeur a par conséquent bénéficié d‘une prestation de travail et le salarié de son côté a touché des salaires. Si le contrat est nul la nullité peut jouer uniquement pour l‘avenir (aucun problème ne se pose dans ce genre de situation) mais si l‘on considère que la nullité peut se jouer de manière rétroactive le salarié devra restituer les salaires ce qui va le mettre dans une situation difficile naturellement et de son côté l‘employeur devra du moins théoriquement restituer la prestation de travail, et travailler a rebours, si j‘ose dire pour désintéresser le salarié, le salarié a travaillé, le contrat est nul, mais il n‘y a aucune raison pour que le salarié ne perçoive rien en retour.

Alors rien ne s‘oppose, bien entendu à ce que les prestations monétaires soient restituées, le salarié peut rembourser les salaires, le problème se pose surtout pour les prestations non monétaires, les prestations en nature. Comment l‘employeur peut il restitué le travail accomplit, le travail dont il a bénéficié par le salariés ?

Dans ce genre de situation **la jurisprudence** est plutôt favorable pour admettre que la nullité joue sans rétroactivité et donc pour maintenir les effets passés du contrat nul.

La question néanmoins qu‘il se pose, est de savoir si lorsque l‘on prononce la nullité pour l‘avenir, la question qui se pose est de savoir si le contrat qui a existé pendant un certain temps est un contrat qui a existé juridiquement pendant un certain temps, avec toutes les conséquences que cela entraîne, ou si ce contrat a existé simplement pour des raison de fait, est ce que la situation antérieure au prononcé de la nullité est une situation de fait ou une situation de droit?

La jurisprudence considère que la situation est une situation de fait et que par conséquent, dans notre exemple, si le salarié conserve une certaine somme d‘argent ce n‘est pas à titre de salaire, ce n‘est pas des salaires qu‘il a reçu et qu‘il peut conserver, c‘est simplement une indemnité qui correspond bien entendu à peu près aux salaires qu‘il a reçu.

La question se pose également pour le contrat de bail. Si le contrat de bail est annulé le bailleur va conserver la somme d‘argent qu‘il a pu recevoir, conserver les loyers, mais puisqu‘il ne s‘agit simplement que d‘une situation de fait qui correspond à la jouissance qu‘il a procurée, il conserve non pas juridiquement des loyers mais il conserve une indemnité. Quant au locataire, et bien le locataire devra restituer le local uniquement pour l‘avenir.

On peut citer de nombreuses décisions qui sont en ce sens notamment une décision de la chambre sociales du 3 octobre 1980.

La question se pose également pour les contrats qui sont annulés pour objet immoral ou cause immorale. Peut on s'engager dans une action en nullité lorsque l'objet du contrat est un objet immoral ? Ou lorsque la cause du contrat est immorale?

La jurisprudence fait ici application de la maxime « némo oditure », on ne peut pas se prévaloir de sa propre turpitude.

La partie qui n'est pas irréprochable, la partie qui a connaissance de cette turpitude, qui a connaissance de ce vice, la partie pourra peut être demander la nullité du contrat mais cette partie ne pourra pas demander la restitution. Le fait d'être coupable s'oppose à une action en restitution. Plus précisément le demandeur pourra s_engager dans l'action en nullité et demander la restitution mais le défendeur alors va opposer l'exception d'indemnité et s'opposer à se que la restitution soit prononcée c'est la règle « némo oditure ».

La maxime « némo oditure » : « personne ne peut se prévaloir de sa propre turpitude », la maxime s'oppose non pas à une action en nullité, non pas à une action en responsabilité mais bien à une action en restitution.

De surcroît la maxime ne joue pas si le contrat et illicite, elle joue simplement si le contrat est immoral, avec d'ailleurs un certain nombre d'atténuations. Il se peut que l'immoralité résulte d'une infraction pénale, dans ce genre de situation l'exception « némo oditure » ne joue pas.

La prostituée peut obtenir la restitution des sommes qu'elle a versé à son proxénète. Il y a bien infraction pénale, la prostituée est en situation un peu particulière, mais elle peut néanmoins se prévaloir de sa situation pour demander la restitution des sommes qu_elle a versé.

Dans les actes à titre onéreux la maxime joue mais la maxime peut être injuste, elle interdit à une personne d'obtenir la restitution, il se peut que l'autre soit également coupable, que le défendeur soit également coupable. Dans ce genre de situation les tribunaux apprécient le degré respectif de turpitude. Si les deux parties sont toute deux, également coupables, tout aussi coupables, la restitution ne sera pas admise, les restitutions ne seront pas prononcées, si en revanche le demandeur est d _avantage coupable que le défendeur, le demandeur ne pourra pas obtenir la restitution mais si le demandeur est moins coupable que le défendeur la restitution sera prononcée. J'ajoute que la disparition qui est rétroactive entre les parties en principe, cette disparition rétroactive du contrat peut poser des difficultés dans les rapports entre les parties et les tiers. Il se peut que le contrat valablement conclu soit frappé de nullité et qu'entre temps les parties aient contracté avec des tiers quel est le sort de ces actes passés entre les parties contractantes avec les tiers?

Si les actes sont des actes d'administration les actes sont maintenus.

Supposons un contrat de vente conclu entre A et B. A est le vendeur et B est l'acquéreur. B a acheté un immeuble, a acheté un bien et B veut louer ce bien, il passe un contrat de bail avec C. Et puis par la suite pour une raison ou une autre le contrat de vente est annulé. Quel est le sort du contrat de bail?

Le contrat de bail est **un acte d'administration**, il est considéré normalement comme un acte d'administration, et ce contrat sera donc maintenu. La disparition de la vente n'entraînera pas la disparition du contrat de bail.

Si il s'agit en revanche **d'acte de disposition**. De deux chose l'une soit les actes portent sur un bien corporel, le tiers acquéreur de ce bien corporel peut alors échapper aux conséquences de la restitution en s'abritant derrière la règle « en fait de meuble, la possession vaut titre ».

Si il s'agit d'un acte portant sur un immeuble en principe l'acte qui a été accompli par le tiers est affecté par la demande de nullité cet acte n'à aucune valeur. Mais en pratique le problème ne se pose pas parce que le tiers est généralement informé de l'existence de l'action en annulation, de la fragilité du contrat et le tiers ne contractera pas dans ce genre de situation.

J'ajouterais pour conclure sur l'action en nullité que l'action en nullité peut se doubler d'une action en responsabilité.

E.3. L'action en responsabilité délictuelle

Il se peut que la nullité du contrat entraîne un dommage, entraîne un préjudice à celui qui escomptait le contrat, qui espérait le contrat, qui a engagé des frais. Le contractant à qui la nullité est imputable doit réparer ce type de préjudice.

Le problème se pose surtout en cas de manœuvres dolosives. Si l'auteur de ces manœuvres a trompé son cocontractant le contrat lui même peut être annulé pour cause de dol mais l'auteur de ces manœuvres dolosives peut être condamné à réparer le préjudice qu'il a put occasionner a son cocontractant.

La responsabilité est naturellement une responsabilité de nature délictuelle puisque le contrat est nul puisque le contrat n'a pas été valablement conclu la responsabilité ne peut prospérer sur un terrain contractuel.

CD6 Le contenu des contrats

1. La liberté contractuelle ;

2. L’interprétation de la volonté des parties ;

3. Les méthodes d’interprétation ;

4. Le rôle du juge dans l’interprétation des contrats ;

5. La simulation (définition et formes) ;

6. La simulation (régime)

7. Les limites de la liberté contractuelle : ‘obligation fondamentale ;

8. Les limites de la liberté contractuelle : la bonne foi

9. Les obligations intégrées au contrat ;

10. Commentaires sommaires des arrêts de la Cour de cassation des 21 Nov.1911 et 14 déc. 1982 ;

Nous avons étudié jusqu'à présent la conclusion du contrat, pour que le contrat soit valablement conclu, des conditions doivent être respectées, qui tiennent au consentement à l‘objet, à la cause, à la capacité des parties ; parfois on exige également que le contrat réponde à certaines conditions de forme ; Lorsque l‘une ou l‘autre de ces conditions n‘est pas respecté, des sanctions s‘imposent qui trouvent leur expression dans la nullité du contrat.

Nous supposons maintenant que le contrat est valablement conclu, ce contrat est appelé à développer des effets, ce contrat va lier les parties, ce contrat va dégager des obligations. Essayons de cerner ces différentes questions on étudions de manière précise le thème du contenu du contrat.

Après avoir rendu compte de la formation du contrat, quelques observations maintenant sur le contenu du contrat.

Déterminer le contenu du contrat c'est d'abord essayer de préciser quelles sont les obligations qui sont incluses dans le contrat. Il faut dénombrer ces obligations, déterminer ces obligations, savoir précisément ce a quoi les parties s'engagent. Une fois ces obligations déterminées, on peut s'interroger sur leur caractère et plus précisément sur la force de ses obligations. Ceci aussi bien dans les rapports entre les parties contractantes que dans les rapports des parties à l'égard des tiers.

1ère question, 1ère grande question Ä A trait à la détermination des obligations contractuelles ;

La détermination des obligations contractuelles :

Ce sont les parties elles-mêmes qui déterminent librement leurs obligations. Les parties font en principe ce qu'elles veulent dans un contrat. Elles s'engagent dans un contrat, elles contractent, elle déterminent librement les obligations :

- Les obligations de payer ;
- Les obligations de livrer ;
- Les obligations de procurer la jouissance d'un bien ;

Un principe existe dans la matière : un principe essentiel qui découle du principe philosophique de l'autonomie de la volonté ; c'est le principe de **la liberté contractuelle**. Les parties s'expriment librement ; les parties fixent librement les obligations qui sont contenues dans le contrat. Ce principe n'est pas cependant un principe tout a fait systématique, c'est un principe qui connaît un certain nombre d'exceptions, un certain nombre d'atténuations.

Etudions donc le principe de la liberté contractuelle **(I)**, et les limites de ce principe **(II)**.

A. Principe de la liberté contractuelle

S'agissant tout d'abord du principe de la liberté contractuelle, quel est son fondement ? **(A)**, et comment ce principe peut-il être mis en œuvre ? **(B)**

A.1. Fondement

D‘abord, le fondement, la liberté contractuelle est un principe qui se déduit de la théorie philosophique de l‘autonomie de la volonté. Qui fait que la volonté individuelle est à la fois la source et la mesure de l‘obligation contractuelle.

Le principe de la liberté contractuelle se manifeste par la possibilité que les parties ont de contracter ou de ne pas contracter, de choisir la forme de leur contrat et surtout de déterminer librement les clauses du contrat. Cela dit, les parties utilisent fréquemment cette liberté contractuelle, cette marge de manœuvre qui l‘aurait accordé.

Prenons cette liberté, ne s‘exprime pas d‘une manière trop débridée, en effet la loi très souvent propose aux parties contractantes des modèles et il appartient aux parties d‘adopter ces modèles quitte à les aborder sur certains points. C‘est ainsi que toute la réglementation du code civil sur les contrats spéciaux ; sur la vente sur le bail sur le prêt ; sur le dépôt, est une réglementation supplétive de la volonté des parties. Il appartient par conséquent aux parties de choisir tel ou tel modèle, de s‘engager dans une vente, dans un bail, dans un prêt ; quitte pour les parties par la suite à individualiser leur contrat, a fixer les clauses qui concernent les modalités de livraison, qui concernent les modalités de paiement. Parfois la liberté offerte par la loi aux parties est encore plus large, parce que la loi prévoit expressément que les parties vont bâtir elles-mêmes leur contrat ; utiliser elles-mêmes cette liberté contractuelle.

C‘est en matière d‘affrètement maritime, la loi commence directement par donner la possibilité aux parties de faire le contrat d‘affrètement, qu‘elles souhaitent. Et si les parties ne se manifestent pas, la loi propose dans un deuxième temps aux parties des modèles. Conclure un affrètement à temps, conclure un affrètement en voyage, etc.

Les parties peuvent se référer en des termes très simples à l‘un des contrats visés par le code civil, par les textes postérieurs.

Conclure un bail par écrit de quelques lignes, les parties peuvent s‘évader également du cadre législatif, et créer de toute pièce une convention nouvelle. Faire un contrat innomé, un contrat qui aura certainement la même force obligatoire du contrat nommé. L‘organisation des contrats spéciaux en effet n‘est qu‘un menu a la carte, les parties peuvent choisir, les parties peuvent même commander autre chose, sous réserve quand même de ne pas porter atteinte aux principes fondamentaux du droit des contrats. La liberté contractuelle s‘exprime aujourd‘hui certainement d‘une manière plus intense que par le passé ; on a redécouvert ces dernières années les vertus de la liberté contractuelle, notamment dans le domaine du droit des affaires, puisque d‘une matière considérée comme fortement réglementée on a donné la possibilité aux parties de créer de toute pièce de nouveaux modèles ; Je pense au droit des sociétés. Les pactes statutaires, les pactes extra statutaires, les conventions qui permettent aux parties d‘aménager certaines règles du droit des sociétés sont aujourd‘hui considérés comme valables et plus récemment le législateur a créé également un nouveau modèle de société qui est largement ouvert sur la liberté contractuelle. Il s‘agit de la société par action simplifiée.

Donc la liberté contractuelle est certainement l'un des moteurs du droit des contrats. Cette liberté contractuelle, se trouve aujourd'hui vitalisée et de nouveau en vigueur par tous les mouvements politiques et les mouvements économiques que notre société peut connaître.

Ce principe de la liberté contractuelle comment le mettre en œuvre ? 2ème point.

A.2. Mise en œuvre : l'interprétation de la volonté des parties

Ce qui a été voulu par les parties ; ce qui a été déterminé par les parties contractantes est obligatoire. Et comment préciser, comment savoir ce qui a été voulu par les parties ?

Il est vrai qu'il faut s'en tenir à la volonté des parties et uniquement à la volonté des parties, et n'introduire aucune considération étrangère à la volonté des parties. Il est difficile cependant de cerner cette volonté des parties ; **le problème se pose de deux façons** :

D'une manière générale lorsqu'il faut interpréter un contrat, d'une manière spécifique, lorsque les parties cherchent à dissimuler quelque chose ; le problème général est le problème de l'interprétation de la volonté des parties. Interpréter et rendre le sens d'une formule, interpréter un contrat, et rechercher le sens que les parties ont voulu donner à leurs dispositions contractuelles. L'interprétation se distingue de la qualification. La qualification suppose que l'on recherche quelle est l'opération qui a été mise au point par les parties ? Qualifier l'opération de vente, de dépôt, de prêt, de louage, pour savoir quel est le régime qui est applicable. Cette question de qualification se repose sur l'obligation essentielle assumée par les parties et se distingue de l'interprétation qui débouche simplement sur la question de savoir quelle est la volonté qui a été exprimée par les parties.

Cette question d'interprétation se pose lorsque le contrat n'est pas très clair, lorsque le contrat est incomplet, lorsque le contrat est susceptible de plusieurs sens, c'est-à-dire lorsqu'il est ambigu ou encore lorsque le contrat est contradictoire. On peut décider par exemple, lorsqu'on trouve dans un contrat d'assurance la formule « **durée statutaire** », quel est la signification de cette clause ? Il se peut qu'un simple profane, un simple particulier ignore tout, du droit statutaire des statuts d'une société et ne comprenne par conséquent pas le sens de cette clause. Il va falloir l'interpréter D Alors comment l'interpréter ? Quelles sont les règles d'interprétation et que peut faire le juge ?

Premièrement quelles sont les méthodes d'interprétation ?

B. Les méthodes d‘interprétation

Le code civil propose au juge un certain nombre de maximes, un certains nombre de méthodes, un certains nombre de critères, un certains nombre de recettes pour interpréter les contrat. Recettes que l‘on trouve dans les **articles 1156 à 1164 C.civ.**

1°- Les dispositions générales

Il y a comme dit le Doyen CARBONNIER dans ces textes un « guide-âne » qui propose un certains nombre de critères. Le texte de base est le texte de **l’article 1156 C.civ.** D C‘est la clef de voûte du système d‘interprétation.

Au termes de l‘**art 1156 C.civ.** On doit rechercher la commune intention des parties, plutôt que de s‘arrêter au sens littéral des termes. Ce qui compte ce n‘est pas la déclaration de volonté, ce qui compte c‘est ce qui été voulu par les parties ; autrement dit l‘esprit l‘emporte sur la lettre.

Il faut rechercher donc l‘intention des parties, ce qui débouche nécessairement sur des analyses psychologiques. Ainsi en est il pour la fameuse clause « durée statutaire ».

Un arrêt du 14 mai 1974, de la cour de cassation, a pu considérer que cette clause, durée du contrat statutaire, n‘était claire que pour un usager familiarisé avec la législation des assurances et par conséquent à contrario était obscure pour le commun des mortels. D‘autres textes peuvent être invoqués, d‘autres textes subsidiaires. Il peut arriver qu‘une clause soit nulle, si on lui donne tel sens, et valable si on lui donne un autre sens. Il faut alors interpréter la clause dans le sens qui valorise la clause, qui valide la clause. C‘est ce que dit l‘**art 1157 C.civ.** : On peut également vouloir interpréter d‘une manière constructive le contrat, se référer aux usages, aux habitudes. Les usages répondent généralement aux intentions tacites des parties, et l‘usage en lui-même n‘a pas de force l égale. Ainsi on peut considérer que entre médecins, il est d‘usage que le médecin qui est patient et qui est malade et qui se fait soigner par son confrère ; il est d‘usage que ce médecin ne rémunère pas son confrère. Entre médecins, l‘usage veut que l‘on ne se réclame pas d‘honoraires. Cet usage est un usage confraternel, c‘est un usage qui n‘a pas de force légale, et qui ne peut être invoqué pour interpréter le contrat médical qui peut être passé entre deux médecins.

L’article 1161 C.civ. Prolonge ce type d‘interprétation, puisque l‘article 1161 prévoit que toutes les clauses s‘interprètent les unes par rapport aux autres.

Donc, un souci d‘interpréter le contrat de manière cohérente.

2°- Les dispositions de l’article 1162 C.civ.

Un texte est interprété avec plus d‘ambition par les tribunaux et plus d‘audace par les tribunaux, c‘est le texte de l‘**article 1162 C.civ.**

En principe d‘après ce texte, il faut interpréter le contrat ; la clause, contre celui qui a stipulé. Donc il faut interpréter contre le créancier, en faveur du débiteur. Le stipulant, en effet dans la terminologie classique est le créancier, et son cocontractant est le débiteur.

La jurisprudence toutefois interprète le contrat d‘une manière différente, l‘**article 1162 C.civ.** Qui permet d‘interpréter contre celui qui a stipulé.

Cet article 1162 en réalité est conçu de manière tout a fait différente.

L‘hypothèse est celle dans les contrats d‘adhésion, on peut interpréter un contrat d‘adhésion, un contrat qui a été initié par un professionnel et qui est imposé par le professionnel au consommateur.

Dans ce genre de situation **la jurisprudence** interprète le contrat **contra proferentum,** contre celui qui a stipulé ; contre celui plus exactement, qui a eu l‘initiative du contrat.

Si on applique les critères classiques, celui qui a stipulé est le consommateur, celui qui a adhéré a ce contrat par conséquent ; il faudrait interpréter ce contrat contre le consommateur, ce n‘est pas logique, qu‘on interprète le contrat d‘adhésion contre le professionnel, contre celui qui a pris l‘initiative du contrat ; qui a lancé le contrat, et qui essayé d‘en tirer profit.

La jurisprudence par conséquent se montre parfois d‘audace, elle dégage des interprétations qui sont souvent bien souvent bienveillantes, et s‘abritent derrière l‘équité.

C. L‘office du juge

Quel est maintenant l‘office du juge ?

Les juges peuvent interpréter les clauses, ils ont un pouvoir dans ce sens et encore faut-il que la clause soit susceptible d‘être interprété.

A l’époque du code civil, les clauses du contrat étaient considérées comme des clauses juridiques, étaient considérés comme de véritables règles de droit, par conséquent le juge ne pouvait pas interpréter ces règles, et la jurisprudence était dans ce sens.

Un peu plus tard **en 1808,** notamment on pu considérer que les clauses du contrat étaient des éléments de fait et que par conséquent les juges pouvaient interpréter librement sans aucune réserve ses clause.

Plus tard dans **un arrêt Foucault colombe du 15 avril 1872**, la cour de cassation à modifié sa position. Pour la cour de cassation, les juges ne peuvent pas interpréter les termes d'un contrat lorsque ces termes sont clairs et précis.

Donc, si:

> Le contrat contient une clause claire et précise, cette clause claire et précise s'impose aux parties et cette clause n'est pas susceptible d'être interprétée. Si d'aventure cette clause est interprétée par un tribunal. La décision du tribunal peut être cassée pour dénaturation.

En revanche si :

> la clause est obscure et ambigu, la clause mérite d'être interprété et le juge alors peut intervenir.

La clause claire et précise ne peut pas être interprété, elle s'impose aux parties ;

La clause obscure et ambiguë peut être interprété.

Telle est **la jurisprudence** qui résulte du fameux arrêt Foucault et colombe du 15 Avril 1872. Bien entendue, cette jurisprudence ne règle pas toutes les difficultés, on peut se demander en effet, quel est le critère d'une clause claire et précise ? A partir se quand la clause est claire et précise et échappe à toute interprétation.

Il n'y a pas de critère, **la jurisprudence** procède un peu au coup par coup, et il se peut qu'une clause qui déplaise à un tribunal soit qualifiée d'obscure et ambigu pour que cette clause se prête à une interprétation.

Dans le prolongement, on peut évoquer la question des clauses de styles. Est-ce que ses clauses de « style » dite de « style » sont obligatoires ?

L'expression est quelque peu équivoque et l'expression est bien reçue aujourd'hui par le grand public. Un clause de style peut être certainement très bonne, étouffée dans l'œuf, des procès de pure chicane, et d'un autre côté, cette clause de style peut présenter des dangers. Elle peut surprendre un contractant qui ignore ces droits. La clauses de style en tout cas, est en elle-même valable, est en elle-même efficace. On ne peut pas écarter une clause du contrat sous prétexte que la clause est de « style », sous prétexte que la clause se retrouve régulièrement dans le contrat, sous prétexte que la clause est habituelle.

En revanche, si cette clause de « style » est obscure et ambigu, cette clause pourra faire l'objet d'une interprétation. Donc, en soi la clause de « style » est parfaitement valable, le fait pour une clause d'être une clause de « style » ne peut être une cause d'interprétation ;

D. La simulation :

Le 2ème problème qui se pose, le problème spécifique cette fois-ci, qui se pose est un problème de simulation. Après l'interprétation ; la simulation. Il arrive que l'une des parties produisent un acte secret qui contredit l'acte apparent. Cette partie allègue que l'intention réelle se trouve dans l'acte secret. Que faut-il décider ? Faut-il s'en tenir à l'acte apparent, faut il s'en tenir à l'acte secret ? On s'est posé le problème de la simulation.

La simulation est un mensonge concerté, se distingue par conséquent du dol qui émane d'un des cocontractants. Lorsqu'il y a une simulation, les parties établissent une convention ostensible, on parlait encore de convention apparente. Une première convention, la convention officielle, et les parties établissent une deuxième convention, une convention secrète que l'on dénomme une contre-lettre ; cette contre-lettre contredit la 1ère convention. Dans un contrat de vente, les parties conviennent officiellement que le prix sera de tant, mais il se peut que les parties conviennent secrètement dans un accord plus particulier que le prix ne sera pas payé. La clause qui prévoit le défaut de paiement du prix est une contre-lettre D C'est une manière pour les parties de cacher quelque chose ; On peut se demander si ce type d'opération est valable ?

L'acte apparent, l'acte ostensible est l'acte officiel, l'acte qui se révèle. Cet acte apparent, s'il n'est affecté d'aucune cause de nullité, s'impose aux parties. Quant à l'acte secret, qui se traduit par la contre-lettre, l'acte secret est également obligatoire, dans la mesure où l'acte secret à été conclu en respectant toutes les conditions prévus par le code ou la jurisprudence en la matière.

Seulement cet acte secret s'inscrit en contradiction par apport aux clauses qui sont stipulées dans l'acte apparent. On peut se demander quelle est la clause qui va triompher ?

L'objet de la contre-lettre peut varier selon les circonstances, tantôt une volonté de fraude anime les contractants. La vente qui est apparente pour tromper les créanciers ou le fisc, veut faire croire que le patrimoine est vidé, mais en réalité, les choses se sont passées d'une manière différente à raison de l'existence d'une contre-lettre.

Tantôt la contre-lettre peut ne pas révéler des fraudes, peut ne pas révéler des mauvaises intentions. On veut simplement ne pas apparaître officiellement dans un contrat par décence, par timidité peut-être ?

Comment faut-il réagir à la simulation ?

Plusieurs conceptions sont possibles :

on peut tout simplement décider de respecter la volonté réelle des parties, laisser faire qu'impose la liberté contractuelle. On défend alors une conception libérale de la simulation.

On peut également vouloir intervenir, condamner certains abus. Tenir compte des intérêts des tiers ; les tiers qui ont crus de bonne foi à l'acte qui leur apparaît, qui se présente. Les tiers peuvent s'en tenir à l'apparence de l'acte ;

On peut également vouloir défendre une conception plus morale des choses et lutter contre les fraudes, lutter contre les simulations.

Le droit positif français : n'est pas hostile à la simulation, il faut préciser d'abord quelles sont les formes de la simulation (a) ; pour dire quelques mots ensuite sur son régime (b);

D.1. Formes de la simulation

S'agissant des formes, la simulation peut porter sur l'une ou l'autre des conditions du contrat, la simulation peut porter d'abord sur

- **Le consentement lui-même :** Les parties font une convention fictive et prévoient qu'en réalité elles ne passent aucun contrat.

On constitue une société avec des complices pour tromper les créanciers. La société qui est sensé être propriétaire des biens apporté ; cette société aura une existence, mais il est stipulé que les associés restent en réalité propriétaires des biens, donc officiellement on crée une société pour constituer ce patrimoine de la société, pour isoler des biens professionnels des biens personnels ; mais on peut stipuler par une contre-lettre, qu'en réalité les associés ont conservés leurs propriétés, et qu'aucun transfert n'ait intervenu en faveur de la société.

La simulation peut également porter sur :

- **La cause du contrat :** Il se peut qu'une donation soit déguisée sous la forme d'une vente. Dans une contre-lettre, il est prévu que le prêteur acquéreur ne devra payer aucun prix : c'est une donation qui intervient dans un contrat ;

La simulation peut porter également sur :

- **L'objet du contrat :** Dans une vente il se peut que la contre-lettre augmente le prix ostensible, on déclare un prix officiel tel : 200 ce qui en vaut 500, on décide de payer par contre-lettre une somme de 300. Aussi pour frauder le fisc ou pour frauder les tiers.

La simulation peut porter également sur :

- **La personne :** On parlera souvent de simulation par interposition de personnes.

Soit un propriétaire qui veut agrandir sa propriété, en construisant sur un terrain voisin, le propriétaire craint que s'il se présente lui-même au voisin, ses voisins qui souhaitent vendre leur parcelle, ne demandent un prix trop élevé. C'est la raison pour laquelle le propriétaire va encourir à un prête-nom, ce prête-nom sera le mandataire, qui est tiers par apport au propriétaire. Ce mandataire va acheter les terrains comme s'il s'agissait pour lui-même, mais il ne joue qu'un rôle de prête-nom. Il traite prétendument pour son compte personnel, et par conséquent il va transférer sous certaines modalités à son mandant, à son client, les biens qu'il a pu acquérir. Le contrat de prête-nom, la convention de prête-nom qui est parfaitement obligatoire.

D.2. Régime juridique de la simulation

Il faut préciser les effets de la simulation et s'arrêter sur des questions de preuves.

LES EFFETS D Dans les rapports entre les parties contractantes, dans les rapports entre les personnes qui ont donné leur consentement au contrat. Dans ces rapports, dans les rapports entre les parties, la simulation est neutre, pour reprendre l'expression du Doyen CARBNNIER ; elle ne rend pas nul ce qui est valable, elle ne rend pas valable ce qui est nul.

- Si la contre-lettre remplie toutes les conditions de validité régie par la loi, si la simulation n'a pas eu pour but de tourner une disposition légale sur la validité des contrat, dans ce genre d'hypothèse la contre-lettre est parfaitement obligatoire. L'acte apparent est une vente, l'acte secret est une donation ; le prétendu vendeur dans ce genre d'hypothèse ne pourra réclamer le prix, la contre-lettre est obligatoire. Donc, dans les rapports entre les parties, la simulation est parfaitement obligatoire.
-

1. Si, deuxième hypothèse ; si deuxième situation, la contre-lettre ne remplie pas les conditions exigées par la loi, la solution est différente. En effet, on ne peut faire secrètement ce que la loi condamne ouvertement de faire. Il y a des exceptions à ce principe néanmoins ; ainsi l'article 1099 al.2 C.civ prévoit que les donations entre époux lorsqu'elles sont déguisées, ou lorsqu'elles sont faite par interposition de

personnes, sont frappées de nullités. Deuxième exception, résulte de l'article 1840 Code général des impôts, l'hypothèse est la suivante : on vend un immeuble pour un prix officiel, et l'on prévoit par un dessous de table, donc par une contre-lettre, que le pris sera majoré de tant. On vend 100 à titre officiel, et puis 500 sous la table. L'article 1840 C .général des impôts, annule ce genre de contre-lettre ; dans la mesure ou cette contre-lettre majore secrètement le prix de vente d'un immeuble, le prix de cession d'un office ministériel ou le prix de vente d'un fond de commerce. Des sanctions fiscales qui sont applicables, et des sanctions civiles sont également applicables. Cette contre-lettre en principe est frappée de nullité. La cour de cassation dans arrêt de chambre mixte du 12 juin 1981, a considérée que la nullité, donc cette sanction civile, ne s'appliquait qu'à la contre-lettre et non pas a l'ensemble de l'opération. La solution quelque peu choquante, dans l'hypothèse de vente de fond de commerce, il se peut qu'un prix soit majoré secrètement par un dessous de table. L'acquéreur pourra dénoncer cette opération et considérer que la contre-lettre est nulle. L'acquéreur va alors, bénéficier d'une prime à la dénonciation, et l'acquéreur pourra s'en tenir à l'acte apparent ; payer le prix qui a été officiellement déclaré. La cour de cassation considère en effet que la nullité est une nullité partielle, la nullité n'est applicable qu'a la contre-lettre. Donc l'acte apparent reste valable. Une solution qui s'explique certainement, par des considérations fiscales.

Donc, dans les rapports entre les parties la contre-lettre, la simulation est en principe possible sous réserve des textes et sous réserve notamment du fameux article 1840 du code général des impôts.

Dans les rapports avec les tiers, le principe est que la simulation n'a pas d'effet à leur égard. Les tiers se sont ici non pas les héritiers qui continuent les personnes, ce sont les ayants cause à titre particulier, ou les créanciers qui sont en cours d'affaire avec les parties. Les tiers protégés, ce sont les tiers de bonne foi. S'ils connaissent la simulation, la contre-lettre leur est opposable. Si les tiers sont de bonne foi, ils sont protégés. Ils disposent alors d'un choix ; ils peuvent s'en tenir à l'acte apparent, ou s'en tenir à l'acte secret. Ils peuvent prouver par tous moyens en exerçant une action en déclaration de simulation, qui obéit aux règles du droit commun.

Soit un propriétaire d'immeuble qui loue son immeuble à un locataire, ce propriétaire veut vendre son immeuble à un prix intéressant, il a intérêt à dire à un candidat acquéreur que le prix de location est élevé ; de cette manière l'acquéreur qui sera intéressé, l'acquéreur pense qu'il pourra y tirer un profit intéressant de son immeuble ; le propriétaire peut faire l'opération suivante : louer l'appartement à un prix par exemple de 5000, dans un acte ostensible, il peut convenir avec son locataire d'une contre-lettre, dans cette contre-lettre il peut ramener le loyer à 2000. La question qui se pose est la suivante : cette contre-lettre est valables entre les parties contractantes, cette contre-lettre est valable entre le propriétaire et le locataire, et le locataire par conséquent pourra s'en tenir à ce loyer de 2000, mais quelle est la situation de l'acquéreur ? L'acquéreur de l'immeuble, en tant que tiers, en tant qu'ayant cause à titre particulier ici, l'acquéreur de l'immeuble pourra s'en tenir soit à l'acte ostensible, soit à l'acte secret. Donc, en l'occurrence, il s'en tiendra à l'acte ostensible, à l'acte de bail ostensible dans lequel le loyer de 5000 de manière à pouvoir réclamer la somme de 5000 au locataire.

Quelle est la structure du contrat ?

L‘obligation fondamentale correspond aux éléments essentiels du contrat. Alors cette obligation fondamentale, présente un certains nombres d‘intérêts. Si l‘on résonne dans l‘absolu, à propos du contrat en général, il est impossible de définir l‘obligation fondamentale d‘une manière concrète. Les parties peuvent tout faire, donc assumer toutes les obligations, et précisément encore faut-il qu‘il y ait une obligation dans le contrat ; cette obligation peut être très faible, mais doit exister juridiquement ; c'est-à-dire que son créancier doit pouvoir en demander l‘exécution, en ce sens un arrêt de la chambre des requêtes du 19 Janvier de 1863, un contrat après cet arrêt ne peut légitimement exister s‘il ne renferme les obligations qui sont de son naissance, et s‘il n‘en résulte un lien de droit pour contraindre les contractants à les exécuter. Si l‘on raisonne concrètement à propos des différents contrats, l‘obligation fondamentale s‘assimile à **la prestation caractéristique** du contrat. Dans un contrat synallagmatique, on observe deux obligations : l‘obligation monétaire, payer une somme d‘argent, obligation qui est neutre qui se retrouve dans tous les contrats ; et cette obligation monétaire représente la contre partie de **la prestation caractéristique** qui consiste à faire quelque chose, à vendre quelque chose, à louer quelque chose, à transporter quelque chose ; cette **prestation caractéristique** se réduit à l‘objet du contrat. Cette obligation est l‘obligation qui est nécessaire à la réalisation de l‘objectif économique voulu par les parties. Cette notion **de prestation caractéristique** permet d‘identifier le contrat, de dire si le contrat est un contrat de vente ou contrat de location, ou un contrat de prêt ? Il s‘attache donc à cette notion **de prestation caractéristique**, à cette notion d‘obligation fondamentale, de nombreux intérêts. C‘est vrai lorsqu‘il s‘agit d‘apprécier naturellement la validité du contrat, si un contrat ne contient pas cette prestation caractéristique, ce contrat est frappé de nullité. Les parties peuvent alléger leurs obligations, déterminer leurs obligations, et jusqu'à un certain point. Dans un contrat de vente la délivrance est de l‘essence du contrat, et est inconcevable, que l‘acquéreur renonce à l‘usage de la chose. Si l‘acquéreur renonce à cette délivrance, le contrat est frappé de nullité ; le contrat n‘a plus de raisons d‘être. Dans un contrat de bail, l‘obligation de fournir un minimum de jouissance est fondamentale. Dans un contrat d‘entretien de location d‘alarme, il est impossible par exemple de dire que le non fonctionnement n‘engage pas la responsabilité du bailleur, sinon le bailleur n‘assume aucune obligation, le contrat n‘a pas de raison d‘être.

Cette obligation fondamentale est également déterminante pour trouver quelle est la qualification exacte du contrat. La qualification est un problème qui est soulevée par tous problème de droit. Le droit est un ensemble limité de règles, tandis que la vie est un ensemble illimité de faits, il s‘agit donc de faire entrer ces faits dans la règle de droit, qualifier ces faits. Le plus souvent les problèmes passent inaperçues. Il est évident que l‘acte par lequel on transfère la propriété est un bien, contre le versement d‘un prix est une vente. Le problème se pose lorsque l‘opération est un peu complexe : promesse de vente avec un dédit, contrat de crédit-bail ; contrat de parrainage ; contrat de crédit documentaire ; comment résoudre cette question de qualification ? Etant entendue que si un contrat est un contrat de tel nature, ce contrat obéit à un régime bien déterminé. Si un contrat est un contrat d‘une autre nature, le régime juridique n‘est pas le même. Le régime de la vente n‘est pas celui du bail ou inversement. Comment résoudre cette question de qualification ? Cette question de qualification est un problème de droit et non pas de fait. Donc la cour de cassation contrôle les juges du fonds sur ce problème. Pour qualifier les juges doivent s‘arrêter non pas a des éléments subjectifs, mais à des éléments objectifs. Il ne doivent pas s‘arrêter a la qualification

que les parties ont donné a leur contrat, ce qui dépend des parties c‘est la fixation des obligations ; c‘est l‘ordre même des obligations. C‘est la détermination des obligations, c‘est donc ce contenu qui commande la qualification du contrat. Une fois connue cette obligation, il faut comparer ses obligations avec celle qui résulte du contrat type que les parties ont voulu conclure. Et ceci pour répondre à la question de savoir si le contrat est un contrat de dépôt, si le contrat est un contrat de bail, si le contrat est un contrat d‘entreprise où un contrat de vente.

Je prendrai un seul exemple :

Dans un contrat d‘exploitation d‘un parc à voitures, une place est mise à la disposition du propriétaire d‘une voiture ; mais est ce que ce contrat est un simple contrat de location ? On loue une place dans un parc, ou est ce que ce contrat est un contrat de dépôt ? Autrement dit, est ce que l‘exploitant du parc s‘engage à surveiller la voiture, prend la voiture à sa charge ? Si le contrat contient une obligation de garde, une obligation de surveillance, le contrat est un contrat de dépôt ; et si le contrat est un contrat par lequel seule une place est mise à la disposition du propriétaire de la voiture, le contrat est un contrat de location. Et par conséquent si le contrat est un contrat de location, et si malheureusement la voiture est volée pour une raison ou pour une autre ; eh bien l‘exploitant n‘est pas responsable, parce qu‘il s‘est engagé tout simplement à fournir une place à son co-contractant et non pas à surveiller l‘automobile. C‘est ce que prévoient généralement les tickets qui sont remis aux propriétaires de véhicules ; tickets dans lesquels l‘on indique que la société décline toute responsabilité en cas de vol. Cette clause signifie que le contrat proposé aux propriétaires de voitures est en principe un contrat de location et non pas un contrat de dépôt.

Deuxième obligation essentielle, qui fait partie de l‘essence du contrat, qui est inhérente au contrat, c‘est l‘obligation de bonne foi :

L’obligation de bonne foi :

La bonne foi est à l‘heure actuelle favorisée, la bonne foi est une notion, si j‘ose dire, une notion quelque peu à la mode, et de nombreuses clauses contractuelles sont assouplies à travers cette idée de bonne foi ; à travers le recours à la notion de bonne foi. J‘observerai d‘abord que les clauses d‘un contrat, doivent être appliquées de bonne foi, appliquées de manière loyale, Le problème s‘est posé en matière de clauses résolutoires notamment. J‘observerai aussi que la jurisprudence, fait parfois de l‘obligation de bonne foi une véritable obligation de coopération, de collaboration. Un arrêt de la chambre sociale du 25 février de 1992, considère par exemple que l‘employeur est tenu d‘exécuter de bonne foi le contrat de travail, et ainsi le devoir d‘assurer l‘adaptation des salariés à l‘évolution de leurs emplois. Toutefois les solutions ne sont pas aussi nettes, car la bonne foi ne doit pas conduire les juges à remettre en cause le contrat. Lorsque l‘on dit que le contrat doit être exécuté de bonne foi, c‘est ce que prévoient du reste l‘article 1134. al.3 C.civ, cela signifie que les parties doivent se

comporter loyalement et cela signifie plus précisément que si les parties agissent de mauvaise foi, les parties ne peuvent pas compter sur leurs clauses, sur leurs conventions. Lorsque l'on invoque une clause de responsabilité de mauvaise foi, cette clause n'aura aucune valeur. De même en est- il lorsqu'on invoque une clause résolutoire ; si l'on est de mauvaise foi, si l'on a une attitude contraire à la bonne foi, on encoure un certains nombre de sanctions. Mais en principe, la jurisprudence, ne va pas au-delà, et il ne faut pas aller au-delà. La bonne foi se limite donc à sanctionner des comportements malhonnêtes. Il est vrai que dans des situations particulières, la jurisprudence va au-delà, impose cette obligation de bonne foi, et considère que les parties doivent collaborer à la bonne exécution du contrat. Cette situation à été parfois admise dans certains contrats ; des contrats comme le contrat de franchise ; comme le contrat de possession ; comme le contrat de société ; comme le contrat d'assurance. Mais cette idée de coopération ne doit pas être systématisée, et ne doit pas conduire à remettre en cause la notion même de contrat. Le contrat n'est pas un instrument de collaboration, le contrat est me semble-il un outil qui est mis à la disposition des parties, pour que chacune des parties défendent ses propres intérêts. L'antagonisme d'intérêts caractérise certainement le contrat davantage que l'idée de collaboration, que l'idée de coopération. Mais reste qu'en toute hypothèse il est nécessaire bien entendu de sanctionner les comportements malhonnêtes.

F. Les obligations intégrées au contrat

Les autres obligations qui font parties du contrat et qui se présente comme des obligations qui limitent la liberté contractuelle se sont les obligations qui sont intégrées de l'extérieur dans le contrat.

Après les obligations inhérentes, les obligations intégrées dans le contrat.

Le contrat n'est pas toujours la chose des parties, le contrat est parfois aussi la chose que les parties raisonnables auraient voulu. Autrement dit la volonté des parties est doublée par des impératifs de protection, par des impératifs de direction, bref, par les exigences de l'ordre public. Au nom de l'ordre public, le législateur ; la jurisprudence, interviennent pour maintenir une certaine police contractuelle, pour parfaire le contenu du contrat, et parfois pour compléter le contrat. On impose ainsi dans le contenu du contrat des obligations. Des obligations qui présentent un caractère impératif. Ses obligations n'ont pas été voulues précisément par les parties, mais elles sont intégrées dans le contrat.

Alors, quelles sont les applications de cette idée ?

F.1. Applications classiques :

Dans un premier temps les applications sont purement négatives, on se borne à interdire ce genre de contrats, c'est ce qui prévoit l'article 6 C.civ lorsqu'il dispose qu'on ne peut pas déroger par conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre publique et les bonnes mœurs ; il s'agit simplement à l'époque d'assurer le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité. De défendre les liberté essentielles, de maintenir quelques grands principes ; et de conserver dans la société un minimum d'organisation.

Sont considérés comme d'ordre public, les règles de fonctionnement de l'Etat, les règles de fonctionnement de la société au sens large du terme, et les règles de fonctionnement des cellules de base de la société. Par exemple règle pour lesquelles le fonctionnement de la famille sont considéré comme d'ordre public. Les règles sur l'autorité parentale sont d'ordre public ; les règles sur le divorce sont d'ordre public. Si les règles sont d'ordre public on ne peut pas naturellement les écarter, les éliminer.

La jurisprudence va parfois au-delà et la jurisprudence ne se borne plus à interdire certaines opérations, la jurisprudence intervient directement pour découvrir des obligations et pour placer ses obligations dans le contenu du contrat.

F.2. B. Applications modernes de l'intervention législative :

L'ordre public contemporain prend une forme peut être plus dirigiste que par le passé, prend une forme sociale également ; l'état intervient pour contrôler les grands équilibres monétaires ; les grands équilibres économiques. Il intervient aussi pour protéger certaines catégories de personnes. De là sa distinction du classique entre **l'ordre public de direction** et **l'ordre public de protection**. Si les règles sont des règles de directions, si ses règles ne sont pas respectées, la nullité sera absolue, si les règles sont des règles de protection, la nullité sera alors une nullité simplement relative.

Le législateur intervient, donc dans le contenu d'un certain nombre de contrats ; et de son côté la jurisprudence n'est pas restée inactive, la jurisprudence a été stimulée, en quelque sorte par les interventions du législateur. La jurisprudence a d'ailleurs su trouver son inspiration dans les textes eux-mêmes, et spécialement dans l'article 1135 Code.civ,[22]. Au terme de ce texte les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. En se fondant sur la théorie des suites du contrat, on peut compléter le contenu du contrat et imposer dans le contrat un certain nombre d'obligations. Alors parmi ses obligations qui sont intégrées dans le contrat, deux obligations particulières tiennent la fiche : l'obligation de conseil ; et l'obligation de sécurité.

F.2.a. L‘obligation de conseil :

Pour ce qui est de l‘obligation de conseil ou l‘obligation de renseignement, le renseignement étant moins intense que le conseil, on considère que le vendeur d‘un produit nouveau doit donner des informations à son cocontractant quant a l‘utilisation de la chose. On considère également que le médecin doit donner des informations à son client ; les risques d‘une opération. Le garagiste aussi, doit faire un devis si l‘opération est importante, doit attirer l‘attention de son client sur le coût de l‘opération. L‘avocat aussi est débiteur d‘une obligation de conseil, etc…

Si cette obligation de conseil, voire d‘informations n‘est pas respectée, le débiteur de cette obligation peut engager sa responsabilité. Même dans certains cas, on pourra considérer que le contrat est frappé de nullité. Pour ce qui est du garagiste, on peut citer par exemple un arrêt du 25 février 1981, qui considère que un garagiste en sa qualité de technicien spécialiste de la mécanique automobile a l‘obligation professionnelle d‘éclairer son client incompétent sur l‘opportunité des réparations que celui-ci veut croire à tort efficaces ou avantageuses. Donc, ce n‘est plus le contrat qui postule cette obligation, c‘est la profession même de l‘intéressé, c‘est dire que cette obligation extérieure au contrat, elle est intégrée dans le contrat, et qu‘elle s‘impose nécessairement aux parties contractantes.

F.2.b. 2. Deuxième obligation de sécurité :

l‘obligation de sécurité a été découverte en matière maritime par un vieil arrêt du 21 novembre 1911, on a considéré que le transporteur de passagers devait acheminer ses passagers à destination saints et saufs, donc il est débiteur d‘une obligation de sécurité. Et si cette sécurité n‘est pas assurée, le transporteur engage sa responsabilité. S‘il y a un accident, ou si a fortiori le passager décède, le transporteur engage sa responsabilité. Alors cette idée d‘obligation de sécurité a été systématisée par la jurisprudence, chaque fois que le contrat met en cause la personne même, le débiteur, doit assurer la sécurité de cette personne. C‘est le cas dans les contrats d‘agents de voyages, c‘est le cas dans le contrat d‘organisation de colonies de vacances, c‘est le cas dans le contrat d‘organisation de jeux forains, dans l‘organisation de sports, dans l‘organisations de promenades à cheval, si le client est blessé, le client pourra rechercher la responsabilité de son cocontractant en se fondant sur l‘obligation de sécurité qui n‘a pas été respectée par le professionnel.

Deux exemples jurisprudentiels parmi les nombreuses décisions concernant l‘existence de ses obligations vont nous permettre d‘illustrer ce que certains auteurs nomme le « forçage » ou encore le « gonflement du contenu obligatoire du contrat ».

Le premier exemple est un arrêt ancien du 21 novembre 1911, rendu par la chambre civile de la cour de cassation et que vous pouvez trouver au Dalloz périodiques 1913, 1ère partie, page 249 avec une note SARRUT.

Cet arrêt met en relief l'obligation contractuelle de sécurité, obligation accessoire du transporteur de personnes.

Un autre arrêt celui de la 1ère chambre civile de la cour de cassation du 14 décembre 1982, bulletin civile 1ère partie N° 361 et relatif à l'obligation d'information, obligation contractuelle toujours qui pèse sur le professionnel.

En ce qui concerne l'obligation de sécurité d'abord, dans l'arrêt de 1911, la cour de cassation a affirmé que : « l'exécution du contrat de transport comporte pour le transporteur l'obligation de conduire le voyageur à destination, mais aussi de l'y conduire saint et sauf », le litige opposant le voyageur demandeur à la compagnie de transport avait trait à la compétence juridictionnelle, mais nous la laisserons de côté. Ce qu'il révèle, ce que révèle cet arrêt, c'est que parallèlement à l'obligation principale de conduire le voyageur d'un point à un autre, il existe une obligation accessoire, accessoire, mais contractuelle, consistant dans le fait que le passager arrive saint et sauf du point de départ au point d'arrivée. Cette solution n'est pas apparue comme évidente au 19ème siècle ; en effet le problème était le suivant : Jusqu'au début du siècle, le voyageur accidenté lors d'un transport, devait lui ou ses héritiers prouver la faute délictuelle ou quasi-délictuelle. Article 1382 [23]et suivant du Code civil, du transporteur pour obtenir réparation du préjudice qu'il avait subi.

Alors que d'un autre côté ce même transporteur était responsable de plein droit des pertes et avaries concernant les marchandises. Cela en vertu des articles 1784 du Code civil[24] et 103 du code de commerce. Il a fallu une longue histoire jurisprudentielle pour que dans cette décision, cette décision de 1911, la cour de cassation accepte que l'obligation du transporteur de conduire le voyageur « saint et sauf » à destination soit analysé comme une obligation contractuelle. Et sur le fondement de l'Article 1147 du Code civil[25] qu'elle a rendu sa décision. Cet article est relatif à la responsabilité contractuelle. Ainsi, si le transporté, le voyageur n'arrive pas à destination « saint et sauf », la faute du transporteur est présumée, et ce sera à lui, au transporteur de prouver le cas fortuit, s'il veut éviter une condamnation. Condamnation consistant à réparer le préjudice subi. Le transporté n'a pas à prouver la faute, il suffit de prouver qu'il n'est pas arrivé à destination, ou qu'il n'est pas arrivé « saint et sauf ». Le transporteur ne pourra se libérer que par la preuve de la force majeure du cas fortuit, ou de la faute d'un tiers ou du voyageur lui-même.

Comment expliquer une telle obligation ? La recherche de la volonté des parties semble assez hasardeuse en l'espèce, il est en effet difficile d'imaginer que lors de l'achat du billet, le passager ait songé à l'accident qui pourrait intervenir, il est encore plus difficile d'imaginer que le transporteur ait décidé d'assurer en toute hypothèse le transport du passager « saint et sauf » au terme de son voyage fixé par le contrat.

Pourtant, c'est ce que la jurisprudence affirme en 1911 : « Le transporteur a l'obligation en vertu du contrat qui le lie à son client de le transporter « saint et sauf » du point de départ au point d'arrivée. » Cette **obligation contractuelle**, contractuelle je le souligne de **sécurité** s'est ensuite étendue a de multiples contrats, dans les contrats de jeux forains, dans les contrats relatifs a l'enseignement ou à la pratique d'un sport, dans les contrats d'hôtellerie, dans les contrats de laverie, dans ceux existants entre agences de voyages et clients, etc.…

Nous aurons l'occasion de voir dans peu de temps quelle est la nature de cette obligation de sécurité ? Mais ce qu'il faut souligner maintenant c'est qu'il s'agit d'une **obligation de sécurité contractuelle**. De la même façon les tribunaux ont découvert une obligation

d‘information, une obligation de renseignement ou de conseil dans certains contrats. Tous particulièrement à l‘encontre des professionnels ainsi, dans l‘arrêt de la chambre civile de la cour de cassation du 14 décembre 1982, cité il y a un instant, un agriculteur avait été sérieusement blessé alors qu‘il utilisait un produit anti-parasitaire, le mode d‘emploi du produit indiquait bien toute une série de précautions à prendre, ce qui avait convaincu la cour d‘appel, mais la cour de cassation a cassé la décision sur le fondement de l‘article 1135 [26]du Code civil, elle décide dans un attendu de principe : « Que le fabricant d‘un produit doit fournir tout les renseignements indispensable à son usage, et notamment avertir l‗utilisateur de toutes les précautions à prendre lorsque le produit est dangereux ». Ainsi la cour de cassation va très loin, elle exige en plus de l‘obligation d‘information pèsent sur le fabricant, l‘obligation de signaler quel dommage le produit peut éventuellement faire courir à son utilisateur. Nous sommes, il faut bien le reconnaître assez loin de l‘analyse de la commune intention des parties. Ce mouvement, cette extension de l‘obligation contractuelle de renseignement, s‘est encore élargi ses dernières années. La 1ère chambre civile de la cour de cassation affirme en effet dans un arrêt du 3 Janvier 1985 publié au Bulletin sous le N° 111 qu‘il appartient je cite : « au vendeur professionnel de matériel pro acquis par un acheteur profane, de le conseiller, de le renseigner et d‘attirer notamment son attention sur les inconvénients inhérents à la qualité du matériaux choisis par le client, ainsi que des précautions à prendre pour sa mise en œuvre contenu de l‘usage pour lequel ce matériaux est destiné ». La première chambre civile de la cour de cassation à réaffirmé le même principe, dans un arrêt du 27 février 1985, bulletin N°82, cette même obligation contractuelle de renseignement réapparaît dans des arrêts plus récents encore, sur le fondement de l‘article 1135 du Code civil pour n‘en citer que quelques uns : cassation civile 1ère,28 février 1989 .JCP 29, 4ème Partie. P.114, ou encore cassation civile 1èr, 15 mars 1988, JCP 88. 4ème partie. P.191.Cette obligation pèse en général sur le professionnel qui soit fabricant ou vendeur, elle dépend aussi de la nature du contrat et des risques que peut faire courir le produit utilisé. Il faut relever que cette obligation de renseignement concerne à la fois la formation du contrat mais aussi son exécution, et c‘est bien ce dernier aspect qui nous intéresse ici.

L’obligation d’information, l’obligation de renseignement dont nous venons de parler est une obligation contractuelle accessoire du contrat de vente ou de service conclu entre un professionnel et un consommateur.

CD N°7 La force obligatoire du contrat

1. Le fondement du principe de la force obligatoire du contrat;

2. Application du principe;

3. Force obligatoire du contrat à l'égard des parties ;

4. Exceptions apportées au principe de la force obligatoire des contrats ;

5. La force obligatoire du contrat à l'égard du juge;

6. Les atténuations au principe de la force obligatoire du contrat : la clause d'indexation ;

7. commentaire sommaire de l'arrêt de la cour de cassation du 9 janvier 1974 ;

8. La clause de Hardship ;

Nous examinons aujourd'hui la force du lien contractuel. Le contrat est strictement obligatoire pour les parties, d'un côté et de l'autre le contrat n'a pas d'effet à l'égard des tiers. Ce sont ses deux aspects de la force du lien contractuel qui mérite quelques développements.

D'abord la force du contrat entre les parties.

Entre les parties, la force du contrat est extrêmement rigoureuses, le contrat en effet est pour les parties une véritable loi, a laquelle les parties ne peuvent déroger. On peut se demander quelle est la raison qui justifie cette solution. On peut s'interroger sur les implications et les prolongements de la solution. Y a-t-il des assouplissement, y a-t-il des tempérament ? Est ce que les parties ont la possibilité d'atténuer cette rigueur ? Autant de questions à poser, autant de questions qu'il faut poser, mais auxquels on ne peut répondre que si on met de l'ordre dans ses développements.

On peut le faire on raisonnant à partir des principes et en envisageant ensuite les atténuations qui ont été apporté au principe

A. Le principe de la force obligatoire du contrat

Voyons d‘abord le principe de la force obligatoire du contrat.

- Quelle est la raison qui justifie ce principe ?
- Quel est le fondement de ce principe ?
- Quelles sont ses applications ?
- Quels sont ses corollaires ou quels sont ses prolongements ?

A.1. A l‘égard des parties

A.1.a. Fondements

Qu‘elle est d‘abord le fondement du principe de la force obligatoire du contrat. Le contrat on vient de le dire est pour les parties une véritable loi. L‘article 1134 .al 1er du Code civil[27] un texte essentiel, affirme que les conventions légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Dans la mesure où le contrat obéit aux conditions légales de formation, dans la mesure où le contrat repose sur un consentement exprimé, dans la mesure où l‘objet du contrat est déterminé ou la cause existe ou les parties sont capables de s‘engager, le contrat est l également formé. Et ce contrat légalement formé tient lieu de loi aux parties contractantes. Le contrat est donc un mini loi, qui doit être respectée par les parties. Ses conventions légalement formées sont obligatoires ; on disait et on dit toujours :pacta sunt servanda, pacta sunt : les conventions ; servanda : doivent être respecté (« les pactes doivent être respectés ») ; cette règle qui est certainement universelle, qui ne date pas d‘hier, qui est inscrite dans la tradition juridique, s‘explique par plusieurs considérations. On peut d‘abord avancer des considérations d‘ordre morales pour justifier notre principe. On est tenu en quelque sorte par sa conscience, de respecter sa promesse de respecter ses engagements. Tenir sa parole engage l‘homme, c‘est une question de conscience, voire d‘honneur, et cette idée est certainement partagée dans toutes les civilisations. On peut justifier également le principe par des idées philosophiques. Le respect de la parole donnée s‘explique par la volonté. L‘homme est engagé parce qu‘il a voulu s‘engager. La volonté est à la fois la source et la mesure de l‘obligation. On retrouve à travers cette analyse notre fameuse théorie de « l‘autonomie de la volonté », théorie philosophique de l‘autonomie de la volonté qui explique le principe juridique de la force obligatoire des conventions.

A.1.b. b) Applications

Quelles sont les applications, maintenant les principales applications de ce principe, de la force obligatoire des contrats ? Ces applications sont extrêmement nombreuses, extrêmement variées. Dans les relations entre les états eux-mêmes le principe de la force obligatoire des conventions est essentiel. On le retrouve plus précisément dans le droit des traités. Les traités ou conventions internationales, lient les parties qui sont tout simplement les états signataire, les états contractants. Les conventions internationales ne cessent de se multiplier à l'heure actuelle et ceci dans tout les secteur du droit privé. Ces conventions ont une force obligatoire et lient les états contractants. Du reste la convention de vienne du 23 mai 1969 sur les traités reconnaît la force obligatoire des traités. Et assimile les traités à un véritable contrat. L'article 55 de la constitution de la Vème République est dans le même sens ; considère que les traités sont obligatoires sous réserve de leur application réciproque. Mais bien entendu, il est difficile de mettre en œuvre concrètement ce principe de la force obligatoire des traités, faute d'instances internationales pour faire respecter ses conventions internationales.

Dans les relations entre les états et les particuliers ou les entreprises, le principe de la force obligatoire des conventions trouve également à s'appliquer. On sait que les pouvoirs publics se sont engagés depuis un certain nombre d'année dans des politiques contractuelles. Ils préfèrent négocier des mesures avec les partenaires sociaux, les partenaires économiques, plutôt que d'imposer ses mesures, et cette efficacité de la politique contractuelle qui se traduit par un certain nombre de conventions dépend du respect de ses conventions. Un temps les gouvernements lorsque l'inflation était importante, avaient mise au point des engagements de modérations, pour inviter les entreprises à ne pas pratiquer des prix trop importants. L'état négociait avec les entreprises, imposait un certain nombre d'obligations aux entreprises, les entreprises acceptaient dans ces conditions de ne pas augmenter les prix, mais l'état en contrepartie s'engageait à donner aux entreprises qui acceptaient donc de faire ses efforts, l'état en contre partie donnait à ses entreprises des facilités fiscales ou des facilités dans le domaine sociales. Ses engagements ont été respectés ce qui explique d'ailleurs notre faible taux d'inflation à l'heure actuelle. Le principe de la force obligatoire du droit des conventions s'applique bien entendue également dans les relations entre les particuliers ; dans les relations entre les entreprises, dans les relations entre les professionnels et les consommateurs. Tous les contrats qui lient ses personnes sont obligatoires et doivent être respectés.

A.1.c. c) Corollaires

Le principe :

Le principe de la force obligatoire à un certains nombre de prolongements, un certain nombre de corollaires. Le contrat est pour les parties une véritable loi. Les parties ne peuvent dans ses conditions y déroger, sauf nouvel accord. Et le contrat s'impose au juge dans les mêmes conditions. Le juge ne peut en principe modifier le contrat. D'abord le contrat s'impose aux parties contractantes, les parties contractantes étant les personnes qui ont données leur consentement, qui se sont engagées dans le contrat. On verra que les parties s'opposent aux tiers. Il est difficile parfois de faire la distinction entre ses deux catégories de personnes juridiques. En tout cas le contrat s'impose aux parties. Cette observation mérite d'être précisée, il faut également dégager les applications de cette idée, avant de dire quelques mots sur les exceptions qui sont prévues ça et là par le droit positif français.

Le principe est simple, le principe est clair, le principe est net, les parties doivent respecter leurs obligations, les parties se sont engagées dans un contrat, les parties sont donc tenues par ses obligations et doivent respecter scrupuleusement ses obligations. Le principe de la force obligatoire a une portée assez grande, positivement.

D'abord, positivement : positivement les choses sont simples les parties doivent appliquer le contrat. Dans ses conditions si l'une des parties ne respecte pas le contrat, l'autre est en droit de mettre en œuvre des sanctions, pour obtenir la condamnation du débiteur défaillant, du contractant défaillant. Le créancier peut solliciter l'exécution forcée du contrat, peut s'engager dans une action en responsabilité contractuelle, peut encore demander la résolution du lien contractuel. Autrement dit, chaque cocontractant a le droit d'imposer à l'autre le respect scrupuleux des stipulations contractuelles. Ce droit à l'exécution ne disparaît pas du seul fait que l'on tarderait à le mettre en œuvre. Le contrat ne disparaît pas par désuétude. Il reste que compte tenu de l'obligation de bonne foi, dont nous avons bien parlé, compte tenu de la règle de l'article 1134. Alinéa 3 du Code civil[28], il reste que le créancier, le créancier de l'exécution de l'obligation doit s'abstenir de manœuvres ou de comportements qui tendraient à rendre l'exécution du contrat plus difficile. Le créancier perd son droit, son droit à l'exécution, s'il abuse de son droit, encore faut il naturellement prouver cet abus. Il ne faut pas non plus renverser les rôles, c'est le débiteur défaillant qui engage sa responsabilité lorsqu'il ne respecte pas ses obligations et le créancier est en droit de contraindre son cocontractant à respecter sa promesse. .

La jurisprudence donne de nombreuses applications, donne de nombreuses lustrations de cette solution, on peut citer un arrêt par exemple :

Un **arrêt de la 3ème chambre civile de la cour de cassation du 16 novembre 1977**. En l'espèce il s'agissait d'un entrepreneur qui avait construit pour le compte d'un maître de l'ouvrage une maison dont les surfaces de différentes pièces ne correspondaient pas à celles qui étaient indiqué par les plans. Il y donc une différence entre la réalisation concrète du contrat et ce dont les parties étaient convenues. La cour d'appel avait considéré que l'entrepreneur finalement n'était pas responsable, et que par conséquent le maître de l'ouvrage

devait être débouté de sa demande, dés l'instant que les différences de surfaces entre ce qui avait été réalisé et ce qui a été prévue par les parties, ses différences de surfaces étaient minimes et en faisant observer que la concordance absolue entre les surfaces énumérés au plan et celles qui étaient réalisés ne constituaient pas une condition substantielle de la convention. Autrement dit les juges avaient fermés les yeux sur ses différences qu'ils avaient considéré comme secondaire. Alors ce n'étais pas respecter le contrat, la cour de cassation à censuré la décision de la cour d'appel, en remarquant qu'en se prononçant de la sorte, alors que le contrat prévoyait l'exécution des travaux telles que définies par les plans, les juges du fond avaient violés les dispositions de l'article 1134 du code civil. Il faut construire une pièce de 3 mètres sur 3, c'est une pièce de 3 mètre sur 3 qui doit être construite. Et si l'entrepreneur construit une pièce de 2 mètres 99 sur 3, le contrat n'est pas respecté, et le maître de l'ouvrage peut le contraindre à respecter scrupuleusement ses engagements.

D'un point de vue négatif : d'un point de vue négatif, le principe de la force obligatoire des contrats a également la portée suivante : les parties ne peuvent pas détruire unilatéralement ce qu'elles ont fait d'un commun accord. Autrement dit pour déroger au contrat, pour modifier le contrat, les parties devront convenir d'une nouvelle convention, on ne peut pas d'une manière unilatérale défaire ce qui a été fait, d'un commun accord. Les parties peuvent convenir d'avenants pour modifier telle ou telle obligation, les parties peuvent passer un nouveau contrat pour défaire le contrat ultérieur, mais l'une ou l'autre partie ne peut pas de son propre chef revenir sur l'engagement ou modifier l'engagement.

Les applications :

Quelles sont maintenant les applications de ce principe de la force obligatoire du droit des contrats et plus précisément dans les rapports entre les parties contractantes ?

Il faut bien cerner le problème. Deux hypothèses méritent d'être envisagées : soit le contrat est parvenu à terme, soit le contrat est en cours d'exécution.

- **Si le contrat est parvenu à terme**, les parties ne sont pas normalement tenues de le poursuivre. Le contrat est conclu pour 3 ans, le délai est expiré, rien n'oblige les parties à prolonger leurs conventions, au contraire puisque le terme a été stipulé, puisque le terme est parvenu à échéance, il faut respecter cette condition. Le contrat n'a plus d'existence après la survenance du terme. Il faut tout de même prendre en considération certains textes qui imposent que le maintient de contrat ou le prolongement du contrat, tel cas, notamment en matière de bail commercial, en matière de bail rural, mais le renouvellement en principe d'un contrat résulte d'un nouvel accord de volonté, ce renouvellement peut être fondé sur un accord express, parfois sur un accord tacite. Mais ce renouvellement est un nouveau contrat. La cour de cassation a eu l'occasion de le préciser, notamment dans un arrêt de 3ème chambre civile du 25 avril 1990, en faisant observer que, à propos d'un bail rural, ce bail rural renouvelé constituait un nouveau bail, et non pas le contrat antérieur qui était maintenue. Donc le renouvellement comme d'ailleurs la

tacite reconduction n‘entraîne pas la prorogation du contrat primitif, mais donne naissance à un nouveau contrat.

- **Si le contrat est en cours d’exécution** : ce contrat ne peut être révoqué que d‘un commun accord. L‘article 1134. al 2 du code civil est en ce sens. La règle est logique, et s‘inspire d‘ailleurs du principe du parallélisme des formes. Le (*mutuus consensus)* suffit à former le contrat. L‘accord entre les parties est nécessaire pour que le contrat se forme. De même à l‘inverse le (*mutuus dissensus)* suffit pour délier les parties de leurs engagements. L‘accord respectif des parties pour défaire le contrat est obligatoire et engage les parties. La convention est dissoute par un procédé inverse à celui qui a servi à former le contrat. Il appartient aux parties de résilier l‘opération, de suspendre l‘opération, de modifier leurs stipulations. Il n‘y a là qu‘une suite de la liberté contractuelle.

La jurisprudence en fait application, notamment en droit du travail, en considérant que la résiliation reconventionnelle exclut l‘application des règles sur le licenciement. La convention intervenue en dehors de tout vice du consentement entre un employeur et ses salariés qui consacre la rupture immédiate du contrat de travail, et comporte pour eux le paiement des indemnités auxquels ils auraient eu droit en cas de licenciement, cette convention est licite et présente un caractère obligatoire pour les parties qui l‘on signées. Cette convention n‘est pas une transaction, c‘est une convention par laquelle l‘on met un terme au contrat. L‘employeur est d‘accord, le ou les salariés sont d‘accord, donc les contrat, le ou les contrats de travail n‘ont plus d‘existence, les contrats cessent à raison de l‘accord respectif des parties. Il reste, néanmoins que ce nouvel accord, cet accord par lequel on se délie d‘un contrat antérieur est lui-même un contrat soumis à la théorie générale des obligations et qui est obligatoire en l‘absence du vice du consentement, qui est obligatoire si son objet est déterminé, si la cause existe et si les parties sont capables de s‘engager.

Certaines exceptions méritent néanmoins d‘être cités parce que ce principe selon lequel le contrat oblige les parties, n‘est pas systématique, n‘a pas une portée systématique. Le principe qui veut que le consentement mutuel soit le seul moyen de révoquer un contrat est parfois pris en défaut. En effet dans un certain nombre d‘hypothèses la résiliation unilatérale du contrat est efficace. Autrement dit, l‘une des parties peut de son propre chef revenir sur cet engagement. On admet donc l‘efficacité d‘une résiliation unilatérale.

Trois cas méritent d’être signalés :

1. **<u>d’abord les parties</u>** peuvent insérer dans leur contrat originaire une clause qui leur donne droit à la résiliation, qui leur ouvre une voie à la résiliation unilatérale. On prévoit par exemple qu‘en cas d‘inexécution d‘une obligation, le contrat sera résilié. Dans le cas du bail, il est souvent prévu que si le locataire ne paye pas ponctuellement ses loyers, le bailleur pourra

mettre fin au contrat. On stipule dans le contrat de bail une clause résolutoire, qui permet au bailleur de rompre le contrat à raison de l'inexécution par le locataire de ses obligations ; cette clause de résiliation, cette clause résolutoire est obligatoire et lie les parties, et permet à l'une des parties de mettre unilatéralement un terme au contrat. Ces clauses de résiliation se sont développées, elles se rencontrent aujourd'hui dans la plupart des contrats qui s'inscrivent dans le temps, elles jouent, elles sont obligatoires, mais la **jurisprudence** à tendance on aura l'occasion d'y revenir, la jurisprudence à tendance à les appliquer avec modération si j'ose dire. En effet si le créancier de la clause n'a pas un comportement loyal, le créancier de cette clause sera privé du bénéfice de sa stipulation.

2. **La loi**, ensuite, dans d'autres hypothèses, dans d'autres cas, admet la résiliation unilatérale du contrat. On peut citer le texte d'abord de l'article 2004 du code civil[29] qui prévoit que dans l'hypothèse d'un contrat de mandat, le mandant peut révoquer de son propre chef le mandataire. En matière de mandat, la révocation du mandataire intervient *ad nutum* c'est-à-dire de manière discrétionnaire. D'un simple coup de tête, le mandant peut révoquer le mandataire. De la même façon, mais à l'inverse l'article 2007 du code civil[30] permet au mandataire de renoncer au contrat, sa mission sous réserve bien naturellement de ne pas abuser de cette prérogative.

3. **En matière d'assurance,** l'article L.113. 12 du code des assurances, donne à chacune des parties le droit de résilier unilatéralement le contrat, de résilier unilatéralement la police d'assurance, à l'expiration d'une période de 3 ans. L'article 1794 du code civil[31], qui concerne les marchés à forfaits permet au maître de l'ouvrage, au client donc de l'entrepreneur, de résilier unilatéralement ce marché, sous réserve néanmoins d'indemniser l'entrepreneur. C'est un texte spécifique qui admet la résiliation unilatérale. Enfin on peut citer l'article 1780 du code civil[32], qui à propos des louages de services fait sans indications de durée, permet à l'une ou l'autre des parties de faire cesser le contrat. Le louage de services conclus pour une durée indéterminée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes. Alors le louage de services s'est le contrat de travail, et précisément la **jurisprudence a généralisée l'idée contenue, la règle contenue dans l**'article 1780 du code civil.

Voyons justement ses cas jurisprudentiels :

On observe en **jurisprudence**, un double mouvement,

1er mouvement D la jurisprudence a généralisée à partir de textes spécifiques, à partir de textes épars. Le droit de résilier unilatéralement le contrat, lorsque ce contrat est un contrat à durée indéterminé, autrement dit, la solution de l'article 1780 du code civil, qui a été écrite pour le louage de service est pour le contrat de travail a été généralisé à tous les contrats quel qu'ils soient, qui sont conclus pour une durée indéterminée (contrat de travail ; le contrat de

bail ; le contrat de concession ; le contrat d‘ouverture de crédit ; etc.) dés l‘instant qu‘un contrat est conclu pour une durée indéterminée, dés l‘instant qu‘aucun terme n‘a été stipulé, et que les obligations s‘exécutent dans le temps, l‘une ou l‘autre des parties a la possibilité de résilier le contrat. Alors, cette faculté de résiliation unilatérale est un droit qui est reconnu à chacun des cocontractants lorsque le contrat est un contrat à durée indéterminée, mais cette faculté ne doit pas être utilisée d‘une manière abusive. Autrement dit, si l‘auteur de la résiliation agit de manière brutale, agit de mauvaise foi, s‘il a un comportement excessif, et bien l‘auteur de cette résiliation sera sanctionné, ne pourra pas bénéficier de cette faculté de résiliation unilatérale. Autrement dit son cocontractant pourra obtenir une indemnisation en faisant observer que cette résiliation unilatérale a été exercé brutalement, sans ménager le débiteur. Alors toute **une jurisprudence** s‘est dégagée sur cette question et aujourd‘hui on considère qu‘effectivement cette faculté de résiliation est admise mais sous réserve de ne pas en abuser, sous réserve donc d‘agir de bonne foi. La question, dés lors qui se pose, est de savoir comment ne pas abuser de cette faculté de résiliation unilatérale du contrat. Et comment ne pas abuser, **la jurisprudence** a donnée un certain nombre d‘indications, de directives, **la jurisprudence** demande a la personne qui entend résilier unilatéralement le contrat, de prévenir son cocontractant. Donc on tempère cette faculté de résiliation, on imposant à l‘auteur de cette faculté de donner un préavis a son cocontractant. Certains textes particuliers, notamment en matière bancaire ont entériné cette idée, c‘est ainsi que une ouverture de crédit ne peut être révoquée, mais a condition que cette révocation soit précédé d‘un préavis, de manière que le bénéficiaire du crédit dispose d‘une certaine marge de manœuvres, dispose d‘un certain délai pour trouver un autre financier, pour pouvoir tout simplement se retourner. La résiliation, elle peut être unilatérale, lorsque le contrat est un contrat a durée indéterminée, il ne faut pas abuser de cette prérogative, comment ne pas abuser? Tout simplement en donnant au cocontractant un préavis pour que ce cocontractant puisse se retourner et ne se trouve pas dans une situation trop délicate. En dehors de ses hypothèses de contrats a durée indéterminé, ou de contrats a durée successive, **la jurisprudence** s‘est montrée dans d‘autres circonstances beaucoup plus audacieuse. **La jurisprudence** a admis la rupture unilatérale du contrat, en cas d‘urgence ou de manquement grave par l‘un des cocontractants à ses obligations. La cour de cassation a récemment consacrée cette solution dans un arrêt qu‘on peut considérer comme de principe, de la 1ère chambre civile, c‘est un arrêt du 13 octobre 1998, en l‘occurrence la haute juridiction décide que la gravité du comportement d‘une partie a un contrat peut justifier que l‘autre partie y mette fin de façon unilatérale, mais à ses risques et périls. Autrement dit lorsque l‘un des cocontractants manque sérieusement, manque gravement a ses obligations, son partenaire est en droit de rompre, de révoquer, de résilier unilatéralement le contrat. Alors, deux choses l‘une, soit une fois que le contentieux se serait engagé entre les deux parties, soit le tribunal saisit après la résiliation unilatérale, va décider que la gravité du comportement était suffisante, était suffisamment caractérisé, dans ses conditions, l‘auteur de la rupture échappe a toute responsabilité. Il peut justifier cette résiliation à raison de la gravité du comportement de son cocontractant. Soit, en revanche les juges considèrent que le comportent du cocontractant n‘était pas suffisamment grave pour justifier une résiliation unilatérale. Et c‘est pourquoi l‘auteur de la résiliation unilatérale encoure alors une condamnation, sans doute a des dommages et intérêts, puisqu‘il a pris une initiative qui s‘est avérée malencontreuse et il s‘expose par conséquent à indemniser son cocontractant. Cette solution qui résulte de l**a jurisprudence et de cette jurisprudence récente**, permet d‘aligner **le droit positif** français avec certaines solutions que l‘on rencontre à l‘étranger, notamment en droit Anglais, ou ce que l‘on appelle l‘inticipatoebridg est admise, en ce sens qu‘il n‘est pas nécessaire de saisir un tribunal pour obtenir la résiliation du contrat, la résolution du contrat, on peut rompre le contrat et le juge ultérieurement sera saisi pour qu‘il puisse apprécier le bien fondée de cette

résiliation unilatérale. L‘appréciation du juge ne se fait plus à priori, l‘appréciation du juge se fera a posteriori, une fois que la résiliation est consommée si j‘ose dire, le juge intervient pour vérifier si les conditions de la rupture unilatérale était ou non remplie. Cela dit **cette jurisprudence** pose un certain nombre de questions, notamment on peut se demander si lorsque on prend au cocontractant, lorsque le cocontractant prend l‘initiative de la rupture unilatérale, est ce qu‘il se prive ce faisant de la possibilité d‘agir par la voie traditionnelle, c'est-à-dire saisir un tribunal pour que le tribunal prononce la résiliation ou la résolution du contrat, en outre on peut se demander si cette rupture unilatérale n‘est justifiée qu‘en cas de gravité, du comportement du cocontractant, est ce qu‘il faut maintenir certaines décisions antérieures qui avaient été rendus sur ce même thème et qui considérais que la résiliation unilatérale était justifiée en cas d‘urgence ? Je crois qu‘on peut l‘admettre, la résiliation unilatérale s‘impose dans un certains nombre de cas, du moins elle peut être justifiée dans un certains nombres de cas, mais au prix de conditions précises, a savoir le manquement grave du cocontractant, ou la situation qui est particulièrement urgente.

Le contrat s‘impose aux parties, mais le contrat s‘impose également au juge

Le rôle du juge dans la détermination des éléments du contrat est controversé. Dans l‘absolu, on peut vouloir renforcer les pouvoirs du juge, lui accorder le pouvoir d‘intervenir pour introduire une dose d‘équité dans le contrat, lui donner le droit de rééquilibrer les prestations contractuelles, d‘un autre côté, on peut faire remarquer, qu‘accorder au juge un droit d‘intervention dans le contrat, présenterai des inconvénients, et présenterai notamment l‘inconvénient de remettre en cause la parole de l‘autre. On peut concevoir qu‘il faille insuffler une certaine souplesse dans les relations contractuelles, cependant la règle de droit est une règle précise, et cette règle perd son caractère si le juge peut la modifier. La règle doit être prévisible, la règle doit être strict, rigoureuse, et si le juge intervient, la règle de droit est donc, la règle contractuelle perd ses caractères essentiels.

Le droit positif, néanmoins est assez complexe sur cette question de l‘intervention du juge. D‘une manière générale, on s‘accorde à dire que le juge ne peut modifier le contrat, ne peut alléger l‘obligation contractuelle. Cette manière de voir a quelques peu changée. C'est-à-dire à l‘époque du Code civil le contrat est conçu comme l‘œuvre unique de la volonté des contractants, le législateur lui-même respecte cette conception et le législateur intervient très rarement dans le contrat. Aujourd‘hui les données sont peu différentes, en effet les exemples d‘intervention législatives dans le domaine contractuel sont très nombreux, ce qui crée un précédent, ce qui peut stimuler le juge et faire en sorte que le juge aura moins de scrupules pour intervenir, donc on observe de fait en **droit positif** que dans certaines hypothèses, le juge se reconnaît le droit d‘intervenir dans le contrat. Il faut tout de même cerner ses hypothèses, il y a des cas dans lesquels le juge se refuse d‘intervenir, il y a des cas dans lesquels en revanche le juge accepte d‘intervenir.

Les cas dans lesquels le juge n’intervient p

Le juge n‘intervient pas en principe lorsque les clauses du contrat sont claires et précises, il doit respecter ses clauses et appliquer le contrat tel qu‘elle, sous réserve de dénaturer le contrat, en outre, si le contrat est clair et complet, et que les circonstances qui ont présidé a sa conclusion ont changées et que ce changement implique un bouleversement du contrat, le juge ne peut modifier ce contrat. C‘est évoquer ici le problème de l‘imprévision éclairé par le fameux :

Arrêt Canal de Craponne :

En 1567, Adam de Craponne entrepreneur qui a construit un canal d‘irrigation dans la région de salon de Provence, s‘engage a assurer l‘entretien de ce canal, contre le versement de trois sols par Acre de terre, dire que les riverains bénéficiaient de ce canal, les personnes arrosées, si j‘ose dire doivent verser une redevance de trois sols par Acre de terre irriguée. En 1867, la cour d‘appel d‘Aix autorise les héritiers d‘Adam de CRAPONE a modifier les redevances fixées 300 ans auparavant, ceci compte tenu de l‘augmentation du prix de la main d‘œuvres, et la diminution de la valeur de la monnaie. Le sol n‘existe plus, seul le centime existe et pour pouvoir entretenir ce canal d‘irrigation il faut engager des frais très importants, c‘est la raison pour laquelle, la cour d‘Aix considère que le contrat ne peut plus être exécuté, sans l‘exécution devenue trop onéreuse pour les héritiers d‘Adam De CRAPONE, et que par conséquent ses contractants sont en droit de demander a leur cocontractants de procéder a une révision des redevances. Ce raisonnement logique est admis par la cour d‘appel, la Cour de cassation censure cette décision dans un arrêt tout a fait essentiel, c‘est un arrêt du 6 mars 1876, qui fait observer : « qu‘en aucun cas il n‘appartient au tribunaux quelques équitables que puisse leurs apparaître leurs décision de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles, a celles qui ont été librement accepté par les contractants. ».

La cour de cassation rejette ainsi la théorie de l‘imprévision, même si les circonstances qui ont présidé la conclusion du contrat changé, même si il en résulte un bouleversement dans l‘équilibre du contrat, il faut respecter le contrat. On s‘est engagé sur telle ou telle base, il faut respecter ses conditions. Le contrat est une véritable loi pour les parties, le contrat s‘impose aux parties contractantes et le juge n‘a pas a intervenir pour réviser les conditions contractuelles.

Cette **jurisprudence** du canal du CRAPONE est une jurisprudence centenaire, c‘est une jurisprudence qui exprime encore le **droit positif**, il est vrai néanmoins que cette jurisprudence est mal perçue parfois par les juges du fond, et dans certaines hypothèses les juges interviennent pour insuffler une certaine équité dans le rapport contractuel, c‘est le cas notamment en matière de mandat, lorsque les honoraires du mandataire sont trop élevés au regard de la mission qui a pu être accomplie, au regard du service qui a été rendu, et bien les juges interviennent pour diminuer les honoraires du mandataire.

D‘une manière plus générale, cette jurisprudence du canal de CRAPONE fait l‘objet d‘un certain nombre de critiques, certains font observer que cette jurisprudence est contraire au

principe de la bonne foi contractuelle, la bonne foi justifierai l'aménagement des obligations, et la révision des obligations, alors que les circonstances ont changées. Certains font observer également que à l'étranger, notamment en droit Allemand, parfois aussi en droit Anglais on admet la révision du rapport contractuel. Certains ajoutent que, il faut toujours sous entendre certains contrats, cette fameuse clause « rébus sic stantibus », le contrat doit être respecté mais tant que les choses restent en état. Et par conséquent, si ses choses sont modifiées, si ses circonstances sont modifiées, on peut procéder à la révision du contrat. Mais d'un autre côté, on peut faire remarquer que la solution de la cour de cassation, la solution du canal du CRAPONE est tout a fait conforme à la notion de contrat. **Le contrat est un pari sur l'avenir,** on s'engage pour le meilleur et pour le pire, si j'ose dire, peut importe les changements ultérieurs, il faut respecter le contrat. De surcroît, la jurisprudence du canal de CRAPONE s'explique par des raisons politique juridique, il faut éviter de bouleverser les contrats, il faut éviter de remettre en cause systématiquement les contrats, du moins lorsque ceux ci ont été valablement conclus.

Les cas dans lesquels le juge intervient :

La jurisprudence parfois se reconnaît le droit d'intervenir néanmoins malgré cette décision, il se peut que le contrat soit obscur et ambigu, dans ce cas là le juge peut l'interpréter, il se peut également que le contrat soit incomplet, les parties n'ont pas tout prévus. Dans ce genre de situation, les tribunaux se reconnaissent le droit de compléter l'engagement contractuel, et d'inclure dans l'engagement contractuel un certain nombre d'obligations. Obligations de conseils ; l'obligation de sécurité, ce sont des obligations qui sont intégrés dans le contrat. En matière de prix, le problème se pose aussi et du moins lorsque le contrat de prestation de service, si cette prestation de service a été exécutée, alors qu'aucun prix n'a été fixé, le juge peut intervenir pour fixer le prix. En revanche, si le contrat est un contrat de vente, si aucun prix n'a été déterminé, la vente n'est pas valable et la vente n'a aucune existence. Pour revenir a la solution du canal de CRAPONE, il faut bien voir que **cette jurisprudence séculaire** qui est conforme a la notion de contrat peut être parfaitement aménagé par les parties contractantes.

B. Atténuations apportées au principe

On découvre en effet qu'un certain nombre d'atténuations au principe de la force obligatoire des contrats.

B.1. Par les textes

Les atténuations peuvent résulter d‘abord des textes. Il se peut que le législateur lui-même cherche à assouplir la rigueur contractuelle. Il s‘inspire de considérations d‘équité, de contingence économique ou sociale pour assouplir le lien contractuel. Il était intervenu ainsi en matière de rente viagère pour majorer les rentes viagères, surtout dans les périodes d‘inflation. Il intervient également aussi en matière de baux commerciaux, pour admettre la révision triennale des loyers ; il intervient également dans le cadre des procédures collectives lorsqu‘il s‘agit de céder des contrats ; il intervient également en matière de baux ruraux. Mais surtout, les parties elles-mêmes peuvent parfaitement se protéger contre les changements de circonstances qui bouleverse l‘équilibre du contrat.

B.2. Par les parties

Les parties peuvent stipuler des clauses de révisions, et l‘on peut même dire que si un conseil est chargé de rédiger un contrat, et si ce conseil, si cet avocat par exemple, omet de stipuler une clause de révision, il engagerait sa responsabilité. Ces clauses de révisions, sont de deux types principalement, il s‘agit des clauses d‘indexation, et des clauses de sauvegardes, on parle encore de clause de « hardship ».

B.2.a. Clauses d‘indexation

La clause d‘indexation est la clause qui permet d‘adapter automatiquement le contrat au changement des circonstances ; on indexe au contrat sur tel ou tel paramètre. Par exemple s‘il faut acheter, fournir du blé, et bien on va indexer a ce blé je ne sais pas sur de tel ou tel indice. Si un boulanger s‘engage à acheter régulièrement de la farine, et bien on pourra pour déterminer le prix de ce contrat, indexer le prix de la farine sur le coût du blé.

Alors ses clauses d‘indexation sont réglementées par **le droit positif français**, elles sont réglementées par une ordonnance de 1958, le texte concerne la plupart des contrats, du moins les contrats internes, pour les contrats internationaux l‘indexation est considérée comme libre. La liberté contractuelle s‘exprime beaucoup plus librement dans les contrats internationaux que dans les contrats internes. Dans les contrats internes l‘ordonnance de 1958 réglemente les indexations. D‘abord l‘indice qui est choisis par les parties, cette variable qui est choisi par les parties doit présenter une relation directe entre l‘objet du contrat ou avec l‘activité de l‘une des parties. Donc les contractants n‘ont pas la possibilité de choisir n‘importe quelle indexation, il faut que l‘indice soit en relation directe avec l‘objet du contrat ou avec l‘activité des parties. J‘ajouterai que dans certaines hypothèses

particulières, le législateur réglemente plus précisément les indexations, c'est le cas notamment dans les contrats de construction, dans le secteur de la construction, puisque l'on considère que l'on peut dire directement indexer les opérations sur le coût de la construction. Lorsque les contrats, les conventions portent sur des engagements qui sont de nature alimentaires, sur des dettes qui sont de nature alimentaire, l'indexation redevient libre. Si l'indexation n'est pas valable, la cour de cassation a considérée que la nullité qui s'imposait est une nullité absolue, **la jurisprudence** précise néanmoins que s'il y a plusieurs indices, et si un indice devient nul, dans ce genre de circonstance le juge pourrait substituer un indice valable a l'indice qui est frappé de nullité ou qui est frappé de caducité.

L'ordonnance du 30 décembre 1958 modifiée relative à la validité des clauses d'indexations conventionnelles dont vous trouverez les principales dispositions sous l'article 1243[33] Code civil, a été rédigée par des non juristes. Très rapidement après son entrée en vigueur, des difficultés se sont élevées quant à l'interprétation qu'il convenait de donner à certains termes de ce texte. L'article 79 précise en effet que je cite : « sont interdites les clauses d'indexations fondées sur le 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 ».

1. Que fallait il entendre par activité de l'une des parties ;

2. Par objet de la convention ;

3. Ou encore par rapport direct ;

Autant de questions dont l'intérêt pratique est extrêmement important.

Cet arrêt de principe assez ancien de la 1ère chambre civile de la cour de cassation du 9 janvier 1974, rapporté à la semaine juridique 1974, 2ème partie sous le N° 17806, avec une note de Mr Levy, que nous nous proposons de commenter, a pour principale intérêt de mettre fin a une controverse portant sur l'interprétation des termes objet de la convention. Dans cette espèce, des époux avaient emprunté une certaine somme a une société civile immobilière, l'acte notarié constatant le prêt précisait entre autre que le capital emprunté est indexé sur le coût de la construction et que les fonds prêtés étaient destinés pour partie au financement de l'acquisition du terrain et pour partie au financement de la construction

d‘un bâtiment sur celui-ci. A l‘échéance du prêt un litige s‘élève entre les parties, le prêteur prétendant au remboursement du capital, mais aussi au paiement des sommes dus en raison des intérêts de l‘indexation. L‘emprunteur ne proposant que le seul remboursement du capital prêté. La société prêteuse assigne alors le préteur devant les tribunaux. Les 1er juges accueillent sa demande et la cour d‘appel de DOUAI confirme le jugement en 1972, au motif que : « l‘indexation affectant le capital prêté était licite, c'est-à-dire conforme aux prescriptions de l‘article 79 de l‘ordonnance du 30 décembre 1958 »

Les emprunteurs forment alors un pourvoi devant la cour de cassation. Ils reprochent aux juges du fond d‘avoir dénaturé le contrat de prêt ; Pour eux **les termes objet de la convention désignent la prestation a propos de laquelle l’accord des parties est intervenue et autour de laquelle s’ordonnent l’économie du contrat, et non comme le prétend les juges d’appel la promesse d’emploi des fonds empruntés qui n’est qu’un mobile ayant pu déterminer les parties a contracter**. Pour les demandeurs en cassation, il n‘existe pas de relation directe entre l‘indice choisis et l‘objet de la convention, c'est-à-dire le prêt. Pas plus qu‘il n‘existe d‘ailleurs entre l‘indice choisis et l‘activité de l‘une des parties au contrat. Le problème de droit soulevé devant la cour de cassation était donc bien précisé, devait donc admettre une interprétation étroite des termes objet de la convention figurant à l‘article 79 de l‘ordonnance de 1958 comme le prétendait l‘emprunteur ou une interprétation large de ces termes ; interprétation large qu‘avait adopté les juges du fond. La cour de cassation dans la décision étudiée rejette le pourvoi en affirmant dans un attendu de principe que : « l‘objet de la convention au sens de l‘article 79 de l‘ordonnance du 30 décembre 1958 modifié par l‘article 14 de l‘ordonnance du 4 février de 1959 doit s‘entendre dans son exception la plus large, et que notamment l‘objet d‘un prêt peut être de permettre a l‘emprunteur de construire ou d‘acheter un immeuble, et qu‘en l‘espèce, la cour d‘appel avait souverainement appréciée qu‘il existait une relation directe entre l‘objet de la convention et l‘indice choisis. »

Cette solution bien accueillie par **la doctrine** donne ainsi une interprétation claire de ce qu‘il faut entendre par objet de la convention au sens de l‘article 79 de l‘ordonnance de 1958, mais en se retranchant derrière l‘appréciation des juges du fond en ce qui concerne la relation directe entre l‘objet de la convention et l‘indice choisis, la décision de la cour de cassation est plus décevante. Ce sont ses deux points que nous étudierons.

1ère partie, donc :

I. L’objet de la convention doit s’entendre dans son acception la plus large :

Plusieurs conceptions de ces termes étaient effectivement possibles, la conception qu‘adopte la cour de cassation dans cette décision est toujours d‘actualité. Il était en effet possible de comprendre par « objet de la convention » l‘objet de la prestation de l‘une des parties, c'est-à-dire l‘objet de l‘obligation, en l‘occurrence un prêt d‘argent. C‘est bien ce que propose le pourvoi, nous retrouvons là la dualité du sens du mot objet que nous avons déjà étudié. Si dans son acception la plus étroite l‘objet de la convention est l‘objet de la prestation c'est-à-dire ici une somme d‘argent, toute indexation est alors impossible, puisque interdite par le texte même de l‘ordonnance de 1958. Cette conception trop restrictive soutenue par certains auteurs ne pouvait prospérer. C‘est la raison pour laquelle la cour de cassation dans cette décision opte pour une conception large de la notion étudiée. L‘objet de la convention peut être aussi compris comme l‘objectif de l‘opération, c'est-à-dire en fait, l‘utilisation qui va être faite par l‘emprunteur des fonds prêtés. **Cette**

analyse soutenue par une proportion importante de la doctrine, sauvée ainsi la possibilité d'une indexation d'un prêt d'argent, on en venait ainsi a assimiler l'objet de la convention a la cause, non pas a la cause au sens classique du terme, mais ce que nous avons appelé la cause du contrat, c'est-à-dire la conception subjective. La cause ici c'est le mobile qui a déterminé le cocontractant à s'engager, c'est-à-dire le but. En l'espèce, l'emprunt était destiné à la construction d'un immeuble, il était donc possible de choisir pour indice le coût de la construction ; c'est bien la solution consacrée par la cour de cassation dans l'espèce étudiée. Mais cela soulève un autre problème, comment peut-on connaître le but poursuivi par l'emprunteur ? En l'espèce, il existait dans l'acte authentique que constatait le prêt une clause d'affectation des fonds prêtés, mais une telle clause est-elle nécessaire d'une part ? Et est elle suffisante d'autre part ? La 1ère chambre civile de la cour de cassation dans un arrêt du 27 octobre 1981, bulletin n°311 précise qu'il n'est pas nécessaire que l'objet de l'emprunt soit mentionné par écrit dés lors que les éléments de preuves et l'intention des parties permettent de découvrir les motifs qui les ont animés, et que l'utilisation des fonds ainsi faite, d'un autre côté, dans une espèce jugé par la cour de cassation ; 1ère chambre civile le 18 février 1976. JCP- 1976 2ème partie n° 18465, alors qu'il a été précisé que les fonds prêtés l'étaient en vue de travaux d'amélioration dans un immeuble, mais que cela n'a pas été clairement prouvé, la clause d'affectation des fonds prêtés incluse dans le contrat n'a pas été suffisante en elle-même pour justifier l'indice choisi.

Donc, aujourd'hui nous pouvons affirmer que l'objet de la convention peut être entendue comme la prestation d'obligation, mais ce peut être aussi le but recherché par l'une des parties dans l'hypothèse d'un prêt de sommes d'argent par l'objectif recherché par l'emprunteur et que celui-ci, ce but peut être déterminé, soit par l'acte d'emprunt lui-même, soit et cela est peut être beaucoup plus important par la réalité, c'est-à-dire la preuve de l'affectation des fonds ainsi empruntés.

En droit positif, la solution est claire, c'est bien celle dégagée par la décision étudiée.

Toutefois et c'est le 2ème point, la 2ème condition :

II. Encore faut- il qu'il existe une relation directe entre l'indice choisi et cet objet de la convention ainsi défini, pour que l'indexation soit licite :

C'est ce que nous allons vérifier maintenant. Nous entrons ici dans un domaine que cette décision que nous étudions n'a pas vraiment clarifiée, en effet la cour de cassation sur ce point se retranche derrière l'appréciation souveraine des juges du fond, dans un arrêt du 4 mars 1964. Dalloz 1964. Page 385, la chambre commerciale de la cour de cassation déclarait que : « l'appréciation du rapport existant entre la nature de l'indice et l'objet du contrat est en fonction de la part plus ou moins importante pour laquelle le produit ou service envisagé est susceptible d'entrer dans la réalisation de cet objet, est une question de fait qui échappe au contrôle de la cour de cassation. »

Ce qui nous permet de vérifier que 10 ans après, sur ce point les choses n'avaient pas vraiment avancés. L'indice doit-il porter sur un élément prépondérant du contrat, mais alors qu'elle est il ? Sur un élément unique ? Etc. et portant c'est là une question importante puisqu'il s'agit d'une condition de validité même de l'indexation. Quelques soit la formation de la cour de cassation, celles-ci se sont toujours retranchées derrière l'appréciation souveraine des juges du fond quant a cette condition nécessaire relative au

caractère directe de la relation entre l'indice choisi et l'objet de la convention ou l'activité de l'une des deux parties. On peut regretter une telle attitude, car en effet, l'analyse exhaustive des différentes décisions qui ont statué sur ce point n'apporte aucune indication, il n'existe aucun critère régulier ni stable du caractère direct de la relation directe légalement exigée. Toutes les décisions règlent le cas qui leurs ai soumis ou par coup sans qu'il soit possible de tirer un enseignement de l'ensemble de ce celles-ci. La cour de cassation semble sur ce point faillir a sa mission d'unification. Le législateur est bien sûr intervenu en deux reprises en 1970 et 1977, pour préciser la liciété de l'indice choisi dans des cas particuliers, dans des contrats particuliers, les réponses ministérielles pas toujours homogènes donnent quelques indications et nous pourrions être tenté de conclure ce rapide commentaire sur une phrase désabusé de Mr le professeur Malaurie, note sur l'arrêt de la 3ème chambre civile de la cour de cassation du 6 juin 1972. Dalloz 1993, page 151 que je cite : « Le jour ou un indice de fait sera valable, une indexation qui était jusqu'alors annulée ou qui était évidemment annulable ou inversement, annulera une indexation que tout le monde estimait valable, il est a souhaiter, je suis tenté de le dire, qu'il est probable en prenant mon désir pour une réalité que la cour de cassation exercera enfin son contrôle, contrôle délicat mais possible, car le nombre d'indice qu'utilise effectivement la pratique est limité. »

B.2.b. Clauses de HARDSHIP

D'autres clauses peuvent être stipulées, ce sont les lauses dites de « hardship », alors a la différence des clauses d'indexation, ces clauses de « hardship » ne réalisent pas une adaptation automatique du contrat aux circonstances nouvelles, elle provoquent simplement une discussion entre les parties pour que les parties se mettent d'accord sur de nouvelles bases. Ses clauses sont très fréquentes dans les contrats internationaux de longues durée et se retrouvent aujourd'hui également dans les contrats internes. Lorsque le contrat est un contrat à exécution successive les conditions politiques, économiques ou monétaires peuvent changer brusquement, et bouleverser les bases sur lesquelles les contrats ou le contrat a été conclu. Ce bouleversement peut ruiner l'une des parties, et il est donc nécessaire de prévoir la révision du contrat. C'est ce que l'on fait en stipulant ses fameuses clauses de « hardship » ses clauses de sauvegardes, ses clauses aujourd'hui sont considérés comme valable, elles permettent par conséquent d'adapter le contrat a la suite d'une nouvelle négociation aux changement des circonstances. Un événement extérieur aux parties se produit, une hausse brutale du cour des matières premières par exemple, cet événement affecte la signification économique du contrat, entraîne un bouleversement dans l'équilibre du contrat, les parties doivent alors essayer de trouver un nouveau terrain d'entente, se rapprocher pour trouver un accord, et si elle trouvent un accord, le nouvel accord va lier les parties, si les parties ne trouvent aucun accord, la cas échéant elle peuvent demander a un tiers de proposer une solution. Un arbitre au sens large du terme va intervenir, pour fixer ce nouvel accord, ce nouvel accord qui va lier les parties, si les parties acceptent la décision de cet arbitre.

CD8 L’effet relatif des conventions

1. **Le principe ;**
2. **Les tiers devenus parties ;**
3. **Les créanciers chirographaires ;**
4. **Les ayants cause à titre particulier ;**
5. **les véritables tiers ;**
6. **l’opposabilité du contrat ;**
7. **La stipulation pour autrui ;**
8. **La promesse de porte-fort ;**
9. **L’action directe ;**

10. Les mécanismes d’exécution d’extension du contrat à des tiers ;

Plan

Le principe de l’effet relatif des conventions : art. 1165 du code civil

A. Relativité du lien contractuel

a) Les parties au contrat

b) Les tiers pouvant devenir parties

c) Les créanciers chirographaires

d) Les ayants causes à titre particulier

e) Les penitus extranei

B. l’opposabilité du contrat aux tiers

a) À l’ encontre tiers

b) Au profit des tiers

Dérogation au principe de l’effet relatif des conventions

A. Mécanismes d’intégration des tiers au contrat

a) La stipulation pour autrui

b) La promesse de porte fort

c) L’action directe :

- **En paiement**
- **En responsabilité**

B. Les accords collectifs

A. Le principe de l‘effet relatif des conventions : art. 1165 du code civil

La force du contrat à l'égard des tiers : Le problème de l'effet du contrat à l'égard des tiers est dominé par le principe de l'effet relatif des conventions inscrit dans l'article 1165 du code civil[34]. Ce texte dispose que les conventions n'ont d'effets qu'entre les parties contractantes, elles ne nuisent point aux tiers et ne leur profitent que dans les cas de l'article 1121 du code civil[35]. Le principe de l'effet relatif des conventions est tout à fait logique, et s'inscrit dans une logique individualiste. Le contrat est une loi particulière modelée par la volonté des parties. On comprend que cette loi s'impose aux parties et ne puissent avoir d'effets à l'égard des tiers. Il est logique également d'admettre que les tiers (les personnes qui n'ont pas participé au contrat, qui n'ont pas donné leur consentement au contrat) ne puissent invoquer ce contrat.

Ce principe de l'effet relatif des conventions reçoit de nombreuses applications, cependant ce principe connaît des dérogations, voire des exceptions et la loi a mis au point des techniques qui permettent d'intégrer les tiers au contrat.

Examinons dans un premier temps ce principe de l'effet relatif des contrats, pour envisager dans un deuxième temps les dérogations que lui apportent à la fois la jurisprudence et les textes.

Premier thème, premier point, le principe de l'effet relatif des contrats :

L'article 1165 du code civil définit le domaine d'application du contrat, le champ d'application du contrat. Le contrat s'applique aux parties et ne s'applique pas aux tiers, telle est la signification du principe de la relativité des conventions.

Cependant la formulation du principe est incomplète. Il est tout à fait normal que seules les personnes qui ont consenti, qui ont données leurs consentement soient tenues par le contrat. Il reste cependant que le contrat est une réalité, que le contrat est un fait social. Il est impossible d'ignorer cette réalité .Il est impossible de ne pas tenir compte de la situation objective créée par le contrat. Le contrat par conséquent est opposable aux tiers d'où la distinction entre les faits obligatoires du contrat, qui ne concernent que les parties contractantes, et l'idée d'opposabilité du contrat (le contrat peut être opposable aux tiers, avoir donc certains effets à l'égard des tiers).

A.1. Relativité du lien contractuel

Première question, la question de la relativité et du lien contractuel : essayons d'envisager les différentes personnes qui sont concernées par cette idée de relativité :

- Il y a des parties contractantes ;
- Il y a des parties qui sont représentées ;
- Il y a des tiers qui deviennent partie ;
- Il y a de véritables tiers ;

A.1.a. Les parties au contrat

D'abord quelle est la situation des parties elles-mêmes ? Les parties ce sont les personnes qui ont donné leur consentement en vue de contracter, qui sont donc engagées dans des liens contractuels. Seules les parties au contrat sont liées par les obligations qui découlent de ce contrat, seules les parties au contrat peuvent tirer de ce contrat leurs prérogatives.

La jurisprudence, donne de nombreuses applications de cette idée, on peut citer des arrêts de la cour de cassation, des arrêts assez récents (de 1988, de 1993) qui se fondent directement sur l'article 1165 du code civil.

Supposons par exemple un contrat de franchise (c'est-à-dire un contrat conclu entre un franchiseur et un franchisé). Le franchisé étant un distributeur, un petit commerçant, qui travaille, au sens large du terme, pour le compte d'un franchiseur titulaire d'une marque. Supposons que le franchisé qui exploite cette boutique, qui exploite son commerce, contracte avec des fournisseurs (des fournisseurs sont certainement engagés vis-à-vis du franchisé et inversement le franchisé est engagé vis-à-vis des fournisseurs). Le franchisé doit payer le prix

de la marchandise qu'il a pu commander au fournisseur et le fournisseur, de son côté, doit livrer la marchandise au franchisé. Ce contrat intéresse le fournisseur et le franchisé, ce contrat intéresse peut-être de manière indirecte le franchiseur, mais une chose est certaine : c'est que si le franchisé est défaillant (si le franchisé ne règle pas ses factures), le fournisseur ne pourra pas agir contre le franchiseur tout simplement parce qu'il n'a pas contracté avec le franchiseur. Le contrat de fourniture conclue entre le fournisseur et le franchisé lie uniquement ces deux parties contractantes. Le contrat de franchise est un contrat distinct conclu entre le franchiseur et le franchisé, et par conséquent le contrat de fourniture conclu entre le franchiseur et le franchisé, et par conséquent le contrat de fourniture avec le franchisé ne peut pas avoir d'effets à l'égard du franchiseur.

C'est une solution qui est illustrée par des arrêts assez récents de la cour de cassation.

A.1.b. Les tiers pouvant devenir parties

Quelle est maintenant la situation des tiers, des tiers qui peuvent devenir parties ?

La partie est la personne qui donne son consentement, la personne qui s'engage dans des relations contractuelles. La partie se distingue par conséquent des personnes qui sont présentes à l'acte : le notaire, l'avocat, le conseil, la caution, autant de personnes qui peuvent être présentes à l'acte contractuel (au contrat), mais si ces personnes n'ont pas donné leur consentement à ce contrat, si les personnes simplement assistent l'un des contractants ou une partie contractante : ces personnes n'ont pas la qualité de partie, ces personnes restent des tiers et ne sont donc pas tenues par le contrat principal.

Il reste que l‘on peut donner son consentement de plusieurs façons :

On peut donner son consentement de manière directe.

On peut également donner son consentement de manière indirecte en se faisant représenter par un mandataire. Lorsque une personne est représentée et donne un pouvoir à un mandataire, si le mandataire agit dans les limites de sa mission, le contrat qui est passé par le mandataire ne lie pas directement le mandataire. Le contrat va lier la personne avec qui le mandataire a contracté et la personne du mandant, la personne qui est représentée par le mandataire. Autrement dit le mandataire s'efface et le contrat qu'il a pu conclure va lier nécessairement la personne avec qui il a contracté et la personne au nom de qui il a contracté (et pour le compte de qui il a contracté).

Autre situation : il se peut que une société soit en cours de formation. La société n‘existe pas en tant que personne juridique puisqu‘elle est simplement en cours de formation. La société n'a pas été immatriculé au registre du commerce mais il se peut néanmoins que certaines personnes, que les premiers dirigeants, les fondateurs fassent un certains nombre d'actes pour le compte de cette société a naître. Dans la mesure où

ultérieurement la société décide de reprendre les engagements pris par les fondateurs : la société sera partie au contrat conclu par les fondateurs. Les fondateurs vont s'effacer en quelque sorte et c'est la personne morale, la société une fois immatriculée qui reprend ses engagements si elle le souhaite, si toutes les conditions prévues pour la reprise des engagements ont été respectées.

Autres personnes qui peuvent devenir des parties au contrat se sont **les ayants cause universels** et plus précisément il s'agit des héritiers. On suppose un contrat ordinaire conclu par une personne avec une autre personne : si l'un des contractants décède, ce contrat est normalement transmis a ses héritiers. Il reste que si le contrat conclu en considération de la personne un contrat conclu intuiti personae ce contrat n'est pas transmissible aux héritiers. Il se peut également que les parties au contrat aient stipulé une clause particulière au terme de laquelle les parties excluent toute transmission en cas de décès, en cas de mort, naturellement le contrat ne sera pas transmissible.

J‘ajouterai également que l‘on peut concevoir des contrats à trois personnes ou **des contrats pluripartites** :

Tel est le cas pour donner un exemple, tel est le cas du contrat de transport ; le contrat de transport est conclu entre un expéditeur (ou un chargeur) et un transporteur. Le transporteur doit livrer une marchandise entre les mains d'une troisième personne qui est le destinataire. Le contrat se conclut entre le chargeur et le transporteur, mais pour le compte d'une troisième personne qui est le destinataire ; le destinataire ne contracte pas directement avec le transporteur. C‘est le chargeur (ou l‘expéditeur) qui contracte avec le transporteur, néanmoins ce contrat profite à cette troisième personne qui est le destinataire. On peut se demander si le destinataire est un tiers. On peut se demander si le destinataire est le bénéficiaire d‘une stipulation pour autrui, mais dans la logique juridique et même qui est conforme ici aux choses, on peut dire que le contrat de transport est un contrat à trois parties. Le destinataire en effet est étranger à la conclusion du contrat mais le destinataire va devenir partie au contrat de transport, va pouvoir profiter du contrat de transport et le destinataire sera tenu également des obligations qui découlent du contrat de transport, encore faut-il naturellement que le destinataire ai donné son acceptation (il peut donner son acceptation en prenant livraison de la marchandise à destination) mais le destinataire peut également donner son acceptation de manière anticipée (en acceptant par avance la marchandise qui sera livrée par le transporteur).

Le contrat d'adjudication est également un contrat à trois personnes. C‘est un contrat qui se noue nécessairement entre le créancier saisissant, le débiteur, et l'adjudicataire. Il y a trois personnes qui sont intéressées, l'adjudication est prononcée par une autorité de justice mais l'adjudication conserve une nature contractuelle. Le contrat va unir trois personnes :

- Le créancier qui fait l‘opération de saisie ;
- Le débiteur qui vend sa chose ;
- L'adjudicateur qui se porte acquéreur de la chose en payant le prix ;

L'opération va unir trois personnes : *l'opération est pluripartite*.

A.1.c. Les créanciers chirographaires

Troisième catégorie de personnes concernées par ce principe de l‘effet obligatoire des contrats, ce sont *les créanciers chirographaires*. Les créanciers chirographaires sont des tiers, les créanciers chirographaires ne sont pas parties au contrat. Ce sont des personnes qui sont intéressée peut être par le contrat, mais qui n‘ont pas donné leur consentement au contrat. On suppose un contrat conclu entre deux personnes. L‘une ou l‘autre de ces personnes peut avoir des créanciers. Est-ce que les créanciers sont concernés par le contrat conclu par leur débiteur ? Les créanciers chirographaires ont un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur : c‘est ce que prévoit l‘article 2092 du code civil[36]. Les créanciers chirographaires ce sont les créanciers qui n‘ont pas de sûreté particulière sur le patrimoine du débiteur, ce ne sont pas des créanciers privilégiés, ce ne sont pas des créanciers gagistes, ce ne sont pas des créanciers hypothécaires. Néanmoins ces créanciers chirographaires, démunis de sûreté, ont d‘après l‘article 2092 du code civil, ce qu‘on appelle un droit de gage général sur le patrimoine du débiteur (c'est-à-dire que ces créanciers s‘ils ne sont pas payés, ces créanciers peuvent saisir tout ou partie des biens qui se trouvent dans le patrimoine du débiteur). Seulement le patrimoine du débiteur est appelé à connaître certaines fluctuations. Le débiteur peut s‘enrichir, le débiteur peut s‘appauvrir, et par conséquent si le patrimoine du débiteur s‘enrichit, si le patrimoine du débiteur s‘appauvrit, les créanciers de ce débiteur subissent des conséquences. Si le débiteur conclu un contrat, si en vertu de ce contrat le débiteur s‘appauvrit, les créanciers subissent nécessairement cette conséquence et inversement, si le patrimoine du débiteur s‘enrichit, les créanciers du débiteur s‘enrichissent d‘une manière indirecte. Autrement dit, ce qui est conclu par le débiteur s‘impose aux créanciers chirographaires. Les créanciers chirographaires ce ne sont pas des abstraits, il s‘agit par exemple de la sécurité sociale, il s‘agit des fournisseurs, il s‘agit des banquiers, il s‘agit peut être de l‘administration fiscale (dans la mesure ou ces personnes ont décidé de ne pas faire jouer leur privilège, de ne pas faire jouer leur sûreté). L‘opposabilité du contrat ici à ces créanciers se justifie par le droit qu‘ils ont sur le patrimoine du débiteur. On parle *de droit de gage* au sens général du terme, il reste que ce droit de gage peut être protégé par certaines actions : par les actions obliques, les actions pauliennes ou encore par les actions en déclaration de simulation.

A.1.d. Les ayants causes à titre particulier

Quatrièmes personnes concernées par le principe de l'effet obligatoire des contrats : ce sont *les ayants cause a titre particulier.* Les ayants cause a titre particuliers ce sont les personnes qui succèdent, non pas à un ensemble de droits et d'obligations, mais à un bien ou à un droit déterminé de leur auteur.

Soit une personne qui est propriétaire d'un immeuble, et cette personne décide de vendre cet immeuble. Le contrat sera donc conclu entre le propriétaire de l'immeuble (qui a exploité cet immeuble) et l'acquéreur ; et bien l‘acquéreur de cet immeuble est considéré comme un ayant cause à titre particulier ; Il succède à un bien déterminé qui appartient en l'occurrence au propriétaire de l'immeuble.

La question qui se pose est de savoir si cet ayant cause à titre particulier peut bénéficier, ou se voir opposer les contrat qui sont relatifs au bien sur lequel il peut succéder. Est ce que dans cet exemple l'acquéreur de l'immeuble devra souffrir, pourra profiter de tous les contrats afférents à cet immeuble.

A priori le contrat ne peut avoir d'effets a l'égard des tiers, or l'ayant cause a titre particulier est un tiers. L‘acquéreur de l'immeuble est un tiers par rapport aux contrats qui sont relatifs à cet immeuble, par apport aux contrats qui ont été conclu par le propriétaire de l'immeuble, avec un locataire, avec une administration, avec un fournisseur. Cela dit ce principe connaît un certain nombre d‘exceptions, de nuances. Il se peut que le bien s'entoure d'un certain nombre de créances :

Il se peut que l'immeuble dans mon exemple comprenne des choses matérielles, mais comprennent également des choses immatérielles, des choses incorporelles. Il se peut que l'immeuble si je puisse dire au sens large du terme soit créancier.

Est-ce que ces créances sont transmises a l'ayant cause a titre particulier ? On peut l'admettre. Les créances, accessoires au bien, suivent le sort du bien. Supposons qu'un fabricant vende une chose, un contrat de vente est conclu entre un fabriquant et un distributeur. Ce contrat de vente oblige le fabriquant à livrer la marchandise ce contrat de vente oblige le fabriquant à garantir la qualité de la marchandise, il est responsable si la marchandise est atteinte de vices cachés. Supposons maintenant que l'acquéreur, notre distributeur décide de revendre la marchandise à un particulier à un consommateur. La question qui est posée est de savoir si cette troisième personne (le sous acquéreur) avait la possibilité d'agir directement contre le fabriquant. Cette troisième personne (ce sous acquéreur) est bien un ayant cause à titre particulier. Il succède à un bien déterminé de son auteur. En l‘occurrence il succède à un bien, à cette marchandise qui appartenait ou qui a appartenu à l'acquéreur intermédiaire. Le sous acquéreur reçoit la chose nécessairement, il reçoit la marchandise, l'acquéreur intermédiaire devra livrer la marchandise au sous acquéreur, le sous acquéreur reçoit cette chose et l'on peut se demander si le sous acquéreur reçoit la chose avec toutes ses créances avec tous les éléments qui lui sont accessoires.

Supposons que la chose soit endommagée, supposons que la chose soit atteinte d'un vice, on peut se demander si la garantie qui accompagne la chose, qui est l'accessoire de la chose, est transmise en même temps que la chose. La garantie est bien un accessoire de la chose, la garantie est bien une créance du coté en tout cas de son bénéficiaire. L'acquéreur intermédiaire a bien une créance en garantie contre le fabriquant et cette créance en garantie elle suis la chose, si l'acquéreur intermédiaire revend la chose, cède la chose a un sous acquéreur, le sous acquéreur recueille la chose (la marchandise) avec son accessoire c'est-à-dire avec l'action de garantie.

La jurisprudence admet cette idée et par conséquent le sous acquéreur peut agir directement contre le fabriquant et l'action du sous acquéreur est une action contractuelle, et nécessairement contractuelle. C‘est dans ce sens que la cour de cassation s'est prononcée à plusieurs reprises. On peut citer un arrêt de l'assemblée plénière de la cour de cassation du 7/02/1986. Donc les droits et actions qui sont attachées à la chose suivent la chose entre les mains de toutes les personnes qui recueillent cette chose. Donc les créances accessoires au bien sont transmises en même temps que ce bien.

S'agissant des dettes, s‘agissant des obligations qui sont engendrées par le contrat. Est ce que l'ayant cause a titre particulier peut se voir opposer ces obligations ou ces dettes. En principe celles ci sont intransmissibles à l'ayant cause a titre particulier.

Supposons un commerçant qui exploite son fond de commerce, ce commerçant a nécessairement des dettes (par exemple des dettes à l'égard de l'administration fiscale). Supposons maintenant que ce commerçant décide de vendre son fond de commerce. Il passe un contrat de vente sur son fond de commerce. L‘acquéreur qui est l'ayant cause a titre particulier du vendeur. Est-ce que l'acquéreur pourra être tenu de payer les impôts qui étaient dus par son auteur, qui était dus en l'occurrence le vendeur ? Le fond est transmis, est ce que les dettes sont transmises en même temps que le fond ? Est-ce que les dettes transmises se transmettent en même temps que le fond ?

La jurisprudence ne l'admet pas. Les obligation engendrées par le contrat ne sont pas transmises a l'ayant cause a titre particulier.

Il reste qu'un certain nombre d'exceptions sont admises parfois certains contrats sont cédés.

Supposons un entrepreneur, même un exploitant d‘un fond de commerce qui ai des salariés : il a conclu toute une série de contrats de travail. L'exploitant de ce fond de commerce décide de vendre son fond de commerce, de vendre son entreprise au sens large du terme, et l‘on considère que les contrats de travails en cours sont cédés en même temps que l'entreprise, donc l'acquéreur de l'entreprise (au sens large du terme), l‘acquéreur ici dans mon exemple du fond de commerce va devoir respecter les contrats de travail en cours (ceci en vertu d'une disposition de l'article l 122-12 du code du travail).

A.1.e. Les penitus extranei

Quelle est la situation maintenant des véritables tiers ? C‘est-à-dire des personnes qui sont étrangères au contrat. Il est impossible d'imposer des obligations à ces personnes, ou d'accorder des droits à ces personnes.

On peut distinguer parmi ces étrangers au contrat : les penitus extranae c'est-à-dire les véritables tiers, donc le piéton qui passe par là au moment de la conclusion du contrat il est bien évident que ce piéton n'est pas du tout intéressé par ce contrat on ne voit pas pourquoi ce contrat s'imposerait a ce penitus extranae).

Il est d'autres personnes étrangères, même intéressée par le rapport contractuel.

Je prend un exemple en matière de transport précisément : le transporteur doit à destination décharger la marchandise et remettre la marchandise entre les mains du destinataire. Le transporteur va donc conclure un contrat avec une entreprise de manutention, avec une société spécialisée dans les opérations de déchargement. Le contrat est conclu par le transporteur avec l'entrepreneur de manutention, mais ce contrat intéresse nécessairement le destinataire. Le destinataire n'a pas conclu ce contrat, seul le transporteur a contracté avec l'entrepreneur de manutention et seul l'entrepreneur de manutention a contracté avec le transporteur, mais ce contrat de déchargement : il intéresse nécessairement le destinataire qui est appelé à recevoir la marchandise.

Est-ce que le destinataire peut être considéré comme partie à ce contrat de manutention ? Est-ce qu'il peut tirer profit de ce contrat de manutention ? Supposez qu'à l'occasion du déchargement la marchandise soit endommagée (une grue qui fait mal la manoeuvre et l‘un des sac, je ne sais pas, ou l‘une des marchandises tombe sur le quai. Est-ce que le destinataire (qui est victime d'un préjudice), sa marchandise est endommagée, est ce que le destinataire peut agir contre l'entrepreneur de manutention, contre la société qui fait manoeuvrer les grues ? L'action est peut être concevable mais ce n'est certainement pas une action de nature contractuelle. Le destinataire n'a pas contracté avec l'entrepreneur de manutention, par conséquent. Il n'a pas d'actions contractuelles contre l'entrepreneur de manutention. Bien que le destinataire soit intéressé par ce contrat de déchargement, ce n'est pas une partie à ce contrat : c'est un tiers (fût-il intéressé), et ne pourra pas agir sur une base contractuelle.

A.2. L‘opposabilité du contrat aux tiers

Le contrat s'impose aux parties, le contrat lit les parties, et le contrat ne lie pas les tiers et ne peut pas profiter aux tiers. Il n'en reste pas moins que le contrat ne peut produire certains effets à l'égard des tiers. S'est évoqué le *thème de l'opposabilité du contrat*. Le contrat est un fait social et en tant que tel, il est opposable aux tiers, les tiers ne peuvent pas méconnaître cette réalité.

Cette opposabilité n'est pas une dérogation au principe de l'effet relatif des contrats. En effet on ne peut pas lier les tiers sans leur volonté. Il ne s'agit pas d'étendre les effets du contrat a des tiers. Les parties ici, c'est-à-dire celles au contrat, veulent simplement faire respecter les effets que le contrat a produit à leur égard. Alors cette opposabilité peut jouer à l'encontre de tiers comme au profit des tiers.

A.2.a. a) À l' encontre tiers

Tout d'abord l'opposabilité du contrat aux tiers : le contrat peut être opposé aux tiers pour rechercher la responsabilité des tiers. Il se peut qu'un tiers se rendre complice de la violation d'une obligation contractuelle il engage alors sa responsabilité, et plus précisément sa responsabilité délictuelle.

Supposons contrat de travail : un employeur un salarié. L'employeur est tenu de respecter ce contrat, le salarié est tenu de respecter ce contrat (du moins pendant le terme qui a été convenu par les parties). Supposons maintenant un autre employeur, qu'il n'a pas contracté avec le salarié en question. Supposez que cet autre employeur débauche le salarier (lié avec un premier employeur). Cet autre employeur (qui est un tiers au contrat de travail) va engager sa responsabilité s'il méconnaît ce contrat, s'il débauche le salarié dont il sait qu'il est lié par contrat de travail. En ignorant le contrat, en ne respectant pas le contrat, le tiers peut engager sa responsabilité et cette responsabilité est nécessairement de nature délictuelle. Toute personne qui, en connaissance de la situation, aide autrui à enfreindre les obligations contractuelles qui pèsent sur lui, commet une faute délictuelle à l'égard de la victime de l'infraction. Notre deuxième employeur qui aide le salarié à ne pas respecter ce contrat, qui débauche donc ce salarié engage sa responsabilité délictuelle. Il est bien évident que le salarié qui s'embauche chez un autre employeur (alors que son contrat n'est pas expiré) ce salarié engage sa responsabilité contractuelle vis-à-vis de son employeur, mais le nouvel employeur (qui fait cette opération de débauche), qui détourne le salarié de ses obligations contractuelles, cet autre employeur se rend complice de l'inexécution d'un contrat et engage sa responsabilité délictuelle.

A.2.b. Au profit des tiers

L'opposabilité du contrat peut jouer dans un autre sens : *le contrat peut être invoqué par les tiers*. Les tiers peuvent se prévaloir du contrat. Certes les tiers ne peuvent exiger à leur profit l'exécution d'une obligation. Cependant les tiers peuvent invoquer le contrat, ces effets ou son exécution comme des éléments de fait.

On peut d'abord invoquer un contrat comme un élément d'interprétation. On peut également invoquer un contrat pour mettre en oeuvre une responsabilité. Les tiers peuvent invoquer le contrat pour fonder à leur profit une action en responsabilité civile. Une faute contractuelle dans le cadre d'un contrat peut être à l'égard des tiers une faute délictuelle.

Un même fait (susceptible de constituer un manquement à une obligation existant entre deux parties liées par contrat) peut être au regard des tiers étrangers au contrat une faute quasi délictuelle engageant la responsabilité de son auteur.

On prend un exemple : un contrat est conclu entre un armateur et un affréteur, entre un affréteur et un autre affréteur pour faire une expédition maritime, donc c'est un contrat de location de navires qui est conclu pour déplacer une marchandise, pour faire un opération maritime. Supposons que l'affréteur, donc la personne dans la position de locataire du navire, donc l'affréteur décide de sous louer, de sous affréter et que ce soit le sous affréteur qui fasse l'expédition : c'est lui, le sous affréteur qui va transporter la marchandise. Supposons que le navire ait été mal nettoyé, les cuves du navire était mal nettoyé, la marchandise est déposée dans ces cuves et le sous affréteur subit un préjudice. Est que le sous affréteur dispose d'une action contre son co-contractant ? Certainement, le sous locataire peut agir directement en responsabilité contre le locataire, et bien que le contrat conclu entre l'affréteur principale le sous affréteur.

Mais la question qui se pose est de savoir si le sous affréteur, le sous locataire peut agir également contre le propriétaire, contre l'armateur, contre l'affréteur parce qu'il aurait mal nettoyé les cales, les cuves du navire.

Alors, l'affréteur, le propriétaire du navire doit certainement livrer à son co-contractant (c'est-à-dire au locataire principal) un navire apte à faire un transport, un navire navigable, un navire propre et s'il livre un navire qui est sale : il engage sa responsabilité et c'est une responsabilité contractuelle dans les rapports entre le fréteur et l'affréteur, entre le propriétaire et le locataire. Mais vis-à-vis de l'affréteur, vis-à-vis du sous-locataire, le sous locataire est un tiers par rapport au contrat principal, il n'a pas conclu, il n'a pas échangé de consentement avec le propriétaire du navire, avec l'armateur mais il subit un préjudice. Il peut engager une action en responsabilité, et une action en responsabilité de nature délictuelle.

Autrement dit la faute contractuelle qui est commise par le contractant principal (en l'occurrence l'armateur), cette faute contractuelle est vis-à-vis d'un tiers une faute délictuelle, et si cette faute a entraîné un préjudice le tiers peut engager la responsabilité de l'auteur de cette infraction, l'auteur de cette faute. Donc un tiers peut parfaitement invoquer le contrat pour faire jouer la responsabilité, et surtout une responsabilité de nature délictuelle.

B. Dérogation au principe de l‘effet relatif des conventions

Ce principe de l'effet relatif des conventions, quelque soit ses implications, reconnaît un certain nombre de dérogations, alors quelles sont ces dérogations ?

L'article 1165 du code civil est un texte un peu désuet, qui ne rend plus tout à fait compte du droit positif, qui n'exprime plus pleinement le droit positif. Il y a des cas en effet dans lesquels le contrat, ce lien contractuel va lier les tiers ou bénéficier à des tiers. On a déjà vu que **la jurisprudence** a décidé que l'acquéreur d'une chose, l‘ayant cause à titre particulier de manière générale pouvaient profiter du contrat et recueillir les créances accessoires au bien.

B.1. Mécanismes d‘intégration des tiers au contrat

Il y a plus : il existe un certain nombre de mécanismes qui permettent à des tiers de rentrer dans le contrat et de bénéficier du contrat. Il existe également des techniques contractuelles qui permettent d'étendre le contrat à des personnes qui n'ont pas la qualité de parties.

- Quels sont les mécanismes d'intégration ?
- Quels sont les mécanismes d'extension ?

B.1.a. La stipulation pour autrui

D‘abord les mécanismes d'intégration :

Il faut citer d'abord la stipulation pour autrui. La stipulation pour autrui est une structure à trois personnes organisée par l'article 1121 du code civil. C‘est l'institution par laquelle une partie à contrat (le stipulant) obtient de l'autre partie (le promettant) qu‘il s‘engage au bénéfice d'un tiers (tiers qui pourra s'il le souhaite s'agréger au contrat). L'exemple type de la stipulation pour autrui est l'assurance sur la vie : le stipulant est l'assuré, un père de famille par exemple qui veut prendre une assurance sur la vie : il verse par conséquent une prime. Ce stipulant obtient de son co-contractant (qui est le promettant, en l'occurrence l'assureur) qu'il s‘engage dans un certain nombre d'obligations et plus précisément le stipulant obtient du promettant qu'il verse en cas de décès une indemnité à des tiers (aux enfants, à la veuve, ses enfants ou la veuve sont considérés comme des tiers bénéficiaires). Donc un contrat est conclu entre deux personnes entre le stipulant est le promettant au bénéfice d'un tiers qu'on appelle le tiers bénéficiaire. Le tiers bénéficiaire (s‘il accepte la stipulation pour autrui) va s'agréger à ce contrat qui a été conclu entre le stipulant et le promettant.

La stipulation pour autrui est une institution bien rôdée qui rend beaucoup de services, qui est tout à fait reconnue par **le droit positif**, les conditions et les effets sont assez simples. Les conditions de la stipulation pour autrui sont très souples (aucune conditions de forme n'est requise). La stipulation pour autrui est soumise aux seules formes des contrats : elle échappe à tout formalisme.

Quant à la preuve, la stipulation pour autrui peut être implicite il n'y a pas de rigorisme particulier ici.

Quant au fond, le montage se fait en deux temps :

- Dans un premier temps : un contrat de base est conclu entre le stipulant est le promettant (n'importe quel contrat peut servir de support à l'opération de la stipulation pour autrui). On désigne dans ce contrat de base le bénéficiaire, ou on présente le bénéficiaire, en tout cas le stipulant doit justifier d'un intérêt à l'opération (mais un intérêt moral suffit).

- Deuxième temps : le tiers intervient (son acceptation n'est pas nécessaire mais son acceptation est tout de même requise), autrement dit le bénéficiaire obtient (dès l'instant que le stipulant et le promettant se sont mis d'accord), le bénéficiaire jouit d'un droit contre le promettant, mais on ne peut pas obliger le tiers bénéficiaire à s'intégrer dans ce contrat. Si le tiers bénéficiaire (qui jouit immédiatement de ce droit contre le promettant) veut s'agréger dans le contrat : il accepte la stipulation pour autrui et ce faisant le tiers bénéficiaire consolide sa situation et la révocation de la stipulation pour autrui devient par conséquent impossible.

J'ajouterai que le tiers bénéficiaire doit avoir la capacité d'acquérir des droits d'autant que le tiers bénéficiaire peut aujourd'hui, **d'après la jurisprudence**, se voir imposer certaines obligations (mais des obligations accessoires).

Quant à la personne du tiers bénéficiaire, la personne peut être déterminée ou simplement déterminable, quant aux effets de la stipulation pour autrui : les effets s'apprécient à un triple point de vue :

- Dans les rapports stipulant / promettant : les rapports s'organisent tout simplement sur une base contractuelle. Le stipulant et le promettant se mettent d'accord, définissent leur accord (ce lien de droit existe et subsiste même après l'acceptation des bénéficiaires), donc le stipulant peut demander l'exécution de la promesse même si, ce n'est pas le stipulant qui profite de cette promesse.

- Quant au rapport tiers bénéficiaire / promettant : le tiers acquièrent un droit direct contre le promettant, mais il n‘a d'autres droits que ceux qui sont spécifiés à son profit.

Ce droit n'est pas tout à fait autonome parce que ce droit dépend du contrat de base, donc le promettant peut opposer au tiers bénéficiaire les exceptions qui leur aurait pu opposer au stipulant.

- Quant aux relations stipulant / tiers bénéficiaire : en principe il n'y a pas de rapport entre le stipulant et le tiers bénéficiaire. Cependant le stipulant généralement est animé d'une certaine intention vis-à-vis du tiers bénéficiaire, donc il peut y avoir un contrat à titre onéreux conclu entre le stipulant et le tiers bénéficiaire ou du moins un contrat à titre gratuit, mais cette relation, elle est sous-jacente dans la stipulation pour autrui. En tout cas dès que l'acceptation du tiers bénéficiaire est intervenue la stipulation est irrévocable. Le tiers bénéficiaire est un tiers, le tiers bénéficiaire va devenir partie, va s'agréger au contrat conclu entre le stipulant et le promettant s'il le souhaite. La stipulation pour autrui est une exception à l'article 1165 du code civil.

L'arrêt de la chambre civile de la cour de cassation du 16 janvier 1888 (publié au Dalloz périodique 1188, 1ère partie page 77 et que vous pouvez trouver aussi dans les grands arrêts de la jurisprudence civile), présente, malgré le temps qui s'est écoulé, un double intérêt :

- Il illustre d'une part les libertés que la juridiction la plus importante de notre système judiciaire peut prendre à l'égard des textes législatifs.

- Il a permis, d'autre part, en en précisant le régime l'essor fantastique de la stipulation pour autrui.

C'est dans un souci de politique juridique, que la cour de cassation a interprétée de façon extensive les conditions de la stipulation pour autrui article 1121 du code civil. Dans un souci de logique juridique elle en a précisé les effets.

Ce sont les deux points que nous allons étudier maintenant.

Première partie : L'interprétation jurisprudentielle extensive des conditions de la stipulation pour autrui.

Les rédacteurs du code civil avaient admis une exception au principe de l'effet relatif des conventions posé à l'article 1165 du code civil. Dans l'article 1121, en effet il est prévu que (je cite) : « *on peut stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre*».

Les conditions ainsi posées étaient assez strictes : la stipulation pour autrui ne pouvaient être que l'accessoire d'une stipulation que l'on faisait d'abord à son propre compte, son propre profit, ou constituer une donation. Or dans de nombreuses hypothèses (et les faits de l'espèce étudiés le prouve) : ces conditions n'étaient pas remplies. C'est d'ailleurs ce qui explique la solution rigoureuse des juges du fond. L'essor de l'assurance-vie dans ces conditions était très sérieusement entravé.

Deux solutions s'offraient alors (c'est-à-dire au 19e siècle) :

- Soit espérer l'intervention du législateur (aujourd'hui nous savons qu'il est intervenu qu'en 1930)

- Soit (et c'est ce que signifie cette décision) compter sur l'exercice du pouvoir prétorien de la de la cour de cassation qui (sous couvert d'interprétation de l'article 1121 du code civil) viole délibérément le texte et permet à l'assurance-vie d'accéder à la vie juridique.

Dans cet arrêt, la cour de cassation affirme que l'intérêt du stipulant doit être compris de façon extensive. Un intérêt simplement moral suffit ce qui élargit considérablement la condition posée par l'article en 1121 du code civil (je cite la décision) : « *le profit moral résultant des avantages fait aux personnes désignées suffit pour constituer un intérêt personnel dans le contrat* ».

La stipulation pour autrui, entendue pourtant par les rédacteurs du code civil comme l'accessoire d'une stipulation pour soi-même, devenait par là même, principale.

Mais ce n'est pas tout, la cour de cassation précisait aussi dans cette décision les effets de la stipulation pour autrui (et c'est ce qu'il convient d'étudier maintenant dans :

<u>La deuxième partie de ce développement : les effets de la stipulation pour autrui</u>

L'article 1121 du code civil (que je cite) se contente d'affirmer succinctement que : « *celui qui a fait cette stipulation ne peut la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter* ».

Dans cet arrêt la cour précise que, lorsque l'acceptation d'une tiers est intervenue, il en résulte pour lui un droit personnel irrévocable, en vertu duquel le promettant sera tenu de lui payer le montant de l'assurance au moment du décès du stipulant (si bien entendu les obligations nées du contrat ont été correctement exécutées).

<u>Ainsi, premier point :</u>

Le tiers désigné, qui a accepté, bénéficie d'un droit direct : c'est-à-dire le droit d'exiger du promettant l'exécution de son obligation. Ce droit direct ne naît pas de l'acceptation du bénéficiaire (celle-ci ne fait que le consolider, le rendre irrévocable). Ce qui veut dire que l'acceptation n'opère pas transfert de la créance du patrimoine du stipulant dans le patrimoine du bénéficiaire. Ce droit direct, né en même temps que la stipulation elle-même, au profit du bénéficiaire.

En conséquence : ce droit direct, personnel du bénéficiaire acceptant, n'a jamais transité par le patrimoine du stipulant. Il n'a donc jamais pu être le gage des créanciers de ce dernier : c'est bien ce qu'affirme la décision étudiée.

Le bénéfice de l'assurance-vie (irrévocablement acquis par l'effet de l'acceptation du tiers désigné), n'est ni une valeur de faillite, ni une valeur successorale.

Ce dernier point a été précisé par un arrêt de la même formation de la cour de cassation du 6 février 1888 (les références sont les mêmes que celles de l'arrêt étudié). L'année suivante, dans un arrêt du 23 janvier 1889. Siret 1889, 1ère partie page 353) : la chambre des requêtes de la cour de cassation devait préciser que si une procédure collective était ouverte contre le stipulant, rien n'empêchait le tiers bénéficiaire d'accepter la stipulation faite à son profit. Cette construction jurisprudentielle, édifiée à partir de l'article 1121 du code civil par la cour de cassation, a trouvé sa consécration législative dans la loi du 13 juillet 1930, relative au contrat d'assurance (codifiée en 1976 et que vous trouvez dans votre code civil sous l'article 1983).

Le législateur est toutefois allé plus loin que les juges sur un point qui nous intéresse ici secondairement. En effet la cour de cassation précise, dans l'attendu de principe, que lorsque le bénéfice de l'assurance est stipulé au profit d'une personne déterminée elle comporte l'application de l'article 1121 du code civil. Cela veut dire que si le bénéficiaire n'est pas déterminé lors de la stipulation se n'est pas l'article 1121 qui s'applique. C'est effectivement la solution que la cour de cassation avait appliquée à l'époque de l'arrêt étudié. On distingue entre la stipulation faite en faveur d'un tiers non spécialement désigné au jour de la stipulation (qui était alors soumise article 1122 du code civil). C'est-à-dire que le bénéfice de la stipulation entraînant le patrimoine du stipulant et faisait donc partie du gage général des créanciers.

Aujourd'hui l'exigence de la détermination du bénéficiaire n'est plus entendue de façon aussi rigoureuse. Il suffit que le tiers bénéficiaire soit déterminable au jour de la stipulation et surtout déterminé au moment où celle-ci produit ses effets (c'est-à-dire au jour du décès).

Cette solution a été consacrée par un arrêt du 28 décembre 1927 (chambre civile de la cour de cassation, Dalloz hebdomadaire 1928, 1ère partie, page 35), est reprise par l'article 63 de la loi de 1930 (article devenu article L. 132-8 du code des assurances).

De la même façon les tribunaux n'acceptaient pas la stipulation faite en faveur des personnes futures (personne a naître). Aujourd'hui : cela est possible.

B.1.b. La promesse de porte fort

Deuxième institution la promesse de porte-fort :

L'article 1220 du code civil[37] permet que l'on se porte fort pour un tiers en promettant le fait de ce tiers. On prévoit donc qu'un tiers pourra s'engager vis-à-vis d'une personne.

Soit (pour donner un exemple), un père de famille qui décide de vendre les biens de son fils mineur : la vente est nulle et le père peut se porter fort que son fils une fois majeur ratifiera l'opération. Si le fils ratifie l'opération, le fils sera tenu une fois majeure dans un contrat de vente tout à fait régulier et l'engagement de porte fort du père va tomber.

Si le fils ne ratifie pas l'opération : l'engagement du porte fort va jouer. C'est-à-dire que le père sera tenu en tant que porte fort : il a promis à son cocontractant (l'acquéreur) que son fils allait ratifier. Son fils ne ratifie pas et se faisant le porte fort n'a pas respecté sa promesse. Son engagement va jouer et par conséquent le porte fort, dans mon exemple de père devra réparer le dommage qu'il a pu causer à autrui, le dommage qu‘il a pu causer dans mon exemple à l‘acquéreur. L'acquéreur ne peut acheter puisque le fils n‘a pas ratifié. L'acquéreur pourra se retourner contre le porte fort qui a manqué à sa promesse, qui n'a pas fait en sorte que le fils ratifie l‘opération, que le tiers ratifie l‘opération.

Cette promesse de porte fort n'est pas véritablement une dérogation à l'article 1165 du code civil, car les tiers ne sont pas tenus de ratifier.

Seul le porte fort est obligé, le porte fort est obligé d'obtenir l'engagement d'un tiers. Il doit tout faire pour obtenir cet engagement, mais la convention conclue par le porte fort est étrangère au tiers. Le tiers reste libre soit de ratifier, soit de ne pas ratifier. Si le tiers décide de ratifier : le tiers va devenir parti au contrat va donner son consentement et l‘on considère que cette ratification joue de manière rétroactive (donc tout se passe comme si le contrat avait été dès l'origine conclu par ce tiers vis-à-vis du tiers bénéficiaire).

B.1.c. L‘action directe :

Troisième technique qui permet d‘intégrer les tiers dans un contrat ce sont les actions directes : **l’action directe** permet à son titulaire d‘exercer son droit contre le débiteur de son débiteur.

L‘action directe n‘existe qu‘en présence d‘un texte spécifique. Il faut peut être aujourd‘hui distinguer :

Je dirai d‘abord les actions directes en paiement et les actions directes en responsabilité.

- **En paiement**

Les actions directes en paiement :

Un certain nombre d‘actions directes en paiement sont prévues par les textes. L‘article 1753 du Code civil[38] permet ainsi au bailleur d‘un immeuble d‘agir contre le sous locataire.

Il se peut que le locataire principal ait décidé de sous louer et que le locataire soit défaillant vis-à-vis du propriétaire, vis-à-vis du bailleur. Est-ce que le bailleur peut agir contre le sous locataire, qui est lui-même débiteur du loyer vis-à-vis du locataire principal ?

L‘article 1753 du Code civil l‘admet.

Autre exemple, l‘article 1994 du Code civil[39]. Un contrat de mandat, conclu entre un mandant et un mandataire (le mandataire doit accomplir une mission pour le compte du mandant). Le mandataire n‘accompli pas lui-même cette mission : il décide de se substituer un tiers (de faire travailler un sous mandataire). Le mandant peut agir contre le sous mandataire c‘est ce que prévoit l‘article 1994). **La jurisprudence** a d‘ailleurs bi-latéralisée cette action directe en décidant que le sous mandataire pouvait agir contre le mandant.

Autre exemple, l‘article L124-3 du Code des assurances. Une personne est responsable d‘un accident, cette personne est assurée : la victime de l‘accident peut-elle agir contre l‘assureur ? Est-ce que la victime de l‘accident, qui a certainement une action, une action contractuelle ou délictuelle peu importe, contre l‘auteur du dommage, est ce que la victime de l‘accident, la victime du dommage peut agir directement contre l‘assureur (qui est par hypothèse beaucoup plus solvable que l‘auteur du dommage)?

C‘est ce que prévoit l‘article L124-3 du Code des assurances : la victime d‘un dommage jouit d‘une action directe contre l‘assureur de la personne responsable. L‘assureur est bien débiteur vis-à-vis de l‘assuré,vis-à-vis de l‘auteur du dommage dans cet exemple, l‘auteur du dommage est bien débiteur vis-à-vis de la victime (il doit payer des dommages intérêts, il doit réparer le préjudice subit par la victime).

L’action directe permet à la victime d‘agir contre le débiteur de son débiteur pour obtenir un paiement direct.

Autre exemple, en matière de sous-traitance (opération en peu plus quotidienne, en peu plus courante). Un contrat d‘entreprise est passé entre un maître de l‘ouvrage (un client) et un entrepreneur qui décide de peindre un mur. L‘entrepreneur n‘accompli pas lui-même le travail, l‘entrepreneur décide de sous traiter : il passe donc un contrat de sous-traitance avec un sous entrepreneur. Le sous entrepreneur (le sous traitant) est lié contractuellement avec l‘entrepreneur principal. Le sous traitant peut donc agir contractuellement contre l‘entrepreneur principal. Mais est ce que le sous traitant peut également agir en paiement contre le maître de l‘ouvrage (contre le client, contre le cocontractant de l‘entrepreneur principal) ?

L‘intérêt de cette action est certain lorsque l‘entrepreneur principal fait l‘objet d‘une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. La loi aujourd‘hui, Une loi du 31 décembre 1975 accorde au sous traitant une action directe en paiement contre le maître de l‘ouvrage (action qui est subordonnée à certaines conditions, des conditions qui sont assez simples, qui sont fixées encore une fois par la loi du 31 décembre de 1975.

L’action directe accorde une protection à son titulaire. L‘action directe toutefois n‘implique pas un paiement total. Encore faut-il que le titulaire de cette action soit bien créancier vis-à-vis du débiteur principal

t encore faut-il ensuite que le sous débiteur reste bien débiteur vis-à-vis de l‘intermédiaire.

Pour donner un exemple : pour que le sous traitant puisse agir contre le maître de l‘ouvrage, encore faut il que le sous traitant soit créancier vis à vis de l‘entrepreneur principal (qu‘il n‘est pas été payé par l‘entrepreneur principal) pour mettre en œuvre cette action directe, et encore faut il que le maître de l‘ouvrage soit encore débiteur vis-à-vis de l‘entrepreneur principal.

L’action directe peut être considérée comme une véritable voie d‘exécution qui est engagée pour obtenir le paiement au profit d‘un tiers.

- **En responsabilité**

Les actions directes en responsabilités ont été découvertes il y a peu de temps par **la jurisprudence.**

La jurisprudence ayant suscité un nouveau concept : le concept des groupes de contrat.

On suppose, on peut raisonner encore une fois sous l'hypothèse de la sous-traitance :

On suppose un contrat d'entreprise conclu entre un client et un entrepreneur. L'entrepreneur décide de sous traiter. Le sous traitant accompli mal son travail et le client (indirectement) subit un préjudice.

Exemple tiré de la jurisprudence : une personne veut faire développer ses photos. Il a acheté des photos chez un commerçant, et cette personne veut faire développer ses photos. Ce n'est pas le commerçant lui-même qui va développer les photos mais un sous traitant (un laboratoire spécialisé qui va développer les photos). Ce laboratoire spécialisé a contracté uniquement avec le commerçant, et le laboratoire spécialisé n'a pas contracté avec le client. Au moment du développement des photos, les photos sont endommagées.

Question : est ce que le client peut obtenir une indemnisation ?

Le client peut certainement agir contre son cocontractant, peut agir contre le commerçant. Il se peut que cette action ne soit pas recevable pour une raison ou pour une autre (il se peut que le client refuse d'agir contre le commerçant, il se peut que ce commerçant soit parti, il se peut que ce commerçant fasse l'objet d'une procédure de redressement judiciaire).

Dès lors on peut se demander si ce particulier (la victime du préjudice dans mon exemple) peut agir directement en responsabilité contre le sous traitant ?

La cour de cassation a pu l'admettre un temps, notamment dans un arrêt du 8 mars 1988, en considérant qu'il y avait (en matière de sous-traitance) un ensemble de contrats (un bloc de contrats, un groupe de contrats). Et par conséquent d'un point de vue économique, plusieurs contrat ont été conclu pour réaliser une même opération : il y a plusieurs contrats dans mon exemple pour développer des photos (un contrat de vente de photos, un contrat de sous-traitance). Et par conséquent, toutes les personnes sont impliquées par ce contrat et toutes ces personnes sont liées par le contrat par un élément du contrat, et s'il y a une action en responsabilité qui peut être introduite : cette action est nécessairement contractuelle.

La cour de cassation avait confirmé cette analyse dans un arrêt du 21 juin 1988, mais la cour de cassation est revenue sur cette analyse dans un arrêt de principe, dans un arrêt tout a fait fondamental, dans un arrêt du 12 juillet 1991, c'est un arrêt dit l'arrêt Bess (qui est un arrêt d'assemblée plénière). Et dans cet arrêt d'assemblée plénière, la cour de cassation est revenue sur cette idée de groupe de contrats. Il faut raisonner en terme d'effets relatifs (précisément en

matière de sous-traitance). Le client (maître d'ouvrage) n'a pas contracté avec le sous traitant, par conséquent l'action du maître de l'ouvrage contre le sous traitant ne peut être une action de nature contractuelle. Il n'y a pas de contrat entre les deux personnes, même s'il y a une même opération économique, puisque le client n'a pas contracté avec le sous traitant, le client ne peut pas agir contractuellement contre le sous traitant.

La cour de cassation revient donc a des conceptions plus classiques : elle se fonde sur l'article 1165 du code civil pour refuser toute action directe en responsabilité d'action qui saute un maillon de la chaîne.

B.2. Les accords collectifs

Pour terminer, je dirai quelques mots sur les mécanismes d'extension du contrat à des tiers, pour évoquer la notion d'accords collectifs. Les accords collectifs se concluent de manière assez fréquente. Ces contrats se forment de manière bilatérale, donc la formation est une formation contractuelle (qui obéit à la logique contractuelle) mais les effets de cet accord profitent à toute une série de personnes (les effets sont donc collectifs). Ce contrat (qui est conclu comme un contrat) se présentera sur le plan de ses effets comme un véritable règlement. Ces accords collectifs on les rencontrent souvent en matière de droit du travail et c'est évoquer ici les fameuses conventions collectives du travail (conventions collectives qui sont signées entre des employeurs et les syndicats les plus représentatifs). L'employeur n'est lié que s'il a signé la convention collective, tandis que les salariés sont liés dès lors que l'entreprise relève de l'activité professionnelle intéressée (même si l'entreprise n'est pas partie du syndicat signataire).

Autrement dit, les salariés qui n'ont pas participé à la conclusion de ce contrat vont pouvoir bénéficier de la convention collective (en vertu des textes du code du travail).

D'autres accords collectifs existent, notamment en matière agricole ou également en matière de commission de sécurité sociale.

Mais malgré ces atténuations, le principe de l'effet relatif des conventions reste un principe bien ancré dans **le droit positif**. Il a été récemment revigoré par **le droit positif** et notamment à travers **la fameuse jurisprudence Bess de 1991**.

CD9 L’exécution du contrat

Introduction ;

La circulation du contrat- la cession de contrat ;

la circulation du contrat- le sous-contrat ;

l’inexécution du contrat ;

La nécessité d’une mise en demeure ;

Conditions de fond de l’action du créancier ;

Justifications du débiteur- domaine de l’excuse ;

Justificatif du débiteur- le régime de l’excuse ;

Plan

Problèmes liés à la durée du contrat

Contrats à durée déterminée et indéterminée

Problèmes liés aux parties : la circulation du contrat

A. La cession du contrat

B. Le sous-contrat

Le défaut d’exécution du contrat

A. Conditions de procédure : la mise en demeure

a) Nécessité

b) Exception

c) Formes (L. 9 juillet 1991)

B. conditions de fond

a) Conditions pesant sur le demandeur

b) Conditions pesant éventuellement sur le défendeur

A. Problèmes liés à la durée du contrat

Nous abordons aujourd'hui le thème de l'exécution du contrat. Le contrat prend fin normalement par l'exécution des obligations qu'il contient : il y a ainsi accomplissement du contrat. La manière dont s'opère cet accomplissement n'appelle guère d'observations, il faut seulement préciser ce qu'il faut entendre par exécution « correcte » du contrat. **Le droit positif** prévoit des solutions sur le paiement, sur la date du paiement, sur le lieu du paiement, sur les modalités du paiement, donc sur les conditions d'exécution du contrat. Tout ceci relève de la théorie du paiement (que l'on étudie à Paris I en 3ème année de droit).

Il faut s'arrêter ici aux hypothèses dans lesquelles le contrat n'est pas exécuté dans les termes originels, il faut considérer les hypothèses dans lesquelles il y a altération du contrat par rapport aux dispositions qu'il peut contenir. Ces altérations peuvent provenir de l'écoulement du temps, elles peuvent également provenir des parties elles mêmes. Le contrat peut subir le phénomène de meurtrissure du temps, si j'ose dire : le temps peut affecter la substance même de l'obligation, le temps peut également faire que la question de renouvellement, de reconduction, du contrat se pose.

La question de renouvellement du contrat se pose de plus en plus car de nombreux contrats s'ancrent dans le temps, se poursuivent dans le temps : il s'agit de contrats de situations qui assurent des opérations économiques importantes. Lorsque le contrat est un contrat à exécution successive, lorsque le contrat s'ancre dans le temps, plusieurs questions se posent :

A.1. Contrats à durée déterminée et indéterminée

Il se peut d'abord que le contrat soit conclu pour une durée indéterminée : dans ce genre d'hypothèses, chacune des parties à la possibilité de rompre unilatéralement le contrat. Cette résiliation unilatérale, qui est ouverte à chacune des parties, ne doit cependant donner lieu à aucun abus, autrement dit cette faculté de résiliation doit être exercée de bonne foi. Comment respecter cette directive de l'obligation de bonne foi lorsque l'on résilie un contrat ?

La jurisprudence décide que cette résiliation ne doit pas être brutale, et par conséquent il faut prévenir son cocontractant de la mise en œuvre de la résiliation unilatérale. La solution est assez bien admise, notamment dans les contrats de distribution et, plus précisément dans les contrats de concession.

Lorsque *le contrat* est conclut pour *une durée déterminée* les parties doivent respecter l'échéance, les parties doivent respecter les termes stipulés, et les parties ne peuvent pas rompre, du moins unilatéralement, le contrat avant la date d'échéance. Au moment de l'échéance la question du renouvellement du contrat peut se poser, il faut savoir que le renouvellement est toujours décidé par les parties elles mêmes. Le renouvellement n'est pas, normalement, imposé aux parties contractantes (sous réserve de textes particuliers qui imposent le renouvellement des contrats). Pour être plus précis : il faut distinguer le renouvellement des contrats de la tacite reconduction. Le renouvellement du contrat donne lieu à la conclusion d'un nouveau contrat : ce sont les parties elles mêmes qui se mettent d'accord aux terme de la convention pour renouveler le contrat, et ceci dans des termes différents de ceux qui avaient été adoptés à l'occasion du 1er contrat. Le renouvellement donne lieu à la naissance d'un nouveau contrat qui est conclu dans des conditions différentes.

La tacite reconduction donne lieu également à la conclusion d'un nouveau contrat, au terme d'un contrat de bail par exemple, le contrat de bail peut être reconduit tacitement, le propriétaire peut accepter que le locataire se maintienne dans les lieux et continue à avoir sa qualité de locataire. Cette tacite reconduction n'est pas la prolongation du contrat originaire, la tacite reconduction suppose qu'un nouveau contrat ai été conclu entre les parties mais ce contrat se conclu d'une manière tacite d'une part, et d'autre part ce contrat se conclu au mêmes conditions que celles qui avaient été adoptées à l'occasion du 1er contrat. Le renouvellement du contrat et la tacite reconduction se distinguent de la *prorogation du contrat*, rien ne s'oppose à ce que les parties avant que le terme ne soit expiré, avant que le terme ne soit échu, rien ne s'oppose à ce que les parties décident de proroger le terme de ce contrat, les parties mettent au point ce que l'on peut appeler un avenant et au terme de cet avenant, on modifie les modalités du contrat originaire et plus précisément on repousse dans le temps le terme spécialement arrêté.

B. Problèmes liés aux parties : la circulation du contrat

Le contrat peut également connaître des altérations qui sont imputables aux parties elles mêmes. Il se peut d'abord que les parties changent et il se peut ensuite que les parties méconnaissent leurs obligations, que les parties commettent des fautes dans l'exécution de leurs obligations.

B.1. La cession du contrat

Sur la 1ère question concernant le changement des parties elles mêmes, il faut évoquer un peu rapidement le thème de la circulation du contrat. On peut se demander en effet si l'une des parties, dans un contrat conclu pour une durée déterminée ou un contrat qui s'ancre dans le temps de manière plus générale on peut se demander si l'une des parties a la possibilité de céder le rapport qu'elle peut avoir avec son cocontractant, peut on concevoir une cession de contrat, peut on se substituer une autre personne dans l'exécution du contrat ?

Le droit positif français a pris récemment conscience du phénomène de la cession de contrat. La cession de contrat est admise par un certain nombre de textes, elle est parfois prononcée plus exactement par les tribunaux, notamment dans le cadre d'une procédure collective, un contrat est utile pour une entreprise, le contrat permet d'assurer la vie de l'entreprise. Si cette entreprise connaît des difficultés, plus précisément si cette entreprise fait l'objet d'une procédure collective et si le tribunal décide de la cession de l'entreprise, tous les contrats qui sont nécessaires pour l'exploitation de cette entreprise peuvent être cédés aux repreneurs : c'est le tribunal qui décide de cette cession. Par ailleurs **le droit positif** français reconnaît également que dans certaines hypothèses ou certaines conditions on peut céder par convention le contrat.

La notion de cession de contrat fait difficulté, certains auteurs considèrent qu'il n'est pas possible de céder le contrat sous réserve bien entendu d'obtenir l'accord du débiteur cédé, d'autres auteurs, et **le droit positif et le droit jurisprudentiel** sont plutôt en ce sens, considèrent que rien ne s'oppose à ce que la cession de contrat se développe : la cession de contrat ne serait pas une cession de créances, ce ne serait pas non plus une cession de dettes, ce ne serait pas non plus une cession de créances plus une cession de dettes, ce serait une institution originale par laquelle une partie cède sa qualité justement de partie au contrat.

On peut penser d'une manière un peu plus précise que ce que l'on cède ce n'est peut être pas le contrat lui-même : le contrat qui repose sur le consentement des parties et c'est plus exactement le rapport d'obligation qui est issu du consentement des parties, ce rapport d'obligation peut circuler, peut vivre, peut être transmis et il peut être cédé. Les dernières décisions de la cour de cassation sont plutôt en ce sens. Si l'on admet la cession du contrat, reste à ce demander comment l'on peut appréhender le phénomène et comment l'on peut envisager les relations qui s'établissent entre les parties contractantes.

S‘agissant des conditions de la cession du contrat, la question principale est de savoir s‘il faut demander au débiteur cédé ou au cocontractant originaire son accord pour que l‘autre partie puisse céder sa qualité de partie, ou céder ce rapport d‘obligation. Cette autorisation du débiteur cédé n‘est pas un élément essentiel de la cession du contrat, de la cession du rapport d‘obligation : c‘est plutôt une question d‘efficacité de la cession. Par ailleurs les formalités de l‘article 1690 du code civil[40], qui concernent la cession de créances, n‘ont pas à être observées car les problèmes qui se posent ne sont pas des problèmes d‘opposabilité d‘une cession de créance à des tiers.

Quant aux relations qui se nouent entre les parties, la cession de contrat ou la cession du rapport d‘obligation s‘opère nécessairement pour l‘avenir, elle s‘opère à partir du moment ou les parties ont décidés de la cession : dès cet instant, le cédé (cocontractant originaire) peut agir contre le cessionnaire et inversement le cessionnaire peut agir contre le cédé.

Quant au cédant, on peut se demander si le cédant est garant des obligations du cessionnaire : supposons qu‘un locataire cède le bénéfice de son contrat, est ce que le nouveau locataire (le cessionnaire de ce contrat de location) est ce que le cessionnaire est créancier vis-à-vis du bailleur originaire ? On peut admettre l‘existence de ce rapport, mais reste à savoir quelles sont les solutions que l‘ont peut admettre, que l‘on peut retenir lorsque le cessionnaire, le nouveau locataire est défaillant. Est-ce que le locataire originaire (qui a cédé le contrat) est garant de la défaillance du nouveau locataire ? C‘est une question qui se pose, c‘est une question qui est mal tranchée **par la jurisprudence** mais on peut admettre, me semble t il que la cession de contrat laisse peser sur le cédant une obligation de garantie, il doit garantir le débiteur cédé contre une défaillance éventuelle du cessionnaire.

B.2. Le sous-contrat

Le phénomène du sous-contrat est également un phénomène qui intéresse la circulation du contrat, lorsqu‘un sous contrat est conclu, une partie ne se substitue pas à une autre, une partie simplement s‘adjoint à une autre dans l‘exécution de ses obligations. On peut sous louer, on peut sous traiter, on peut sous cautionner, le sous contrat est un phénomène aussi développé que le phénomène de la cession de contrat : en principe tout cocontractant peut sous contracter (un mandataire peut décider de confier tout ou partie de l‘exécution de son mandat à un sous mandataire / un locataire principal peut décider de sous louer). En principe, c'est-à-dire sous réserve des textes, et si le contrat n‘est pas un contrat conclu « intuitu personae », rien ne s‘oppose à ce qu‘une partie décide de sous contracter. Il faut préciser que ce sous contrat a nécessairement la même nature juridique que le contrat originaire, par exemple un contrat d‘entreprise qui est conclu entre un client et un entrepreneur, l‘entrepreneur peut décider de sous traiter, l‘entrepreneur principal va décider de confier tout ou partie de l‘exécution du marché à un sous traitant. Le sous traitant est un sous entrepreneur, le contrat de sous-traitance est un sous contrat qui a la même nature juridique que le contrat principal conclu entre le maître de l‘ouvrage et l‘entrepreneur principal.

Quant aux relations qui se nouent entre les parties, quant au régime de sous contrat, il faut raisonner ici en terme d'effets relatifs : le sous contractant n'est pas une partie au contrat originaire, par conséquent (supposons dans une hypothèse de sous location) par conséquent, en principe le bailleur n'a pas de relation avec le sous locataire et inversement le sous locataire n'a pas de relations avec le bailleur. Il faut raisonner en termes d'effets relatifs : le contrat conclu entre le locataire principal et le sous locataire est indépendant du contrat conclu entre le locataire principal et le bailleur (on ne peut pas mêler les deux opérations).

Toutefois, on peut admettre, dans certaines hypothèses, l'existence de relations entre les cocontractants extrêmes : c'est le cas, d'abord, lorsque des textes investissent une partie d'une action directe. Ainsi en est-il par exemple en matière de bail, précisément, l'article 1753 du Code civil[41] accorde au bailleur impayé une action directe contre le sous-locataire, une action directe en paiement.

Tel est le cas également en matière de sous-traitance puisque la loi du 31 décembre 1975 accorde au sous-traitant une action directe en paiement contre le maître d'ouvrage, si le sous-traitant n'est pas payé par l'entrepreneur principal, si le sous-traitant, après avoir mis en demeure l'entrepreneur principal de payer ce qu'il lui doit au sous traitant, reste défaillant, le sous-traitant peut exercer une action directe contre le client, une action directe contre le maître de l'ouvrage cocontractant de l'entrepreneur principal.

De même en matière de mandat, l'article 1994 du Code civil permet au mandant d'exercer une action directe contre le mandataire substitué. Donc un certain nombre de textes accordent, dans les hypothèses de sous contrat, à l'une des personnes intéressées dans ce rapport de sous contrat, dans cette opération de sous contrat, une action directe en paiement. La question qui s'est posée fut de savoir si ces actions directes pouvaient être bilatéralisées, et si ces actions directes pouvaient être généralisées. En principe les actions directes sont d'interprétations étroites (elles sont prévues par des textes, les textes sont d'interprétation stricte : il faut respecter scrupuleusement les textes). Parfois **la jurisprudence** s'écarte de ces prescriptions, ainsi en est-il en matière de mandat puisque la jurisprudence à bilatéralisé l'action directe prévue par l'article 1994 du Code civil, mais c'est pratiquement le seul exemple que l'on peut citer.

Quant à la question de savoir si es actions directes peuvent être généralisées, si l'action directe en paiement peut être convertie dans certaines situations en une action directe en responsabilité (on sait que cette question avait donné lieu à la fameuse théorie des groupes de contrat : **la jurisprudence** avait admis ces actions directes en responsabilité dans les hypothèses de groupes de contrats, et spécialement dans les hypothèses de sous-traitance : le maître de l'ouvrage s'était vu reconnaître la possibilité d'agir directement en responsabilité contre le sous traitant, mais on sait que la cour de cassation a finit par condamner cette théorie des groupes de contrats dans le fameux arrêts Bess du 12 juillet 1991. C'est dire qu'en matière de sous contrat on en revient au principe de l'effet relatif des conventions qui peut être interprétées de manière très stricte pour que des relations puissent s'établir entre les cocontractants extrêmes (encore faut-il que les textes le prévoit de manière précise et que les

textes accordent à l‘une ou l‘autre des personnes intéressées une action directe, et spécialement une action directe en paiement.

C. Le défaut d‘exécution du contrat

Conduit également, et conduit surtout à se demander, quelles sont les solutions auxquelles ont peut songer lorsque l‘une ou l‘autre des parties ne respecte pas ses obligations : les parties sont défaillantes, les parties manquent à leurs promesses (la marchandise est livrée en retard, l‘entrepreneur construit mal l‘opération qu‘il est chargé de faire, des malfaçons se produisent, le transporteur livre une marchandise qui est avariée, le vendeur livre une marchandise qui est atteinte de défauts, de vices) quelles sont les solutions que l‘on puisse mettre en œuvre pour faire en sorte que le créancier du contrat puisse obtenir satisfaction ?

Deux questions méritent d‘être envisagées pour répondre à ce problème de l‘inexécution du contrat et à cette question de sanction de l‘inexécution du contrat. Il est bien évident que si l‘une des parties ne respecte pas sa promesse il faut réagir. Les obligations ne sont juridiques que dans la mesure ou elles comportent des sanctions. Alors une 1ère question se pose qui est la question quand ? Quand sanctionner l‘inexécution d‘une obligation ? Y a-t-il des formalités à respecter ? Faut-il mettre en demeure le débiteur ? A supposer que l‘on puisse sanctionner, que l‘on puisse réagir, il faut se demander dans un 2ème temps quelles sont les sanctions que l‘on peut mettre en œuvre ? Peut on engager la responsabilité du débiteur défaillant ? Peut on obtenir la disparition du rapport contractuel ? Peut on forcer le débiteur défaillant à respecter son contrat ? Peut on par conséquent s‘engager dans une action en exécution forcée du contrat ?

Autant de problèmes qui se posent qui méritent d‘être envisagés sous une autre rubrique.

C.1. Conditions de procédure : la mise en demeure

Peut on sanctionner un cocontractant qui ne respecte pas ses obligations ? Pour pouvoir réagir, il faut constater l‘inexécution du contrat. On sanctionne une partie au contrat si cette partie ne respecte pas ses obligations, il faut donc établir l‘inexécution du contrat, l‘inexécution de l‘obligation, il faut mettre en relief cette inexécution, pour cela le droit positif exige que

certaines conditions soient respectées. Ces conditions tiennent à la forme et ces conditions tiennent également au fond.

Pour ce qui est d‘abord des conditions de forme ou de procédures ou de quasi procédure, il faut constater l‘inexécution du contrat, il faut prouver cette inexécution, établir cette inexécution. Alors le droit positif, ici pose une question de procédure ou de quasi procédure (ou de forme au sens général du terme) et qui trouve son expression dans la mise en demeure.

C.1.a. Nécessité

Une formalité quasi procédurale est nécessaire pour qu‘un cocontractant puisse invoquer l‘inexécution du contrat. Au terme de l‘article 1146 du Code civil, la victime de l‘inexécution d‘un contrat, de l‘inexécution d‘une obligation doit mettre son débiteur en demeure de remplir son obligation. Le créancier doit mettre le débiteur en demeure de payer la somme due, de livrer la marchandise etc.…. La mise en demeure est donc l‘acte par lequel un créancier invite solennellement son débiteur à remplir sa dette, ce faisant le créancier manifeste son intention de ne pas attendre, s‘il ne le fait pas on peut présumer que le créancier est tolérant, on peut présumer que le créancier accorde des délais au débiteur. Le droit positif est en effet bienveillant pour le débiteur qui n‘exécute pas. C‘est au créancier à se manifester, c‘est au créancier à réagir, il doit donc mettre en demeure. A propos de la mise en demeure, plusieurs questions se posent : on peut se demander d‘abord si la mise en demeure est systématiquement exigée ? Est-ce qu‘elle est toujours nécessaire ? Alors la mise en demeure est en principe nécessaire pour pouvoir se prévaloir de l‘inexécution d‘un contrat. Les textes sont en ce sens, et spécialement l‘article 1146 du Code civil[42]. D‘ailleurs on peut faire observer que la mise en demeure est le préalable, le préliminaire plus exactement, à une action en exécution forcée. Si l‘exécution est encore possible, si le matériel existe, et que ce matériel doit être livré, il faut si le vendeur est défaillant, préalablement mettre en demeure le vendeur de livrer ce matériel avant de pouvoir s‘engager dans une action en exécution forcée.

La mise en demeure est également le préalable à une action en résolution du contrat pour inexécution. Le plus souvent la résolution est judiciaire, elle suppose une assignation, et c‘est précisément cette assignation qui vaudra mise en demeure. Lorsqu‘une clause résolutoire a été stipulée, il faudrait faire une sommation pour que la clause résolutoire s‘applique.

Enfin la mise en demeure est normalement exigée pour pouvoir obtenir des dommages intérêts, mais sur ce terrain des distinctions doivent être faites. La mise en demeure est

certainement nécessaire pour faire courir les dommages intérêts moratoires, c'est-à-dire les intérêts dus au retard, le créancier qui veut obtenir réparation du dommage que lui cause le retard doit mettre en demeure son débiteur pour pouvoir obtenir cette réparation.

De même le créancier qui veut obtenir le versement d‘une somme d‘argent, si le créancier est créancier d‘une obligation monétaire, ce créancier lorsque cette obligation n‘est pas respectée doit mettre en demeure le débiteur de payer la somme d‘argent qui est due. Pour ce qui est des dommages intérêts compensatoires, ils compensent le dommage réalisé qui est indépendant du retard et qui est causé par l‘inexécution du contrat. En principe pour ce qui est des dommages intérêts compensatoire le préjudice est définitivement réalisé. Il s‘agit simplement d‘évaluer le préjudice et par conséquent le créancier n‘a pas à mettre en demeure le débiteur d‘accomplir ses obligations, parce que le préjudice est d‘ores et déjà réalisé.

Donc la mise en demeure est préalable à l‘action en exécution forcée, la mise en demeure est préalable à l‘action en résolution, la mise en demeure n‘est pas toujours le préalable à une action en responsabilité qui se traduit par le versement de dommages intérêts. Si la mise en demeure est normalement nécessaire, certaines exceptions sont reconnues aussi bien par les textes que par la jurisprudence. Rien ne s‘oppose d‘abord à que cette formalité de la mise en demeure est écartée par les parties elles mêmes, la mise en demeure n‘est pas une formalité d‘ordre public.

C.1.b. Exception

Pour le reste, la mise en demeure est superflue dans un certain nombre d‘hypothèses. D‘abord si l‘obligation inexécutée est une obligation de ne pas faire : l‘inexécution d‘une obligation de ne pas faire constitue en effet un fait irrémédiable. On ne peut pas mettre en demeure ce qui est déjà fait, la mise en demeure est superflue si le débiteur prend l‘initiative de déclarer à son créancier qu‘il refuse l‘exécution. Dans ce cas là le débiteur n‘est plus un retardataire, le débiteur est un révolté contre la loi du contrat, et par conséquent l‘inexécution est définitive, il n‘est pas nécessaire de mettre en demeure le débiteur de respecter ses obligations.

Enfin la mise en demeure est superflue si l‘exécution était d‘exiger dans un délai déterminé et si ce délai n‘a pas été respecté. Exemple : un vendeur, un fournisseur doit livrer un sapin de Noël, donc nécessairement pour le 24 décembre ou à la limite pour le 25 décembre si la livraison intervient le 26 décembre le préjudice est d‘ores et déjà réalisé, il est définitif, il n‘est pas nécessaire dans ce genre de situation pour obtenir réparation de mettre en demeure le vendeur.

C.1.c. Formes (L. 9 juillet 1991)

Quant aux formes de la mise en demeure, le principe est simple, puisque la mise en demeure est un acte qui a pour objet de constater officiellement la défaillance du débiteur, la mise en

demeure trouve son expression dans une sommation ou dans un acte équivalent. La loi a exigé pendant longtemps une interpellation par voie d'huissier, une sommation payée, un acte équivalent, manifestant la volonté du créancier de réclamer son du. Un commandement de payer, une demande en justice, une contrainte administrative, une citation à référer, autant d'actes qui peuvent être considérés comme des mises en demeure.

On s'est demandé si la mise en demeure pouvait résulter d'une simple lettre et plus précisément d'une lettre recommandée. La jurisprudence l'avait admis, la loi du 9 juillet 1991, portant réforme des voies d'exécution a entériné cette jurisprudence. La mise en demeure peut résulter d'une simple lettre dans la mesure ou cette simple lettre contient une interpellation suffisante du débiteur défaillant, en tout cas cette lettre doit pour une raison de preuve prendre la forme d'une lettre recommandée. Premières conditions qui doivent être exécutées pour se prévaloir de l'inexécution du contrat : ce sont des conditions de procédure ou de quasi procédure qui trouvent leurs expressions dans cette formalité de la mise en demeure. Les conditions doivent être respectées si l'on veut mettre en œuvre des sanctions face à l'inexécution d'un contrat.

C.2. Conditions de fond

Quelles sont précisément ces conditions de fond ? Certaines de ces conditions pèsent sur le demandeur à l'action, d'autres de ces conditions pèsent sur le défendeur.

C.2.a. Conditions pesant sur le demandeur

S'agissant d'abord des conditions qui pèsent sur le demandeur, une personne est victime de l'inexécution du contrat, cette personne subit un préjudice, cette personne va engager une action pour obtenir réparation, cette personne est donc demandeur (ou demanderesse plus exactement) : elle doit établir l'inexécution du contrat. Une fois cette inexécution établie, le défendeur pourra essayer de se justifier. Reste à savoir, à déterminer quelles sont les conditions qui pèsent sur la partie qui veut introduire une action, qui pèsent donc sur le demandeur à l'action. Le demandeur doit respecter un certain nombre de conditions, ces conditions sont assez variées : certaines de ces conditions se présentent sous un aspect négatif, d'autres de ces conditions sont plus positives.

S'agissant des conditions négatives, on observera d'abord que le demandeur ne peut pas invoquer l'inexécution du contrat lorsque cette inexécution est due à son fait : autrement dit, si le demandeur est lui-même le fauteur de troubles, ce demandeur ne peut pas se plaindre. Une partie ne peut pas se plaindre de l'inexécution du contrat par l'autre partie si cette partie elle même a été a l'origine de l'inexécution du contrat. Supposez un contrat conclu entre un patient et un médecin (la relation est contractuelle pour la jurisprudence) et supposez que le

patient mette le médecin dans l‘impossibilité d‘exécuter sa prestation, dans l‘impossibilité de soigner le client (le client ne vient pas aux rendez vous, ne prend pas les remèdes, ne respecte pas les prescriptions du médecin) et qu‘ensuite le patient se plaigne : c‘est peut être lui qui est à l‘origine de sa maladie, de l‘inexécution du contrat. Dans ce genre de situation, il est bien évident que le demandeur a quelque chose à se reprocher et qu‘il ne peut pas mettre en œuvre une action en inexécution du contrat, il faut être cohérent avec soi même.

La jurisprudence française retient cette idée de cohérence notamment en matière de résolution : on ne peut pas s‘engager dans une action en résolution du contrat lorsque l‘on a engagé soi même la résolution du contrat, on ne peut pas se contredire, on ne peut pas faire une chose et son contraire. Cette justification, cette idée de cohérence permet de dire qu‘une partie ne peut évoquer une inexécution du contrat qui est due à son propre fait.

Deuxième condition négative : il se peut qu‘une partie est renoncé à agir. Cette partie qui a renoncé à agir ne peut pas par la suite engager une action pour inexécution du contrat pour faire constater l‘inexécution du contrat. Celui qui a renoncé au bénéfice du contrat ne peut en réclamer l‘exécution. Cette renonciation peut être expresse, elle ne soulève alors aucune difficulté, mais la jurisprudence admet également que la renonciation peut être tacite, dans la mesure ou cette renonciation n‘est entachée d‘aucune équivoque.

Toute une série de questions peuvent être posées, toute une série d‘hypothèses peuvent être envisagées. Il se peut que dans le cadre d‘un contrat d‘entreprise, conclu entre un maître d‘ouvrage et un entrepreneur, le maître d‘ouvrage ai réceptionné (comme on dit en pratique) la chose qui a été fabriquée, la chose qui a été réalisée par l‘entrepreneur. On prend livraison de la chose sans émettre aucune réserve alors que la chose est endommagée ou alors que la chose présente certains défauts. Est-ce que, en prenant livraison d‘une chose dans ces conditions, on ne renonce pas à engager la responsabilité de l‘entrepreneur ? Les tribunaux ont pu admettre, on peut citer un arrêt du 11 mars 1959 (un peu ancien mais qui exprime toujours le droit positif) qui fait observer que renonce à mettre en jeu la responsabilité contractuelle de l‘entrepreneur le maître de l‘ouvrage qui reçoit et paie les objets sans protestations (manifestant ainsi sa volonté de ne pas critiquer l‘inexécution du contrat).

De même le maître d‘ouvrage qui paie le travail fait par l‘entrepreneur, ne proteste pas et n‘agit pas en justice, après réception des travaux est présumé avoir renoncé à mettre en jeu la responsabilité contractuelle de l‘entrepreneur. Si le demandeur ou la victime de l‘inexécution du contrat fait un certain nombre d‘actes qui laissent entendre, qui présument qu‘il y a une renonciation : il faut tirer les conséquences de cette renonciation et on interdit par conséquence au demandeur de prendre par la suite une initiative. Parfois cette forclusion est prévue par les textes eux-mêmes : c‘est le cas en matière de transport, ainsi, si le destinataire d‘une marchandise qui est endommagée n‘émet pas des protestations dans un délai de 3 jours, à la suite de la livraison de la marchandise, le destinataire est forclos : le destinataire ne peut plus engager une action quelle qu‘elle soit contre le transporteur. Ce texte de l‘article 105 du Code du commerce traduit bien cette idée selon laquelle si l‘on renonce à agir on perd ses droits, on ne peut plus mettre en œuvre une action en résolution du contrat.

Quant aux conditions positives, qui pèsent sur le demandeur : le demandeur doit établir le manquement contractuel, doit établir l‘inexécution du contrat (le retard, le préjudice, les défauts, les vices . . . il faut prouver ces éléments qui constituent le préjudice). Le demandeur doit établir d‘abord la réalité matérielle de l‘inexécution comme le retard : la marchandise n‘a pas été livrée dans les délais prévus. Il faut donc prouver qu‘un délai avait été stipulé et qu‘il n‘a pas été respecté, prouver les avaries, prouver les pertes, prouver les malfaçons, prouver les vices, donc prouver la réalité matérielle de l‘inexécution, prouver ce fait même de l‘inexécution. Ensuite le demandeur doit établir la réalité juridique de l‘inexécution, autrement dit l‘inexécution doit correspondre au manquement d‘une obligation, l‘inexécution doit traduire le manquement à une obligation incluse dans le contrat. Si le débiteur n‘avait aucune obligation, si le débiteur n‘a pas manqué à une obligation incluse dans le contrat, le débiteur ne peut pas engager sa responsabilité, le débiteur n‘a pas violé le contrat. On ne peut donc pas lui imputer l‘inexécution du contrat. Donc il faut établir à la fois la réalité matérielle de l‘inexécution et les réalités juridiques de l‘inexécution. Les sanctions juridiques de l‘inexécution de contrat ne peuvent être mis en œuvre que si l‘on prouve que le débiteur à manqué à l‘une ou l‘autre des obligations dont il était débiteur à raison du contrat conclu. Parfois on exige du demandeur d‘établir en outre la faute, donc on exige du demandeur de prouver le manquement matériel, de prouver le manquement juridique (la violation d‘une obligation), et parfois on lui demande de prouver le manquement moral ou bien de prouver la faute du débiteur. Le droit positif, face à ces questions est assez diversifié.

En toute hypothèse le demandeur doit prouver le manquement matériel. La victime de l‘inexécution du contrat doit toujours prouver ce manquement matériel « je n‘ai pas reçue la marchandise / j‘ai éprouvé telle perte / j‘ai éprouvé tel type d‘avarie ».

Ensuite le demandeur doit toujours prouver le manquement juridique, que telle obligation est incluse dans le contrat, que cette obligation n‘a pas été respectée. Le manquement juridique suppose qu‘on établisse la violation d‘une obligation contractuelle assumée par les parties contractantes. Il peut s‘agir de l‘obligation principale du contrat. Il peut s‘agir d‘une obligation accessoire. Il peut s‘agir d‘une obligation dictée par les usages, mais encore faut il que cette obligation ai été voulue par les parties, ai été intégrée dans le contrat. Si une obligation contractuelle n‘est pas respectée, les sanctions en inexécution du contrat peuvent jouer.

Parfois le demandeur doit établir le manquement moral, mais pour établir le manquement moral encore faut il que l‘obligation en cause soit une obligation particulière. Donc il faut prouver en toute hypothèse le manquement matériel et le manquement juridique. Dans certaines situations, on impose au créancier (au demandeur) d‘établir en plus le manquement moral du débiteur à ses obligations. Tel est le cas si les obligations non exécutées sont des obligations de moyen. Dans ce genre d‘hypothèse, la victime d‘une inexécution d‘une obligation de moyen devra prouver son préjudice, devra prouver que cette obligation de moyen n‘a pas été respectée et devra prouver, en outre, que le débiteur a commis une faute. La victime doit donc prouver l‘imputabilité du dommage, prouver que le débiteur est bien responsable de l‘inexécution de cette obligation. Lorsqu‘une obligation est une obligation de résultat il n‘est pas nécessaire de prouver la faute, par conséquent le demandeur n‘a pas à établir le manquement moral du débiteur.

C.2.b. Conditions pesant éventuellement sur le défendeur

On peut se demander si le défendeur, une fois l'inexécution du contrat établi, une fois le manquement matériel établi, une fois le manquement juridique établi, on peut se demander si le défendeur peut valablement s'excuser, peut valablement s'exonérer de sa responsabilité, y a-t-il des excuses dont il peut se prévaloir ? Cette question des excuses suppose que l'on résolve deux types de problèmes qui intéressent à la fois le domaine des excuses et ensuite le régime des excuses.

S'agissant en 1er lieu du domaine des excuses, le principe est assez clair lorsque le débiteur, lorsque le responsable, au sens large du terme, de l'inexécution du contrat démontre qu'il a été dans l'impossibilité d'exécuter le contrat, le débiteur peut valablement échapper à toute sanction. Autrement dit l'impossibilité d'exécuter le contrat est une cause d'exonération : « à l'impossible nul n'est tenu » et si le débiteur prouve cette impossibilité, établit cette impossibilité, on voit mal comment on pourrait lui imputer cette responsabilité et rechercher une responsabilité quelconque. Le principe est clair : l'impossibilité d'exécuter le contrat est une cause d'exonération, l'impossibilité d'exécuter le contrat est une excuse. Autrement dit, si le débiteur établi simplement qu'il n'a commis aucune faute, le débiteur est toujours responsable, le débiteur est toujours tenu de respecter le contrat. Le débiteur s'expose toujours à des sanctions à raison de l'inexécution de ses obligations. Autrement dit, ce que l'on peut appeler la non faute, l'absence de faute n'est pas normalement une cause d'exonération, n'est pas une excuse. Le contrat doit être exécuté, l'obligation doit être exécuté si l'inexécution de cette obligation est établie, si l'on a établi la violation de l'obligation contractuelle : le débiteur est tenu, le débiteur s'expose à des sanctions. Si le débiteur prouve qu'il n'a commis aucune faute ce n'est pas suffisant pour le faire échapper à une sanction car la non faute n'est pas une cause d'exonération et, par voie de conséquence, seule l'impossibilité de l'exécution, seule la force majeure, seule la cause étrangère est une excuse, une cause d'exonération.

Les solutions sont peut être un peu plus diversifiées en droit positif. Envisageons les différentes situations.

D'abord le débiteur est tenu d'une obligation de moyens, le contrat contient une obligation de moyens (c'est une situation, une solution, qui est dans la généralité des contrats aujourd'hui quelque peu exceptionnelle : les obligations de moyens ne sont pas les obligations de principe). En tout cas, supposons que le débiteur soit débiteur d'une obligation de moyens et qu'il ne respecte pas cette obligation, le débiteur est responsable si (et seulement si) le créancier prouve la faute du débiteur. Lorsque la faute est établie, la responsabilité est engagée et le débiteur ne peut pas échapper à sa responsabilité, ce n peut être impossibilité s'exécuter le contrat puisque l'on a prouvé la faute (donc le problème des excuses ne se pose pas). Le débiteur est responsable si sa faute est établie, donc cela suppose que le créancier ait établi l'inexécution matérielle, l'inexécution juridique et l'inexécution morale du contrat.

Si l‘obligation est une obligation de résultat le débiteur est responsable dès l‘instant que cette obligation n‘est pas respectée, le créancier prouve le manquement matériel, prouve le manquement juridique, cela suffit pour que la responsabilité du débiteur soit engagée, pour que le débiteur s‘expose à un certain nombre de sanctions. Cela dit, le débiteur ne peut pas s‘exonérer en prouvant simplement qu‘il n‘a commis aucune faute, il pourra s‘exonérer seulement dans l‘hypothèse ou il prouve que l‘inexécution provient d‘une cause étrangère, provient d‘un cas de force majeure.

Enfin, si l‘obligation est une obligation de garantie (situation qui est exceptionnelle) le débiteur est toujours responsable, l‘obligation de garantie n‘a pas été respectée. Dans ce genre de situation le débiteur ne peut pas s‘exonérer de sa responsabilité. La garantie joue systématiquement et oblige le débiteur à répondre même des cas de force majeurs. Donc l‘obligation est une obligation de moyens. Le créancier doit prouver la faute, l‘obligation est une obligation de résultat, le créancier doit simplement prouver que cette obligation de résultat n‘a pas été respectée et le débiteur peut s‘excuser en prouvant la force majeure si l‘obligation est une obligation de garantie. Le créancier est très bien protégé puisque en tout hypothèse dès l‘instant que cette obligation n‘est pas respectée le débiteur engage sa responsabilité et s‘expose à des sanctions. Tel est le tableau général de la responsabilité contractuelle ou des sanctions en inexécution du contrat.

Le droit positif, la jurisprudence, a découvert plus récemment une obligation intermédiaire dans cette échelle des obligations. Il se peut en effet que l‘obligation soit une obligation de résultat mais une obligation de résultat allégée, une obligation de résultat un peu particulière. Dans ce genre de situation la victime de l‘inexécution de l‘obligation de résultat allégée doit simplement prouver que cette obligation n‘a pas été respectée pour pouvoir engager la responsabilité du débiteur mais le débiteur peut s‘exonérer en prouvant non seulement le cas de force majeure mais il peut également s_exonérer en prouvant qu‘il n‘a commis aucune faute. Dans le cadre des obligations de résultat allégées la non faute est une cause d‘exonération, est une excuse. Voilà pour les solutions qui intéressent le domaine des excuses à l‘inexécution du contrat.

Voyons le régime de ces excuses.

Que se passe-t-il lorsque le contrat n‘est pas respecté et que le débiteur s‘exonère, s‘excuse valablement ? Quel est le sort du contrat ? Plusieurs hypothèses méritent d‘être envisagées.

Il se peut d‘abord que l‘impossibilité d‘exécution soit définitive : le contrat a été conclu, a reçu un début d‘exécution et en cours d‘exécution le débiteur n‘a plus la possibilité d‘exécuter sa prestation. Le débiteur, qui a une impossibilité, est excusé, ne s‘expose à aucune sanction. Quel est le sort du contrat ? Lorsque l‘exécution d‘un contrat est devenue définitivement impossible (à raison de la survenance d‘un évènement déterminé), le contrat s‘éteint par caducité : donc le contrat est frappé de caducité, le contrat n‘a plus de raison d‘être, le contrat « décède ».

✯Il en est ainsi en cas de défaillance d‘une condition suspensive. Le contrat est affecté d‘une condition suspensive qui ne se réalise pas : le contrat, qui était valablement conclu n‘a plus de raison d‘être, le contrat est frappé de caducité.

✯Il en est également ainsi en cas de décès du cocontractant lorsque le contrat est un contrat conclu en considération de la personne.

✯Il en est également ainsi lorsque la chose qui forme l‘objet du contrat a disparu.

✯Il en est ainsi également lorsqu‘une promesse de porte-fort n‘est pas ratifiée, lorsque un contrat qui contient un pacte de préférence expire, lorsque la durée de ce contrat qui contient le pacte de préférence expire.

✯Il en est ainsi lorsque l‘un des éléments essentiels du contrat a disparu. Le contrat ne peut pas être maintenu si l‘élément qui a disparu ne peut pas être remplacé. Cet élément essentiel fait défaut, en cous d‘exécution du contrat le contrat est frappé de caducité.

Exemple tiré de la jurisprudence : il s‘agissait en l‘espèce d‘un contrat conclu entre le pilote automobile Jean Pierre Deltoise et la SEITA. Aux termes de ce contrat Jean Pierre Deltoise devait faire de la publicité pour le compte de la SEITA, et plus précisément, devait faire de la publicité pour les cigarettes gitanes. Il devait faire cette publicité dans toutes les compétitions automobiles auxquelles il devait participer comme pilote de voiture, autrement dit un contrat de « sponsoring », un contrat de « parrainage » avait été conclu entre la SEITA et le coureur automobile. En l‘espèce, Jean Pierre Deltoise était le coureur automobile de l‘écurie Ligier, il était donc engagé par l‘écurie Ligier pour conduire les véhicules Ligier à l‘occasion des compétitions automobiles. En cours d‘exécution du contrat de « sponsoring », du contrat de « parrainage », Jean Pierre Deltoise perd sa qualité de pilote. La société Ligier a des difficultés et remplace certains de ses pilotes, si bien que Jean Pierre Deltoise n‘est plus le pilote officiel de la société Ligier. La question qui se pose concerne le sort du contrat de sponsoring, on a considéré que Jean Pierre Deltoise n‘étant plus pilote n‘avait plus la possibilité d‘exécuter son contrat de « sponsoring », que cette impossibilité d‘exécution ne lui était pas imputable, et que par conséquent le contrat n‘avait plus de raison d‘être, et que le contrat était frappé de caducité. La cour de cassation a fait observer qu‘il n‘était pas nécessaire de s‘engager dans une action en résolution du contrat pour faire constater l‘ineffectivité du contrat : le contrat ne pouvait plus être exécuté, le contrat était frappé ipso facto de caducité. Une demande de résolution judiciaire du contrat, pour de la cour de cassation, en cas d‘impossibilité d‘exécution, n‘est pas nécessaire. Le contrat dont l‘exécution est devenue impossible prend automatiquement fin sans qu‘il soit nécessaire de demander en justice sa résolution. Chaque partie peut alors prendre toutes les mesures qui s‘imposent pour supprimer les relations contractuelles. Chaque partie peut donc cesser d‘exécuter les prestations à venir. On peut, par exemple, procéder au démontage du matériel, on peut demander la restitution du matériel, on peut ne plus exécuter le contrat pour l‘avenir. Le contrat est frappé de caducité.

Lorsque l‘impossibilité d‘exécution n‘est pas définitive mais lorsque l‘impossibilité d‘exécution est simplement temporaire. Dans ce genre de situation le contrat n‘est pas frappé de caducité, le contrat est simplement suspendu. La suspension est l‘arrêt momentané des effets du contrat (ou de certains des effets du contrat) en raison d‘un évènement déterminé, ou plus précisément en raison d‘une impossibilité d‘exécuter. Les tribunaux prononcent la suspension dès lors que l‘impossibilité d‘exécuter le contrat est justement momentané (ex : un état de guerre, un état de réquisition, une réglementation temporaire). En pratique, la suspension est souvent prévue par les parties elles mêmes qui fixent les causes et les effets de la suspension. La suspension peut également résulter de certains textes, parfois c‘est la loi elle-même qui admet dans certaines hypothèses la suspension du contrat. Le contrat de travail par exemple peut être suspendu si l‘intéressé fait son service national, si l‘intéressée est enceinte. Les causes de la suspension trouvent leur expression dans tout obstacle temporaire à l‘exécution du contrat (cas de force majeure, changements de circonstance). Lorsque la suspension est admise, lorsque l‘impossibilité provoque cette suspension, cette suspension paralyse pendant le temps que dure l‘évènement les effets du contrat, mais dès que cet évènement cesse le contrat reprend son cours, tel qu‘il est sans aucun changement. La durée du contrat n‘est pas prorogée et des conditions nouvelles ne peuvent pas être imposées par une partie à l‘autre. Il est sûr que les parties ont tout intérêt à préciser les conséquences de la suspension, et notamment, indiquer si toutes les obligations nées du contrat seront suspendues ou si la suspension n‘atteindra que certaines des obligations du contrat. Les parties ont tout intérêts à prévoir quelle sera celle des parties qui supportera les frais de cette suspension. Les parties ont tout intérêts à prévoir également les conditions de reprise du contrat. Comment peut-on constater la disparition de la cause de suspension ? Faut-il modifier les délais du contrat ? Il faudra également envisager les conséquences de l‘extinction définitive du contrat si le contrat ne reprend pas. Peut-on octroyer ou non des dommages intérêts ? Est-ce que chacune des parties a la possibilité de conserver ce qui lui a été fourni en exécution du contrat ? Comment régler le solde final des prestations ? Autant de questions pratiques qui se posent, autant de questions concrètes qui se posent que les parties ont tout intérêts à envisager car la jurisprudence ne s‘est pas prononcée sur ces questions concrètes. La jurisprudence a simplement admis que le contrat pouvait être suspendu en cas d‘impossibilité momentané d‘exécuter le contrat.

CD10 Sanctions légales de l’inexécution des contrats

1. **Introduction ;**
2. **L’exécution forcée ;**

3. **les modalités de l'exécution forcée ;**
4. **Une modalité particulière : l'exception d'inexécution ;**
5. **Exercice : commentaire sommaire de l'arrêt cass. civ. 3ème, 6 juillet 1982 ;**
6. **La résolution ;**
7. **Les conditions de la résolution ;**
8. **La théorie des risques ;**
9. **Effets de la résolution ;**

A. Introduction

Deuxième question : comment sanctionner ? Nous avons vu que certaines conditions devaient être respectées pour pouvoir mettre en œuvre les sanctions d'inexécution du contrat. Reste à préciser ces sanctions : comment peut-on réagir ? La victime n'a pas le droit de se faire justice elle-même, elle n'a pas en principe le droit de rompre unilatéralement le contrat. Elle n'a pas la possibilité de déduire les dommages et intérêts de la facture qu'elle doit. Néanmoins, cette victime peut prendre un certain nombre de mesures pour protéger ses intérêts. Elle peut d'abord prendre des mesures conservatoires, essayer de conserver sa créance. Il faut toujours se préoccuper de ces questions concrètes : interrompre le délai de prescription qui court, prendre des précautions pour se prémunir contre l'insolvabilité éventuelle du débiteur. Le droit positif donne toute une série de mesures à ce créancier victime de l'inexécution du contrat car le droit positif a justement repensé récemment tout le droit des saisies. Dès l'instant que l'on peut prouver d'une créance qui paraît fondée en son principe, on peut s'engager devant un tribunal pour obtenir des saisies ou des mesures conservatoires : bloquer le compte bancaire du débiteur, prendre une hypothèque judiciaire sur l'immeuble du débiteur, prendre un nantissement sur le fond de commerce du débiteur, geler son patrimoine de valeur mobilière.

Bref, le **droit positif** permet à ce créancier victime de l'inexécution du contrat de se protéger efficacement contre cette inexécution, et surtout contre l'insolvabilité du débiteur. Cela dit, le créancier peut aller au-delà des simples mesures conservatoires, et peut vouloir s'engager dans des actions plus précises, qui visent à sanctionner le débiteur qui est à l'origine de l'inexécution du contrat.

Quelles sont les sanctions auxquelles nous pouvons penser ? Les sanctions sont tantôt prévues par la loi et les principes généraux du droit des obligations, tantôt mises en œuvre par les parties elles-mêmes, tantôt aménagées par les parties elles-mêmes. Les sanctions de

l‘inexécution du contrat sont donc tantôt des sanctions légales, tantôt des sanctions conventionnelles. Première série de sanctions, les sanctions légales. On peut en dégager 3 : l‘exécution forcée (la contrainte pour faire en sorte que le débiteur respecte sa promesse) la résolution du contrat (l‘anéantissement du contrat, le contrat n‘a plus de raisons d‘être puisque irrespect du débiteur), enfin et peut-être surtout responsabilité contractuelle trouvant son expression dans le versement de dommages et intérêts.

B. L‘EXECUTION FORCEE

B.1. Principe et exceptions

Première sanction : la sanction de l‘exécution forcée. Le droit positif français s montre aujourd‘hui très favorable à ce type de sanction. On peut dire que l‘exécution forcée, en nature, est la sanction de principe en cas d‘inexécution du contrat. Les textes et la jurisprudence vont en ce sens. Mais il n‘en reste pas moins que cette sanction peut trouver ses manifestations sous diverses formes.

Principes justifiant l‘exécution forcée : le Code civil ne pose pas ce principe de l‘exécution forcée, du moins aucun texte ne reconnaît expressément le droit à un créancier de contraindre le débiteur à respecter ses obligations contractuelles. Au contraire. L‘article 1142[43] du Code civil dispose que l‘obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d‘inexécution de la part du débiteur. Autrement dit, d‘après cet article, la sanction qui joue n‘est autre que la responsabilité contractuelle sous forme de versement de dommages et intérêts. Cependant, ce texte a toujours été interprété par la jurisprudence de manière assez stricte. La jurisprudence a pris en considération les articles 1143 et 1144[44] du code civil, et en a fait un véritable principe, et a par conséquent ravalé le texte de l‘article 1142 du code civil au rang d‘une exception. La jurisprudence décide en effet que le créancier est en droit de réclamer l‘exécution en nature, chaque fois qu‘il y a possibilité de l‘imposer. Il faut bien reconnaître que le principe est bien celui de l‘exécution forcée. Du reste, la Cour de cassation vise de son côté l‘article 1184 al. 2[45] du code civil, pour en déduire que la partie envers laquelle l‘engagement n‘a pas été exécuté peut forcer l‘autre à l‘exécution lorsque l‘exécution est possible. L‘article 1184 alinéa 2 du code civil, ne dit pas cela expressément. Il s‘agit donc d‘une interprétation par la jurisprudence des termes des textes pour conclure à l‘existence de l‘exécution forcée.

J‘ajouterais cependant que la loi récente du 09 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d‘exécution, a encore alimenté la force de ce principe de l‘exécution forcée. L‘alinéa 1er de l‘article 1er de cette loi u 09 juillet 1991 dispose en effet que « Tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard ». Tout créancier national, étranger, tout créancier d‘un contrat interne ou international, peut, en respectant les conditions prévues par la loi, contraindre son cocontractant (son débiteur défaillant) à exécuter ses obligations à son égard. Le principe est clairement celui de l‘exécution forcée. J‘ajouterai que les auteurs sont eux-mêmes très favorables à celui de l‘exécution forcée en le considérant comme tout à fait conforme à la notion même de contrat. On s‘est engagé, il faut respecter l‘engagement, et le créancier doit donc pouvoir disposer de mesures qui contraignent le débiteur à respecter sa promesse. Néanmoins, il faut prendre en considération les intérêts des deux parties. Ici, il faut donc prendre en compte les intérêts du créancier victime, mais aussi ceux du débiteur. Autrement dit, le droit positif français sous un autre aspect se montre indulgent. Comment s‘expriment ces intérêts ? Il se peut d‘abord que l‘exécution forcée mette en cause la liberté du débiteur (on ne peut contraindre le débiteur sans aucune limite ! Il faut toujours lui assurer une certaine protection). Il faut protéger plus précisément la liberté intellectuelle du débiteur, liberté morale et liberté physique. Supposons un artiste peintre, qui s‘est engagé à faire un portrait. Pour une raison ou pour une autre, cet artiste refuse de terminer le tableau. Est-ce que le client peut s‘engager dans une action en exécution forcée ? Peut-il obtenir d‘un tribunal la condamnation du peintre à terminer le tableau ? Cela serait sans doute de peu d‘intérêt pour le créancier, car le peintre risque de peindre très mal sous la contrainte. C‘est la raison pour laquelle le droit positif considère que dans ce genre de situation, il faut toujours protéger la liberté intellectuelle, et que par conséquent la seule sanction se traduit par le versement de dommages et intérêts.

Il faut aussi respecter la liberté morale et physique du débiteur. On ne pourra pas contraindre un salarié défaillant dans son contrat de travail de reprendre manu militari le travail. D‘ailleurs, s‘il est contraint, on imagine bien que sa prestation sera de peu d‘intérêt pour l‘employeur. Autre manifestation de l‘indulgence du droit positif : lorsque le débiteur est débiteur d‘une action de payer une somme d‘argent. Il peut alors obtenir des délais de grâce. L‘article 1244[46] du Code civil permet en effet au débiteur de solliciter des délais de grâce. Le débiteur est malheureux, il est de bonne foi : lui qui doit normalement respecter son contrat peut obtenir du tribunal des délais de grâce, en considération les positions du débiteur et du créanciers, dans une limite de deux ans.

B.2. Modalités

B.2.a. Sanctions pénales

Plusieurs types d‘exécution forcée sont admis. La loi pénale apporte très souvent son bras à la loi civile. Le débiteur peut être tenu en vertu de son contrat de restituer la chose reçue dans le cadre de son contrat de dépôt. Le locataire peut utiliser la chose qui forme l‘objet du contrat de location, mais au terme de la location, il doit restituer cette chose. L‘emprunteur est dans la même situation. Chaque fois qu‘une obligation de restitution est imposée par contrat, et chaque fois que cette obligation n‘est pas respectée, le créancier peut se placer sur le terrain pénal pour contraindre le débiteur à respecter son obligation : il commet l‘infraction d‘abus de confiance, et s‘expose à des peines d‘emprisonnement et d‘amende assez élevées.

B.2.b. Sanctions judiciaires

Les modalités de l‘exécution forcée peuvent aussi être d‘autre judiciaire. C‘est le tribunal lui-même qui intervient pour contraindre le débiteur à respecter son contrat. D‘abord, le Code civil. Le premier texte qui vient à l‘esprit est l‘article 1143[47] du code civil : il envisage l‘hypothèse d‘une obligation de ne pas faire, et qui n‘aurait pas été respectée. Par exemple, obligation de ne pas construire, de non concurrence. Le créancier peut agir en justice pour obtenir que ce qui a été fait en violation de l‘obligation de ne pas faire soit détruit. Si l‘obligation de ne pas construire n‘a pas été respectée, le créancier peut demander la destruction. Autre exemple : l‘obligation de non concurrence. Le débiteur a obligation de ne pas ouvrir un magasin qui pourrait faire concurrence à son partenaire. Si cette obligation n‘est pas respectée, le créancier de cette obligation a la possibilité de s‘adresser à un tribunal pour obtenir la fermeture du magasin.

Deuxième texte du Code civil : l‘article 1144[48], qui envisage la faculté de remplacement. Première hypothèse : contrat de vente portant sur une marchandise : le vendeur a l‘obligation de fournir un bien déterminé à l‘acquéreur. Le bien n‘est pas livré. Le vendeur est donc défaillant, le contrat n‘est pas exécuté. L‘acquéreur a la possibilité de s‘adresser à un autre vendeur pour demander un matériel équivalent, de même valeur. On remplace auprès d‘un autre cocontractant la marchandise. Ces facultés de remplacement posent des problèmes : d‘abord, si l‘on s‘adresse à un autre partenaire, il faudra naturellement le payer. Pour répondre à ce problème, le législateur est intervenu : le tribunal peut condamner le débiteur défaillant à faire l‘avance nécessaire au créancier pour que ce dernier puisse régler le nouveau partenaire.

Deuxième problème : cette faculté de remplacement est-elle subordonnée à une autorisation ? En principe, oui : à une autorisation judiciaire : délivrée par le juge. En matière commerciale, cette faculté est simplement subordonnée à la délivrance d‘une mise en demeure. Cette faculté de remplacement joue souvent, même en matière civile : supposez qu‘en matière civile un bailleur refuse de faire les réparations imposées par contrat : le locataire pourra s‘adresser à une entreprise spécialisée pour faire faire les travaux à la place

du bailleur qui est défaillant, et la note ouvrant ces travaux lui sera adressée, ou il pourra être condamné à faire les avances nécessaires pour que le locataire puisse régler l'entrepreneur.

Une autre modalité d'ordre judiciaire trouve son existence dans les injonctions. Le nouveau Code de procédure civile a institué les injonctions de faire dans les contrats conclus entre commerçants et non commerçants. Une marchandise doit être livrée. Elle ne l'est pas. Au tribunal d'instance, le créancier peut demander une injonction de livrer la marchandise. Action possible également devant le juge des référés pour qu'il donne cette injonction : on doit réaliser des travaux, mais l'entrepreneur est en retard. On peut s'adresser au juge des référés pour qu'il délivre une injonction de faire, de terminer les travaux dans les plus brefs délais. Enfin, dernière modalité judiciaire : l'astreinte. Il s'agit d'obtenir devant un tribunal une astreinte, une condamnation sous astreinte. L'astreinte est une mesure communatoire, qui trouve son expression dans la condamnation au versement d'une somme d'argent, généralement élevée. Cette condamnation est faite pour contraindre le débiteur à respecter ses obligations. Un entrepreneur dispose d'un certain délai pour terminer son travail. Il ne le respecte pas. Il peut donc être condamné sous astreinte à terminer les travaux dans les plus brefs délais, sous peine de payer précisément une astreinte de 1000 € par jour de retard par exemple…En principe, l'astreinte est provisoire. Elle est prononcée par le juge, et peut être révisée : au moment de sa liquidation, le juge peut prendre en compte la résistance du débiteur pour fixer cette somme définitive. Autrement dit, la liquidation n'est pas une simple addition de chiffres.

B.2.c. Sanctions privées

Autre modalité d'exécution forcée : l'exception d'inexécution. L'exception d'inexécution est une sorte de justice privée. Face à un manquement contractuel, la victime de ce manquement peut répondre en suspendant l'exécution de ses propres obligations. Cette exception d'inexécution est largement répandue dans les contrats synallagmatiques, dans lesquels les obligations sont réciproques (donnant-donnant). L'exception d'inexécution est une voie privée, et aussi une voie provisoire : si l'inexécution cesse, le contrat doit à nouveau produire ses effets, et les obligations doivent être accomplies par les deux parties. Les textes du Code civil reconnaissent expressément cette exception d'inexécution. Dans une vente au comptant, si l'acquéreur ne paie pas le prix, l'acquéreur peut ne pas livrer la chose. La jurisprudence s'est emparée de cette application particulière de cette exception d'inexécution pour généraliser l'institution précisément à tous les rapports synallagmatiques.

L‘exception d'inexécution se justifie par la théorie de la cause du moins lorsqu‘elle est applicable en cours d‘exécution du contrat, ce qui est assez original (car normalement la cause s‘apprécie uniquement au moment de la conclusion du contrat). L‘exception d'inexécution peut également se justifier par l‘idée de bonne foi contractuelle, idée très présente dans le droit positif du contrat. L‘exception d'inexécution est subordonnée à un certain nombre de conditions. Il est nécessaire que les obligations en cause soient interdépendantes. Il est également nécessaire que les obligations en cause soient des obligations à exécution simultanée. La question se pose notamment dans un restaurant. Il est d‘usage que le restaurateur accomplisse sa propre prestation. A la fin du repas, il demande au client de payer. Il n‘est pas question d‘exception d'inexécution. Il ne pourrait en être question que dans l‘hypothèse où la fourniture du repas était subordonnée au paiement immédiat du prix, ce qui n‘est pas le cas ici.

En revanche, quand dans un contrat les obligations sont simultanées, l‘exception d'inexécution est parfaitement concevable. C‘est le cas par exemple en matière de bail : le bailleur doit accomplir des réparations, le locataire doit payer des loyers. Si les réparations ne sont pas faites, on peut se demander si le locataire peut refuser de payer son loyer. C‘est alors aborder une autre modalité, qui tient à l‘inexécution de l‘obligation. Encore faut-il que cette inexécution soit importante. On ne peut refuser d‘exécuter une obligation pour manquement à une obligation accessoire. L‘obligation fondamentale du locataire est de payer le loyer. Si le bailleur ne fait pas les réparations imposées par le contrat de location, et si la réparation n‘est pas nécessairement due par le bailleur (si ne pas réparer gêne très peu ou pas du tout le locataire), alors l‘inexécution ne justifie pas le non paiement des loyers. Il faut qu‘il y ait proportion entre attaque et riposte. Une autre question se pose : l‘inexécution est-elle subordonnée à un recours au juge ? En principe, l‘exception d'inexécution est une voie privée, donc pas subordonnée à une mise en demeure. Mais de manière générale, l‘exception d'inexécution est à manier avec prudence : si j‘invoque de manière trop brutale l‘exception d'inexécution, j‘engage ma responsabilité. Quant aux effets d‘exception d'inexécution, si l‘exception est admise, le contrat est suspendu. Il reprendra normalement son cours quand la partie défaillante exécutera de nouveau son obligation.

Exercice proposé : Commentaire de l’arrêt : Cass. Civ.(3°), 6 juillet 1982

Bull civ III n° 168, cf ci-après

Un arrêt de la troisième chambre civile de la cours de cassation en date du 6 juillet 1982 publié au bulletin sous le numéro 168 illustre ce qui vient d‘être dit. En l‘espèce, une société locataire d‘un immeuble à usage commercial avait refusé de payer les loyers dus au propriétaire qui n‘avait pas effectué les travaux de réfection nécessités par l‘état de l‘immeuble. Malgré un commandement de payer, le locataire avait résisté et le propriétaire avait donc demandé en justice la résiliation du bail. Cette demande avait été accueillie par la Cour d'appel, et la société s‘était alors pourvu en cassation, pourvoi rejeté. La Cour de

Cassation maintient dans cette décision une solution qu‘elle a adoptée depuis longtemps, et qui concerne directement les conditions de l‘exception d'inexécution.

Cette exception d'inexécution est en effet un mécanisme assez simple d‘équilibre contractuel. Aussi faut-il éviter les abus, et si les conditions de cette inexécution ne sont pas très nombreuses, encore faut-il les respecter. L‘obligation du bailleur consiste à mettre à disposition du locataire un local, celle du locataire consiste à payer le loyer prévu au contrat. Il s‘agit là d‘obligations principales, auxquelles s‘ajoutent pour le bailleur l‘obligation accessoire d‘entretien de l‘immeuble loué. L‘inexécution de cette obligation accessoire peut se traduire par l‘inexécution totale de l‘obligation du locataire, si elle se traduit par une perte totale de la jouissance des lieux loués. L‘exception d'inexécution opposée par le locataire est alors fondée. Mais en revanche, si l‘exception d'inexécution de l‘obligation accessoire d‘entretien n‘a pour effet qu‘une inexécution partielle de l‘obligation principale, c'est à dire qu‘une jouissance limitée des lieux loués, la Cour de Cassation n‘admet pas l‘exception d'inexécution opposée par le locataire.

C. LA RESOLUTION POUR INEXECUTION

Deuxième sanction après l‘exécution forcée du contrat : la résolution pour inexécution. On peut s‘adresser à un tribunal pour que le contrat inexécuté soit détruit article 1184. L‘institution de la résolution pour inexécution est ancienne. L‘article 1184[49] du code civil présente la résolution comme procédant de la volonté présumée des parties. En réalité, son fondement est un peu plus complexe. La résolution pour inexécution est le corollaire de l‘idée d‘interdépendance existant entre les obligations contractuelles. La résolution pour inexécution est donc rattachée à l‘idée de la cause. La résolution pour inexécution entretient aussi des rapports avec la responsabilité, car il s‘agit d‘un procédé de réparation d‘un dommage subi par un créancier, victime. Il s‘agit en fait d‘un remède à l‘inexécution d‘un contrat, qui se place sur le même plan que la responsabilité contractuelle. En vertu de l‘article 1184, le créancier face à l‘inexécution d‘un contrat, a le choix entre demander l‘exécution forcée et la résolution. Cependant, les termes de l‘alternative ne sont pas sur le même pied : le droit positif favorise en effet l‘exécution forcée. Il est toujours possible de demander l‘exécution forcée du contrat, même en appel. La résolution est grave, et se traduit par la disparition du contrat. Le juge peut refuser la résolution et admettre l‘exécution. Si l‘exécution est demandée, le juge ne pourra convertir cette demande d‘exécution forcée en résolution. Autrement dit, l‘exécution forcée est un principe, tandis que la résolution est conçue comme étant plus accessoire. Cela dit, cette institution obéit à des conditions et produit des conséquences.

C.1. Conditions de forme

S‘agissant des conditions, les premières sont des conditions de forme. L‘article 1184 Code civil prévoit la nécessité d‘une décision de justice pour pouvoir prononcer la résolution. Donc, la résolution est précédée d‘une mise en demeure, c'est à dire d‘une assignation devant le tribunal. Le droit commun de la résolution est le droit qui justifie l‘intervention judiciaire. Le principe se comprend par le fait que les contrats doivent être remplis de bonne foi. Il faut donc apprécier cette bonne foi contractuelle, apprécier si les faits et la conduite des débiteurs appellent vraiment une telle sanction. On peut se demander également si le juge dispose d‘une telle sanction : il dispose d‘un pouvoir d‘appréciation, mais des atténuations sont concevables : les parties ont pu prévoir dans leur contrat des clauses qui justifient la résolution du contrat. C‘est le cas par exemple en matière de bail. Si le locataire ne paie pas ponctuellement ses loyers, le bailleur pourra se prévaloir d‘une clause résolutoire pour obtenir la résolution du contrat en se dispensant de s‘adresser à un juge.

Il faut tenir compte également de la nature du contrat : quand le contrat est à durée indéterminée, la résolution peut intervenir de l‘un ou l‘autre des cocontractants, sauf à respecter un délai de préavis. Il faut tenir compte également de la gravité de la faute. Dans un contrat à durée déterminé, les parties doivent normalement respecter le terme, et ne peuvent pas rompre le contrat avant terme. Cela dit, il se peut que la résolution unilatérale s‘impose. Une partie a manqué gravement à ses obligations dans un contrat à durée déterminée, la victime de l‘inexécution de ce contrat peut résilier unilatéralement le contrat. S‘il y a urgence ou encore manquement grave à une obligation contractuelle, on admet la résolution unilatérale du contrat. Le droit anglais est en ce sens, le droit français commence à aller en ce sens, retenant cette idée de rupture unilatérale du contrat dans certaines circonstances : urgence ou manquement grave.

C.2. Conditions de fond

C.2.a. Premier problème : la théorie des risques

Quant aux conditions de fond, la résolution en principe concerne tous les contrats synallagmatiques. Mais il y a des atténuations. D‘abord, certains contrats synallagmatiques ne peuvent faire l‘objet d‘une action en résolution. Le contrat de partage, qui est le contrat

d‘assurance, mais aussi le contrat de rente viagère, qui est dans le même cas. A l‘inverse, certains contrats unilatéraux peuvent faire l‘objet d‘une action en résolution. C‘est le cas du contrat de prêt à intérêts : quand l‘emprunteur ne paie pas sa dette, le prêteur peut demander le remboursement de toutes les sommes qui ont été versées, et plus précisément le remboursement du capital. C‘est ici une forme de résiliation unilatérale d‘un contrat unilatérale conclu à titre onéreux. Quand le contrat est de type synallagmatique, on peut se demander si cette résolution peut être prononcée pour une raison ou pour une autre. Pour la jurisprudence, l‘inexécution doit avoir une gravité suffisante pour justifier une telle sanction. Ce n‘est pas le cas quand une obligation accessoire a fait l‘objet d‘une inexécution partielle. C‘est en revanche le cas quand une obligation fondamentale du contrat a fait l‘objet d‘une inexécution totale. Le problème se pose quand une obligation fondamentale fait l‘objet d‘une inexécution partielle, et quand une obligation accessoire fait l‘objet d‘une inexécution totale. Les anglais en ce cas appliquent une théorie intéressante, celle de la « Fundamental breach ». S‘il y a manquement total du contrat d‘une obligation fondamentale, le contrat peut être résolu. La Cour de Cassation n‘est pas aussi précise, aussi logique, car elle considère que pour prononcer la résolution, il faut apprécier si l‘inexécution a eu assez d‘importance pour que cette résolution soit immédiatement prononcée. Les tribunaux disposent donc d‘une marge d‘appréciation. Ils tiennent compte de considérations d‘utilité. Ils ont tendance à sauver le contrat, parce que le contrat est utile pour faire des opérations économiques. Le tribunal s‘attache également à l‘importance de l‘inexécution, à l‘importance de l‘obligation : est-elle essentielle ? Accessoire ? Il s‘attache également au but économique poursuivi par les parties.

Quelques exemples : dans un contrat de société, si les associés ne peuvent plus travailler ensemble, s‘il y a une mésintelligence entre les associés, de nature à entraver le fonctionnement de la société, il faut résoudre la société. Dans un contrat d‘installation d‘une alarme, si le vendeur n‘a pas obtenu les autorisations administratives nécessaires pour installer ces alarmes (notamment lorsque les alarmes sont installées dans les fonds de commerce), alors le contrat n‘a plus d‘intérêt pour l‘acquéreur et doit par conséquent être résolu. Il n‘y a pas véritablement de ligne directrice, mais il est sûr que pour les tribunaux, ce qui compte est le comportement du débiteur et l‘importance de l‘obligation violée ainsi que l‘importance de l‘inexécution. Il n‘en reste pas moins que les tribunaux cherchent souvent à sauver le contrat, en accordant des délais de grâce au débiteur, en condamnant aussi les débiteurs à des dommages et intérêts sans accorder la résolution, ou parfois en prononçant la résolution et en allouant en plus des dommages et intérêts. Rien ne s‘oppose également à ce que la résolution soit prononcée aux torts réciproques. La résolution se rapproche également de ce que l‘on observe en matière de divorce, quand le divorce est prononcé aux torts réciproques de chacun des époux. Reste à savoir si l‘inexécution du contrat doit être fautive. L‘inexécution due à la force majeure pose le problème des risques du contrat. Il s‘agit de savoir ce que devient, dans un contrat synallagmatique l‘obligation de l‘une des parties quand l‘autre est empêchée d‘exécuter la sienne, non par sa faute, mais par un cas de force majeure. Cette question est difficile. Dans un contrat de bail, quelle est la solution à retenir quand l‘immeuble est détruit ? Le locataire doit-il payer des loyers jusqu‘au terme prévu par le contrat ? Est-il libéré ? Qui supporte la charge des risques ? Des accidents peuvent arriver. Qui supporte les risques de l‘inexécution fortuite du contrat ? Le principe est assez simple et concerne les contrats non translatifs de propriété. Si la force majeure empêche l‘un d‘exécuter ses obligations, les obligations de l‘autre s‘éteignent. Le transporteur dont le véhicule est accidenté par un cas de force majeure est exonéré de toute obligation, il est libéré. Le contrat de transport est frappé de caducité. Par voie de conséquence, le destinataire est dispensé de paiement du transport.

Les risques du contrat sont donc à la charge du débiteur de l'obligation inexécutée. C'est la théorie de la cause qui explique cela. Si un contrat ne peut être exécuté, les obligations sont sans cause. Dans un contrat de location, si l'appartement est détruit à raison de la survenance d'un tremblement de terre, le locataire est libéré de toute obligation de verser les loyers pour l'avenir. Dans les contrats translatifs de propriété, la théorie des risques prend un aspect particulier. Le transfert de propriété s'opère en effet par le seul effet du consentement, il s'opère « solo consensu », dès l'instant que les parties ont échangé leur consentement. Dans un contrat de vente, dès l'instant que les parties sont d'accord sur la chose et sur le prix, l'acquéreur est devenu propriétaire du bien, même si l'acquéreur n'a pas encore payé le prix, même si la chose n'a pas encore été livrée. Alors, si la chose périt après le transfert de propriété, les risques pèsent sur l'acquéreur : les juristes disent « res perit domino » [la chose est au risque du propriétaire]. L'acquéreur devra payer le prix pour une chose qui a disparu. Le principe est que le transfert de propriété s'opère immédiatement. Attention : rien n'empêche les parties à stipuler dans leur contrat des clauses de réserve de propriété. En ce cas, malgré l'échange des consentements, le vendeur reste propriétaire. Il supporte donc les risques de la chose. Mais rien ne s'oppose à ce que l'on dissocie le transfert de propriété et le transfert des risques. Dans une clause de réserve de propriété, on peut aussi prévoir qu'en cas de disparition de la chose, l'acquéreur en supportera les risques.

Il faut aussi prendre en considération la nature même des choses qui sont l'objet même du transfert de propriété. Ce dernier s'opère immédiatement si la chose est individualisée. Sinon, le transfert est retardé. Il faut enfin réserver le cas de la mise en demeure. On suppose que l'acquéreur est devenu propriétaire. Le transfert de propriété s'opère immédiatement à raison de l'échange des consentements, mais on suppose que l'acquéreur a mis en demeure le vendeur de lui livrer la chose. Si cette mise en demeure a été adressée au vendeur, et bien les risques de la chose pèsent toujours sur le vendeur. Le transfert des risques ne s'est pas opéré. Telles sont les solutions qu'il faut admettre quand les contrats sont des contrats translatifs de propriété : « res perit domino », alors que dans les contrats non translatifs, c'est le principe du « res perit debitori ».

C.2.b. Second problème : l'inexécution doit-elle être fautive ?

Deuxième question : l'inexécution du contrat doit-elle être fautive ? La jurisprudence affirme que la résolution peut être prononcée même lorsque la faute commise n'a entraîné aucun dommage. Elle admet aussi que la résolution peut être prononcée même lorsque l'inexécution provient d'un cas de force majeure. Pour de vieilles décisions de la Cour de Cassation, notamment un arrêt de 1891, l'affaire du Philoxéra, la Cour de Cassation a retenu cette solution. L'article 1184 ne distingue pas selon que l'inexécution provient d'une faute ou selon que l'inexécution provient d'un cas de force majeure. Cette jurisprudence est néanmoins critiquable. Il existe en effet dans notre droit deux institutions voisines qu'il faut distinguer :

la résolution judiciaire pour inexécution, envisagée par l‘article 1184 du code civil, et la théorie des risques du contrat, envisagée par certains textes plus particuliers. La résolution suppose une défaillance fautive, un manquement à une obligation de résultat ou à une obligation de moyens.

La défaillance qui n‘est pas imputable au débiteur ouvre un autre problème que la théorie des risques résout en faveur du créancier de l‘obligation inexécutée. Dans ce deuxième cas, l‘anéantissement du contrat est fondé sur la disparition de la cause ; une disparition qui opère rétroactivement. Il reste que cette distinction entre résolution et théorie des risques présente un intérêt assez limité. On observera que la théorie des risques n‘est pas une théorie d‘ordre public, alors que la théorie de la résolution est plutôt enfermée dans des conditions d‘ordre public. On observera également que la résolution peut s‘accompagne du versement de dommages et intérêts, alors que l‘application de la théorie des risques justifie la caducité du contrat mais sans que l‘on puisse allouer des dommages et intérêts, parce que la caducité se justifie par un cas de force majeure, une impossibilité d‘exécuter. On observera également que l‘intervention du juge n‘est pas nécessaire si la théorie des risques est en cause : le juge doit alors constater la disparition du contrat, tout simplement. Et on observera de manière plus générale qu‘il faut distinguer résolution et théorie de risques pour remettre un peu d‘ordre dans la maison du droit.

C.3. Effets de la résolution

C.3.a. Effet rétroactif

Quant aux effets de la résolution, ils sont très difficiles à apprécier. La résolution en effet a un effet rétroactif : les choses doivent être remise dans le même état que si le contrat n‘avait pas été conclu. Seulement, cette rétroactivité est une fiction juridique, car le contrat a existé, et l‘on ne peut pas nier cette existence, aussi bien dans les rapports entre les parties que dans les rapports que les parties entretiennent avec les tiers. En principe, dans les rapports entre les parties contractantes, les choses doivent être remise en l‘état. Chacun a l‘obligation de restituer tout ce qui a déjà été reçu en exécution du contrat. Mais encore faut-il que ce retour en nature soit possible ! Dans les rapports avec les tiers, la résolution produit les mêmes effets que la nullité. Les droits consentis à des tiers par l‘un des contractants tombent. Néanmoins, on considère que les actes d‘administration peuvent être maintenus du moins si le tiers est de bonne foi.

C.3.b. Cas particulier des contrats à exécution successive

Une solution différente peut être retenue quand le contrat est un contrat à exécution successive. La jurisprudence est alors plutôt favorable à la résiliation du contrat. La résiliation est une résolution qui opère pour l‘avenir, qui opère à partir du jour où les obligations n‘ont plus été exécutées par le débiteur. La difficulté consiste à cerner la notion de contrat à exécution successive. Ce n‘est pas un contrat à exécution instantanée, ce n‘est pas une vente au comptant par exemple. Le contrat à exécution successive se rapproche du contrat où l‘exécution de l‘obligation est échelonnée à raison de la volonté des parties. Mais dans ce genre de situation, il faut me semble-t-il distinguer. Il se peut que les parties aient conçues des obligations échelonnées de manière indivisible. Dans ce cas là, si le contrat n‘est pas exécuté, la résolution jouera d‘une manière rétroactive. Si en revanche les parties ont conçu leurs obligations de manière divisible, si elles sont séparables les unes des autres, alors la résiliation peut être admise. **La jurisprudence** la plus récente, notamment depuis les arrêts de 1987, et de novembre 1991 se montre favorable à cette distinction et prend en considération la divisibilité, la possibilité de fractionnement des obligations.

CD11 Les conventions relatives a l'inexécution des contrats

1. **Introduction ;**
2. **Les clauses de différend ;**
3. **Les clauses résolutives ;**
4. **Les clauses relatives à la réparation ;**
5. **Les clauses de refus ;**
6. **Les clauses allégeant la responsabilité ;**
7. **Les clauses exonératoires de responsabilité ;**
8. **Les clauses pénales ;**
9. **Le droit de la consommation : les clauses abusives ;**

Nous traitons aujourd‘hui des conventions relatives à l'inexécution des contrats. Nous l‘avons vu, les sanctions de l‘inexécution des contrats sont prévues par la loi, découlent d‘un certain nombre de principes envisagés par les textes, et rien ne s‘oppose à ce que les parties elles-mêmes aménagent les sanctions prévues par la loi. Ces clauses sont fréquentes : clauses de responsabilité, clauses pénales, clauses de force majeure, clauses allégeant les obligations. Elles sont en général conçues dans l‘intérêt des parties fortes au contrat, de la partie qui a l‘initiative du contrat, et parfois imposées à la partie faible. Ces clauses sont en principe valables compte tenu de la liberté contractuelle (dans un contrat, les parties organisent comme elles l‘entendent leurs droits et leurs obligations. Il en résulte souvent un équilibre dans le contenu du contrat, parce que si les parties (si le professionnel notamment) cherchent à s‘exonérer de ses responsabilités ou à alléger ses obligations, en contrepartie il peut proposer à son cocontractant un prix plus intéressant. Cet équilibre n‘est pas toutefois toujours réalisé, et il se peut que ces clauses d‘exonération soient en réalité imposées à la partie faible, notamment au consommateur. C‘est pourquoi les pouvoirs publics et la jurisprudence ont réagi. Et dans ces conditions deux droits coexistent. L‘un est appelé le droit commun, il est applicable à toutes les clauses, à toutes les conventions relatives à l'inexécution des contrats. L‘autre est plus particulier, concerne les contrats de consommation, et s‘efforce de réglementer ce que l‘on appelle les clauses abusives. Voyons d‘abord le droit commun, nous verrons ensuite le droit particulier concernant les contrats d consommation.

A. DROIT COMMUN

Le droit commun : quelles sont les principes généraux qui encadrent les fameuses conventions relatives à l'inexécution des contrats ? On peut envisager ces différentes clauses en fonction de leur degré d‘exonération, en fonction de leur degré de gravité. On peut en effet dans un contrat vouloir régler différents questions, vouloir régler les problèmes de contentieux, on peut vouloir aménager des règles légales, qui sont parfois un peu dures à supporter, et l‘on peut également vouloir exclure toute réparation en cas d‘inexécution d‘une obligation contractuelle.

A.1. Clauses de différend

D‘abord, les clauses dites de différends, les clauses qui ont un aspect judiciaire marqué, et qui intéressent par conséquent le contentieux. De nombreuses clauses visent à réduire les droits des créanciers quand ceux-ci sont victimes de l‘inexécution d‘une obligation, parmi ces clauses, des stipulations prévoient les conflits qui peuvent opposer les parties, et cherchent alors à éviter ces conflits, en organisant le traitement du conflit. C‘est ce que l‘on appelle les clauses de différends, de médiation, ou encore les clauses d‘arbitrage. Plus précisément, certaines clauses visent à écarter le traitement judiciaire, d‘autres visent à l‘organiser. D‘abord, les clauses visant à l‘écarter : les parties cherchent ici à écarter le recours au juge. On peut évoquer ici les clauses d‘arrangement amiable : les parties prévoient de recourir à un conciliateur, à un médiateur, avant de s‘adresser à un tribunal. Les clauses de médiation sont fréquentes notamment en matière de construction. En cas de difficulté, les parties s‘engagent à recourir à un médiateur, pour que ce médiateur propose une solution. Ces clause sont valables, étant entendu ici que la clause impose aux parties de recourir à une médiation, mais ne supprime pas un recours à un tribunal. Si la médiation échoue, les parties doivent avoir la possibilité de saisir un tribunal. En effet, on peut observer qu‘il n‘est pas possible de renoncer par avance à agir devant une juridiction quelle qu‘elle soit. Les clauses par ailleurs se rapprochent de la transaction.

Quand il y a transaction et contestation sérieuse entre les parties, celles-ci peuvent décider de mettre un terme à leurs différents, par la renonciation de chacune à son droit d‘action, et par des concessions réciproques. La transaction est un contrat synallagmatique passée par écrit, et qui met fin à un litige. Parmi ces clauses visant à écarter le traitement judiciaire, on peut faire état également des clauses d‘arbitrage, qui sont aujourd‘hui très fréquentes dans les contrats internationaux. Les parties décident de recourir à un arbitre, qui tranchera le différend. L‘arbitre n‘est pas un magistrat professionnel, mais reste néanmoins un juge, une personne choisie à raison de sa compétence, un spécialiste d‘une certaine question. Un ou plusieurs arbitres peuvent être choisis, sur la base de ce que l‘on appelle une clause compromissoire. Les parties stipulent dans leur contrat que si un litige vient à éclater entre elles, elles doivent recourir à un arbitrage. La clause compromissoire se distingue du compromis.

Le compromis est la clause par laquelle les parties décident de recourir à l‘arbitrage, mais dans la mesure où le litige est déjà né. La clause compromissoire est nulle en matière civile, valable en matière commerciale, nulle dans les actes mixtes mais en revanche toujours valable dans l‘ordre international. Les clauses par lesquelles les parties tentent d‘organiser le traitement judiciaire sont également des clauses de différend. On peut faire état des clauses concernant le délai pour agir. On peut se demander en effet s‘il est possible de réduire le délai de prescription, de stipuler par exemple quand dans un contrat commercial, la contestation devra être élevée dans un délai de 8 jours, stipuler dans un contrat bancaire que la contestation sur un relevé de compte devra être élevée dans un délai de 15 jours, terme au-delà duquel toute contestation sera impossible. On peut également envisager des clauses qui, dans les contrats de transport, prévoiraient que l‘action doit être introduite dans un délai de 6 mois. En principe, les clauses par lesquelles on réduit les délais de prescription sont parfaitement valables, reconnues comme valable patrimoine un certain nombre de textes, et par la jurisprudence, dans la mesure naturellement où le délai pour agir n‘est pas trop court, si j‘ose dire. Si le délai n‘est que de 3 jours, on peut penser que le délai est trop court, et qu‘en réalité cette clause prive les parties de la possibilité de saisir une juridiction. Cela dans ces conditions devrait conduire à la nullité de la clause. Autres clauses qui tendent à organiser le traitement judiciaire, les clauses jouant sur la preuve. Les règles de preuve sont-elles d‘ordre public ? peut-on stipuler par exemple que l‘écrit n‘est pas nécessaire, qu‘en cas de difficulté ce sera telle partie qui devra apporter la preuve de ce qu‘elle avance ? Les règles sur la preuve ne sont pas considérées comme impératives. Du reste, la Cour de Cassation, notamment en matière bancaire dans un arrêt de 1989 a très clairement reconnu la validité de ce type de convention, notamment dans les contrats par lesquels les parties débitent leurs comptes et utilisent leur code confidentiel de carte bleue. L‘usage du code vaut écrit, vaut signature. On peut faire état aussi des clauses de compétence.

Peut-on déroger à la compétence matérielle ? Est-il possible par exemple dans un contrat mixte (entre un commerçant et un non commerçant) de prévoir que le tribunal de commerce sera en toute hypothèse compétent ? Ce type de convention a été longtemps considéré comme valable par la jurisprudence, et récemment la Cour de Cassation dans un arrêt de 1997, est revenue sur des solutions antérieures, considérant que les clauses qui

dérogent à la compétence matérielle sont nulles. En revanche, les clauses qui concernent la compétence territoriale sont régies par un texte spécifique (article 48 du nouveau Code de procédure civile). Il en résulte que les clauses précisant quel est le tribunal territorialement compétent sont normalement nulles. Elles sont valables seulement si ces clauses sont stipulées entre commerçants et si elles sont libellées en caractères très apparent. Dans l'ordre international cependant, ces clauses bénéficient d'une validité de principe.

A.2. Clauses d'aménagement des sanctions légales

Après les clauses de différend, les parties peuvent prévoir des clauses qui aménagent les sanctions de l'inexécution des contrats. Les parties cherchent alors à atténuer les différentes sanctions prévues par le droit commun. Les parties en réalité peuvent vouloir accélérer le cours des choses, gagner du temps. Elles peuvent vouloir également temporiser en cas de crise, mieux gérer la crise, peut-être organiser la suspension du contrat. Les parties peuvent également vouloir maîtriser la réparation due par le débiteur de l'obligation inexécutée. La responsabilité contractuelle est en quelques sortes un risque, il faut éviter ce risque. De là dans le contrat la rédaction de clauses par lesquelles on tente de limiter la réparation éventuellement due.

A.2.a. Clauses résolutoires

Quelques observations d'abord sur les clauses par lesquelles les parties cherchent à accélérer le cours des choses, et gagner du temps. On évoque ici les clauses résolutoires. Ces clauses sont importantes, et sont stipulées dans de très nombreux contrats à exécution successive, et les parties prévoient que quand le débiteur n'exécute pas son obligation, le contrat pourra être résolu ou résilié, sans qu'il soit nécessaire de s'adresser à un tribunal. La clause résolutoire a pour objet de retirer au juge son pouvoir lorsqu'il s'agit de prononcer la résolution. Le juge n'aura alors qu'à constater le jeu de la clause. Cette clause résolutoire se rapproche en un sens de la condition résolutoire, mais cette clause est envisagée expressément par les parties, en cas de manquement à telle ou telle obligation, et les parties par conséquent s'engagent à respecter les termes de cette clause, et à voir disparaître les termes du contrat si les conditions prévues par la clause sont réunies. Cette clause est en principe valable, c'est le fruit de la liberté contractuelle, rien ne s'oppose à ce que l'on supprime le pouvoir du juge en matière de résolution. Toutefois, dans un certain nombre de cas, ces clauses résolutoires sont nulles. Ainsi en va-t-il en matière d'assurance, de bail rural. Parfois ces clauses sont réglementées. Ainsi en est-il en matière de bail d'habitation (il faut respecter les termes de la loi qui prévoit dans quelle mesure cette clause peut jouer, notamment quand le locataire est défaillant et ne paie pas ses loyers) et dans les baux commerciaux.

Cela dit, quand ces clauses sont valables, ou quand elles ne sont pas réglementées de façon particulière, ces clauses obéissent à un certain nombre de règles dégagées par la pratique et la jurisprudence. Il en résulte que seul le titulaire de cette clause, le créancier de cette clause peut s‘en prévaloir. La partie victime de l‘inexécution peut donc s‘en prévaloir. Mais celui qui provoque l‘inexécution d'une obligation ne peut pas s‘en prévaloir. Cela dit, le créancier n‘est jamais tenu par la clause : il peut y renoncer et s‘engager dans une action judiciaire en résolution ou dans une action en exécution forcée. Il peut également demander des dommages et intérêts. Le juge en principe n‘intervient qu‘après coup pour vérifier si la clause pouvait jouer ou pas, vérifier la réalité du manquement invoqué. Plus généralement, il faut remarquer que le jeu de cette clause résolutoire est subordonnée à la bonne foi contractuelle.

La Cour de Cassation a développé de nombreuses solutions, qui visent à tempérer une action trop brutale des clauses résolutoires. S‘il s‘avère par exemple qu‘un bailleur se prévaut d‘une clause résolutoire à la fin du mois du juillet, alors que les vacances commencent pour le locataire, on pourra considérer que l‘attitude quelque peu déloyale du bailleur l‘empêche de se prévaloir de la clause résolutoire. Le droit positif est de nos jours assez fixé, assez net. Dès l‘instant que le titulaire de la clause n‘a pas une attitude conforme aux exigences de la bonne foi contractuelle, il est privé du bénéfice de la clause, et par conséquent la clause devient inefficace. J‘ajouterai que les clauses résolutoires sont interprétées généralement strictement. La clause qui se borne à prévoir la résolution en cas de manquement d‘une obligation n‘a aucun effet. Elle a simplement pour objet de rappeler le droit commun. Donc, en cas de manquement à une obligation, une mise en demeure sera nécessaire, et la victime de l‘inexécution d'une obligation devra s‘adresser à un tribunal. La clause qui stipule une résolution de plein droit a pour objet de supprimer simplement le recours au juge. Mais la mise en demeure est nécessaire. Enfin la clause qui prévoit une résolution de plein droit et sans sommation est la clause la plus parfaite (elle supprime la mise en demeure autrement nécessaire). Il y a résolution dès que l‘inexécution de l‘obligation est établie.

A.2.b. Clauses de suspension

Les parties peuvent également chercher à gérer la crise qui naît à l‘occasion de l‘inexécution de leurs obligations. Elles peuvent stipuler des clauses de suspension. Le contrat sera suspendu le temps que la crise soit gérée. Alors le contrat peut être suspendu quand il y a impossibilité d‘exécuter. Encore faut-il que cette impossibilité soit matérialisée. C‘est pourquoi les parties peuvent avoir intérêt à prévoir à l‘avance ces types d‘impossibilité. On sait que la force majeure est une excuse à l‘inexécution des contrats. Elle doit présenter un certain nombre de caractères, caractères qui sont conçus étroitement : extériorité, imprévisibilité, irrésistibilité. Les parties peuvent donc chercher à définir par avance ce qu‘il faut entendre par force majeure. En pratique, de nombreux événements peuvent affecter l‘exécution des obligations (grèves, revendications, arrêt des machines, faillite, forte pluie…). Toute une série de vicissitudes peuvent remettre en cause le bon déroulement du contrat. Ces événements, en principe, ne sont pas libératoires : ils rendent plus difficiles l‘exécution du contrat. Le débiteur peut chercher à adoucir cette rigueur, et stipuler que cet ou ces

événements pourront le libérer, alors pourtant que cet événement n‘ont pas stricto sensu les caractères de la force majeure. Donc les parties vont ici substituer au critère d‘impossibilité d‘exécuter celui de difficulté d‘exécution. Et quand ces difficultés se présenteront, on suspendra le contrat. C‘est ce que l‘on appelle les clauses de force majeure.

Ces clauses sont valables et nombreuses, notamment dans les contrats à exécutions successives, dans les contrats de fourniture, de construction, dans les contrats internationaux. La jurisprudence reconnaît leur validité. Parfois ces clauses sont remises en cause par des textes spécifiques, mais ces clauses jouissent d‘une validité de principe. Elles sont généralement interprétées assez strictement par les tribunaux, et toujours subordonnées au jeu de la bonne foi contractuelle. L‘entrepreneur peut se prévaloir d‘une clause prévoyant qu‘en cas de forte pluie, le chantier était suspendu. Dans une espèce, l‘entrepreneur s‘était prévalu de cette clause pour suspendre l‘exécution du chantier pendant une durée de 9 mois. En l‘espèce, le chantier se trouvait à Marseille. Alors, on a considéré que cette suspension était peut-être excessive, le retard n‘était pas excusable. Donc, les tribunaux peuvent intervenir pour tempérer l‘exécution d‘une clause trop brutale.

A.2.c. Clauses relatives à la réparation

Dernière clauses par lesquelles les clauses aménagent le contenu de leur contrat, les clauses relatives à la réparation. Elles visent à fixer la réparation éventuellement due. On fixe à l‘avance le montant des dommages et intérêts en cas d‘inexécution d‘une obligation contractuelle. Ces clauses sont intéressantes, elles permettent d‘éviter de trop lourdes condamnations, et permettent à la partie créancière d‘obtenir assez rapidement une indemnisation. Deux catégories de clauses ici appellent des observations. Les clauses limitatives de réparation et les clauses pénales. S‘agissant des clauses limitatives de réparation. Les clauses limitatives de réparation fixent, une fois la faute contractuelle établie, le montant maximum de dommages et intérêts que le créancier pourra recevoir. Le teinturier stipule par exemple que si l‘on constate, au moment de la remise des vêtements des défauts, il rembourse « à hauteur de ». Le transporteur prévoit qu‘en cas de perte des colis, l‘indemnité ne pourra excéder 1000 francs. Par conséquent, les parties prévoient un plafond de réparation. Ces clauses sont valables, et se présentent sous des formes assez variées, peuvent aussi prévoir la manière dont sera assurée l‘indemnisation. Le vendeur par exemple s‘engage à réparer le matériel défectueux et refuse toute indemnisation. On peut stipuler également des clauses qui limitent dans le temps l‘obligation de réparer.

Ces clauses limitatives de réparation sont valables, sont le fruit de la liberté contractuelle. Mais elles connaissent deux types de limites. D‘abord, des limites par les textes.

Certains textes les condamnent ouvertement. Ainsi en est-il en matière de construction : l'article 1792-5 du Code civil condamne des types de clauses. Par conséquent, si la clause est nulle, le dommage devra être réparé en fonction des dispositions des textes. De même, il existe dans un certain nombre d'hypothèses des plafonds légaux de réparation (transports internationaux, hôtellerie). Ces plafonds ne peuvent pas être rabaissés, aménagé par les parties contractantes. Ils devront être respectés, sous la réserve un peu particulière de l'hypothèse dans laquelle le débiteur s'est rendu coupable d'un dol ou d'une faute inexcusable (dans ce cas, plafonds écartés, et réparation intégrale). Par ailleurs, la jurisprudence est intervenue. Elle considère tout d'abord que si l'indemnité prévue par les parties est dérisoire, la clause peut être remise en cause (matière de transports notamment).

De surcroît et surtout si l'on peut dire, la jurisprudence considère que les clauses limitatives de réparation doivent être écartées quand la personne qui s'en prévaut a commis un dol ou s'est rendue coupable d'une faute lourde. Le dol est une faute intentionnelle, suppose normalement une intention de nuire, mais il faut préciser que la jurisprudence a une conception assez large du dol, qui est considéré aussi comme une faute commise de manière délibérée, qui suppose la volonté de ne pas exécuter le contrat. Mais le dol n'implique donc pas nécessairement une intention de nuire. Pour s'en tenir à des décisions assez récentes de la Cour de Cassation, c'est la faute délibérée, traduisant la volonté de ne pas respecter les termes du contrat. La faute lourde est assimilée au dol, appréciée d'une manière stricte : faute d'une exceptionnelle gravité, et qui traduit surtout l'inaptitude du débiteur à exécuter la mission qui lui a été confiée par le contrat. Le transporteur notamment ne pourra pas se prévaloir de ces clauses limitatives de réparation si par exemple il laisse son camion la nuit dans un endroit où malheureusement les vols sont assez fréquents, et si le lendemain il ne retrouve plus sa remorque. Ce comportement traduit une incapacité du transporteur à effectuer sa mission, son obligation contractuelle. Il faut ajouter que la faute lourde est interprétée de manière toujours plus large par la jurisprudence. On le verra en effet ultérieurement, la jurisprudence a considéré que le débiteur commettait une faute lourde s'il manquait à son obligation essentielle. Mais il faut d'ors et déjà noter que récemment la Cour de Cassation n'a plus, si j'ose dire, voulu passer par le détour de la faute lourde pour remettre en cause une clause limitative de réparation. La Cour de Cassation s'est fondée directement sur le thème de l'obligation fondamentale.

Le fameux arrêt Chronopost va en ce sens. C'est un arrêt de la Chambre commerciale du 22 octobre 1996. En l'espèce, un transport rapide avait été conclu. Le délai conclu n'avait pas été respecté. La société de transport rapide proposait comme indemnisation à son cocontractant de lui rembourser le prix du transport. La Cour de Cassation a considéré que cette clause devait être réputée non écrite parce que cette clause était contraire à l'obligation fondamentale qui découle du transport rapide, obligation qui consiste à acheminer la marchandise dans les délais brefs prévus. Pour la Cour de Cassation, viole l'article 1131 du Code civil la Cour d'appel qui fait application d'une clause limitative de réparation alors qu'en raison du manquement du débiteur à une clause essentielle, cette stipulation qui contredit la portée de l'engagement pris doit être réputée non écrite.

A.3. Clauses de refus

Dernière catégorie de clauses, les clauses de refus. Les parties veulent écarter toute sanction. Première question : peut-on renoncer par avance à s‘engager dans une action en exécution forcée ? L‘action en exécution forcée étant la première sanction de principe en cas d‘inexécution contractuelle. Ce type de clause doit être considérée comme nulle. En effet, l‘exécution forcée est une action de principe, et l‘on ne peut concevoir me semble-t-il un contrat sans sanction, et sans cette sanction. Le contrat sans sanction est un engagement moral. Et sauf à admettre cette requalification en engagement moral, la clause est normalement nulle. S‘agissant de la résolution, les parties peuvent-elles s‘engager par avance à une action en résolution en cas d‘inexécution d‘une obligation contractuelle ? Les solutions ne sont pas très claires en l‘occurrence, la jurisprudence a pu admettre ce type de clause, notamment dans les contrats de société, mais, me semble-t-il, dans la mesure où la clause est une véritable clause par laquelle on renonce à engager une action en résolution, cette clause va à l‘encontre de la finalité contractuelle, et détruit l‘équilibre du contrat, et doit être considérée comme nulle, comme contraire aux principes fondamentaux du contrat. La résolution en effet, n‘est qu‘une forme d‘exécution forcée. Et de même que l‘on ne peut renoncer par avance à demander l‘exécution forcée, de même on ne peut renoncer par avance à engager une action en résolution. Toutefois, la jurisprudence, sur ce terrain, n‘est pas encore très nette.

Les clauses qui suppriment le droit d‘agir en dommages et intérêts, dites de non responsabilité ou d‘exonération de responsabilité sont particulièrement répandues. On les rencontre dans les contrats de dépôts, de fourniture, de règlement du LOTO, dans le contrat d‘Ariane Espace, etc, etc. En réalité, le concept de clause de non responsabilité recouvre des réalités différentes. Il faut faire une distinction entre les clauses qui ont pour objet de déterminer l‘existence de la responsabilité contractuelle et pour effet d‘empêcher cette responsabilité de naître, et d‘un autre côté les clauses par lesquelles un contractant, tout en reconnaissant l‘existence de la responsabilité déclare qu‘il n‘entend pas en assumer les conséquences. Autrement dit, une distinction s‘impose entre les clauses de non obligation, d‘allègement d‘obligation, les clauses par lesquelles les parties précisent l‘étendue de leurs obligations, et déterminent ce faisant les conditions d‘existence de la responsabilité, puisque la responsabilité contractuelle dépend de l‘ordre des obligation qui ont été assumées par les parties ; enfin les clauses de non responsabilité proprement dites. Dans ces dernières, les obligations incluses dans le contrat sont maintenues (les parties s‘engagent à les respecter), mais à travers la clause de non responsabilité, on prévoit que si telle ou telle obligation n‘est pas exécutée, le débiteur ne devra pas en assumer les conséquences, et spécialement refuse au créancier toute indemnisation de cette obligation inexécutée. Les premières clauses, qui déterminent l‘étendue des obligations, et qui jouent par conséquent sur les conditions même d‘existence de la responsabilité.

Ces clauses d‘allègement d‘obligation sont parfaitement valables en elles-mêmes, parce que les parties peuvent parfaitement restreindre le contenu de leur contrat, sous réserve que ces clauses ne portent pas sur des obligations considérées comme impératives qui sont imposées par les textes, et ces clauses ne peuvent pas supprimer l‘obligation fondamentale du contrat. Elles ne peuvent toucher à l‘essence du contrat. On ne peut par exemple concevoir un contrat de vente dans lequel le vendeur ne s‘engagerait pas à délivrer la marchandise. La clause vide le contrat de toute substance. Elle devient alors nulle, sauf à considérer que la clause conduit à la requalification du contrat. Cette notion d‘obligation fondamentale du contrat est une notion importante. Elle se retrouve déjà lorsqu‘il s‘agit d‘apprécier la résolution, lorsqu‘il s‘agit de qualifier tel ou tel contrat ; et cette notion d‘obligation fondamentale a été valorisée par la jurisprudence récente. On la retrouve notamment en matière d dépôt, en matière de transport, et on la retrouve consacrée expressément par la Cour de Cassation dans un arrêt du 22 octobre 1996, qui est le fameux arrêt Chronopost. En l‘espèce, la Cour de Cassation avait à se prononcer sur une clause par laquelle la société Chronopost entendait refuser pratiquement toute indemnisation à l‘un de ses clients, alors que le colis avait été remis malheureusement en retard. Dans les conditions générales de Chronopost figure en effet une clause qui stipule qu‘en cas de retard, les indemnisations sont exclues. Et la Cour de Cassation a pu considéré dans son fameux arrêt de la Chambre commerciale que cette clause était contraire à l‘essence même du contrat, et que dans ces conditions, cette clause n‘avait aucune valeur, et devait être réputée non écrite. Donc, on retrouve à travers cet arrêt Chronopost le raisonnement selon lequel une clause ne peut porter atteinte à l‘économie essentielle du contrat. La clause peut peut-être aménager les contours d‘une obligation fondamentale, mais ne peut la vider de toute sa consistance. Dans un contrat de livraison rapide, l‘obligation de livrer dans les délais est une obligation fondamentale, et cette obligation doit demeurer. Toute clause allant à l‘encontre de cette obligation, qui ruine l‘économie de l‘obligation, doit être remise en cause.

Cette idée d‘essence du contrat est très présente dans les droits étrangers, notamment dans les pays de Common Law, où l‘on admet depuis longtemps que l‘on ne peut pas porter atteinte à la racine même du contrat, et cette obligation fondamentale s‘impose par conséquent aux parties contractantes. C‘est objectiver le contrat, et c‘est apporter une limite importante au jeu de la liberté contractuelle. La liberté contractuelle se heurte à ces éléments catégoriques, qui s‘imposent nécessairement aux parties contractantes. On retrouve cette obligation fondamentale dans d‘autres contrats, notamment dans les contrats de bail : le bailleur ne peut stipuler dans son contrat qu‘il remet en cause la jouissance même de la chose. On retrouve la même obligation dans un contrat de dépôt : l‘obligation de garde y est fondamentale, et ne peut être supprimée. On retrouve également cette notion d‘obligation fondamentale dans par exemple les contrats maritimes d‘affrètement, dans lesquels le fréteur doit toujours livrer un navire en état de navigabilité. Tout ça pour dire que les clauses qui allègent les obligations sont normalement valable, mais sous réserve de cet ordre public, sous réserve de cette obligation fondamentale (cœur du contrat), et ces clauses sont également subordonnées au jeu de la bonne foi contractuelle. Supposons par exemple que dans un contrat de vente, on ait indiqué que le délai de livraison du matériel est un délai purement indicatif. Cette clause accorde une tolérance au vendeur pour livrer, et peut justifier un certain nombre de retards. Mais cette clause ne peut pas justifier des retards anormaux. Autrement dit, le vendeur devra toujours se comporter de bonne foi. La clause accorde, autrement dit, une tolérance au

vendeur, mais une simple tolérance. Elle ne laisse pas impunis tous les agissements du vendeur.

Il existe aussi des clauses de non responsabilité proprement dite, qui portent sur le droit à réparation, et n‘ont pas pour objet de délimiter les contours mêmes du contrat, les contours des obligations. On prévoit que si telle obligation n‘est pas respectée, le débiteur ne devra pas payer de dommages et intérêts au créancier de cette obligation. Par exemple, la société Ariane Espace stipule dans ces contrats de lancement de satellite qu‘elle n‘encourt aucune responsabilité en cas d‘échec du lancement. Elle s‘engage seulement à faire un deuxième lancement, dans un délai relativement proche. Ces clauses exonératoires de responsabilité sont en principe valables. La jurisprudence a mis un certain temps pour reconnaître cette validité. Pendant toute une partie du XIX° siècle, ces clauses de non responsabilité étaient considérées comme nulles, et ceci essentiellement pour des raisons morales. On disait à l‘époque que quand le débiteur n‘avait pas respecté son obligation, il était moral qu‘il réponde de sa faute, et verse par conséquent une indemnité à son cocontractant. La responsabilité était alors fondée sur la faute. On considérait qu‘il était choquant de ne pas répondre des conséquences de sa faute. Puis, début XX°, des évolutions se sont produites, et la jurisprudence a admis la validité de ces clauses. Mais dans un premier temps, la jurisprudence a considéré que ces clauses avaient simplement pour effet de renverser le fardeau de la preuve. Puis, dans les années 1948-1949, la Cour de Cassation a fini par accepter la validité de principe de ces clauses de non responsabilité. On peut stipuler dans un contrat qu‘on n‘est pas responsable en cas d‘inexécution d‘une obligation, et qu‘on ne devra donc aucun dommages et intérêts. Toutefois, si ces clauses de non responsabilité sont valables, encore faut-il néanmoins que le débiteur qui entend s‘en prévaloir n‘ait commis aucun dol ni aucune faute lourde, qui sont des limites de validité des clauses de non responsabilité. Ils sont compris d‘une manière assez large. La faute lourde s‘apprécie d‘un point de vue subjectif : on prend en considération le comportement du débiteur, et d‘un point de vue plus objectif : on prend en compte l‘obligation fondamentale du contrat, et l‘on considère que si le débiteur a manqué à une obligation fondamentale du contrat, il a commis une faute lourde, et à raison de cette faute lourde il ne peut plus compter sur la clause de non responsabilité qui est censée le protéger. Par ailleurs, il faut signaler qu‘un certain nombre de textes particuliers condamnent ouvertement les clauses de non responsabilité. Ainsi en est-il en matière de construction, de transport (l‘article 1103 du Code de commerce est très clair en ce sens).

Avant d‘en venir aux clauses abusives, il faut dire encore un mot sur les clauses pénales. Elles ont une double finalité : elles ont un aspect indemnitaire, en instituant un forfait de réparation en cas d‘inexécution d‘une obligation contractuelle ; mais aussi un aspect comminatoire, elles sont stipulées pour contraindre indirectement une partie à respecter ses obligations. On prévoit par exemple que dans un contrat de crédit bail, si le débiteur ne paie pas ses loyers, il devra payer le montant des loyers à payer jusqu‘au terme du contrat, et ceci de manière systématique (pénalité). Mais la clause pénale q un objectif comminatoire valorisé de nos jours par la jurisprudence. La clause pénale est réglementée par l‘article 1152 du Code civil, qui accorde au juge la possibilité de la réviser. Si la clause pénale est manifestement excessive par rapport au préjudice subi, ou manifestement dérisoire, le juge peut intervenir et réviser le montant de la clause pénale. Donc voilà le juge qui peut refaire une clause

contractuelle. Le texte de l'article 1152, issu d'une loi de 1975 est certainement un texte d'une portée révolutionnaire, car il introduit le juge.

Cela dit, la difficulté aujourd'hui est de cerner cette notion de clause pénale. Est-ce que toutes les clauses sont susceptibles d'être révisées par le juge au titre de l'article 1152 ? La réponse est claire : seules les clauses pénales sont concernées par l'article 1152. On doit la définir avec précision : la clause pénale est une clause par laquelle les parties prévoient par avance le montant des dommages et intérêts dus en cas d'inexécution d'une obligation. On s'est demandé notamment si les indemnités d'immobilisation stipulées dans les promesses unilatérales de vente étaient des clauses pénales. La réponse est non, car cette indemnité ne sanctionne pas l'inexécution d'une obligation. Le bénéficiaire de la promesse est libre de donner suite ou non à l'option qui lui a été accordée. L'indemnité ne sanctionne pas l'inexécution d'une obligation. La question s'est posée également pour les indemnités conventionnelles de licenciement. La réponse n'est pas facile à donner, mais les tribunaux considèrent aujourd'hui que ces indemnités sont des clauses pénales, ce qui est critiquable. La question s'est aussi posée pour les sommes d'argent réclamées par les prêteurs en cas de remboursement anticipé d'un emprunt. Dès l'instant qu'un emprunteur peut par avance rembourser, il ne viole aucune obligation, et dès lors l'indemnité qui lui est demandé n'a pas le caractère d'une indemnité, et n'est pas alors considéré comme une clause pénale. Les clauses pénales peuvent parfois être considérées comme des clauses abusives.

B. LE DROIT DE LA CONSOMMATION : LES CLAUSES ABUSIVES

B.1. Critères

J'en viens pour terminer à ce deuxième droit, qui est le droit de la consommation, qui concerne les clauses abusives. Depuis plusieurs années, les pouvoirs publics essaient de réglementer les clauses dérogatoires de droit commun, les clauses excessives, les clauses abusives. Le législateur est intervenu en 1978. Ce texte a été intégré dans le Code de la consommation, et plus récemment, à la suite d'une directive communautaire de 1993, le texte a été modifié, et en droit positif, la disposition qui constitue le siège de la réglementation des clauses abusives, est aujourd'hui l'article L-132-1 du Code de la consommation. Ce texte, issu donc d'une loi de 1995 qui a intégré la fameuse directive de 1993 prévoit que dans les contrats prévus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer au détriment du non professionnel ou du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. La formulation n'est pas particulièrement claire. Première observation concernant le champ

d‘application de cette réglementation. La réglementation s‘applique aux clauses abusives incluses dans les contrats de consommation.

Comment faut-il dès lors définir le consommateur ? De nombreux arrêts se sont prononcés sur la question, des évolutions se sont produites, mais depuis 1996, les solutions sont plus rigoureuses que par le passé. On considère que le contrat contenant la clause a un rapport direct avec une activité professionnelle, il échappe à l‘article L-132-1. Cela revient à dire d‘une certaine manière que les contrats de consommation concernés sont les contrats de consommation finale. Si le contrat est conclu dans le cadre d‘une activité personnelle ou familiale, le contrat est concerné par l‘article L-132-1. Sinon, il est exclu de la réglementation. Quant au support de la clause, il importe peu : la clause peut être contenue dans un bon de commande, une facture, un ticket, billet…Encore faut-il que la clause soit abusive. La clause est abusive quand elle a pour objet ou pour effet de créer au détriment du non professionnel ou du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.

On retrouve à travers cette idée de déséquilibre l‘idée de lésion subjective, naturellement très difficile à apprécier. Je dirais que cette notion de déséquilibre significatif n‘a pas encore été définie par la jurisprudence, mais c‘est certainement une notion de droit, une notion contrôlée par la Cour de Cassation. Et il appartient par conséquent au juge de s‘exprimer sur le déséquilibre causé par la clause. On pourra considérer notamment qu‘une clause d‘exonération de responsabilité qui ne s‘accompagne d‘aucune contrepartie pécuniaire crée un déséquilibre significatif. On peut se demander également si une clause par laquelle une partie accepte de prendre à sa charge tous les risques d‘inexécution du contrat sans aucune contrepartie n‘est pas une clause abusive.

B.2. Sanctions

Le problème s‘est posé à de nombreuses reprise pour les clauses incluses dans les contrats de France Telecom, distribution d‘eau, location, etc. Une jurisprudence considérable est en train de se développer sur le fondement de l‘article L-132-1 du Code de la consommation. Cela dit, quand la clause est abusive, il appartient au juge de motiver sa décision. Il peut annuler la clause. La clause abusive en effet est réputée non écrite. Autrement dit, le juge a le pouvoir d‘éliminer une clause répondant aux critères de l‘article L-132-1 du Code de la consommation. C‘est un pouvoir formidable donné au juge. Le juge peut ainsi remettre en cause toute une série de stipulations qui ont été a priori acceptées par les parties contractantes, et qui les lient.

CD1 introduction à l'étude du droit des obligations et des contrats

A. Introduction générale

B. Définition du droit des obligations

C. Classification des obligations

C.1. Source de l'obligation

C.1.a. L'acte juridique

C.1.b. Le fait juridique

C.2. L'objet de l'obligation

C.2.a. L'obligation de donner

C.2.b. L'obligation de faire

C.2.c. L'obligation de ne pas faire

C.3. Force de l'obligation

C.3.a. L‘obligation sociale

C.3.b. L‘obligation de moyens

C.3.c. L‘obligation de résultat

C.3.d. L‘obligation de garantie

D. Caractères généraux du droit des obligations

E. Les Sources des obligations

E.1. Le contrat

E.2. Le quasi-contrat

E.3. Le délit

E.4. Le Quasi-délit

E.5. La loi

F. LE CONTRAT

F.1. Introduction

F.2. Diversité du contrat

F.2.a. D‘après le type

F.2.b. D‘après l‘objet

F.2.c. D‘après la qualité des contractants

F.2.d. D‘après la durée

F.2.e. D‘après le mode de formation

CD2 La formation du contrat

A. La notion du contrat

B. Le fondement du contrat

C. Les conditions de formation du contrat : l‘existence du consentement

C.1. Le consentement

C.2. L‘existence du consentement

C.3. Le mécanisme de l‘offre et de l‘acceptation

C.3.a. L‘offre ou pollicitation

C.3.b. Les éléments déterminants :

C.3.c. Caractère de l‘offre

C.3.d. La révocation de l‘offre

C.3.e. Caducité de l‘offre

C.3.f. L‘acceptation

C.3.g. La forme de l‘acceptation

C.3.h. L‘objet de l‘acceptation

C.3.i. La connaissance de l‘acceptation :

C.3.j. La théorie de l‘émission :

C.3.k. La théorie de la réception :

C.4. Le processus de négociation du contrat

C.4.a. L‘initiative des pourparlers :

C.4.b. La conduite des pourparlers :

C.4.c. L‘issue des pourparlers :

CD3 Les vices du consentement, l‘intégrité du consentement

A. Les qualités du consentement

B. L‘intégrité du consentement : la théorie des vices du consentement

C. L‘ Erreur

C.1. La notion d‘erreur

C.1.a. L‘erreur sur la personne :

C.1.b. L‘erreur sur la substance

D. L‘extension de la notion d‘erreur :

D.1. L‘erreur sur la nature du contrat. (Error in negocio)

D.2. L‘erreur sur l‘objet du contrat (error in corpore)

D.3. l‘erreur sur sa propre prestation

E. Limites de la théorie de l‘erreur

E.1. L‘erreur doit porter sur un élément qui est compris dans le champ contractuel

E.2. L‘erreur doit être excusable:

E.3. La violence

E.3.a. La menace

E.3.b. L‘origine de la violence

E.4. Le dol

E.4.a. Les manœuvres dolosives

E.4.b. Les effets de ses manœuvres dolosives :

CD4 L‘objet et la cause dans le contrat

A. L‘objet

A.1. L‘objet de l‘obligation

A.2. L‘obligation de donner

B. La détermination de la chose

B.1.a. Considérations générales sur la détermination de l‘objet : corps certain et chose du genre

B.1.b. Qu‘en est –il lorsque la chose objet de l‘obligation est un prix ?

C. La détermination du prix

D. La chose doit être dans le commerce

E. L‘obligation de faire et de ne pas faire

F. L‘objet du contrat

F.1. La licéité de l‘objet du contrat : l‘ordre public et les bonnes mœurs

F.2. La valeur de l‘objet : problème de la lésion

G. La théorie de la cause

H. La cause du contrat : la cause médiate, motif impulsif et déterminant

CDN° 5 Les nullités, La théorie des nullités

A. LA NOTION DE NULLITE : DISTINCTION AVEC LES NOTIONS VOISINES

A.1. La nullité se distingue de la résolution du contrat.

A.2. La nullité se distingue également d‘une autre sanction qu‘est la caducité.

A.3. La nullité se distingue également de l‘inopposabilité du contrat.

A.4. La nullité se distingue également de l‘inexistence du contrat.

A.5. La nullité se distingue également de l‘inefficacité.

B. Les sources de la nullité

C. La mise en œuvre de la nullité (procédure)

C.1. Les règles de procédure

C.1.a. L‘office du juge d‘abord.

C.1.b. L‘office des parties ensuite.

C.2. Les règles de fond

D. Distinction entre nullité relative et nullités absolue

E. Les effets de la nullité

E.1. L‘étendue

E.2. La rétroactivité

E.3. L‘action en responsabilité délictuelle

CD6 Le contenu des contrats

A. Principe de la liberté contractuelle

A.1. Fondement

A.2. Mise en œuvre : l‘interprétation de la volonté des parties

B. Les méthodes d‘interprétation

C. L‘office du juge

D. La simulation :

D.1. Formes de la simulation

D.2. Régime juridique de la simulation

E. Limites de la liberté contractuelle

F. Les obligations intégrées au contrat

F.1. Applications classiques :

F.2. B. Applications modernes de l‘intervention législative :

F.2.a. L‘obligation de conseil :

F.2.b. 2. Deuxième obligation de sécurité :

CD N°7 La force obligatoire du contrat

A. Le principe de la force obligatoire du contrat

A.1. A l‘égard des parties

A.1.a. Fondements

A.1.b. b) Applications

A.1.c. c) Corollaires

B. Atténuations apportées au principe

B.1. Par les textes

B.2. Par les parties

B.2.a. Clauses d‘indexation

B.2.b. Clauses de HARDSHIP

CD8 L‘effet relatif des conventions

A. Le principe de l‘effet relatif des conventions : art. 1165 du code civil

A.1. Relativité du lien contractuel

A.1.a. Les parties au contrat

A.1.b. Les tiers pouvant devenir parties

A.1.c. Les créanciers chirographaires

A.1.d. Les ayants causes à titre particulier

A.1.e. Les penitus extranei

A.2. L‘opposabilité du contrat aux tiers

A.2.a. a) À l‘ encontre tiers

A.2.b. Au profit des tiers

B. Dérogation au principe de l‘effet relatif des conventions

B.1. Mécanismes d‘intégration des tiers au contrat

B.1.a. La stipulation pour autrui

B.1.b. La promesse de porte fort

B.1.c. L‘action directe :

B.2. Les accords collectifs

CD9 L‘exécution du contrat

A. Problèmes liés à la durée du contrat

A.1. Contrats à durée déterminée et indéterminée

B. Problèmes liés aux parties : la circulation du contrat

B.1. La cession du contrat

B.2. Le sous-contrat

C. Le défaut d‘exécution du contrat

C.1. Conditions de procédure : la mise en demeure

C.1.a. Nécessité

C.1.b. Exception

C.1.c. Formes (L. 9 juillet 1991)

C.2. Conditions de fond

C.2.a. Conditions pesant sur le demandeur

C.2.b. Conditions pesant éventuellement sur le défendeur

CD10 Sanctions légales de l‘inexécution des contrats

A. Introduction

B. L‘EXECUTION FORCEE

B.1. Principe et exceptions

B.2. Modalités

B.2.a. Sanctions pénales

B.2.b. Sanctions judiciaires

B.2.c. Sanctions privées

C. LA RESOLUTION POUR INEXECUTION

C.1. Conditions de forme

C.2. Conditions de fond

C.2.a. Premier problème : la théorie des risques

C.2.b. Second problème : l‘inexécution doit-elle être fautive ?

C.3. Effets de la résolution

C.3.a. Effet rétroactif

C.3.b. Cas particulier des contrats à exécution successive

CD11 Les conventions relatives a l'inexécution des contrats

A. DROIT COMMUN

A.1. Clauses de différend

A.2. Clauses d‘aménagement des sanctions légales

A.2.a. Clauses résolutoires

A.2.b. Clauses de suspension

A.2.c. Clauses relatives à la réparation

A.3. Clauses de refus

B. LE DROIT DE LA CONSOMMATION : LES CLAUSES ABUSIVES

B.1. Critères

B.2. Sanctions

☙ **Art. 1134** : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de

loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement

mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi. »

☙ **Art. 1108** : « Quatre conditions sont essentielles pour la validité

d'une convention: Le consentement de la partie qui s'oblige; Sa capacité de contracter; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement; Une cause licite dans l'obligation. »

[1] **Art. 1109** C. civ. : « Il n'y a point de consentement valable, si le

Consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué

par violence ou surpris par dol » .

[2] **Art. 1110** : « L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.

Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention. »

[3] **Art. 180** : « Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre. »

(L. no 75-617 du 11 juill. 1975) «S'il y a eu erreur dans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage.»

[4] **Art. 1112** : « 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. »

[5] **Art. 1113 : «** La violence est une cause de nullité du contrat, non seulement lorsqu'elle a été exercée sur la partie contractante, mais encore lorsqu'elle l'a été sur son époux ou sur son épouse, sur ses descendants ou ses ascendant. »

[6] **Art. 1112** : « 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. »

[7] **Art. 1114** : « La seule crainte révérencielle envers le père, la mère, ou autre ascendant , sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat. »

[8] **Art. 1116** : « Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.

Il ne se présume pas, et doit être prouvé. »

[9] **Art. 1601du code civil** : « Si au moment de la vente la chose vendue était périe en totalité, la vente serait nulle.

Si une partie seulement de la chose est périe, il est au choix de l'acquéreur d'abandonner la vente, ou de demander la partie conservée, en faisant déterminer le prix par la ventilation. »

[10] **Art. 1130 du code civil** : « Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation.

On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit. »

[11] **Art. 1129 du code civil : «** 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. »

[12] **Art. 1591du code civil** : « Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties. »

[13] **Art. 1129 du code civil** : « 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. »

[14] **Art. 1128 du code civil** : « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions. »

[15] **Art. 1118 du code civil :** « La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section. »

[16] **Art. 891 du code civil** : « Le défendeur à la demande en rescision peut en arrêter le cours et empêcher un nouveau partage, en offrant et en fournissant au demandeur le supplément de sa portion héréditaire, soit en numéraire, soit en nature. »

[17] **Art. 1133 du code civil** : « La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public. »

[18] **Art. 1131 du code civil** : « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet. »

[19] **Art. 1674. Code civil : «** 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. »

[20] **Art. 900 du code civil** : « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux moeurs, seront réputées non écrites. »

[21] **Art. 1172 du code civil** : « Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes moeurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend. »

☙ **Article 1158 C.civ : «** Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat »

Article 1159 C.civ. : « Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé. »

Article 1160 C.civ. : « On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées »

Article 1161 C.civ. : « Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier. »

Article 1162 C.civ. : « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation. »

Article 1163 C.civ. : « Quelques généraux que soient les termes dans lesquelles une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposé de contracter. »

Article 1164 C.civ. : « Lorsque dans un contrat on a exprimé un cas pour l'explication de l'obligation, on n'est pas censé avoir voulu par là restreindre l'étendue que l'ngagement reçoit de droit aux cas non exprimés. »

☙ **Article 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. »

☙ **Article 1157 C.civ.** : « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun. »

☙ Article 1099 al.2 C.civ : « Toute donation, ou déguisée, ou faite à personnes interposées, sera nulle. »

☙ Article 6 C.civ : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

[22] **Art. 1135** : « 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. »

[23][23] Art. 1382 : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. »

Art. 1383 : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. »

Art. 1384 : « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.

(L. 7 nov. 1922) «Toutefois, celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable.

«Cette disposition ne s'applique pas aux rapports entre propriétaires et locataires, qui demeurent régis par les articles 1733 et 1734 du code civil.» (L. no 70-459 du 4 juin 1970) «Le père et la mère, en tant qu'ils exercent (L. no 2002-305 du 4 mars 2002, art. 8-V) «l'autorité parentale» [ancienne rédaction: «le droit de garde»], sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux.» — V. note infra. — L'art. 8-V de la loi no 2002-305 du 4 mars 2002, modifiant le présent alinéa, est applicable dans les îles

Wallis-et-Futuna, en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie (art. 19 de la loi).

Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés; Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance. (L. 5 avr. 1937) «La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.

«En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable, devront être prouvées, conformément au droit commun, par le demandeur, à l'instance.» — V. C. éduc., art. L. 911-4 [codifiant l'art. 2 de la loi du 5 avr. 1937], infra (II. — Autres textes en matière de responsabilité civile). »

[24] **Art. 1784 : «** Ils sont responsables de la perte et des avaries des choses qui leur sont confiées, à moins qu'ils ne prouvent qu'elles ont été perdues et avariées par cas fortuit ou force majeure »

[25] **Art. 1147 : «** Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au payement de dommages et intérêts , soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part. »

[26] **Art. 1135** : « 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 »

[27] **Art. 1134** : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi. »

[28] **Art. 1134 du Code civil : «** Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi. »

[29] **Art. 2004 Code civil : «** Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble, et contraindre, s'il y a lieu, le mandataire à lui remettre, soit l'écrit sous seing privé qui la contient, soit l'original de la procuration, si elle a été délivrée en brevet, soit l'expédition, s'il en a été gardé minute. »

[30] **Art. 2007 code civil** : « Le mandataire peut renoncer au mandat, en notifiant au mandant sa renonciation.

Néanmoins, si cette renonciation préjudicie au mandant, il devra en être indemnisé par le mandataire, à moins que celui-ci ne se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable ».

[31] **Art. 1794 code civil** : « Le maître peut résilier, par sa simple volonté, le marché à forfait , quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise. »

[32] **Art. 1780 code civil :** « On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée.

(L. 27 déc. 1890) Le louage de service, fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes.

Néanmoins, la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages intérêts.

Pour la fixation de l'indemnité à allouer, le cas échéant, il est tenu compte des usages, de la nature des services engagés, du temps écoulé, des retenues opérées et des versements effectués en vue d'une pension de retraite, et, en général, de toutes les circonstances qui peuvent justifier l'existence et déterminer l'étendue du préjudice causé.

Les parties ne peuvent renoncer à l'avance au droit éventuel de demander des dommages intérêts en vertu des dispositions ci-dessus.

Les contestations auxquelles pourra donner lieu l'application des paragraphes précédents, lorsqu'elles seront portées devant les tribunaux civils et devant les cours d'appel, seront instruites comme affaires sommaires et jugées d'urgence. »

[33] **Article 1243 Code civil** : « Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande. »

[34] **Art. 1165 du code civil** : « 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. »

[35] **Art. 1121 du code civil** : « On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter. »

[36] **Art. 2092 du code civil** : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. »

[37] **Art. 1220 du code civil** : « L'obligation qui est susceptible de division, doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible. La divisibilité n'a d'application qu'à l'égard de leurs héritiers, qui ne peuvent demander la dette ou qui ne sont tenus de la payer que pour les parts dont ils sont saisis ou dont ils sont tenus comme représentant le créancier ou le débiteur »

[38] **Art. 1753 du code civil** : « Le sous-locataire n'est tenu envers le propriétaire que jusqu'à concurrence du prix de sa sous-location dont il peut être débiteur au moment de la saisie, et sans qu'il puisse opposer des payements faits par anticipation.

Les payements faits par le sous-locataire, soit en vertu d'une stipulation portée en son bail, soit en conséquence de l'usage des lieux, ne sont pas réputés faits par anticipation. »

[39] **Art. 1994 du code civil** : « Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion: 1o quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un; 2o quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable.

Dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substitué. »

[40] **Art. 1690 du code civil** : « Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur.

Néanmoins le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique. »

[41] **Art. 1753 du code civil** : « Le sous-locataire n'est tenu envers le propriétaire que jusqu'à concurrence du prix de sa sous-location dont il peut être débiteur au moment de la saisie, et sans qu'il puisse opposer des payements faits par anticipation.

Les payements faits par le sous-locataire, soit en vertu d'une stipulation portée en son bail, soit en conséquence de l'usage des lieux, ne sont pas réputés faits par anticipation. »

[42] **Art. 1146 du code civil** : « Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer. (L. no 91-650 du 9 juill. 1991, art. 85)

«La mise en demeure peut résulter d'une lettre missive, s'il en ressort une interpellation suffisante.» — La loi du 9 juill. 1991 est entrée en vigueur le 1er janv. 1993 (art. 97 mod. infra, ss. art. 2094). »

[43] **Art. 1142 du code civil : «** Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur. »

[44] **Art. 1144 du code civil : «** Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. (L. no 91-650 du 9 juill. 1991, art. 82) «Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution.» — La loi du 9 juill. 1991 est entrée en vigueur le 1er janv. 1993 »

(art. 97 mod., infra, ss. art. 2094).

[45] **Art. 1184 du code civil : «** La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances. »

[46] **Art. 1244 du code civil**: – (L. no 91-650 du 9 juill. 1991, art. 83) Le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible. »

[47] **Art. 1143 du code civil** : « Néanmoins le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement, soit détruit; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts s'il y a lieu. »

[48] Art. 1144 du code civil : « Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. (L. no 91-650 du 9 juill. 1991, art. 82) «Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution.» — La loi du 9 juill. 1991 est entrée en vigueur le 1er janv. 1993

(art. 97 mod., infra, ss. art. 2094)‖.

[49] **Art. 1184 du code civil** : « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances. »