

# UNIVERSITÉ CHEIKH ANTA DIOP DE DAKAR



Faculté des sciences Juridiques et Politiques  
Année Universitaire 2019/2020

## **FICHES DE TRAVAUX DIRIGÉS DROIT DES CONTRATS**

### **SOMMAIRE**

**Séance 1 : Les principes directeurs du contrat**

**Séance 2 : La période précontractuelle**

**Séance 3 : les conditions de formation des contrats**

**Séance 4 : Les sanctions de la formation irrégulière des contrats**

**Séance 5 : La force obligatoire du contrat**

**Séance 6 : L'effet relatif du contrat**

### **EQUIPE PEDAGOGIQUE**

**Chargé du Cours : Professeur Isaac Yankoba NDIAYE**

**Coordonnateur : M. Christian Ousmane DIOUF**

**Chargés (es) des Travaux dirigés**

Mme Fatimata Kane SOW / Dr. Sidy Nar DIAGNE / M. Abdou Yade SARR / Mme Sokhna Mariama Seye Fall / M. Khamad NDOUR / M. Christian Ousmane DIOUF / Mme Ndeye Fatou Lecor DIAW / M. Assane MBAYE/

## **SEANCE 1** **GENERALITES SUR LE CONTRAT**

### **Bibliographie indicative :**

- TOSI J.P., Le droit des obligations au Sénégal, LGDJ, 1981.
- Louis BOYER, Contrats et conventions, Répertoire de droit civil– août 1993 (actualisation : avril 2015). § 1 - Doctrine de l'autonomie de la volonté.
- Laurent LEVENEUR, *La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base* (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...) — AJDA 1998. 676.
- SACCO R., Liberté contractuelle, volonté contractuelle, RIDC 4-2007, pp. 744-747.
- Jacques LEMOULAND, Jean HAUSER, *Ordre public et bonnes mœurs* – Répertoire de droit civil, janvier 2015 (actualisation : juin 2016). Section 2 - Fonctions de l'ordre public et des bonnes mœurs.
- THIBIERGE C., Libres propos sur la transformation du droit des contrats, RTD Civ.1997, P. 357.
- JAMIN C., Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, Mélanges Ghestin, 2001, p. 441 et s.
- Louis BOYER, Répertoire de droit civil, Contrats et conventions — août 1993 (actualisation : avril 2015), Section 4 - Classification des contrats.
- Mathias LATINA, Répertoire de droit civil, *Contrat (Généralités)* — décembre 2013 (actualisation : juin 2016).

**Thème 1 : La théorie de l'autonomie de la volonté**

**Exercice : Commentaire d'article**

**Sujet : Commentaire de l'article 42 COCC**

Article 42

#### **Liberté de contracter**

« *Libres de contracter ou de ne pas contracter, d'adopter toute espèce de clauses de modalité, les parties ne peuvent cependant porter atteinte par conventions particulières à l'ordre public et aux bonnes mœurs* »

#### **Documents :**

**Document 1 : Louis BOYER, Contrats et conventions, Répertoire de droit civil– août 1993 (actualisation : avril 2015). § 1 : Doctrine de l'autonomie de la volonté. n° 10 à 15.**

#### **A. - Fondements**

**10.** Un individu ne peut être obligé envers quiconque sans qu'on ne retrouve à la base de l'obligation une volonté de s'obliger ; tel est le *substratum* d'une doctrine dont la préoccupation première est la



protection et la primauté de l'individu. Liberté et indépendance sont ses attributs originaires ; elles ne peuvent être réduites que dans la mesure où il y a lui-même consenti. Au plan politique, le « Contrat social » a été l'expression de cette doctrine dans l'explication qu'il a tenté de donner du phénomène étatique. S'agissant du droit privé, elle conduit à affirmer que l'obligation assumée n'est pas fondamentalement contraignante parce que reconnue par la loi mais parce que résultant directement de la volonté créatrice ; de là, le caractère *autonome* de celle-ci en tant que source du droit. Et, ajoute-t-on, cette force obligatoire est conforme à la justice, le débiteur ne pouvant se plaindre de ce qu'il a librement et délibérément accepté : « Toute justice est contractuelle, écrivait Fouillée, qui dit contractuel dit juste ». De ce *consensus* de chacun résultera nécessairement le bien commun économique et social.

**11.** Cette conception résolument volontariste a été pendant longtemps à la base des analyses proposées pour de nombreuses institutions : ainsi, pour la dévolution successorale qui, même fixée par la loi, refléterait la volonté présumée du défunt ; pour le régime matrimonial légal qui ne serait qu'un contrat tacite ; ainsi même pour le droit de la nationalité (H. Batiffol, *op. cit.*, p. 14) ; de façon plus générale, la plupart des dispositions légales ne s'expliqueraient que par une nécessaire interprétation de la volonté des assujettis ; l'expression de « quasi-contrats » est, à cet égard, particulièrement significative. Au plan du contrat lui-même, la doctrine de l'autonomie s'exprime dans deux principes qui techniquement constituent ses corollaires.

## B. - Corollaires

**12. 1o** C'est d'abord *le principe de la liberté contractuelle*. De ce que la volonté est la source originale du droit, il résulte que le domaine du contrat, qui en est l'expression directe, doit être aussi large que possible ; la liberté doit être la règle ; l'efficience d'une volonté commune ne doit être qu'exceptionnellement limitée par la loi.

**13. a)** S'agissant du *fond du droit*, le principe de la liberté contractuelle exige d'abord que les individus soient libres de s'engager ou de ne pas s'engager ; il exige, ensuite, qu'ils puissent déterminer, à leur gré, le type et le contenu de leur accord ; les réglementations légales - telle celle du louage ou de la vente - leur sont simplement proposées mais ils peuvent soit s'y référer, soit y substituer en tout ou partie les dispositions qu'ils souhaitent. Sans doute, ce principe de liberté ne peut-il être intégralement consacré par aucun système de droit positif : le fait même de la vie en société impose aux individus des règles impératives ; du moins, celles-ci doivent-elles être exceptionnelles ; existantes, elles doivent faire l'objet d'une interprétation restrictive.

**14. b)** Au plan de la *forme*, par ailleurs, le principe de la liberté contractuelle a comme prolongement celui du *consensualisme*, l'efficacité juridique de l'accord de volontés ne doit pas être subordonnée à l'emploi de formes (si ce n'est de celles protégeant l'intégrité du consentement). Dès l'instant de cet accord, le contrat existe et doit recevoir effet.

**15. 2o** La théorie de l'autonomie appelle aussi *le principe de la force obligatoire du contrat*. Celui-ci s'impose non seulement aux parties, mais encore au juge qui ne peut intervenir dans son exécution pour la suspendre ou pour modifier les prestations stipulées. L'article 1134 du code civil a expressément consacré ce principe en disposant que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Le législateur lui-même ne doit pas intervenir dans l'exécution d'un contrat en cours (Sur l'actuelle portée de ce principe, V. *infra*, no [233 et s.](#)).

## **Document 2 : Laurent LEVENEUR, *La liberté contractuelle en droit privé : les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...)* — AJDA 1998. 676.**

Après quinze ans de réformes, existe-t-il une liberté contractuelle des personnes publiques ? Telle est la

question que se posent aujourd'hui les publicistes. Elle peut être reprise en la transposant : existe-t-il une liberté contractuelle des personnes privées ? La réponse est évidemment positive. Cette liberté existe depuis longtemps et elle existe encore, nonobstant toutes les réformes survenues depuis cent cinquante ans ! Sans doute n'est-elle qu'un principe qui, comme tout principe, connaît des exceptions. Mais ce principe n'est pas seulement théorique. Il a toujours de considérables applications pratiques : des personnes privées envisagent de contracter ; elles ne le font que si elles le veulent, avec qui elles le veulent et en étant libres d'aménager entre elles le contenu du contrat.

En revanche, si la question avait été : existe-t-il une autonomie de la volonté des personnes privées ?, la réponse aurait été un peu plus embarrassée. Car une certaine ambiguïté plane sur cette expression.

Littéralement, l'expression désigne le fait pour la volonté de se donner à elle seule ses propres lois (2). C'est en ce sens qu'elle est prise dans ce que les privatistes appellent parfois la doctrine ou la « théorie de l'autonomie de la volonté » (3). Fondée à la fois sur la philosophie individualiste et sur le libéralisme économique en vogue aux XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles, cette théorie se traduit en droit des contrats par l'affirmation selon laquelle l'obligation contractuelle repose exclusivement sur la volonté des parties (4). La volonté a le pouvoir de créer sa propre loi et elle a seul ce pouvoir. Autonome, la volonté est en effet libre de créer des droits subjectifs, mais, puisqu'elle est autonome, la volonté ne doit pas pouvoir se laisser imposer d'obligations. Les seules obligations légitimes que le contrat fait naître sont celles qui ont été voulues. Toute autre obligation serait tyrannique pour celui à qui on voudrait l'imposer. De cette puissance exclusive de la volonté découlent trois conséquences :

- d'abord, la liberté contractuelle, c'est-à-dire la liberté de conclure ou non, avec qui l'on veut, diverses sortes de contrats susceptibles d'être totalement aménagés par des stipulations particulières ;
- ensuite, le consensualisme, qui veut que le contrat se forme par le seul échange des consentements, sans qu'il soit nécessaire d'en passer par des solennités ;
- enfin, l'effet obligatoire du contrat entre les parties - et entre les parties seulement -, toute éventuelle difficulté d'interprétation quant aux effets précis qu'il convient de faire produire à la convention devant en outre être résolue par une recherche de la commune intention des contractants.

Cependant, telle qu'elle est ainsi formulée, cette théorie n'a jamais exactement correspondu à l'état du Code civil. D'ailleurs, comme cela a été montré, l'expression « autonomie de la volonté » n'apparaît pas dans le code, ni même chez les auteurs qui en ont été les fidèles commentateurs au XIX<sup>e</sup> siècle (5). Ce n'est qu'à la toute fin du XIX<sup>e</sup> siècle, lorsque le développement de la législation sociale menace l'individualisme juridique, que certains civilistes commencent à user de l'expression. Et la théorie ne sera véritablement formulée de façon complète qu'en 1912, dans la fameuse thèse qu'Emmanuel Gounot lui a consacrée (6). Mais ce dernier ne l'a formulée que pour la critiquer, et il est certain que plus l'on caricature, plus il est aisément de réfuter (7).

Or il suffit de lire deux articles fondamentaux du Code civil pour y voir que ses rédacteurs n'ont pas totalement fait leur théorie (8).

Aux termes de l'article 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». « Légalement » montre bien que la volonté ne tire pas d'elle-même le pouvoir de se régir, mais de la loi.

Et l'article 6 énonce : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs ». Preuve éclatante que, dès 1804, l'on conçoit que des lois puissent s'imposer à la volonté et limiter la liberté contractuelle.

Cela explique que certains auteurs émettent de sérieuses réserves sur l'exactitude de cette théorie au regard du droit des contrats (9).

Cependant, l'expression d'autonomie de la volonté est encore fréquemment utilisée en doctrine, souvent

d'ailleurs pour dire que cette autonomie a connu un déclin avec les interventions législatives de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et du XX<sup>e</sup> siècle. Mais certains n'hésitent pas à présenter la notion comme le principe fondamental qui domine le régime de tous les contrats (10).

En réalité, tout le monde paraît bien s'accorder pour admettre le « caractère excessif et illusoire » (11) de la formulation traditionnelle, celle qui prend l'expression au pied de la lettre.

Et, lorsque l'on parle d'autonomie de la volonté aujourd'hui, c'est en tant que principe (12) (donc susceptible d'exceptions) et surtout pour désigner globalement les conséquences qu'on y attache traditionnellement : liberté contractuelle, consensualisme, effet obligatoire du contrat entre les parties. Or ces trois aspects existaient bel et bien, en tout cas en tant que principes, dans le Code civil et continuent d'exister même s'ils subissent des exceptions plus ou moins importantes.

Tel est notamment le cas de la liberté contractuelle, dans laquelle on voit d'ailleurs souvent « l'essentiel de l'autonomie de la volonté » (13).

Le Conseil constitutionnel, sans lui reconnaître de valeur constitutionnelle (14), y voit l'un des principes fondamentaux du régime des obligations civiles et commerciales dont l'article 34 de la Constitution réserve la détermination à la loi (15).

Cette liberté se trouve consacrée plus ou moins directement par plusieurs articles du Code civil : les articles 1107, 1123 et surtout 6 dont la lecture *a contrario* conduit indiscutablement à permettre de déroger par des conventions particulières aux lois autres que celles intéressant l'ordre public et les bonnes moeurs. En outre, on pourrait bien y voir tout simplement l'expression en matière contractuelle du principe proclamé par l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 (16), selon lequel « tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché » : en principe, la loi ne défend pas de contracter ; bien au contraire. Et le texte ajoute : « Nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas » : en principe, la loi n'ordonne pas de contracter.

La liberté contractuelle se décompose traditionnellement en deux éléments, la liberté de contracter et la liberté de déterminer le contenu du contrat. On envisagera successivement ces deux aspects (17), en essayant de mettre en lumière des tendances.

## **La liberté de contracter**

Le contrat est un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes, qui fait naître des obligations. Affirmer la liberté de contracter, c'est traditionnellement poser le principe du libre choix du cocontractant, ainsi que celui de la libre décision de contracter ou de ne pas contracter.

## **Le libre choix du cocontractant**

La liberté de contracter, c'est d'abord la liberté de contracter avec qui l'on veut.

Ainsi, celui qui souhaite acquérir une voiture est libre de contracter avec le constructeur qui lui plaît. De même, une société qui a décidé de construire un bâtiment a toute liberté de choisir l'entrepreneur qui lui convient ; vraisemblablement elle recherchera, par les procédés qui lui plaisent, celui qui lui demandera le prix le moins élevé ; mais après tout rien ne l'y contraint et si elle préfère traiter directement avec une entreprise en qui elle a confiance sans avoir au préalable organisé une mise en concurrence avec qui que ce soit, rien ne l'en empêche. La différence est flagrante avec la passation des marchés publics.

Autrefois, cette liberté ne connaissait guère de limites. Le législateur lui a apporté plusieurs exceptions au XX<sup>e</sup> siècle.

L'une des plus connues réside dans l'institution par la loi de divers droits de préemption au profit de personnes publiques mais aussi parfois de personnes privées : droit de préemption urbain au profit des communes (Code de l'urbanisme, art. L. 211-1), droit de préemption des départements au titre des

espaces naturels sensibles (Code de l'urbanisme, art. L. 142-3), droit de préemption des SAFER (loi du 8 août 1962, art. 7), droit de préemption de « l'exploitant preneur en place » d'un fonds de terre ou d'un bien rural (Code rural, art. L. 412-1), droit de préemption des coindivisaires (Code civil, art. 815-14, dans la rédaction de la loi du 31 décembre 1976), droit de préemption du locataire d'un local à usage d'habitation principale ou à usage mixte, professionnel et d'habitation principale (loi du 6 juillet 1989, art. 15), etc. (18).

Il convient aussi d'évoquer les limitations de la liberté de choix qui résultent de l'interdiction de discriminations fondées sur certaines raisons qui, à l'époque actuelle, sont jugées de moins en moins admissibles par la société.

Ainsi l'article 225-1 nouveau du Code pénal (qui fait suite à l'ancien article 416 issu d'une loi du 1<sup>er</sup> juillet 1972) énumère toute une série de motifs discriminatoires prohibés : « Constitue une discrimination toute distinction entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs moeurs, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée » (et l'alinéa 2 reproduit la même liste au sujet des distinctions opérées entre personnes morales en fonction des caractéristiques de leurs membres).

Une telle discrimination devient constitutive d'une infraction pénalement sanctionnée lorsqu'elle consiste « à refuser la fourniture d'un bien ou d'un service, à refuser d'embaucher », ou à subordonner la fourniture d'un bien, d'un service ou d'une offre d'emploi à une condition fondée sur l'un des éléments distinctifs de cette liste (Code pénal, art. 225-2). La liberté de choix de son cocontractant est donc loin d'être absolue aujourd'hui pour celui, quel qu'il soit, qui envisage la fourniture d'un bien, d'un service ou d'un emploi (19). Il reste que dans la pratique la preuve de la discrimination prohibée peut s'avérer difficile.

Mais cette liberté se réduit plus efficacement en pratique lorsqu'il s'agit de professionnels exerçant une activité de production, de distribution ou de services. L'article L. 122-1 du Code de la consommation leur interdit en principe de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service. Ici, une sanction pénale est encourue dès qu'il y a refus sans qu'il y ait à faire la preuve d'un motif prohibé de distinction. C'est au professionnel d'apporter éventuellement la preuve, pour échapper à la répression, que son refus de contracter avec tel consommateur était légitime. Par exemple, serait légitime le refus d'une compagnie d'assurances de contracter avec un automobiliste dont la conduite au volant s'est par le passé révélée très dangereuse. Cependant, cette situation particulière peut conduire à une nouvelle et considérable dérogation au principe du libre choix du contractant en vertu d'un texte spécial du droit des assurances : l'automobiliste, également tenu de s'assurer, qui a essuyé un tel refus, peut saisir le bureau central de tarification qui fixera le montant de la prime moyennant laquelle l'entreprise d'assurance intéressée est tenue de garantir le risque qui lui a été proposé, le maintien du refus l'exposant à de redoutables sanctions (Code des assurances, art. L. 212-1 et L. 212-3).

Néanmoins, la liberté contractuelle a récemment regagné un peu de terrain dans un domaine voisin. En effet, l'ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix (art. 37) avait prohibé le refus de vente entre professionnels, prohibition qu'avait conservée l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 en substituant toutefois à la responsabilité pénale une simple responsabilité civile (art. 36-2). Mais cette prohibition a disparu lors de la réforme du droit de la concurrence réalisée par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996 (qui a tenu compte de la puissance désormais considérable de la grande distribution, qui dépasse souvent celle des producteurs). Désormais, le refus de vente ou de prestation de services opposé par un professionnel à un autre professionnel n'est plus illicite en lui-même. Toutefois, il peut éventuellement tomber indirectement sous le coup d'interdictions plus générales du droit de la concurrence : tel serait le cas si le refus de vente était la manifestation d'un abus de position dominante (ordonnance de 1986, art. 8), voire d'une entente (art. 7), restreignant ou faussant le jeu de la concurrence sur un marché.

En outre, il convient de signaler que les limitations expresses de la liberté de choix atteignent presque exclusivement la personne qui offre un bien, un service ou un emploi. Le consommateur, le travailleur, le candidat locataire ou acheteur d'un logement restent, eux, totalement libres de choisir leur cocontractant.

Tout au plus faut-il réserver la situation des agents économiques soumis au droit de la concurrence, qui vise toutes les activités de production, de distribution et de services. Sans doute le refus d'achat n'est-il pas en lui-même prohibé et ne l'a-t-il jamais été, à la différence du refus de vente ; mais, comme celui-ci, il pourrait éventuellement représenter une pratique anticoncurrentielle interdite s'il était le fruit d'une entente ou l'expression de l'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique (ordonnance de 1986, art. 7 et 8), voire pourrait engager la responsabilité de son auteur au titre des 3<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> de l'article 36 de l'ordonnance de 1986 si le refus faisait suite à une tentative d'obtention de certains avantages (prime de référencement...) préalablement au passage de la commande.

Enfin, on peut observer que là où la liberté de choix paraît peut-être la plus profondément atteinte, la technique contractuelle permet parfois de redonner une certaine marge de manœuvre. C'est l'hypothèse évoquée ci-dessus du droit de préemption. Le propriétaire d'un immeuble situé dans une commune dotée d'un POS, désireux de le vendre, a trouvé un acquéreur. Si la commune est intéressée, la loi lui donne la possibilité de préempter, mais dans ce cas un autre contractant est imposé au vendeur à la place de celui qu'il avait choisi. Cependant, si le propriétaire ne veut vendre qu'à telle personne et surtout pas à la commune, rien ne paraît l'empêcher d'insérer dans l'avant-contrat conclu avec le candidat acquéreur une condition suspensive de non-préemption. Si le titulaire du droit de préemption décide d'exercer sa prérogative, la condition défaillie et la vente ne se réalisera avec personne (20). C'est ainsi une manière de sauvegarder sinon une totale liberté de choix, du moins la liberté de ne pas vendre du tout si l'on devait être contraint de vendre à qui l'on ne veut pas.

On rejoint ici la question de la liberté même dans la décision de contracter ou de ne pas contracter.

### **La libre décision de contracter ou de ne pas contracter**

Pour contracter, il faut en avoir la volonté. Et si l'on a cette volonté, on peut contracter. Chacun est libre de passer ou non tel contrat, indépendamment de la question du choix du cocontractant.

Voici le propriétaire d'un terrain qui n'en tire aucune utilité. Quelqu'un lui propose de le lui acheter moyennant un prix très élevé. Le propriétaire ne commet aucune faute s'il refuse de conclure le contrat (21). Inversement, un père de famille décide de vendre une résidence secondaire à laquelle ses enfants sont très attachés : il en a la totale liberté.

Cet autre aspect de la liberté contractuelle reste d'une grande actualité (22). Certes, il s'agit là encore d'un principe qui connaît des limitations. Celles-ci prennent essentiellement la double forme de contrats imposés et inversement de contrats interdits (23). Mais si la première catégorie a plutôt tendance à croître, la seconde paraît plutôt en déclin, signe que l'évolution ne se fait pas toujours dans le sens d'un aménagement de la liberté contractuelle.

### **Les contrats imposés**

Le Code civil de 1804 prévoyait déjà un contrat imposé à l'article 661 : la cession de la mitoyenneté que tout propriétaire joignant un mur a la faculté d'imposer au maître du mur en lui remboursant la moitié de la valeur du sol et du coût du mur. Aucune marge de manœuvre n'est ici laissée à l'éventuel cédant contre son gré.

L'obligation d'assurance imposée au XX<sup>e</sup> siècle à certaines personnes, en vue de protéger d'éventuelles victimes, constitue l'une des atteintes les plus connues à la liberté contractuelle. La liste des personnes visées ne cesse de s'allonger : des automobilistes ou cyclomotoristes aux exploitants de navires nucléaires en passant par les architectes, avocats ou notaires, ce sont plus d'une centaine de situations qui peuvent être aujourd'hui dénombrées (24).

On remarquera que dans ces hypothèses la loi ordonne aux personnes visées de contracter avec une compagnie d'assurances. La liberté de ne pas contracter est sérieusement affectée sans toutefois disparaître complètement, du moins en théorie. Le contrat ne se forme que si le sujet obtempère à l'ordre de la loi. Le récalcitrant s'expose à des sanctions, de nature pénale (25) ou professionnelle. Mais le

contrat ne sera pas conclu s'il le refuse.

Une troisième sorte d'atteinte à la liberté de ne pas contracter, intermédiaire entre les deux précédentes, réside dans le droit au renouvellement du bail, accordé par la législation actuelle aux preneurs de biens ruraux ou de locaux d'habitation. Au terme initial du contrat, le propriétaire se voit en principe privé de la liberté de ne pas contracter à nouveau. Le preneur est *a priori* en droit d'exiger la reconduction ou le renouvellement du contrat qui peut donc être imposé à l'autre partie. Ce n'est que dans certaines circonstances précisées par la loi que le propriétaire se trouve soustrait à cette contrainte : reprise pour exploiter effectivement, durablement et par lui-même ou par ses proches le fonds rural (art. L. 411-58 et ss. du Code rural) ; congé pour vendre le logement ou le reprendre pour l'habiter (loi du 6 juillet 1989, art. 10 et 15).

### **Les interdictions de contracter**

Si la liberté contractuelle était absolue, chacun aurait la possibilité de contracter chaque fois qu'il en a la volonté. Mais tel n'est pas le cas. Il existe des interdictions de contracter qui tiennent tantôt à la personne, tantôt à la matière.

#### **Interdictions personnelles**

Toutes les personnes privées ne peuvent pas user pareillement de la liberté de contracter. Certaines voient leur liberté affectée par des interdictions plus ou moins étendues qui leur sont personnelles.

Les interdictions sont exceptionnelles s'agissant des personnes physiques. On touche en effet ici à la question des incapacités. Or, dans notre droit, c'est la capacité, c'est-à-dire l'aptitude à acquérir un droit et à l'exercer, qui est la règle et l'incapacité l'exception. L'article 1123 du Code civil se montre très clair à cet égard : « Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi ». Principe que l'article 1594 prend soin de rappeler au sujet de la vente : « Tous ceux auxquels la loi ne l'interdit pas peuvent acheter ou vendre ».

Les incapacités de jouissance, qui frappent certains individus d'une inaptitude à acquérir et exercer valablement certains droits et donc les privent de la liberté de passer tel contrat déterminé, sont relativement rares. Signalons l'incapacité pour un mineur de moins de 16 ans de donner ses biens (art. 903 du Code civil), celle pour un médecin de se faire consentir des libéralités par ses patients au cours de leur dernière maladie (art. 909), celle pour un employé d'un établissement hébergeant des personnes âgées d'acquérir des biens appartenant à celles-ci (art. 1125-1), celle pour un tuteur d'acheter ou louer les biens de son pupille (art. 450), celle pour les mandataires de se rendre adjudicataires des biens qu'ils sont chargés de vendre (art. 1596), etc. Autrefois, une incapacité de jouissance générale frappait les condamnés à certaines peines afflictives perpétuelles : c'était la mort civile (Code civil, art. 22 et ss.), qui a été abolie en 1854.

Les incapacités d'exercice qui consistent en l'inaptitude des personnes qu'elles visent non pas à être titulaires de droits, mais à les exercer par elles-mêmes ou à les exercer seules, sont nettement plus nombreuses. Certaines sont spéciales (telle celle qui frappe le majeur en curatelle), d'autres sont générales (celle du mineur ou du majeur sous tutelle) portant en principe sur tous les actes juridiques. Toutefois, les incapacités d'exercice n'atteignent que partiellement la liberté contractuelle. Si les organes d'assistance ou de représentation y consentent, le contrat envisagé pourra être conclu, tandis que l'interdiction constituée par une incapacité de jouissance représente un obstacle totalement infranchissable.

A la différence de celle des personnes physiques, l'aptitude de toute personne morale à acquérir des droits et à les exercer est limitée. Tel est l'effet du principe de spécialité suivant lequel les personnes morales doivent cantonner leur activité dans le champ que leur donnent la loi (spécialité légale) et leurs statuts (spécialité statutaire). Cette règle limite donc « la capacité ou la compétence de ces personnes aux actes correspondant aux finalités en vue desquelles elles ont été instituées »<sup>(26)</sup>.

A cet égard il est particulièrement intéressant de mettre en lumière le déclin relatif que connaît aujourd'hui le principe de spécialité statutaire dans le domaine des sociétés. La spécialité légale de toute société est de

poursuivre la réalisation de bénéfices ou d'économies dont profiteront ses membres (Code civil, art. 1832). La spécialité statutaire est propre à chaque société individuellement, car elle résulte de l'objet social que les statuts doivent obligatoirement déterminer (loi du 24 juillet 1966, art. 2) : cet objet représente le programme des activités auxquelles la société en question peut se livrer en vue de réaliser des bénéfices ou des économies.

La stipulation d'un objet universel ne saurait être admise, car elle rendrait impossible le nécessaire contrôle des associés sur la politique des dirigeants<sup>(27)</sup>. Cependant, d'une part, dans la pratique on constate souvent une grande souplesse des statuts qui, après une longue énumération d'opérations plus ou moins précises auxquelles la société peut se livrer, concluent l'article relatif à l'objet social par une large formule du genre : « Et généralement toutes opérations financières, industrielles ou commerciales se rattachant directement ou indirectement à l'objet ci-dessus spécifié<sup>(28)</sup> ».

D'autre part, et surtout, la sanction du dépassement de l'objet social a été amoindrie dans certaines sociétés. Traditionnellement, un contrat conclu par un dirigeant au-delà de l'objet social n'engage pas la société, puisque celle-ci n'a pas d'aptitude juridique en dehors de sa spécialité statutaire ; telle est toujours la règle dans les sociétés à risques illimités.

En revanche, depuis l'ordonnance du 20 décembre 1969 inspirée par le souci d'assurer la sécurité des transactions, il en va différemment dans les SARL et les sociétés anonymes. Sans doute les dirigeants de ces sociétés commettent-ils, à dépasser l'objet social, une faute susceptible d'entraîner leur responsabilité civile envers la personne morale, mais les actes accomplis qui ne relèvent pas de cet objet engagent désormais la société<sup>(29)</sup>. La liberté contractuelle de ces sociétés, représentées par leurs dirigeants, n'est donc plus guère efficacement bridée par le principe de spécialité statutaire.

### **Interdictions tenant à la matière**

L'article 1128 du Code civil dispose qu'« il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ».

Ainsi, quand bien même elles seraient dotées d'une pleine capacité, pour ne voir leur aptitude juridique personnelle limitée par l'effet d'aucune incapacité ou d'aucun principe de spécialité, deux personnes n'ont pas nécessairement la liberté de conclure le contrat qu'elles envisagent. Il leur est interdit de le faire si ce contrat porte sur une chose « hors commerce ».

Tel est en particulier le cas des clientèles civiles (celle des médecins, dentistes, vétérinaires, etc.) dont la Cour de cassation rappelle régulièrement le caractère hors commerce et donc inaccessible, en raison de la liberté absolue de choix dont doivent jouir leurs clients<sup>(30)</sup>.

Tel est aussi en principe le cas du corps humain. L'assemblée plénière de la Cour de cassation en a solennellement affirmé l'indisponibilité en 1991 dans la fameuse affaire des mères porteuses<sup>(31)</sup> : une femme ne peut valablement s'engager par une convention à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance<sup>(32)</sup>. La règle a cependant connu ici ou là plusieurs reculs : le législateur a notamment permis et organisé le don du sang ou de gamètes, ainsi que les recherches biomédicales sur des personnes qui consentent à s'y prêter.

L'époque contemporaine se caractérise d'ailleurs par une progression assez nette du contrat<sup>(33)</sup>. Des matières qui lui étaient autrefois presque totalement fermées lui ont été ouvertes plus ou moins largement. Il en est ainsi de l'état des personnes (conventions sur le nom : Code civil, art. 334-5 ou 357 dans la rédaction de la loi du 3 janvier 1972) ou de la famille (divorce par consentement mutuel : loi du 11 juillet 1975 ; accords sur l'exercice de l'autorité parentale : Code civil, art. 290 et 374). On peut également évoquer les exceptions au principe de prohibition des pactes sur succession future, extrêmement rares en 1804 mais dont la liste a été considérablement allongée par plusieurs dispositions législatives adoptées entre 1965 et 1978.

De même, le droit de vote dans les assemblées générales de sociétés était considéré comme insusceptible

de faire l'objet de conventions. Un courant jurisprudentiel s'est récemment formé, qui ouvre désormais en ce domaine une place à la liberté de contracter. Des conventions par lesquelles des actionnaires s'engagent par avance à voter dans tel sens sont aujourd'hui admises, dès lors du moins qu'elles correspondent à l'intérêt social (34).

Cependant si les matières sur lesquelles il est permis de contracter sont plus nombreuses aujourd'hui qu'hier, il n'est pas sûr que la liberté contractuelle s'accroisse en tout point. Le contrat progresse, mais dans le même temps sa teneur aurait plutôt tendance à échapper de plus en plus à la maîtrise des parties.

### **La liberté de déterminer le contenu du contrat**

Là encore il s'agit d'un principe qui connaît des limites.

#### **Le principe**

Cet aspect de la liberté contractuelle se traduit par deux conséquences.

- D'une part, les parties sont en principe libres de créer de toutes pièces de nouveaux contrats. Certes, le législateur détaille le contenu des conventions les plus utilisées : vente, prêt, mandat, louage, etc. Ce sont les contrats nommés. Mais les contrats susceptibles d'être conclus et d'obliger les parties ne se limitent pas à la liste des contrats légalement nommés.

La situation était très différente à Rome : « *Ex nudo pacto actio non nascitur* » (Du pacte nu, non nommé, il ne naît pas d'action en justice), si bien que le contrat qui ne faisait pas partie de la liste des contrats nommés ne pouvait faire l'objet d'aucune action et se trouvait ainsi dépourvu de force obligatoire (35). Le Code civil énonce exactement l'inverse à l'article 1107 : « 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 ». Et dans ce titre figure notamment l'article 1134 qui pose la règle de la force obligatoire des contrats : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Cette force ne concerne donc pas seulement les contrats détaillés par le législateur, mais aussi ceux que les particuliers peuvent imaginer.

Le crédit-bail et la garantie à première demande constituent deux illustrations éclatantes de la création de nouvelles figures contractuelles par la pratique.

- D'autre part, les parties sont en principe libres d'aménager à leur guise le contenu de tout contrat, même nommé. Lorsque le législateur fixe les obligations qui découlent d'un certain type de contrat, il ne fait qu'offrir aux particuliers une structure supplétive, dont l'intérêt principal est de les dispenser d'avoir à détailler eux-mêmes jusque sur les points les plus minutieux la teneur précise de leur engagement. Mais si le régime légalement prévu ne convient pas aux parties, celles-ci sont libres de le modifier par des stipulations particulières. Par exemple l'article 1583 du Code civil relatif à la vente prévoit que la propriété est acquise au vendeur dès qu'on est convenu de la chose et du prix, mais les parties sont libres d'insérer dans leur contrat une clause retardant le transfert de propriété.

#### **Les limites**

Les limites sont annoncées par l'article 6 du Code civil : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs ».

Tandis que la notion de bonnes moeurs (36) n'a guère connu de progression (c'est le moins qu'on puisse dire), celle d'ordre public s'est diversifiée et étendue depuis la rédaction du Code civil.

L'ordre public classique vise à « défendre l'ordre, c'est-à-dire les principes fondamentaux de la société (37) ». Conservateur, cet ordre public est négatif en ce qu'il se borne à interdire les atteintes aux bases de la société (par exemple, à l'organisation de l'Etat (38) ou des services publics). Il pourrait connaître un renouvellement dû à l'importance que notre époque attache aux nouveaux droits de l'homme. Déjà, en 1996, la Cour de cassation a déduit de l'article 8-1 de la Convention européenne des droits de l'homme,

qui proclame le droit pour toute personne au respect de sa vie privée et familiale, que les clauses d'un bail d'habitation ne pouvaient avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches, les proches étant en l'espèce le père de deux des enfants de la locataire, ainsi que sa soeur

(39).

A cet ordre public classique, s'est ajouté à partir de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle et surtout au XX<sup>e</sup> siècle, une nouvelle forme d'ordre public, souvent appelé ordre public économique en ce qu'il est consacré à l'aménagement des rapports économiques et sociaux. On le dit aussi positif en ce qu'il ne se limite pas à interdire, mais, souvent, impose aussi positivement des obligations aux cocontractants. Il est aujourd'hui subdivisé en deux catégories :

- L'ordre public de direction économique tend à diriger les relations économiques dans une perspective d'intérêt général. Après avoir connu son apogée au XX<sup>e</sup> siècle, avec notamment la taxation réglementaire des prix (désormais écartée par l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence), les dispositions de ce type semblent aujourd'hui moins présentes. Elles n'ont cependant pas totalement disparu. En témoigne, par exemple, l'encadrement des clauses d'indexation (l'article 79 de l'ordonnance du 30 décembre 1958 est toujours en vigueur). La fixation de la durée légale du travail à trente-cinq heures (loi du 13 juin 1998), destinée surtout à réduire le chômage, paraît relever aussi de l'ordre public de direction. Tel est également le cas, à certains égards, du droit de la concurrence, avec les contraintes qu'il emporte en vue d'assurer le libre jeu du marché.
- L'ordre public économique de protection, encore appelé ordre public de protection sociale, vise à protéger le plus faible de deux contractants de poids économique inégal. Depuis les premières dispositions protectrices des salariés (loi du 22 mars 1841 sur le travail des enfants), cette variante de l'ordre public ne cesse de s'étendre.

Il s'ensuit que globalement l'ordre public progresse et que la marge de manœuvre des contractants, surtout s'ils sont inégaux, apparaît aujourd'hui plus réduite qu'en 1804. Alors que la réglementation des contrats nommés était dans le Code civil presque exclusivement supplétive, elle est actuellement, dans un assez grand nombre de cas, impérative, réduisant très sensiblement la liberté des contractants d'aménager à leur guise le contenu des contrats concernés. Les multiples règles relatives au contrat de travail, au bail rural ou au bail d'habitation le démontrent de façon éclatante.

Il convient de mettre l'accent sur la progression actuelle des deux limites à la liberté contractuelle que représentent d'un côté le droit de la consommation et de l'autre le droit de la concurrence, qui sont deux nouveaux éléments de l'ordre public économique.

Outre la réglementation minutieuse de certains contrats (tel le crédit à la consommation), le droit de la consommation pose une règle générale particulièrement intéressante pour notre propos : « Dans les contrats conclus 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 » (Code de la consommation, art. L. 132-1). De telles clauses peuvent être interdites par décret, mais en vingt ans il n'y a eu qu'un seul décret d'interdiction (décret du 24 mars 1978). Cependant, même en l'absence de décret, le juge dispose aujourd'hui du pouvoir de réputer non écrites des clauses correspondant à cette définition. Ainsi, après coup, le contrat conclu peut se voir expurgé de certaines de ces clauses en fonction d'un critère, celui du déséquilibre significatif, critère plutôt flou et qui laisse une marge d'appréciation assez importante au juge. Non seulement la liberté contractuelle se trouve restreinte, mais elle l'est de surcroît dans l'insécurité juridique.

Une constatation voisine peut être faite au sujet du droit de la concurrence. Assez paradoxalement, au nom d'une liberté, celle du jeu de la concurrence, ce droit exerce « une forte emprise sur le contenu du contrat

(40)

». Aux termes de l'article 9 de l'ordonnance de 1986, « est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles 7 et 8 » (ententes, abus de position dominante, etc.). Il a ainsi été jugé qu'une clause de restitution en nature insérée dans un contrat de prêt de cuve conclu entre une compagnie pétrolière et un pompiste devait être annulée en ce qu'elle

constituait un frein à la concurrence d'autres fournisseurs  (41).

Le droit pour les contractants d'aménager à leur guise les modalités de leurs conventions se trouve donc amenuisé. Et comme le critère décisif (frein à la concurrence) suppose une appréciation, avec un certain risque d'arbitraire et de contingence, on peut souligner, avec Bruno Oppetit, combien « l'atteinte à la liberté contractuelle est forte, car la règle du jeu, loin d'être générale, connue d'avance et égale pour tous, n'est au contraire déterminée qu'au cas par cas sur la seule décision d'une autorité  (42) ».

Sans doute arrive-t-il parfois que, dans ce domaine, la règle du jeu soit connue à l'avance. Tel est le cas avec les règlements pris en application de l'article 85 § 3 du traité de l'Union européenne en vue d'exempter de l'interdiction édictée par l'article 85 § 1 certains accords entre entreprises, bien qu'ils affectent le commerce entre Etats membres et restreignent le jeu de la concurrence. Mais alors, comme l'illustre en particulier le règlement n° 1475/95 (sur les contrats organisant la distribution automobile avec des clauses d'exclusivité), la minutie apportée dans l'énumération des conditions que doit respecter le contenu du contrat pour bénéficier de l'exemption (ou pour ne pas la perdre automatiquement : c'est la liste des clauses « noires ») est telle que la marge de manœuvre des parties est des plus réduites  (43). En pareil cas, il apparaît bien certain que « peu de chose distingue l'ordre public économique d'inspiration libérale de l'ordre public économique de contenu dirigiste  (44) ».

**Document 3: Jacques LEMOULAND, Jean HAUSER, *Ordre public et bonnes mœurs – Répertoire de droit civil, janvier 2015* (actualisation : juin 2016), extrait : Section 2 : Fonctions de l'ordre public et des bonnes mœurs, n° 37 à 43.**

**37.** Il est relativement aisé de définir les fonctions de l'ordre public si l'on s'en tient aux apparences, c'est-à-dire à ses conséquences en droit civil. L'ordre public, au moins dans son acception d'origine, c'est l'antithèse à la liberté contractuelle ou conventionnelle. C'est une barrière à l'autonomie de la volonté individuelle. En ce sens on doit y voir l'expression juridique d'une conception politique de la société. On va donc le retrouver, hors même l'article 6 du code civil qui en constitue l'affirmation générale, dans des textes aussi divers que le respect du corps humain (C. civ., art. 16-9), les servitudes (C. civ., art. 686), les conditions affectant les actes gratuits ou onéreux (C. civ., art. 900 et 1172), les conventions elles-mêmes en général (C. civ., art. 1133), le contrat de mariage (C. civ., art. 1137), la société (C. civ., art. 1833), la transaction (C. civ., art. 2046), le compromis (C. civ., art. 2060), etc. Bien que les textes concernent en général le contrat qui n'est qu'une catégorie d'acte juridique, il faut admettre que la notion est applicable aux actes unilatéraux (V. avec des nuances, IZORCHE, L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain, 1989, thèse dactyl., Aix, nos 335 s.).

**Actualisation**

**37 s. Fonctions de l'ordre public et des bonnes mœurs.** - L'article 1162 du code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 énonce que : « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ».

Le Rapport au Président de la République explique que : « La nécessaire conformité du contrat à l'ordre public est réaffirmée et précisée. L'interdiction de déroger à l'ordre public s'applique tant aux stipulations elles-mêmes - ce qui était anciennement appréhendé sous l'angle de la licéité de l'objet - qu'au but - anciennement appréhendé sous l'angle de la licéité de la cause subjective. Par ailleurs est reprise la solution jurisprudentielle selon laquelle le contrat est nul lorsque l'une des parties poursuit un but illicite, même si l'autre partie n'avait pas connaissance de ce but ».

**38.** Si l'on veut aller plus loin et rechercher une finalité générale à cet ensemble, les choses sont beaucoup moins claires. Il faut, dans tous les cas, commencer par mettre à part la notion de bonnes moeurs (V. *infra*, no **39**) qui est à la fois plus stable et plus changeante que le reste de la notion avant d'envisager l'ordre public (V. *infra*, nos **40 s.**).

**Art. 1 - Fonctions des bonnes moeurs**

**39.** *Nouvelle moralité publique ?* - Si le contenu des bonnes moeurs a profondément évolué leur fonction n'a pas changé fondamentalement. Elle consiste toujours à préserver la société de comportements dont on estime qu'ils mettraient en danger le développement de ses membres, leur liberté ou leur moralité. Par contre, alors que la finalité classique était essentiellement de nature sexuelle mais qu'elle a beaucoup reculé devant la libération de ce secteur de la vie sociale, la finalité moderne s'étend vers l'ensemble des actes concernant le corps humain, l'individu lui-même, le commerce portant sur son corps ou ses éléments, voire l'état des personnes. Le développement des moyens techniques de médecine a entraîné une augmentation considérable des interdits et conditions. Il reste que l'on peut s'interroger, dans nombre de cas, sur le point de savoir s'il s'agit encore de protéger les bonnes moeurs ou, plus simplement, de faire respecter un ordre public à la fois de direction (une certaine conception de la société) et de protection (protéger l'individu contre ses propres volontés, par hypothèse dangereuses). On serait donc en présence d'une « nouvelle moralité publique » (LAVAUD-LEGENDRE, *op. cit.* [supra, no 10], nos 125 s.). Il s'agirait alors de remplacer des limites axées sur l'interdiction des volontés individuelles dans certains domaines par un principe de dignité de la personne qui viserait, plus largement que des actes, des comportements, par exemple dans la vie professionnelle, dans le droit des affaires, etc. (V. *infra*, nos 163 s.).

## **Art. 2 - Ordre public de direction et ordre public de protection**

**40.** *Essais doctrinaux de division bipartite.* - On a vu que l'ordre public est inévitablement divers (RACINE, article préc. [supra, no 8], p. 1201 s.). Il n'est donc pas étonnant que, dans une saine méthode juridique, on ait essayé de trouver une division bipartite (ou tripartite ?) en rapport avec sa fonction. Parmi toutes celles proposées, il est incontestable que la distinction entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection a eu un indéniable succès (GHESTIN et alii, *op. cit.*, t. 2, La formation du contrat : l'objet et la cause, les nullités, 4<sup>e</sup> éd., 2013, LGDJ, nos 2165 s.) et qu'elle approche, à condition de lui reconnaître une certaine flexibilité, une répartition selon les fonctions. Elle a d'abord été bien développée par CARBONNIER (Droit civil, t. 4, Les obligations, 1990, PUF, nos 70 et 71) qui reconnaît tout de suite ses difficultés de mise en oeuvre. Elle a été ensuite reprise par une large part des auteurs, parfois avec un vocabulaire différent (V. par ex., MESTRE, L'ordre public dans les relations économiques, *in* L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, 1996, Thèmes & commentaires, Dalloz, p. 33 s. [supra, no 4]), qui distingue « l'ordre public impératif » et « l'ordre privé impératif ». On retrouve nettement la distinction dans la loi elle-même dans le code civil du Québec avec l'article 1417 (sur quoi, V. LLUELLES et MOORE, Droit des obligations, 2006, Thémis, Montréal, spéc. p. 1124 s.). Dans le domaine économique on a parfois dit que l'ordre public de protection correspondait à la fonction classique de l'ordre public et qu'il participerait de sa stabilité, alors que l'ordre public de direction serait plus instable et plus dépendant des politiques économiques.

**41.** *Droit de la consommation.* - Si l'affirmation recouvre une certaine réalité, elle est loin d'être toujours vérifiable. Pour ne prendre que l'exemple du droit de la consommation, qui semblerait, au premier abord, participer de l'ordre public de protection, il n'est certainement pas « classique » et on ne peut pas dire non plus qu'il se caractériserait par sa stabilité. Le développement de cet ordre public n'est pas niable (en ce sens, COUTURIER, L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve, Mélanges Flour, 1979, Defrénois, p. 95 s.) en même temps que la modification de ses techniques. Alors qu'il procérait à l'origine par des moyens *a posteriori* de réparation, par exemple la théorie des vices du consentement, avec l'inconvénient de devoir recourir à une action judiciaire, il est maintenant largement pourvu de moyens préventifs. Pour autant sa cohérence interne et les principes qui s'y appliquent ne répondent pas toujours à cette catégorisation apparente. Comme pour l'ordre public social, qui est aussi un ordre public de protection (V. *infra*, nos 85 s.), on se demandera, par exemple, s'il est possible d'étendre conventionnellement un statut déjà protecteur, ce qui est certainement envisageable, mais, et cela va plus loin, s'il est concevable d'appliquer conventionnellement à un sujet qui, *a priori*, n'en dépend pas, un statut légal de protection (V. ainsi, sur les hésitations, obs. MESTRE, sous Com. 10 déc. 2003, no 01-11.923 ☞, RTD civ. 2004. 285 ☞).

Mais surtout, quand on élève le débat au-dessus de l'apparence juridique, la distinction proposée devient très relative. Après tout, le fait de protéger systématiquement les consommateurs traduit une certaine conception de la société et des opérations juridiques qui révèle bien une idée de « direction » de cette société ? Saisie de la question à travers l'office du juge lui permettant de relever d'office un moyen tiré de ce droit, la Cour de cassation, après des hésitations qui l'avaient mise en contradiction avec la Cour de justice des Communautés européennes (aujourd'hui CJUE), a finalement vu le législateur intervenir pour consacrer cette possibilité (V. L. no 2008-3 du 3 janv. 2008, art. 34. - C. consom., art. L. 141-4, mod. L. no 2014-344 du 17 mars 2014, art. 81. - Sur quoi, POISSONIER, Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue, D. 2008. 1285 ↗) et elle a également adopté cette solution en matière de crédit à la consommation (Civ. 1<sup>re</sup>, 22 janv. 2009, no 05-20.176 ↗, Defrénois 2009. 663, obs. Savaux ; JCP 2009. II. 10037 note X. Lagarde ; D. 2009. 908, note S. Piedelièvre ↗ ; Just. et cass. 2010. 455, rapp. Richard ; Just. et cass. 460, obs. Pagès ; RTD com. 2009. 421, obs. Legeais ↗). Faut-il, pour autant, en déduire que l'ensemble du droit de la consommation devrait être traité comme participant uniquement de l'ordre public de direction, il y a un pas qu'il ne faut peut-être pas franchir ?

#### **Actualisation**

**41.** *Réforme du code de la consommation.* - En raison de la recodification du code de la consommation opérée par l'ordonnance no 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation (JO 16 mars), les dispositions de l'ancien article L. 141-4 sont désormais contenues dans les nouveaux articles L. 312-53 (hors sanction) et L. 341-10 (s'agissant des intérêts).

**42.** *Montée d'un ordre public de direction ?* - Aussi bien, en matière de régime des nullités paraît régner, au contraire, un certain pragmatisme (V. par ex., obs. AYNÈS et STOFFEL-MUNCK, Dr. et patr. 2005, no 141, p. 94 s. ; V. *infra*, nos **186 s.**). Dans un tout autre domaine, protéger non moins systématiquement le corps humain et la personnalité traduit aussi une certaine vision impérative de la société. Certes, ce qui reste vrai, c'est que ces visions passent à travers l'individu pour en arriver à la société ou à l'économie générale, mais est-ce, pour autant, fondamental ? En sens inverse, les dispositions d'ordre public de direction peuvent aussi apparaître comme fort relatives. Si le dirigisme économique y participe certainement, on sera beaucoup plus dubitatif devant les dispositions néolibérales. Protéger la liberté contre ses propres abus est-ce aussi de l'ordre public de protection ? Quand la question s'est posée clairement l'hésitation a souvent été de mise. La Cour de cassation a ainsi refusé l'analyse des dispositions concernant les baux d'habitation en 1948, 1982, 1986, 1989 comme de simples mesures de protection ce qui eût permis de situer le contrat sous l'égide de n'importe laquelle d'entre elles, retenant ainsi qu'elles traduisaient aussi une certaine conception de la société (Civ. 3<sup>e</sup>, 2 juin 1999, no 97-17.373 ↗, RDI 1999. 466, obs. Collart-Dutilleul. ↗ - Civ. 3<sup>e</sup>, 16 févr. 2000, no 97-22.012 ↗, Bull. civ. III, no 21 ; D. 2000. 733, note Beaugendre. ↗ - V. encore, à propos d'un bail HLM, Civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> oct. 2008, no 07-13.008 ↗, D. 2008. 2504, obs. Rouquet ↗ ; AJDI 2009. 303, obs. Forest ↗ ; RTD civ. 2009. 150, obs. Grimaldi ↗). Même en droit de la famille où l'on pourrait penser que règne désormais en maître l'ordre public de protection du fait du retrait progressif de l'État, la situation n'est pas si claire et on a pu montrer de façon convaincante que le rôle du ministère public, signe d'un ordre public de direction, était loin d'avoir disparu et s'était même développé dans certains cas (LEBORGNE, Le ministère public, partie principale à un contentieux de la filiation : réflexion sur la montée d'un ordre public de direction ?, *in* Mélanges Hauser, 2012, Lexis-Nexis, Dalloz, p. 311 s. - V. aussi, autour de la distinction ordre public de direction et ordre public de protection en droit de la filiation, RAOUL-CORMEIL, Le ministère public et les filiations, à l'ombre et à la lumière du droit, *in* Mélanges Sainte-Rose, préc., p. 1216 s.).

**43.** *Perception par la jurisprudence de la distinction bipartite.* - On ne peut tout de même pas ignorer l'intérêt concret de la distinction si l'on veut bien admettre sa relativité fondamentale puisque la jurisprudence n'hésite pas à rappeler que la violation d'une règle d'ordre public de protection est sanctionnée par la nullité relative (V. *infra*, nos **194 s.**). Même si la distinction est conceptuellement intéressante en ce qu'elle permet toutefois de voir plus clair dans les fonctions de la notion d'ordre public, il ne s'ensuit donc pas qu'elle soit toujours correctement reçue par la jurisprudence. Sauf s'il

existe un texte qui se prononce clairement sur la nature de la sanction, on trouve de nombreuses hésitations qui conduisent plutôt à l'impression que les juges ont une vision très fonctionnelle de la nullité. Il arrive assez souvent que, malgré le caractère manifestement directif d'un texte, les juges, du fond notamment, sont assez facilement enclins à ne retenir que la nullité relative, ce qui permet la renonciation et interdit au juge de soulever d'office l'argument, comme on vient de le voir. On l'a vu jadis lors des vives discussions sur la sanction des clauses d'indexation contraires aux textes de 1958-1959 où certaines juridictions, manifestement soucieuses de réduire l'aire d'application des nouveaux textes, ont cru pouvoir y voir un simple ordre public de protection alors qu'il s'agissait manifestement de reconstruire avec quelque vigueur un ordre public monétaire de direction, analyse finalement condamnée par la Cour de cassation (Com. 3 nov. 1988, D. 1989. 93, note Malaurie) (V. *infra*, no [193](#)). Il faut ajouter que, si l'on admet que l'aire de « l'ordre public imposé » s'est restreinte au profit d'un « ordre public négocié » (en ce sens, COULON, Le nouvel ordre public, *in* Mélanges Martin, 2004, Bruylant-LGDJ, p. 15), ce qui paraît être nettement le cas, par exemple, en matière successorale (V. ainsi, BEAUBRUN, Le nouvel ordre public successoral, *in* Mélanges Goubeaux, 2009, Dalloz-LGDJ, spéc. p. 15. - *Add* pour l'ordre public successoral international, AZAVANT, L'ordre public successoral, *in* dossier Sur le règlement européen du 4 juillet 2012, Dr. fam. oct. 2013, no 3), il serait peut-être opportun de substituer, à une distinction bipartite, une distinction tripartite, entre l'ordre public absolu, l'ordre public intermédiaire et l'ordre public de protection ?

## SEANCE 2 LA PERIODE PRECONTRACTUELLE

### Bibliographie indicative

- TOSI J.P., Le droit des obligations au Sénégal, LGDJ, 1981.
- Philippe le TOURNEAU, Matthieu POUMARÈDE, Répertoire de droit civil, Bonne foi, janvier 2017, § 3 - La bonne foi lors de la rupture des pourparlers.
- Philippe le TOURNEAU – Matthieu POUMARÈDE, Répertoire de droit civil Bonne foi ; janvier 2017 § 1 - La bonne foi lors de l'entrée en pourparlers.
- Répertoire de droit civil Bonne foi – Philippe le TOURNEAU – Matthieu POUMARÈDE – janvier 2017 § 2 - La bonne foi lors de la conduite des pourparlers.
- Patrick CHAUVEL, Répertoire de droit civil, Consentement — avril 2007 (actualisation : juin 2016) Section 4 : Rupture des pourparlers.
- Répertoire de droit civil Contrats et conventions – Louis Boyer – août 1993 (actualisation : avril 2015), Section 1 : Typologie du processus précontractuel Art. 1 - Pourparlers et engagements d'honneur.
- BOYER L., Les promesses synallagmatiques de vente : contribution à l'étude des avant-contrats, RTD Civ 1949, 1 et s.
- CHAUVIN P., Quelle sanction en cas de violation d'un pacte de préférence, RIDA 8-9/ 2006.

-FAYE. A. « Le transfert de propriété dans la vente de l'immeuble en droit sénégalais », Revue Droit Sénégalais Université de Toulouse, Presse universitaire de Toulouse I Capitole, n°8, nov. 2009, p.257.

-Mayatta Ndiaye MBAYE, *Les transactions immobilières au Sénégal*, « *De l'esprit du droit* », Mélanges Pougoue P. G.

-Boubacar DIALLO, « Promesse sous seing privés de vente d'immeuble immatriculé ne vaut? » Observation sur CS Sénégal n°79 du 16 juillet 2008, Aliou Bathily c/ Abdoul Diallo, Revue Droit et Ville, n°71, 2001, p. 175-197, n°31.

Thème : Les avant-contrats

Exercice : Commentaire d'arrêt

### **SUJET GROUPE DU LUNDI :**

**Commentaire de l'arrêt de la Cour Suprême 7 juillet 2016 BHS c/ La SCI Padino et autres, arrêt n° 50**

La cour supême, après en avoir délibéré conformément à la loi ;

#### **Sur la recevabilité du pourvoi, contestée par la défense :**

**Attendu que** Nasrallah a fait valoir que tous les points de droit litigieux entre les parties ont été jugés par l'arrêt n° 63 du 18 novembre 2009 de la cour suprême qui a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel du 18 mars 2008 ayant tranché la question de la propriété et toutes les contestations relatives au droit à la mutation entre les parties, de sorte que cette décision étant passée « en force de chose jugée », il ne reste plus rien à juger ;

**Mais attendu que** les pourvois soumis à la Cour sont formés contre une décision rendue entre les même parties, mais sur un objet différent de la première affaire ayant abouti à l'arrêt sus évoqué ; D'où il suit qu'ils sont recevables

#### **Sur la déchéance du pourvoi, soulevée par la SCI Padino :**

**Attendu que** la SCI Padino a soutenu que les pourvois de la BHS et de la SA El Hadji Doudou BASSE dite SA EDB sont déchus, en ce d'une part, La BHS a signifié son pourvoi non pas à domicile réel de la défenderesse au pourvoi, la SCI Padino, mais à son domicile élu au cabinet de la SCP DIAGNE et DIENE, et d'autre part, le pourvoi de la SA EDB n'a jamais été signifié ;

**Mais attendu** que d'une part, l'examen des actes de signification révèle que la BHS a signifié son pourvoi à la SCI Padino en l'étude de l'avocat qu'elle a constitué en appel lequel, ayant déposé par elle un mémoire en réponse, est présumé avoir été maintenu comme mandataire. ;

Que d'autre part, même si la BHS a signifié à M. Nasrallah son pourvoi en mairie, sans l'aviser par lettre recommandée du dépôt ainsi fait, ce dernier a été informé et a pu déposer son mémoire à temps ;

Qu'il s'ensuit que la déchéance du pourvoi n'est pas encourue ;

**Attendu**, selon l'arrêt attaqué, que par acte notarié des 4 et 10 juillet 2001, M. Nasrallah a conclu avec la SCI Padrino une promesse de vente sur un terrain immatriculé ;

Qu'ayant reçu sommation, le 26 novembre 2004, par la SCI Padrino, de parfaire la vente, M. Nasrallah qui avait vendu entre temps le terrain à la SA EDB qui avait procédé à l'inscription de la mutation du titre au livre foncier et obtenu un prêt de la BHS, en contrepartie d'une inscription d'hypothèque, lui a signifié son refus de le faire, en lui offrant de lui restituer la somme déjà perçue ;

Que sur assignation de la SCI Padrino, la cour d'appel de Dakar a condamné M. Nasrallah à parfaire la vente et ordonné au conservateur de procéder aux formalités de mutation au vu de l'acte notarié, par une décision du 18 décembre 2008, devenue irrévocable à la suite de l'arrêt de la Cour Suprême ayant rejeté le pourvoi ;

Que n'ayant pas pu obtenir la mutation, la SCI a assigné M. Nasrallah, le conservateur de la propriété foncière de Rufisque, la SA EDB et la BHS pour obtenir un jugement valent vente qui ordonne au conservateur, à sa vue, de procéder à la mutation du titre foncier ;

### **Sur le premier moyen du pourvoi de la BHS , pris en sa première branche :**

Vu l'article 381 du COCC

**Attendu que** selon ce texte, l'acquisition du droit réel résultant de la mention au titre foncier confère au nouveau titulaire un droit définitif et inattaquable dont l'étendue est déterminée juridiquement et matériellement par les énonciations du titre foncier ;

**Attendu que** pour dire qu'il vaut vente, et ordonner au conservateur de la propriété foncière de procéder, à sa seule vue, à la mutation du titre foncier au profit de la SCI Padrino, l'arrêt relève qu'outre l'adage la fraude corrompt tout, le fait pour Nasrallah d'avoir céder le dit titre foncier à la SA EDB, après avoir promis de le vendre de la SCI Padrino et refusé de parfaire cette promesse malgré les injonctions de la justice, rendent inapplicables les dispositions de l'article 381 du COCC ;

Qu'il en déduit que les inscriptions opérées en fraude sur le livre foncier ainsi que l'hypothèque inscrite au nom de la BHS ne sont pas opposable à la SCI Padrino acquérir ;

Qu'en statuant ainsi, alors que seule la fraude du vendeur de l'immeuble et la mauvaise foi de l'acquéreur permettent d'écartier l'application de l'article 381 du COCC lorsque la mutation a déjà été faite, la cour d'appel a violé la loi ;

**Par ces motifs**, et sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres moyens des deux pourvois : Casse et annule en toutes ses dispositions l'arrêt n° 224 rendu le 29 décembre 2014 par la cour d'appel de Dakar ;

### **SUJET GROUPE DU MARDI :**

#### **Commentaire de l'arrêt de la Cour Suprême du 16 janvier 2008, Youssou SECK c/ SNR, arrêt n° 21.**

**Attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt confirmatif attaqué que par jugement du 26 mars 1997, le tribunal régional de Dakar a débouté Youssou SECK à sa demande de perfection de vente dirigée contre la SNR, venue aux droits de la BNDS.**

**Sur le premier moyen, en ses cinq branches, et le troisième moyen réunis, pris d'une violation de la loi, notamment les articles 60, 78, 96, 99 et 382 du COCC et d'un défaut de base légale, en ce que, la cour d'appel, nonobstant l'accord de volontés clairement exprimé dans les**

correspondances produites aux débats, a dénié l'existence d'un contrat valable entre les parties, et, se bornant à citer évasivement une jurisprudence qui n'existe pas, a estimé que le promesse synallagmatique de vente, telle que réglementée par l'article 382 COCC, doit revêtir la forme d'un acte authentique ou sous seing privé, alors que, le principe, en matière contractuelle, est le consensualisme, qui signifie que la validité des conventions n'est subordonnée au respect d'aucune forme particulière et qu'en conséquence, la simple rencontre entre l'offre et l'acceptation forme valablement le contrat, créant entre les parties un lien irrévocable ;

**Mais attendu** qu'abstraction faite du motif erroné mais surabondant, selon lequel la promesse synallagmatique de vente portant sur un immeuble immatriculé peut revêtir la forme d'un acte sous seing privé, la cour d'appel ayant retenu que cet acte doit revêtir la forme d'un acte authentique, sa décision se trouve justifiée par ces seuls motifs ;

**D'où** il suit que le moyen ne saurait être accueilli ;

**Sur le deuxième moyen pris du défaut de réponse à conclusions**, en ce que, le juge d'appel n'a pas répondu aux conclusions par lesquelles le requérant lui demandait d'interpréter les écrits échangés entre les parties, pour constater l'existence d'un avant-contrat ;

**Mais attendu que** la cour d'appel, en énonçant que « ... le juge ne saurait déduire par interprétation de simples correspondances échangées entre les parties de l'existence de l'acte visé à l'article 382 COCC », a répondu aux conclusions invoquées ;

**Par ces motifs**, rejette le pourvoi de Youssouf SECK formé contre l'arrêt n° 513 du 3 octobre 2001, rendu par la cour d'appel de Dakar

#### Exercice: Commentaire d'arrêt

#### Documents :

##### Documents 1 : Dispositions légales

##### **Article 318 du Code des obligations civiles et commerciales**

Définition du droit de préemption

Quelle qu'en soit la source, le droit de préemption donne à une personne la faculté de se porter acquéreur d'un bien de préférence à toute autre.

Ce droit peut s'exercer dans toute espèce de vente.

##### **Article 319 du Code des obligations civiles et commerciales**

Droit de préemption conventionnel

Le droit de préemption d'origine conventionnelle résulte du pacte de préférence. Ce pacte est soumis aux règles des promesses de vente.

##### **Article 320 du Code des obligations civiles et commerciales**

Effet quant au promettant

Le promettant est tenu de faire connaître au bénéficiaire sa décision d'aliéner et les conditions du contrat qu'il projette de passer avec un tiers.

##### **Article 321 du Code des obligations civiles et commerciales**

Diverses sortes de promesses de vente

Le contrat de vente peut être précédé d'une promesse de vente, synallagmatique ou unilatérale.

### **Article 322 du Code des obligations civiles et commerciales**

Promesse synallagmatique

La promesse synallagmatique est celle par laquelle les deux parties sont d'accord, le vendeur pour vendre, l'acheteur pour acheter une chose déterminée pour un prix fixé.

### **Article 323 du Code des obligations civiles et commerciales**

Effets

La promesse synallagmatique est une vente parfaite lorsque le contrat peut être passé librement. Dans le cas contraire, elle oblige les parties à parfaire le contrat en accomplissant les formalités nécessaires à sa formation.

### **Article 324 du Code des obligations civiles et commerciales**

Promesse unilatérale de vente

La promesse de vente est unilatérale lorsque le bénéficiaire de l'offre n'assume aucune obligation d'acheter, alors que le promettant est tenu de l'obligation de vendre.

### **Article 325 du Code des obligations civiles et commerciales**

Effets

Lorsque toutes les conditions nécessaires à la formation de la vente sont fixées dans le contrat, la promesse de vente engage le vendeur et fait naître l'option au profit de l'acheteur.

La promesse de vente est parfaite dès l'échange des consentements et la vente est conclue au moment où l'acquéreur lève l'option.

### **Article 326 du Code des obligations civiles et commerciales**

Violation de la promesse de vente

Si, malgré sa promesse, le promettant a vendu la chose à un tiers, le bénéficiaire peut lui réclamer des dommages et intérêts ; il ne peut poursuivre l'annulation du contrat contre le tiers acquéreur que s'il établit la mauvaise foi de ce dernier au moment de l'acquisition.

### **Article 327 du Code des obligations civiles et commerciales**

Promesse unilatérale d'achat, définition

La promesse d'achat est une convention par laquelle une personne s'engage à acheter une chose si le vendeur consent à la vendre.

### **Article 328 du Code des obligations civiles et commerciales**

Effets

Le promettant est lié par l'acceptation du vendeur si toutes les conditions de la vente sont fixées dans le contrat.

La vente est conclue lorsque le vendeur fait connaître son adhésion à vendre la chose.

### **Article 382 Code des obligations civiles et commerciales**

## Avant-contrat

L'acte par lequel les parties s'engagent, l'une à céder, l'autre à acquérir un droit sur l'immeuble, est une promesse synallagmatique de contrat

Elle oblige l'une et l'autre partie à parfaire le contrat en faisant procéder à l'inscription du transfert du droit à la conservation de la propriété foncière

### Article 383 Code des obligations civiles et commerciales

#### Conditions de forme

Le contrat doit à peine, de nullité absolue, être passé par devant un notaire territorialement compétent sauf dispositions législatives ou réglementaires contraires.

### **Document 2 : Louis Boyer, *Contrats et conventions*, Répertoire de droit civil— août 1993 (actualisation : avril 2015), extrait :Art. 3 - Régime juridique de l'avant-contrat**

**202.** On sera ici très bref, la variété même des hypothèses obligeant à ne formuler que des solutions d'une portée générale.

#### § 1 - Formation de la promesse

**203.** La validité de celle-ci n'est, de droit commun, assujettie à aucune condition particulière. Il faut noter, cependant, que celui qu'elle lie doit justifier, dès maintenant, de la capacité et des pouvoirs nécessaires pour sa participation au contrat définitif ; c'est, dès maintenant, aussi, qu'on apprécie s'il existe un vice du consentement de sa part et la qualité de ses mobiles ;... que les éléments essentiels du contrat définitif doivent être précisés (Req. 15 déc. 1920, S. 1922.1.17, note G. Bourcart ; comp. Paris, 20 juin 1989, D. 1989, I. R. 223)... que, si ce dernier est un contrat solennel, les engagements doivent être accompagnés des formes légales prescrites pour ce dernier (Ghestin, **Le contrat : formation**, no 325 ; Guerriero, **L'acte solennel**, p. 412 et s. ; Mazeaud et Chabas, no 70). La jurisprudence dominante est dans ce sens mais certains estiment que cette extension du formalisme ne doit avoir lieu que si les formes en question ont pour objet la protection du consentement et les tribunaux admettent la validité de la promesse sous seing privé d'une constitution d'hypothèque (Req. 5 nov. 1860, D. p. 61.1.858 ; Paris, 24 janv. 1928, D. H. 1928.277) ; cette dernière solution est discutée (Ghestin, **op. cit.**, no 235).

#### § 2 - Situation créée

**204.** Dès l'instant de la promesse, il existe entre les parties une situation contractuelle commune faite de droits qui ont été analysés (*V. supra*, no [198 et s.](#)) ; elle ne peut être révoquée par simple volonté unilatérale. Hors le cas où il existe un élément d'**intuitus personae** (ainsi assez fréquemment pour le pacte de préférence, *V. Vente [éléments constitutifs]*), cette situation est transmissible dans les conditions du droit commun, les héritiers étant, en particulier, liés par l'engagement assumé par leur auteur, et le bénéficiaire d'une promesse pouvant disposer des droits résultant de celle-ci (Sur la libre cessibilité de l'option née d'une promesse de vente, *V. not.* : Civ. 8 nov. 1933, S. 1934, 1.28 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 19 juill. 1978, D. 1978, I. R. 452 ; **adde** : H. Lalou, **Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles : cessions actives et cessions passives**, D. H. 1928, Chron. 1). Sur la jurisprudence qui, en matière de promesse unilatérale, décide que l'exercice par son bénéficiaire d'une faculté de substitution n'équivaut pas à une cession, *V. Promesse de vente*.

**205.** De ce que la promesse n'est qu'une étape par rapport au contrat définitif, il résulte, en particulier, que si ce dernier a pour objet un transfert de droits réels ce transfert n'opère pas encore (Com. 7 juill. 1949, **Bull. civ.** II, no 279), de telle sorte qu'il n'y a pas matière à la publication

obligatoire prévue en matière immobilière (Req. 26 mai 1908, D. p. 1909.1.425) ni au paiement de droits de mutation (Req. 10 mars 1886, D. p. 87.1.261). La promesse ne peut avoir d'effet que pour une certaine durée ; celle-ci est généralement prévue par les parties soit expressément, soit de façon implicite ; en l'absence de toute indication, il est généralement admis qu'elle ne saurait excéder trente ans ; mais il a été jugé que, dès avant l'expiration de ce terme, l'auteur d'une promesse de vente pouvait mettre en demeure le bénéficiaire de celle-ci de prendre parti dans un délai raisonnable (Civ. 10 juin 1941, D. H. 1941.274 ; 4 avr. 1949, D. 1949.316 ; Colmar, 6 juill. 1966, D. 1967. Somm. 54 ; sur les difficultés pour appliquer la théorie de la prescription extinctive aux droits d'option, V. I. Najjar, thèse préc., no 178 et s. ; sur les solutions particulières en matière de pacte de préférence, V. **Vente**).

### § 3 - Réalisation du contrat définitif

**206.** La levée de l'option ou l'exécution de la promesse emporte la formation du contrat définitif sans aucune rétroactivité (Req. 1<sup>er</sup> août 1924, D. p. 1925.1.23, note H. L. ; Civ. 21 nov. 1949, J. C. p. 1950. II. 5255, note R. Cavarroc). C'est à ce moment qu'il faut apprécier l'équilibre des prestations au regard de la théorie de la lésion (C. civ., art. 1659, al. 2, en matière de promesse de vente immobilière) et, d'une façon plus générale, sa conformité par rapport aux exigences légales en la matière ; si l'option comporte plusieurs titulaires elle ne peut être exercée que par l'unanimité de ceux-ci (I. Najjar, thèse préc., no 301 et s.) ; on rappellera aussi que, les causes de nullité qui atteignent le consentement étant applicables aux actes unilatéraux (Civ. 24 mai 1948, D. 1948.517, note R. Lenoan, J. C. p. 1948. II. 4569, note C. B.), l'acte de levée d'option est, tout au moins en principe, susceptible d'être annulé pour de tels motifs (I. Najjar, thèse préc., no 269 et s.). Il faut, enfin, remarquer que, si celui qui lève une option doit avoir la capacité nécessaire en vue du contrat définitif (Collart Dutilleul et Delebecque, **Contrats civils et commerciaux**, no 60), il n'en va pas nécessairement de même pour celui qui demande seulement l'exécution d'une promesse « **stricto sensu** ».

**Document 3 : Mayatta Ndiaye MBAYE, *Les transactions immobilières au Sénégal, « De l'esprit du droit », Mélanges Pougoue P. G.*, extrait de la première partie de l'étude.**

#### I- Des transactions sécurisées

Les transactions portant sur des droits réels immobiliers immatriculés sont sécurisées. Cette sécurisation se manifeste par l'obligation d'intervention du notaire pour l'accomplissement des formalités d'inscription au Livre Foncier. Cette obligation d'authentification de la transaction immobilière (A) participe de l'instauration d'une technique contractuelle particulière par l'exigence d'un avantcontrat notarié pour toutes les transactions immobilières (B).

#### A- L'obligation d'authentification de la transaction immobilière

L'obligation d'authentification des transactions immobilières ne fait pas l'objet de contestation. Elle résulte clairement des articles 383 du COCC et 47 de la loi n° 201107 du 30 mars 2011 portant régime de la propriété foncière pour lesquels il n'y a point de transaction immobilière sans inscription et il n'y a point d'inscription sans acte notarié. Dès lors, le législateur sénégalais considère que non seulement l'inscription au Livre Foncier est une condition de perfection de la transaction immobilière (1), mais également que la forme notariée de la convention est une condition de l'inscription au Livre Foncier (2).

#### 1- L'inscription au Livre Foncier, une condition de perfection de la transaction

## **immobilière**

Les transactions immobilières portent sur les immeubles immatriculés au Livre Foncier. L'immatriculation permet d'identifier l'immeuble en question, son propriétaire, c'est-à-dire le titulaire du titre foncier ainsi que tout autre titulaire d'un droit réel sur l'immeuble<sup>1</sup>. Le titre foncier établi à l'issue de la procédure d'immatriculation est un acte « *définitif et inattaquable qui constitue le point de départ unique de tous les droits réels existant sur l'immeuble au moment de l'immatriculation* »<sup>47</sup>. Tout autre droit réel portant sur l'immeuble et toute modification de la structure des droits réels et de leur titulaire ne peuvent être effectifs qu'après inscription au Livre Foncier<sup>2</sup>. Les transactions immobilières modifiant la structure, constituant ou transférant des droits réels immobiliers doivent en conséquence faire l'objet d'une inscription au Livre Foncier. L'inscription au Livre foncier est donc une condition de perfection de toute transaction immobilière<sup>3</sup>.

L'exigence de perfection de la vente immobilière, du crédit-bail immobilier, de la location-vente immobilière, de l'échange immobilier, du bail à construction ou encore de l'acte de constitution d'hypothèque, d'usufruit ou de servitude résulte d'une volonté législative affirmée. Elle ne fait l'objet d'aucun débat même si les modalités d'intervention du notaire sont généralement mises en avant dans la justification des voies de contournement toujours recherchées par les populations<sup>50</sup>. Ainsi, le contrat portant sur des droits réels immobiliers immatriculés est à parfaire par son inscription à la Conservation de la propriété et des droits fonciers communément appelée « publicité foncière »<sup>4</sup>.

Cette perfection de la transaction immobilière a pour but, non seulement de justifier de l'existence de la transaction, mais également de rendre celle-ci valable et opposable aux tiers<sup>5</sup>.

Cette formalité essentielle pour l'existence et l'efficacité des transactions immobilières nécessite l'établissement préalable d'un écrit, d'un acte authentique, d'un acte notarié<sup>6</sup>.

## **2- La forme notariée de la convention, une condition d'inscription de la transaction au Livre Foncier**

Il résulte de l'article 47 de la loi n° 2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de la propriété foncière que les conventions ayant pour objet de constituer, transmettre, déclarer, modifier ou éteindre un droit réel immobilier, d'en changer le titulaire ou les conditions d'existence doivent être constatés par acte authentique. Dans tous les cas où une telle forme est exigée de l'acte portant la transaction immobilière<sup>7</sup>, le défaut d'intervention du notaire rend impossible l'inscription de la transaction au Livre Foncier. Le législateur sénégalais réserve donc une place de choix à l'acte notarié dans la procédure d'inscription des transactions immobilières au Livre Foncier. L'importance reconnue à la forme notariée ne résulte pas d'un hasard législatif. En effet, la forme notariée reste celle qui garantit tous les intérêts en présence dans les transactions portant sur des droits réels immobiliers immatriculés.

---

<sup>1</sup> Articles 40 et 41 de la Loi n° 2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de la propriété foncière. <sup>47</sup> Articles 381 du COCC et 42 de la Loi n° 2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de la propriété foncière.

<sup>2</sup> Article 20 de la Loi n° 2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de la propriété foncière.

<sup>3</sup> Articles 382 du COCC et 46 de la Loi n° 2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de la propriété foncière. L'exigence d'une telle formalité fait des transactions immobilières des contrats solennels. <sup>50</sup> L'intervention du notaire en matière immobilière est, en effet, dans certains cas contournée par les populations qui préfèrent passer par un acte sous seing privé ou encore par une légalisation dudit acte. C'est la cause de la plupart des contentieux dans ce domaine.

<sup>4</sup> Articles 382, 390, 391 du COCC et article 20 de la Loi n° 2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de la propriété foncière.

<sup>5</sup> Article 20 de la Loi n° 2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de la propriété foncière.

<sup>6</sup> Article 20 de la Loi de 2011 précité.

<sup>7</sup> L'alinéa 2 de l'article 47 de la Loi de 2011 prévoit des exceptions à ce principe de l'exigence d'un acte notarié.

D'abord, sur le plan sociologique, l'intervention obligatoire du notaire peut se justifier par l'analphabétisme et l'illettrisme des populations. Il n'est plus à démontrer la surprise et la souffrance de ceux qui, après avoir acheté de bonne foi un bien immobilier, se retrouvent évincés au profit d'un acquéreur plus diligent<sup>8</sup>.

Il n'est également plus à compter les familles pour lesquelles le seul élément immobilier du patrimoine a été retiré à la suite d'une procédure d'expulsion longue et honteuse. En conséquence, si ce n'est que sur le plan sociologique, l'intervention du notaire qui collecte et analyse les informations sur le bien immobilier objet de la transaction, informe et conseille les parties sans parti-pris, et accomplit l'ensemble des formalités préalables et postérieures nécessaires à la réalisation de la transaction immobilière, est dans le seul intérêt des populations.

Ensuite, sur le plan économique, l'intervention du notaire est profitable à tous. Pour l'administration et spécialement le Bureau de la Conservation et des droits fonciers, le notaire constitue un interlocuteur auquel il est possible d'exposer les motifs d'acceptation ou de rejet des actes à publier<sup>9</sup>. En effet, l'authentification obligatoire est une application profonde et souple du principe de légalité. L'intervention obligatoire du notaire permet de débarrasser les particuliers des problèmes de procédure tout en réalisant un encadrement juridique efficace et en assurant une sécurité indispensable au développement économique. Le droit notarial, qualifié de droit du développement, est particulièrement respectueux des intérêts de l'Etat et réalise un encadrement juridique qui garantit un seuil de stabilité et de sécurité à partir duquel il est possible de construire l'étape suivante des opérations juridiques au service du développement, celle de la simplification des procédures foncières qui permet leur accélération.

Pour tout citoyen, si l'acte sous seing privé avait été admis en matière de transaction immobilière, les parties se seraient en majorité tournées vers des agents d'affaires, avec une sécurité juridique réduite et des coûts plus élevés que ceux du notaire.

Même considéré comme très onéreux, le recours au notaire permet donc aux parties de réaliser une économie et de préserver leurs intérêts de manière convenable. En conséquence, en tant que prix d'une sécurité quasi-absolue, les émoluments du notaire ne doivent pas apparaître comme une charge critiquable<sup>10</sup>. Du point de vue de la célérité, les actes notariés retardent en apparence les opérations à moyen terme. Mais, ils sont plus rapides que les actes sous seing privé ; il y a juste un frein avant la signature de l'acte car tous les éléments concourant à la légalité doivent être réunis, le notaire ne pouvant se permettre de rédiger des actes illégaux<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> C'est d'ailleurs l'essentiel du contentieux en matière de propriété immobilière au Sénégal.

<sup>9</sup> Auparavant, les agents du Service de la Conservation foncière prenaient beaucoup de leur temps pour informer les usagers, voire leur faire un cours de droit notarial. Cette solution était possible à une époque pour ils ne recevaient qu'une centaine de dépôts par an. Mais, aujourd'hui, avec le rythme économique actuel qui nécessite des milliers de dépôts, leur attitude ne peut plus être la même. Les rejets doivent pouvoir se faire par une simple phrase immédiate comprise par le seul spécialiste qu'est le notaire. Par ailleurs, les actes sous seing privé étaient souvent rejettés à plusieurs reprises pour des erreurs multiples. Les particuliers en étaient outrés croyant voir dans les exigences de Livre foncier des exigences byzantines assorties d'un juridisme d'un autre âge qui constitue un obstacle au développement ; alors qu'il s'agissait, dans la plupart des cas, d'une méconnaissance des aspects les plus élémentaires du droit foncier.

<sup>10</sup> Le contentieux en matière immobilière au Sénégal montre bien l'insécurité des transactions immobilières hors intervention du notaire. En effet, plusieurs millions ont été versés à des vendeurs qui n'étaient pas les véritables propriétaires parce que les actes sous seing privé rédigés par les particuliers ne comportaient pas de vérifications d'origine de propriété. C'est vouloir économiser et perdre plus que l'économie escomptée. Dans tous les cas, les entreprises privées ont reconnu que les incidences de cette intervention obligatoire du notaire sont très faibles sur le plan financier.

<sup>11</sup> Le notaire est, à lui seul, juge et avocat commun des parties qui comparaissent volontairement devant lui. Il assure la moralité et la sécurité de la vie contractuelle. Il est non seulement témoin irrécusable des conventions qui se forment en sa présence en ce sens que la complexité des lois modernes ne laisse pas place aux affaires simples qui décèlent toutes des écueils que le notaire ne manquera jamais d'éviter ou de réduire dans les limites légales possibles. Le notaire doit donc respecter et faire respecter la loi applicable dans la rédaction des actes, chaque fois qu'il est sollicité par les opérateurs économiques qui veulent investir dans tel ou tel secteur d'activités ou se mettre en relation d'affaires. Il doit

Enfin, sur le plan sécuritaire, les transactions immobilières bénéficient, par l'intervention obligatoire du notaire, de la clarté et de la sécurité indispensables à une vie économique en plein développement. Les multiples litiges qui encombrent les tribunaux et les services administratifs, les nombreuses fraudes fiscales, la panoplie de décisions de justice en matière de transfert de propriété immobilière permettent de justifier du danger de la forme sous seing privé des transactions immobilières<sup>12</sup>. Les actes sous seing privé en matière immobilière ne sont que source de désordre fiscal, domanial et foncier ; ils portent atteinte à l'économie nationale et portent dans leurs flancs le germe de l'insécurité.

Le législateur sénégalais, par l'intervention obligatoire du notaire, a voulu éviter de tomber dans le paradoxe consistant à disposer d'un régime foncier riche en technique juridique tout en présentant un spectacle d'insécurité foncière. Dans sa volonté de sécuriser les transactions immobilières, il a instauré une technique contractuelle particulière en exigeant un avant-contrat notarié pour toute transaction immobilière.

## **B- L'instauration d'une technique contractuelle particulière : l'exigence d'un avant-contrat notarié**

La liberté contractuelle est le principe en matière de transaction immobilière. Mais, jusqu'où va cette liberté dans le cadre des transactions immobilières ? En ce qui nous concerne dans le cadre de cette étude, le consensualisme tel que résultant de l'article 41 du COCC est écarté en raison de l'exigence d'une forme et d'une formalité particulières. L'analyse de ces forme et formalité requises, à savoir la forme notariée de la convention et l'inscription de l'acte au Livre Foncier dénote une obligation légale longtemps enfouie : l'avant-contrat en matière de transaction immobilière doit revêtir la forme notariée. Cette exigence légale résulte non seulement de la nature juridique des transactions immobilières (1), mais également de la technique de la transaction immobilière (2).

### **1- Une exigence résultant de la nature juridique de la transaction immobilière**

Les transactions immobilières sont l'un des rares domaines où le législateur s'intéresse et exige, de façon expresse, une période précontractuelle. En effet, en dehors des contrats de fusion, de scission ou d'apport partiel dont la conclusion nécessite, au préalable, l'établissement et la publicité d'un projet de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif<sup>13</sup>, cette particularité est à remarquer dans les transactions portant sur des droits réels immobiliers immatriculés.

Mais, outre cette authenticité de la technique contractuelle, le législateur exige que l'avant-contrat ainsi requis prenne la forme d'un acte authentique.

Cette exigence trouve sa première justification dans la nature juridique de la transaction immobilière. En effet, l'ambigüité notionnelle, source de la controverse<sup>14</sup> (a) à laquelle s'identifient les dispositions applicables, n'entame en rien la certitude de la solennité de la transaction immobilière (b) qui justifie, à elle seule, l'exigence de la forme notariée de l'avant-contrat dans les transactions immobilières.

#### **a) La source de la controverse : une ambiguïté notionnelle**

L'ambigüité notionnelle des dispositions législatives source de la controverse vient de l'utilisation indifférente de termes juridiques différents. En effet, le débat doctrinal, les hésitations jurisprudentielles et la

---

respecter les normes applicables, refuser de rédiger ou de servir d'intermédiaire lorsqu'il constate que son intervention contreviendrait à la législation nationale, communautaire ou internationale. Il faut préciser que les honoraires rétribuent non seulement la responsabilité civile du notaire engagée dans chaque signature d'acte mais également son service et les frais de fonctionnement de son étude.

<sup>12</sup> Il est constant que l'intervention obligatoire du notaire dans les transactions immobilières permet de réduire voir de supprimer tout contentieux en la matière. Ce qui est contraire aux effets des actes sous seing privé.

<sup>13</sup> Article 193 de l'AUSC-GIE

<sup>14</sup> Pour des détails sur la controverse sur ce point, les développements sur la sécurité aux dimensions contestées.

position actuelle de la Cour Suprême sur la question de l'exigence de la forme notariée dans l'établissement de l'avantcontrat dans les transactions immobilières vient des termes juridiques différents utilisés par le législateur de manière indifférente. Il s'agit des notions « d'acte », de « contrat » et de « promesse synallagmatique » notamment dans l'article 382 du COCC. Ces dernières notions sont employées de manière indifférente pour désigner une même convention<sup>15</sup>. L'utilisation de ces trois notions rend ambigu le texte qui s'est prêté dès lors à des interprétations multiples alors que le sens de l'article 382 du COCC ne fait l'objet d'aucun doute.

Le contenu de l'article 382 du COCC n'aurait pas dû faire l'objet de débat dans la mesure où l'utilisation, de manière indifférente, de ces termes n'est pas exclusive à la promesse synallagmatique de vente.

Le législateur, dans les dispositions anciennes du COCC<sup>16</sup> comme dans celles nouvelles de l'Acte Uniforme de l'OHADA portant organisation des Sûretés<sup>17</sup> relatives à l'hypothèque conventionnelle, impose la forme notariée en usant des mêmes termes pour désigner, à chaque fois, la promesse synallagmatique d'hypothèque : l'hypothèque conventionnelle résulte d'un contrat soumis à publicité au Livre foncier ; l'acte d'hypothèque non encore publié est inopposable aux tiers et constitue, entre les parties, une promesse synallagmatique d'hypothèque qui les oblige à procéder à la publicité. L'acte est la promesse synallagmatique qui devient contrat dès l'inscription au livre foncier.

Le raisonnement peut d'ailleurs convoquer les articles 390 et 391 du COCC portant respectivement sur le bail assorti d'une promesse de vente<sup>18</sup> et l'échange immobilier. Dans les deux cas, les termes utilisés considèrent la publicité, non pas comme une condition de formation du contrat, mais plutôt comme une formalité d'opposabilité pour l'un<sup>19</sup> et de transfert de propriété pour l'autre<sup>20</sup>. Mais, une réflexion approfondie révèle un sens différent<sup>21</sup> : la publicité foncière, en application des règles particulières en matière immobilière, est une condition d'existence et d'opposabilité du bail assorti d'une promesse de vente ainsi que du transfert de propriété dans le cadre de l'échange immobilier.

Par conséquent, ce qu'il convient d'entendre à travers les dispositions des articles 382 du COCC et 20 de Loi n° 2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de la propriété foncière, c'est qu'en cas de défaut de publicité foncière, la transaction immobilière est qualifiée d'avant-contrat. Ce qui rend incontestable la nature juridique de la transaction immobilière.

---

<sup>15</sup> Article 382 COCC : «L'acte par lequel les parties s'engagent, l'une à céder, l'autre à acquérir un droit sur l'immeuble, est une promesse synallagmatique de contrat.

Elle oblige l'une et l'autre partie à parfaire le contrat en faisant procéder à l'inscription du transfert du droit à la Conservation de la propriété foncière. »

<sup>16</sup> Articles 908, 910 et 911 du COCC abrogés avec l'entrée en vigueur de l'AUS. D'ailleurs, l'existence de l'abrogation de plein droit de ces dispositions est discutable en ce sens que l'article 205 de l'AUS renvoie pour l'exigence de la forme notariée ou non aux dispositions nationales des Etats parties. Or, l'article 910 vient déterminer une telle forme. Toutefois, la loi de 1998 a abrogé expressément ces dispositions. Dès lors, la forme notariée de l'hypothèque est exigée en application de la loi n° 2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de la propriété foncière.

<sup>17</sup> Article 206 de l'AUS : « Tant que l'inscription n'est pas faite, l'acte d'hypothèque est inopposable aux tiers et constitue, entre les parties, une promesse synallagmatique qui les oblige à procéder à la publicité. », J.O OHADA n° 22, 15<sup>ème</sup> année du 15 février 2011.

<sup>18</sup> Il s'agit notamment du crédit-bail immobilier et de la location-vente immobilière.

<sup>19</sup> Article 390 COCC : «En dehors des contrats soumis à publicité par les textes relatifs à l'immatriculation foncière, le bail assorti d'une promesse de vente doit faire l'objet d'une inscription au titre foncier pour être opposable aux tiers. »

<sup>20</sup> Article 391 COCC : « Le transfert de propriété des immeubles qui font l'objet d'un échange se produit par l'inscription de chacun des transferts aux titres fonciers respectifs. »

<sup>21</sup> Voir l'article 20 de la Loi n° 2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de la propriété foncière.

## b) La certitude de la solennité de la transaction immobilière

Le contrat fait partie des actes juridiques, se rattache aux actes juridiques bilatéraux ou conventions et se présente comme une convention particulière. Il est un accord de volontés destiné à la création d'effets de droit particuliers, les obligations<sup>22</sup>. C'est cet aspect du contrat qui apparaît dans la définition résultant de l'alinéa 1 de l'article 40 du COCC<sup>23</sup>. Il se fonde sur le principe de la liberté contractuelle issu de la doctrine de l'autonomie de la volonté qui, dans certains cas, est écarté. Il en est ainsi en matière immobilière où la transaction immobilière est un contrat solennel.

Le contrat consensuel est celui qui se forme valablement par le seul échange de consentement, par le seul accord des volontés des parties, sans qu'il soit besoin de recourir à une quelconque formalité. En principe, les contrats sont consensuels ; c'est la règle, eu égard au principe du consensualisme<sup>71</sup>. Le fait que la loi impose la rédaction d'un écrit pour la preuve du contrat<sup>24</sup>, sur le plan des principes, ne porte pas atteinte à la règle du consensualisme. Dans ces hypothèses où la preuve préconstituée doit être aménagée au moment de la conclusion du contrat, celui-ci se forme valablement dès l'accord des volontés. Il est donc procédé à une distinction entre l'écrit exigé à titre de validité et l'écrit exigé à titre d'efficacité, l'écrit condition de validité différant de l'écrit preuve préconstituée. Toutefois, si l'on se place, non pas sur le plan des principes juridiques, mais plutôt de la réalité vécue, l'écrit preuve préconstituée est une entrave à la liberté contractuelle et au consensualisme.

En revanche, le contrat solennel est celui dont la formation valable est subordonnée à une forme particulière ou à l'accomplissement de certaines formalités indépendamment de l'accord de volontés. En ce qui concerne la forme, il peut s'agir de l'exigence d'un acte authentique ; il en est ainsi notamment de l'intervention d'un notaire dans les transactions immobilières. Quant aux formalités, elles sont prévues par la loi et peuvent être très diverses ; c'est le cas notamment de l'inscription de la transaction à la Conservation de la propriété et des droits fonciers<sup>25</sup>. Ces deux obligations justifient la qualification en contrat solennel de la transaction immobilière.

En tant que contrat solennel, la transaction immobilière reste objectivement un avantcontrat tant que la publicité foncière n'a pas été accomplie. Ce qui consiste donc à dire que le contrat n'est définitif que si l'avant-contrat fait l'objet d'une perfection qui en fait un contrat définitif. Or, ne peut faire l'objet de publicité foncière que la convention ayant la forme d'un acte notarié. Ce raisonnement équivaut en une reconnaissance légale de l'exigence de la forme notariée de l'avant-contrat en matière de transaction immobilière.

Il faut relever qu'en matière de droits réels immobiliers immatriculés, même si l'acte est intitulé « acte de vente », « vente », « échange », « crédit-bail », « bail à construction », « convention d'hypothèque » ou autre, il n'en demeure pas moins un avant-contrat tant que sa perfection n'a pas été effectuée conformément à l'article 20 de la Loi n° 2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de propriété foncière<sup>74</sup>.

Cette perfection de la transaction vaut également transfert de propriété immobilière lorsque la transaction réalisée est un contrat translatif de propriété immobilière. C'est ce qui confère à la transaction des aspects apparents de contrat réel.

---

<sup>22</sup> Article 39 COCC.

<sup>23</sup> Article 40 alinéa 1 COCC : « Le contrat est un accord de volontés générateur d'obligations ». <sup>71</sup> Article 41 du COCC.

<sup>24</sup> Article 14 du COCC.

<sup>25</sup> Articles 382 et 383 du COCC. Voir notamment sur ce point J.-P. TOSI, ouvrage précité, p. 61 et s. <sup>74</sup> Ainsi, la pratique notariée consistant à établir des actes intitulés « promesse synallagmatique de vente d'immeuble » n'a aucun intérêt si les parties sont censées réaliser l'opération s'engagent à accomplir la formalité de la publicité foncière.

En effet, le contrat réel est celui dont la remise de la chose objet du contrat est une condition de formation<sup>26</sup>. La vente et l'échange<sup>27</sup> sont, en principe, des contrats consensuels<sup>28</sup>. Toutefois, à titre exceptionnel, ils peuvent être des contrats solennels<sup>29</sup> avec quelques aspects de contrats réels. Lorsqu'ils portent sur des immeubles immatriculés, ils auraient pu être analysés comme des contrats réels en qu'ils ne sont des contrats définitifs et parfaits que lorsqu'ils auront abouti au transfert des droits réels immobiliers objet du contrat. Sans la perfection de la vente ou de l'échange telle que requise par la loi, le contrat n'est pas achevé et reste un avant-contrat.

Toutefois, le caractère réel desdites transactions immobilières est à relativiser. Il n'est fondé que sur le fait que le transfert de propriété est concomitant à la conclusion et à l'opposabilité du contrat. Or, si réels soient-ils, la vente et l'échange immobiliers ne résultent pas seulement de l'inscription du transfert du droit réel à la Conservation de la propriété et des droits fonciers. Il faut également un élément volontaire, à savoir la promesse synallagmatique de contrat qui ne peut avoir d'efficacité que si elle est authentique pour permettre la publicité foncière qui rend parfaite l'opération immobilière<sup>29</sup>.

Il apparaît clairement que si le caractère réel de la transaction immobilière est discutable car illusoires pour les ventes et échanges immobiliers, le caractère solennel, lui, est certain pour toute transaction immobilière.

Cette solennité résultant de l'exigence de la forme notariée et de l'inscription de la transaction au Livre Foncier confirme que c'est le même acte avant-contrat qui va devenir le contrat définitif.

Ainsi, en matière de vente immobilière, c'est le même acte qui administre la preuve du paiement du prix par la quittance authentique qu'il contient et, le cas échéant, constitue le titre de créance du prix dont le paiement est garanti par les dispositions de l'article 389 du COCC. Par ailleurs, c'est le même acte qui comporte les obligations du vendeur et de l'acheteur : l'obligation de payer le prix est, au même titre que l'obligation de délivrance, issue du seul acte. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, dans la pratique, le vendeur ne réalise la remise des documents permettant l'accomplissement des formalités de publicité foncière que lorsqu'il a toutes les garanties d'un paiement du prix. En effet, par le transfert de propriété qui se réalise par la mention sur le titre foncier du nom de l'acquéreur, ce dernier dispose d'un droit définitif et inattaquable<sup>30</sup>.

Le caractère solennel de la transaction immobilière aurait pu suffire à justifier de l'exigence de la forme notariée de l'avant-contrat qui en constitue le préalable. Mais, à celle-ci peuvent s'ajouter les nécessités pratiques à travers la technique de la transaction immobilière.

---

<sup>26</sup> C'est le cas notamment du contrat de dépôt. Il faut préciser que la tradition n'a plus besoin d'un acte matériel. En fonction de la nature de la chose, la tradition peut s'effectuer autrement. Il en est ainsi en matière immobilière où la tradition passe simple par le transfert de jouissance. Elle est réalisée dans l'acte notarié par la clause dénommée « Propriété – jouissance ».

Sur les différentes formes de tradition (tradition feinte, clause de dessaisine-saisine, constitut possessoire ou précaire) et une étude historique de son évolution, voir notamment J.-P. LEVY et A. CASTALDO, Histoire du droit civil, Dalloz, coll. Précis droit privé, 2002, 1<sup>ère</sup> éd., n° 387 et s. ; A. M. PATAULT, Introduction historique au droit des biens, PUF, coll. Droit fondamental – Droit civil, 1989, n° 173 et s.

<sup>27</sup> L'échange est un contrat translatif de propriété (articles 373 et 374 du COCC) <sup>77</sup> Articles 264, 265 et 373 et suivants du COCC.

<sup>28</sup> Voir les développements ci-dessus.

<sup>29</sup> Voir dans le même sens l'article 206 de l'AUS : « *Tant que l'inscription n'est pas faite, l'acte d'hypothèque est inopposable aux tiers et constitue, entre les parties, une promesse synallagmatique qui les oblige à procéder à la publicité.* », J.O OHADA n° 22, 15<sup>ème</sup> année du 15 février 2011.

<sup>30</sup> Voir notamment CA Dakar, n° 980 du 29 novembre 2005, inédit. Dans cette affaire, un acte notarié de vente immobilière au profit d'une personne a été attaqué par un prétendu coacquéreur de l'immeuble en cause. Le juge a rejeté la demande au motif que l'acte de vente est établi à son nom et que la perfection de celle-ci est déjà effectuée. Dès lors, en application de l'article 381 du COCC, le titre foncier établi au nom du nouveau titulaire du droit lui confère un droit définitif et inattaquable.

## **2- Une exigence résultant de la technique de la transaction immobilière**

En matière de transaction immobilière, l'avant-contrat se mue en contrat définitif. Il est le contrat définitif dès l'inscription de la transaction au Livre Foncier. Les parties ne sont pas tenues d'établir un autre acte valant contrat définitif pour réaliser la transaction (a). En outre, les sanctions concrètes en cas de non respect de la forme notariée de la transaction immobilière témoignent de l'importance de la forme notariée (b).

### **a) L'absence d'obligation d'établissement d'un autre acte valant contrat définitif**

Plusieurs dispositions légales permettent d'avancer une telle affirmation. A titre principal, les dispositions des articles 382 et 383 du COCC et celles de la loi n° 2011- 07 du 30 mars 2011 en constituent le fondement. Elles ne font pas de distinction entre le contrat définitif et l'avant-contrat en matière de transaction immobilière.

En effet, l'obligation des parties de parfaire la transaction immobilière résulte de l'avant-contrat lui-même<sup>31</sup>. Cette obligation a pour objet d'exiger des parties l'accomplissement de la formalité de l'inscription au Livre Foncier. Il n'est donc pas exigé l'accomplissement d'une double formalité : l'établissement d'un acte notarié avant la phase ultime de la transcription de la transaction au Livre Foncier. Une interprétation aussi large des dispositions législatives imposerait la rédaction d'un autre acte valant contrat définitif et ajouterait une formalité supplémentaire à celle unique retenue et imposée par le législateur : l'accomplissement des formalités de publicité foncière.

Ainsi, l'avant-contrat qui est le support de l'obligation de parfaire le contrat est dépourvu, seul, d'autre effet. Les effets du contrat définitif résultent, quant à eux, de l'inscription de la transaction au Livre Foncier<sup>32</sup>. Ils sont nécessairement la conséquence de l'obligation des parties née de l'acte support, donc de l'avant-contrat.

En matière de vente immobilière, le contrat définitif correspond donc à l'acte légalement qualifié d'avant-contrat qui donne naissance, non pas à l'obligation de faire, mais à l'obligation de donner du vendeur qui s'exécute par l'inscription foncière qui en constitue l'objet<sup>33</sup>.

Cette obligation de donner emporte, comme une suite naturelle, une obligation de délivrer qui en est l'assurance<sup>34</sup> et qui s'opère exactement de la même manière<sup>35</sup>. Il n'est donc pas possible, en ce qui concerne l'avant-contrat en matière de vente immobilière, de dissocier l'obligation de parfaire le contrat que constitue l'inscription du transfert de propriété au Livre Foncier<sup>35</sup> et l'obligation de délivrance qui pèse sur le vendeur visée aux articles 276 alinéa 2 et 277 alinéa 2 du COCC.

Si l'avant-contrat, tel que qualifié par le législateur, est le contrat définitif, ses conditions de forme sont clairement fixées : il doit être établi sous la forme d'un acte authentique, d'un acte notarié *ab initio*. Lorsque le législateur exige, pour la validité et l'opposabilité du contrat, l'accomplissement de formalités, la protection qu'il veut assurer aux parties n'existerait plus s'il est possible de conclure, en l'absence des formes prévues, un contrat préparatoire pour réaliser ladite transaction. La jurisprudence est donc légalement fondée lorsqu'elle subordonne la validité des promesses et mandats de passer des contrats notariés à leur établissement devant notaire<sup>36</sup>.

---

<sup>31</sup> Articles 323 et 382 du COCC.

<sup>32</sup> Article 381 du COCC et article 20 de la Loi n° 2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de la propriété foncière.

<sup>33</sup> Voir notamment les articles 381 et 386 du COCC et 20 de la Loi n° 2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de la propriété foncière.

<sup>34</sup> Article 276 alinéa 2 du COCC. <sup>35</sup> Article 277 alinéa 2 du COCC.

<sup>35</sup> Article 382 alinéa 2 du COCC.

<sup>36</sup> Il s'agit là du respect du parallélisme des formes.

D'ailleurs, à quoi bon insister sur le contrat définitif si, définitif soit-il, il sera toujours à parfaire pour produire des effets ? Dans le système du Livre Foncier, parler de contrat définitif avant l'inscription au Livre Foncier est, à la limite, un non-sens. Les parties comme le notaire ne peuvent que s'occuper des préalables, sa formation par sa perfection nécessitant l'intervention du Conservateur responsable du Livre Foncier<sup>37</sup>. Ainsi, en matière de vente immobilière, le contrat qui est exécuté par l'inscription du transfert au Livre Foncier n'existe pas avant l'accomplissement de cette formalité. Au contraire, c'est l'accomplissement de ladite formalité qui a donné naissance au contrat et qui, en même temps, a réalisé le transfert de propriété.

La vente immobilière est donc, dans le cas où le paiement est déjà effectué, un contrat instantané dans la mesure où sa conclusion est concomitante à son exécution, au transfert de propriété. Il n'existe donc pas un avant-contrat autonome et un contrat définitif avec un régime juridique précis.

Qu'il soit sous seing privé ou notarié, l'acte avant inscription au Livre Foncier ne produit qu'un seul effet : l'obligation de parfaire le contrat<sup>38</sup>. En lui-même, il ne produit donc pas tous ses effets entre les parties contrairement à ce qui est soutenu par une partie de la doctrine et retenue par la Cour Suprême<sup>90</sup> qui considère que l'avant-contrat sous seing privé portant sur un immeuble immatriculé est valable et produit tous ses effets entre les parties. D'ailleurs, si les effets devaient se limiter aux parties, l'avant-contrat serait inutile puisque l'intérêt d'un droit réel immobilier, c'est son opposabilité aux tiers par la publicité foncière qui suppose un acte authentique<sup>39</sup>. En conséquence, l'objectif des parties étant la constitution, la modification, le transfert ou l'extinction d'un droit réel immobilier, il faut, pour l'efficacité, un acte susceptible d'être publié au Livre Foncier, autrement dit, un acte authentique. A défaut, les parties peuvent se heurter à des sanctions d'ordre pratique.

### b) La sanction du non-respect de la forme notariée

L'exigence de la forme notariée de l'avant-contrat en matière de transaction immobilière s'infère d'une logique liée à la nature contractuelle et à la technique utilisée dans ce type de transactions. L'établissement de l'avant-contrat sous la forme sous seing privé nécessite, pour la conclusion du contrat, l'intervention du notaire qui, du reste, participerait à l'établissement d'un avant-contrat notarié, le contrat ne pouvant naître que lors de l'accomplissement de la formalité de la publicité foncière<sup>92</sup>.

Ainsi, bien qu'autorisée<sup>40</sup>, la forme sous seing privé comporte, en elle-même, deux inconvénients pratiques qui peuvent être appréciés comme des sanctions du défaut de forme authentique. Lorsque l'avant-contrat est établi sous la forme sous seing privé, sa perfection est impossible car celle-ci ne peut être effectuée que sur le fondement d'un acte notarié<sup>41</sup>. L'acte sous seing privé nécessitera alors une « double perfection<sup>42</sup> » : l'établissement d'un acte authentique pour avoir un avant-contrat parfait et l'inscription de la transaction au Livre Foncier pour avoir un contrat parfait. Ce qui aura de lourdes conséquences sur le plan économique : l'établissement de deux actes (acte sous seing privé puis acte authentique) nécessité par l'accomplissement de la publicité foncière rendra deux fois plus coûteuse la transaction immobilière.

<sup>37</sup> Voir dans le même sens J-P. TOSI, Le droit des obligations au Sénégal, LGDJ-NEA, 1981, p. 61

<sup>38</sup> Article 20 Loi n° 2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de la propriété foncière. <sup>90</sup> C.S. Chambres réunies, n° 11 du 19 juin 2012, inédit.

<sup>39</sup> Article 20 Loi n° 2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de la propriété foncière. <sup>92</sup> Article 382 du COCC.

<sup>40</sup> Cour Suprême du Sénégal, Chambres réunies, n° 11 du 19 juin 2012, CBAO c/ Expresse-Transit, inédit. Il résulte de cet arrêt que l'avant-contrat de vente de droits réels immobiliers immatriculés ne nécessite pas, pour sa validité, un acte authentique. Elle peut revêtir la forme d'un acte sous seing privé. Ainsi, dans le cas où elle a une telle forme, elle ne saurait être sanctionnée.

<sup>41</sup> Article 47 de la loi n° 2011-07 du 30 mars 2011 ; il résulte de l'article 383 du COCC que l'acte sous seing privé portant sur des immeubles immatriculés ne peut servir à parfaire la transaction mais également est nul de nullité absolue.

<sup>42</sup> La notion de « perfection » est ici prise au sens large, l'article 382 ne retenant comme formalité de perfection que la publicité foncière.

Les nécessités pratiques de la transaction immobilière justifient donc l'intervention du notaire dans l'établissement de l'avant-contrat. Le défaut d'une telle intervention fait l'objet de sanctions concrètes et pratiques. Les parties diligentes ne s'aventureront pas à mettre en péril leurs intérêts ou à payer deux fois : une première fois pour l'avant-contrat sous seing privé et une deuxième fois pour l'avant-contrat notarié dont l'établissement permettra d'accomplir les formalités de publicité foncière faisant naître le contrat. La nécessité d'ordre sécuritaire de l'intervention du notaire dans l'avant-contrat ne saurait être occultée même si, encore aujourd'hui, cette sécurité est à dimensions contestées.

**Document 4 : Arrêt de la Cour suprême n° 79 du 16 juillet 2008, Aliou Bathily c/ Abdoul Diallo.**

La Cour

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Vu la loi organique n° 92-25 du 30 mai 1992 sur la Cour de cassation ;

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué, que par jugement du 28 mars 2001, le tribunal régional de Dakar, après avoir rejeté la demande de résolution du contrat de vente conclu entre Aliou Bathily et Abdoul Diallo et constaté que ce dernier s'est libéré du prix convenu, a ordonné la perfection du contrat sous astreinte de 15000 F par jour de retard ; Sur le premier moyen pris de la violation des dispositions des articles 323, 382 et 383 du Code des Obligations Civiles et Commerciales, en ce que le juge d'appel a confirmé la perfection de la vente sur la base uniquement d'un acte sous seing privé n'ayant pas date certaine, passé entre le défendeur au pourvoi et El hadji Mamadou Sall qui, ne disposant pas d'une procuration notariée, n'a jamais justifié être son mandataire, alors que, s'agissant d'un titre foncier, les transactions portant sur l'immeuble dont la perfection de la vente était recherchée, sont régiees par un formalisme rigoureux fixé par les règles visées au moyen ;

Vu les articles 323, 382 et 383 du Code des Obligations Civiles et Commerciales, ensemble l'article 258 du même Code ;

Attendu qu'en vertu de ces textes d'ordre public, la vente et la promesse synallagmatique de vente d'un immeuble immatriculé, ainsi que la procuration donnée pour conclure de tels actes doivent, à peine de nullité absolue, être passées par devant notaire ;

Attendu que, pour confirmer le jugement entrepris, qui a ordonné la perfection de la vente d'un immeuble objet du TF n° 19916/DG sur la base d'un acte sous seing privé, l'arrêt retient « que l'appelant principal bien que représenté par un conseil, n'a versé au dossier, à part l'acte d'appel, aucune autre pièce pour soutenir sa demande tendant à l'infirmerie de la décision attaquée ; que l'attitude de l'appelant laisse supposer qu'il n'a pas de moyens sérieux à opposer aux arguments retenus par les premiers juges » ;

Qu'en se déterminant ainsi, alors que la vente porte sur un immeuble immatriculé, la cour d'Appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs,

Et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les deuxième et troisième moyens :

Casse et annule...

## SEANCE 3 LES CONDITIONS DE FORMATION DU CONTRAT

### Bibliographie indicative

- TOSI J.P., Le droit des obligations au Sénégal, LGDJ, 1981. pp.100-110.
- FABRE-MAGNAN M., Droit des obligations 1- Contrat et engagement unilatéral, PUF, 3éd, 2012
- MEKKI S. et MEKKI. M., Droit des contrats, Recueil Dalloz, 2015, p.529
- Judith ROCHFELD, Répertoire de droit civil, *Cause*, septembre 2012 (actualisation : juin 2016) Art. 3 - *Cause objective ou cause subjective*.
- Jacques Mestre, *La cause dans la formation du contrat*, RTD Civ. 1990 p.468.
- Judith ROCHFELD, Répertoire de droit civil, *Cause*, septembre 2012 (actualisation : juin 2016), Section 2 : Mise en œuvre du contrôle de l'existence de la cause Art. 1 - Moment de l'appréciation de l'existence de la cause.
- Cyril GRIMALDI, Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots, À propos du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Recueil Dalloz 2015 p. 814.
- Bertrand FAGES La cause de l'engagement, distincte des mobiles, s'apprécie à la date de sa formation (Civ. 1<sup>re</sup>, 3 avr. 2007, n° 05-11.405, à paraître au Bulletin), XII RTD Civ. 2007 p. 566.

### EXERCICE GROUPE DU LUNDI

Thème 1 : Le consentement

Exercice : commentaire d'arrêt

**Sujet : Commentaire de l'arrêt de la cour de cassation française, chambre civile 3, 21 mai 2008 N° de pourvoi: 07-10772**

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 26 octobre 2006) que Mme X..., par l'intermédiaire de son notaire M. Y..., a vendu divers biens immobiliers à la société civile immobilière MJR (la SCI) ; que soutenant qu'elle n'avait pas voulu céder le lot n° 11, elle a assigné la SCI en nullité de la vente pour **erreur** sur l'identification du bien vendu ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la SCI fait grief à l'arrêt d'accueillir la demande de Mme X... alors, selon le moyen :

1°/ que l'**erreur**, telle que définie à l'article 1110 du code civil, est une fausse représentation de la réalité ; que la cour d'appel, en retenant que l'**erreur** de Mme X... sur sa propre prestation découlait des inexacuitudes importantes relatives à la description des lots dans la promesse de vente et l'acte de vente lui-même bien que la simple lecture des deux actes aurait permis à la venderesse de constater que la description des lots ne correspondait pas à sa volonté, d'où il résulte qu'elle n'a pu

concevoir une fausse représentation de la réalité aussi patente, a méconnu l'article 1110 du code civil ;

2°/ qu'à supposer que Mme X... ait commis une **erreur** qui aurait vicié son consentement, l'article 1110 du code civil sanctionne de nullité l'**erreur** sur la substance caractérisée ; qu'en se limitant à relever qu'il existait des inexactitudes qu'à la condition qu'elles soient importantes dans la promesse de vente puis dans l'acte de vente lui-même, et une méprise de Mme X... quant à l'étendue des droits qu'elle a cédés, sans vérifier les caractères de cette **erreur**, notamment si elle était excusable, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision et prive son arrêt de base légale au regard du texte susvisé ;

Mais attendu qu'ayant constaté que la promesse de vente sous seing privé établie par le notaire M.

Y..., dont les indications avaient été reproduites dans l'acte de vente du 12 août 1998, comportait une **erreur** importante de contenance du lot n° 11, vendu pour 60 m<sup>2</sup> alors que sa superficie réelle était de 213 m<sup>2</sup> et ne précisait pas que ce lot faisait l'objet d'un bail commercial, et relevé que par lettre du 27 février 2002 M. Y... avait indiqué au notaire de la société MJR qu'il pensait très sincèrement que sa cliente n'envisageait pas de vendre le lot n° 11, la cour d'appel qui a retenu que cette inexactitude et cette omission avaient des conséquences importantes sur la définition des biens vendus et la consistance de la vente et que Mme X... n'avait pas compris que l'un des lots énumérés dans l'acte de vente correspondait aux locaux commerciaux loués à la société Degivry occupant le lot n° 11, a pu en déduire, sans être tenue de procéder à une recherche sur le caractère inexcusable de l'**erreur** que ses constatations rendaient inopérante, que l'**erreur** de Mme X... sur l'objet même de la vente, laquelle faisait obstacle à la rencontre des consentements, devait entraîner l'annulation de la vente ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen qui ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

### **EXERCICE GROUPE DU MARDI**

Thème : La cause

**Sujet** : Commentaire de l'arrêt de la cour de cassation française, Soc. Banchereau c/ Soc. Chronopost, com. 22 octobre 1996.

La cour ;

Sur le premier moyen :

Vu l'article 1131 du code civil ;

Attendu que selon l'arrêt infirmatif attaqué, que la société Banchereau a confié à deux reprises, un pli contenant une soumission à une adjudication à la société chronopost, venant aux droit de la société SFMI ;

**Que** ces plis n'ayant pas été livrés le lendemain de leur envoi avant midi, ainsi que la société chronopost s'était engagée, la société Banchereau a assigné en réparation de ses préjudices la société Chronopost ;

**Que** celle-ci a invoqué la clause du contrat limitant l'indemnisation du retard au prix du transport dont elle s'était acquittée ;

**Attendu que**, pour débouter la société Banchereau de sa demande, l'arrêt retient que, si la société Chronopost n'a pas respecté son obligation de livrer les plis le lendemain du jour de l'expédition avant midi, elle n'a cependant pas commis une faute lourde exclusive de la limitation de responsabilité du contrat ;

**Attendu qu'en** statuant ainsi, alors que spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société Banchereau dans un délai déterminé et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

**Par ces motifs**, et sans qu'il ait lieu de statuer sur les autres griefs du contrat, casse...

## **Documents**

### **Document 1 : Jacques GHESTIN, Yves-Marie SERINET, *Erreur, Répertoire de droit civil, septembre 2006 (actualisation : avril 2016)*, extrait : Généralités**

**1.** L'erreur connaît plusieurs acceptations. D'une façon générale, on la définit comme une opinion, un jugement contraire à la vérité (commettre une erreur), une fausse doctrine, mais aussi comme une faute, une méprise (erreur de calcul), une maladresse, ou encore comme un égarement, un dérèglement de la conduite (LAROUSSE, Vo Erreur). Sous ces différentes définitions, deux grandes catégories pointent. Il s'agit, d'une part, de l'erreur dans une croyance, qui correspond à la situation d'une personne qui se représente inexactement la réalité, soit qu'elle considère comme vrai ce qui est faux, soit qu'elle considère comme faux ce qui est vrai (A. LALANDE, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, 1<sup>re</sup> éd., 1926, 2<sup>e</sup> éd., 2002, PUF, coll. Quadrige, Paris, Vo Erreur, p. 297, pour qui il s'agit, au sens actif, de l'acte d'un esprit qui juge et, au sens passif, de l'état d'un esprit qui tient pour vrai ce qui est faux ou inversement). L'erreur porte alors sur l'existence d'un fait, l'appréciation d'une situation, le sens ou la portée d'un droit ou d'une règle de droit. Il s'agit, d'autre part, de l'erreur dans le comportement, l'erreur de conduite qui se rapproche de la notion de faute et justifie la responsabilité. À ce titre, on distingue parfois l'erreur médicale de la faute médicale d'imprudence (sur les différents sens possibles de l'erreur, V. E.-A. FARNSWORTH, Alleviating Mistakes : Flawed Perceptions as Grounds for Reversal and Forgiveness, 2004, Oxford University Press).

**2.** Même limitée à son premier sens, la notion d'erreur intervient encore dans de nombreuses matières du droit avec parfois un effet positif, parfois un effet négatif (G. CORNU [sous la dir. de], Vocabulaire juridique, Vo Erreur, Travaux Assoc. H. Capitant, 6<sup>e</sup> éd., 2004, coll. « Quadrige », PUF, p. 362). Ainsi, le droit pénal admet-il, à certaines conditions (C. pén., art. 122-3), d'écartier la responsabilité pénale de l'auteur d'une infraction qui justifie d'une erreur de droit invincible, ou d'une erreur de fait s'agissant des seules infractions intentionnelles (B. BOULOC, Droit pénal général, 19<sup>e</sup> éd., 2005, Précis Dalloz, nos 433 et s.). De même, le droit civil tient compte de l'erreur légitime du tiers qui a pu croire en l'existence d'une situation de fait apparente : *Error communis facit jus* (J. GHESTIN et G. GOUBEAX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, Traité de droit civil. Introduction générale, 4<sup>e</sup> éd., 1994, LGDJ, nos 838 et s. ; sur l'analyse des rapports entre l'erreur commune et la croyance légitime, V. A. DANIS-FATÔME, Apparence et contrat, thèse, Paris I, préf. G. VINEY, Bibl. dr. privé, t. 414, 2004, LGDJ, spéci. nos 894 et s.). Il est devenu habituel de plutôt raisonner ici en termes de « croyance légitime » (V. **Mandat**). Plus fréquemment, néanmoins, l'erreur

sera invoquée afin de revenir sur la décision ou le jugement qu'elle a emportés (G. CORNU [sous la dir. de], *loc. cit.*). En droit administratif, l'erreur manifeste d'appréciation commise par l'Administration est sanctionnée par la juridiction administrative au titre du contrôle des motifs. Sur le terrain judiciaire, l'erreur née d'une mauvaise appréciation de la culpabilité d'une personne poursuivie ouvre parfois le recours exceptionnel de la révision. Mais en règle générale, lorsqu'un plaigneur fait état d'une erreur, il vise un résultat précis : l'annulation d'un acte juridique. L'erreur est alors comprise comme « le fait de se tromper qui [...] entache d'un vice la formation de l'acte (contrat, décision...) accompli sous l'empire de cette fausse représentation ».

**3.** Les articles 1109, mais surtout, 1110 du code civil constituent le siège de l'erreur entendue comme un vice du consentement affectant les conventions. Mais d'autres dispositions ont encore vocation à la régir. Les articles 180 et 181 du code civil visent l'erreur sur la personne dans le mariage (V. [Mariage](#) [[2<sup>e</sup> Conditions de formation](#)] ; V. *infra*, nos [21 et s.](#)), les articles 2052 et 2053 l'erreur dans la transaction (V. [Transaction](#)), l'article 1356 l'erreur en matière d'aveu (V. [Preuve](#)). De même, l'erreur du *solvens* a longtemps été une condition importante à laquelle la répétition du paiement indu se trouvait subordonnée en raison de la rédaction de l'article 1377 (V. [Répétition de l'indu](#) ; J. GHESTIN, L'erreur du solvens, condition de la répétition de l'indu, D. 1972, chron. 227). Bien que l'interprétation du texte ait conduit à écarter la preuve d'une telle erreur pour le cas de l'indu objectif (la dette n'existe pas ou plus), elle demeure une démonstration requise de la part du *solvens* en cas d'indu subjectif (la dette existe, mais pas entre la personne qui a effectué le paiement et celle qui le reçoit).

**4.** Si l'on s'en tient au seul article 1110 du code civil, le texte apparaît comme nettement restrictif. Son analyse ne suffit cependant pas à rendre compte de la notion d'erreur. Pour avoir une vue complète, il semble nécessaire, au préalable, d'en présenter la sanction (V. *infra*, nos [5 et s.](#)) et d'en rapporter l'évolution historique (V. *infra*, nos [11 et s.](#)).

### **§ 1 - La sanction de l'erreur vice du consentement**

**5.** L'erreur est sanctionnée par la nullité du contrat (C. civ., art. 1117). Si certaines conditions sont remplies, les circonstances qui l'ont fait naître peuvent encore justifier une condamnation à dommages et intérêts.

#### **Actualisation**

**5 s.** *Nullité relative*. - L'article 1131 du code civil, issu de l'ordonnance, prévoit que l'erreur est une cause de nullité relative du contrat.

#### **A. - La nullité pour erreur**

**6.** Cette nullité, qui opère rétroactivement (Cass. 3<sup>e</sup> civ. 13 juin 2001, n° 99-18.676 , y compris à l'égard d'un contrat à exécution successive comme le bail), est relative. Il s'en déduit que l'action en nullité d'une convention contractée par erreur est réservée à la partie dont le consentement a été vicié (Cass. 3<sup>e</sup> civ. 9 nov. 1976, Gaz. Pal. 1977, 1, somm. 20 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ. 1<sup>er</sup> mars 1988, Bull. civ. I, n° 56 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ. 4 juill. 1995, Bull. civ. I, n° 291, RTD civ. 1995, 866, obs. J. Hauser , D. 1996, 233, note F. Boulanger , Defrénois 1996, art. 36272, obs. J. Massip, Defrénois 1996, art. 36278, obs. G. Champenois : l'action en nullité de mariage est, en raison de son caractère patrimonial, transmise après décès de l'époux à ses ayants cause universels). On estime qu'il s'agit d'une nullité consentie à une seule personne « mais sans caractère purement personnel » (E. GAUDEMEL, Théorie générale des obligations [1937], reprint 2004, Dalloz, p. 167), en sorte que sont également autorisés à agir en vertu d'un droit dérivé de celui de la personne protégée, ses héritiers, ses créanciers et même ses ayants cause particuliers s'ils y ont intérêt (Y.-M. SERINET, thèse préc., n° 98). L'action se transmettrait ainsi à titre d'accessoire (Ch. LARROUMET, Droit civil, t. 3, Les obligations. Le contrat, 5<sup>e</sup> éd., 2003, Economica, n° 551). En matière de dol, toutefois, la Cour de cassation a récemment refusé une telle transmission à l'ayant cause à titre particulier, nonobstant la stipulation d'une clause de subrogation générale, au motif que « l'action en nullité relative pour dol est réservée à celui des contractants dont le consentement a été vicié » (Cass. 3<sup>e</sup>

civ. 18 oct. 2005, Bull. civ. III, n° 197, RTD civ. 2006. 317, obs. J. Mestre et B. Fages , RDC 2006. 470, obs. Y.-M. Serinet). S'il est interdit de renoncer par anticipation, dans le contrat lui-même, à invoquer la nullité pour erreur (P. BOUZAT, De la clause par laquelle une partie dans une convention s'engage à ne pas en demander la nullité, Rev. crit. législ. et jur. 1934. 350 ; R. JAPIOT, Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle, 1909, Rousseau et Cie, p. 308 et s., p. 752 et s. ; G. COUTURIER, La confirmation des actes nuls, thèse, Paris [Bibl. dr. privé, t. 121, 1972, LGDJ, préf. J. FLOUR], nos 247 et s. ; Y.-M. SERINET, thèse préc., nos 755 et s.), il demeure possible de confirmer le contrat (CA Versailles, 4 oct. 1996, RJDA 1997, n° 338). Parce qu'elle suppose elle-même un consentement intègre (G. COUTURIER, thèse préc., n° 250), la confirmation doit cependant être postérieure à la découverte de l'erreur.

7. Enfin, la nullité se prescrit par cinq ans. Selon l'article 1304, alinéa 2, du code civil, ce temps court « ... dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts ». Pratiquement, le point de départ du délai remonte au jour où le titulaire de l'action peut l'exercer utilement. Cela correspond, dans la thèse, qui fait reposer la prescription abrégée sur une volonté de confirmation tacite, au moment à partir duquel la personne protégée est en mesure de confirmer l'acte nul et, dans la thèse, objective fondée sur la défense de l'intérêt social, à une suspension du délai tant que le titulaire de l'action est dans l'impossibilité d'agir. Le délai ne commence d'ailleurs à courir que lorsque l'erreur a été découverte (Cass. 3<sup>e</sup> civ. 13 mai 1998, n° 96-18.571 , RJDA 1998, n° 824, au moment des effondrements ayant réduit la surface de l'étang qui donnait sa valeur au site ; Cass. com. 10 déc. 2002, n° 98-21.174  : date de la communication effective des documents comptables aux cautions par le greffe ; Cass. 3<sup>e</sup> civ. 2 juill. 2003, RJDA 2004, n° 514 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ. 7 mars 2006, n° 04-10.876 , Bull. civ. I, n° 135 : erreur déterminante sur le taux effectif global figurant dans un acte de prêt), et non simplement soupçonnée (Cass. 1<sup>re</sup> civ. 31 mai 1972, Bull. civ. I, n° 142 ; *contra* : Cass. 3<sup>e</sup> civ. 18 nov. 1981, Gaz. Pal. 1982. 1, panor. 184, en matière de dol). Les juges du fond apprécient souverainement le moment auquel le demandeur à la nullité a eu connaissance des éléments de nature à le convaincre de son erreur (Cass. 1<sup>re</sup> civ. 13 déc. 2005, Bull. civ. I, n° 496, RJDA 2006, n° 492, qui approuve les juges du fond d'avoir fait partir le délai de cinq ans de la première notification des redressements et de la mise en recouvrement des impositions éludées par lesquels avait été révélée l'erreur sur l'exonération fiscale attendue de l'application de la loi Malraux). L'application de la règle soulève une difficulté de preuve (J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, Les obligations, t. 2, L'acte juridique, 12<sup>e</sup> éd., 2006, Sirey, n° 354, note 2), dès lors qu'incombe au demandeur la charge de prouver que le vice n'a pas été immédiatement découvert après la conclusion du contrat (rappr. Cass. com. 3 mai 2006, n° 04-19.315 , JCP 2006. IV. 2181 : prescription de la demande d'annulation d'un contrat de crédit-bail pour une erreur prétendue sur les conditions de mise en oeuvre du droit de résiliation unilatérale, la clause de résiliation anticipée étant connue dès la signature du contrat). En raison de ce point de départ mobile, la question de l'application résiduelle de la prescription trentenaire de droit commun demeure posée, notamment dans l'hypothèse, où l'erreur serait invoquée par le vendeur très longtemps après la vente (Y.-M. SERINET, thèse préc., nos 138 et s.). La sécurité juridique paraît commander que la validité de l'acte ne soit pas trop longtemps menacée au profit d'intérêts particuliers (J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, t. 2, n° 355). Mais les décisions favorables à l'enfermement de la courte prescription dans la longue, ne l'ont pas été sur le terrain de l'erreur. Anciennement, on l'avait admis à propos du dol (T. civ. Seine, 14 août 1852, confirmé par CA Paris, 22 juill. 1853, DP 1855. 2. 155, S. 1854. 2. 49), avant que la Cour de cassation ne fixe la jurisprudence en sens contraire en jugeant il y a peu que « la prescription extinctive trentenaire de l'article 2262 du code civil n'est pas applicable à l'action en nullité pour dol régie par le seul article 1304 du même code, sauf à priver d'effectivité l'exercice de l'action prévue par ce texte » (Cass. 1<sup>re</sup> civ. 24 janv. 2006, Bull. civ. I, n° 28, D. 2006. 626, note R. Wintgen , JCP 2006. II. 10036, note M. Mekki, Defrénois 2006, art. 38365, obs. E. Savaux, RTD civ. 2006. 320, obs. J. Mestre et B. Fages , RDC 2006. 708, obs. D. Mazeaud, Petites affiches 2006, n° 160, p. 9, note Y. Dagorne-Labbé). Pourtant, il a été simultanément admis que l'action en garantie légale des vices cachés doit « être mise en oeuvre à l'intérieur du délai de la prescription extinctive de droit commun fixé à trente ans par l'article 2262 du code civil ». Parce que ces différents délais obéissent à une

semblable mécanique, on ne voit pas ce qui justifierait cette différence de traitement, sauf à considérer qu'elle présage une contrariété de jurisprudences entre chambres (Cass. 3<sup>e</sup> civ. 16 nov. 2005, Bull. civ. III, n° 222, JCP, éd. E, 2006. 1026), ou qu'elle tienne et se limite, dans le cas du dol, à la volonté de sanctionner des manœuvres frauduleuses. Quoi qu'il en soit de ces incertitudes, il faut souligner qu'en matière d'erreur, la jurisprudence a plusieurs fois eu à connaître de l'annulation d'un contrat vieux de plus de trente ans, comme dans l'affaire du Verrou, toile attribuée à Fragonard (TGI Paris, 21 janv. 1976, Gaz. Pal. 1976. 1. 353, note L. C., D. 1977. 478, note Ph. Malinvaud suivi de CA Paris, 3 avr. 1978). La première vente y fut en effet attaquée plus de quarante ans après sa conclusion en 1933, sans qu'il soit fait état de l'écoulement de cette très longue période de temps. Pour les raisons précédemment mentionnées, l'application de la prescription trentenaire à l'action fondée sur une erreur spontanée ne serait pas dépourvue d'arguments pratiques (en ce sens, V. J. MESTRE et B. FAGES, obs. RTD civ. 2006. 320 ).

#### **Actualisation**

**7. Point de départ de l'action en nullité.** - L'article 1144 du code civil résultant de l'ordonnance du 10 février 2016 reprend la règle énoncée par l'actuel article 1304, alinéa 2, du code civil, selon laquelle le délai de l'action en nullité ne court, en cas d'erreur, que du jour où elle a été découverte.

#### **B. - Les dommages et intérêts**

**8.** Vice du consentement, l'erreur autorise, à certaines conditions, l'annulation du contrat. Mais ses effets ne se bornent pas à cela. Il est aujourd'hui admis que les mêmes circonstances puissent ouvrir droit à des dommages et intérêts (Y.-M. SERINET, thèse préc., nos 569 et s.), soit de manière cumulative, soit à titre optionnel (F. BUSSY-DUNAUD, Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties, thèse, Paris I, préf. J. GHESTIN, Bibl. dr. privé, t. 201, 1988, LGDJ, nos 78, 390 et s.). Certes, on comprendrait que les tribunaux répugnent à introduire dans la sanction de l'erreur une condamnation à des dommages et intérêts qui ferait pénétrer dans cette théorie un élément perturbateur tiré du droit de la responsabilité au risque de la vider de toute substance particulière (J. GHESTIN, La notion d'erreur dans le droit positif actuel, thèse, Paris, préf. J. BOULANGER, Bibl. dr. privé, t. 41, 1<sup>re</sup> éd., 1963, 2<sup>e</sup> éd., 1971, LGDJ, n° 102). Il n'y a pourtant pas lieu de fermer la voie délictuelle lorsque ses conditions particulières sont réunies. Cela suppose néanmoins que la victime de l'erreur établisse un préjudice non couvert par les éventuelles restitutions (M. PLANIOL et G. RIPERT, Traité pratique de droit civil français, t. 6, Les obligations, 2<sup>e</sup> éd., par P. ESMEIN, 1952, LGDJ, n° 189) en relation avec une faute de l'autre partie. Cette dernière s'évincera naturellement du dol mais aussi, plus largement, de la simple inexécution d'une obligation de renseignement dépourvue d'intention de tromper (sur la distinction, V. Cass. com. 28 juin 2005, n° 03-16.794 , Bull. civ. IV, n° 140, RTD civ. 2005. 591, obs. J. Mestre et B. Fages ). La condamnation interviendra alors en application de l'article 1382 du code civil (J. GHESTIN, Traité de droit civil. Les obligations. La formation du contrat, 3<sup>e</sup> éd., 1993, LGDJ, n° 519 ; Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, op. cit., n° 227).

**9.** Pendant longtemps, l'interprétation de la jurisprudence fut à cet égard délicate, soit que les décisions aient été saisies sur plusieurs fondements parallèles (CA Bordeaux, 13 nov. 1905, DP 1908. 2. 287 ; CA Lyon, 9 juin 1953, D. 1954. 14, JCP 1954. II. 7968, note J. Hémard), soit que les condamnations à réparation fissent état d'agissements indélicats ou de réticences qui, sans en recevoir la qualification, étaient cependant à la limite du dol (pour cette jurisprudence incertaine, V. T. civ. Seine, 21 juill. 1925, DH 1925. 696 ; T. civ. Seine, 3 nov. 1930, Gaz. Pal. 1931. 1. 15 ; CA Orléans, 21 janv. 1931, DH 1931. 172 ; CA Paris, 22 févr. 1950, D. 1951. 269 ; CA Rennes, 26 oct. 1950, Gaz. Pal. 1951. 1. 27). Depuis, le principe en vertu duquel la faute précontractuelle oblige à réparation même en présence d'une erreur spontanée a été fermement consacré, tant dans des situations où l'annulation se trouvait sollicitée en parallèle (Cass. 3<sup>e</sup> civ. 29 nov. 1968, Gaz. Pal. 1969. 1. 63 ; TGI Argentan, 15 oct. 1970, D. 1971. 718, note J. Ghestin ; Cass. 1<sup>re</sup> civ. 23 mai 1977, Bull. civ. I, n° 244 ; CA Lyon, 28 sept. 1989, D. 1989, IR 301), que dans celles où l'indemnisation constituait l'unique prétention (V. très clairement Cass. 1<sup>re</sup> civ. 16 avr. 1991, Bull. civ. I, n° 145, JCP 1993. II. 21976, note H. Meau-Lautour, Contrats, conc., consom. 1991, comm. 134, obs. L. Levener, D. 1992, somm. 264, obs. J.-L. Aubert , RTD civ. 1992. 83, obs. J. Mestre , Petites affiches

1993, n° 31, p. 13, note D. Arlie, bien qu'en l'espèce, aucune faute n'ait pu être reprochée au marchand de tableaux).

**10.** Il existe toutefois une différence importante entre l'action fondée sur une erreur simple et celle qui s'appuie sur des agissements dolosifs. C'est que « l'erreur est un vice du consentement qui, de sa nature, procède du seul demandeur » (J.-L. AUBERT, obs. préc.). Lorsque des dommages et intérêts sont alloués, la cause de la condamnation est alors distincte de l'erreur invoquée (M. WALINE, note sous CA Lyon, 18 mars 1931, DP 1933. 2. 25). Il convient donc de ne pas directement rattacher au vice du consentement des éléments qui lui sont extérieurs et reposent sur l'articulation d'autres faits. La remarque conduit à dénoncer la jurisprudence qui reconnaît à la victime de l'erreur le choix entre l'annulation du contrat et le rééquilibrage des prestations (Cass. req. 8 déc. 1869, DP 1870. 1. 294 ; Cass. civ. 23 juin 1873, DP 1874. 1. 332 ; Cass. req. 20 avr. 1874, DP 1874. 1. 329 ; CA Paris, 13 mai 1865 et CA Rouen, 29 janv. 1868, DP 1874. 2. 182 ; Cass. civ. 15 févr. 1898, DP 1898. 1. 192 ; CA Montpellier, 23 oct. 1951, D. 1952. 15 ; CA Pau, 8 févr. 2000, JCP 2000. IV. 2572 ; CA Paris, 6 juill. 2001, D. 2001, IR 2463 ). L'erreur ayant vicié la formation du contrat, le juge n'a pas la latitude de substituer sa volonté à celle des parties pour refaire une autre convention (J. GHESTIN, thèse préc., n° 286). Si certains évoquent la possibilité que se crée, *de lege ferenda*, une théorie de la réductibilité d'obligations excessives pour vices du consentement (J. MAURY, Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français, thèse, Toulouse, t. 1, La notion d'équivalence en matière contractuelle, 1920, Jouve & Cie, p. 166 ; Ph. SIMLER, La nullité partielle des actes juridiques, préf. A. WEILL, Bibl. dr. privé, t. 101, 1969, LGDJ, nos 237 et s. ; G. CORNU, obs. RTD civ. 1975. 327), celle-ci n'existe pas pour l'heure en dehors du cas particulier de la vente de fonds de commerce (C. com., art. L. 141-3 ; L. 29 juin 1935, mais il s'agit alors d'une action en garantie : O. BARRET, Les contrats portant sur le fonds de commerce, 2001, LGDJ, nos 157 et s.). Le plus souvent, la prétendue réduction du prix dissimule une banale allocation d'indemnité qui demeure fondée sur l'article 1382 du code civil (V. Y.-M. SERINET, thèse préc., nos 349 et s., spéc. n° 355).

## § 2 - L'évolution historique de la notion d'erreur

**11.** La prise en considération de l'erreur dans les représentations intellectuelles qui ont précédé la manifestation de volonté n'a pas sa place dans une conception formaliste du contrat. Elle est liée à l'idée que c'est l'accord de deux volontés, considérées dans leur réalité psychologique, qui fait naître l'obligation (V. J. GHESTIN, thèse préc., nos 9 et s., et les références citées ; La formation du contrat, op. cit., nos 483 et s.).

### A. - Droit romain

**12.** La première évolution correspond à l'abandon du formalisme, au sens romain du terme, selon lequel le contrat était valablement formé par l'accomplissement des formalités requises, indépendamment de la volonté de leur auteur. Le droit romain primitif ne s'est nullement soucié de l'erreur. C'est seulement avec le déclin du formalisme et l'apparition des premiers contrats consensuels au début de l'époque classique, que l'erreur devient une source de nullité en tant qu'erreur-obstacle exclusive de tout consentement. On admet l'erreur sur la nature du contrat *error in negotio*, l'erreur sur l'identité de l'objet, *error in corpore*, et l'erreur sur l'identité de la personne du cocontractant, *error in persona* (V. J. GHESTIN, thèse préc., n° 9).

**13.** À partir du II<sup>e</sup> siècle après J.-C., une recherche psychologique plus poussée permet de faire état, dans les contrats de bonne foi, d'une erreur sur la substance, *error in materia ou substantia*, entendue de façon très limitée comme la matière même dont est faite la chose. Pour MARCELLUS, lorsque l'on achète du vinaigre au lieu de vin, un objet en bronze que l'on croyait en or, ou en plomb alors qu'on le croyait en argent, le contrat demeure valable, car on s'est entendu sur le *corpus* malgré l'erreur sur la *materia*. Peu après, ULPien admettra, à l'inverse, de retenir l'*error in materia* dans les contrats de bonne foi, indépendamment de l'attitude du vendeur (V. J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, Histoire du droit civil, 1<sup>re</sup> éd., 2002, Précis Dalloz, n° 557). Toutefois, la place de l'erreur demeure très restreinte. Il a fallu avoir recours à des procédés indirects (stipulations de garantie admises dès la loi des

XII tables) pour que la volonté réelle des parties soit prise en compte au travers, notamment, de la garantie des vices (J. GHESTIN, thèse préc., n° 10). Finalement, c'est seulement dans l'hypothèse, très limitée d'une erreur sur la matière de l'objet et, peut-être, certaines qualités de la personne dans certains contrats (mandat, société, *commodat et mutuum* : V. J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *loc. cit.*), qu'elle est tenue pour un vice du consentement justifiant l'annulation du contrat.

## B. - Ancien droit

**14.** Les solutions élaborées par les juristes romains étaient trop complexes pour être retenues par les barbares. À l'époque franque, s'est affirmé le souci de sanctionner la violence et le dol, mais pas l'erreur en tant que telle. Le rejet du formalisme et les recherches d'intentions préconisées par les théologiens et les canonistes auraient pu conduire les juristes du Moyen Âge à voir dans l'erreur un vice du consentement. Mais l'utilité de la notion n'est pas apparue avec netteté. Pour éviter les contestations que les principes posés par le droit savant auraient pu autoriser, les praticiens inséraient dans les actes des renonciations expresses à se prévaloir de leur application. Ce n'est qu'à partir du XVI<sup>e</sup> siècle que doctrine et jurisprudence s'intéressent à l'erreur et à la question de savoir si elle entraîne ou non la nullité de plein droit. La pratique judiciaire paraît n'admettre et redresser que les erreurs matérielles comme dans un arrêté de compte (*error calculi*). Au cours du XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, les données essentielles de la théorie de l'erreur sont fixées avec l'affirmation du principe du consensualisme. Les analyses de Guy COQUILLE et de DUMOULIN sur la cause vont permettre à DOMAT de présenter à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle une première ébauche de construction dans laquelle il affirme que « si l'erreur de fait est telle qu'il soit évident que celui qui a erré n'a consenti à la convention que pour avoir ignoré la vérité d'un fait, et de sorte que la convention se trouve n'avoir pas d'autre fondement qu'un fait contraire à cette vérité qui était inconnue, cette erreur suffira pour annuler la convention [...]», car non seulement la convention se trouve sans cause, mais elle n'a pour fondement qu'une fausse cause ». Pareillement, DOMAT affirme les mêmes principes pour l'erreur de droit. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, PRÉVOT DE LA JANÈS affirme lui aussi l'existence d'un lien entre la cause, fondement de l'obligation, et les vices du consentement. Puis vient POTIER qui, pour sa part, distingue nettement les deux notions. Sur l'erreur, il affirme dans le *Traité des obligations*, qu'elle « est le plus grand vice des conventions, car les conventions sont formées par le consentement des parties ; et il ne peut y avoir de consentement lorsque les parties ont erré sur l'objet de leur convention ». Il ajoute que « l'erreur annule la convention, non seulement lorsqu'elle tombe sur la chose même, mais lorsqu'elle tombe sur la qualité de la chose que les contractants ont eue principalement en vue et qui fait la substance de cette chose ». Puis, dans son *Traité de procédure civile*, il distingue l'erreur « qui a donné lieu à la convention » de « l'erreur sur la qualité des choses ». Toutefois, les enseignements de ces auteurs sont dans une large mesure demeurés ignorés des praticiens (J. GHESTIN, thèse préc., nos 10 et s.).

**15.** À la veille de la Révolution, l'état des idées sur l'erreur se présente comme un amalgame de solutions d'origines diverses qui se rattachent à trois préoccupations essentielles. Le principe du consensualisme fait de la volonté le seul fait générateur de l'obligation. De cette idée, il résulte qu'elle doit avoir été consciente et libre, et déterminée par une cause suffisante. Ces règles auraient dû conduire à admettre assez largement l'annulation pour erreur. Mais le souci d'assurer la solidité des conventions vient limiter l'effet du consensualisme. On se tourne alors vers les solutions plus restrictives du droit romain, ce qui conduit à une contradiction interne puisque celles-ci ont pris naissance dans un système formaliste. Un troisième groupe de solutions se rattache aux préoccupations morales dont les théologiens et canonistes ont imprégné le droit des obligations. En conséquence, il faut protéger les contractants qui, sans avoir été négligents, ont été victimes de leur faiblesse ou de leur ignorance. Il faut également sanctionner les contractants de mauvaise foi qui ont fait preuve de déloyauté.

## C. - Code civil

**16.** Ces trois ordres de préoccupations se reflètent dans l'article 1116 relatif au dol. En revanche, s'agissant de l'erreur spontanée, les rédacteurs du code civil ont été inspirés par le souci d'assurer la

solidité des conventions. Les formules de l'article 1110 sont très restrictives, ce dont témoigne leur caractère négatif. Selon le texte, « 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 ». Les formules sont restrictives. Dans l'esprit des rédacteurs du code civil, ce n'est qu'exceptionnellement que l'erreur peut être cause de nullité. L'influence du droit romain, auquel renvoie le terme de substance, et le souci de sécurité juridique ont été ici dominants. Dans l'esprit des codificateurs, ce n'est qu'exceptionnellement que l'erreur peut être une cause de nullité. Le terme de substance, qui renvoie au droit romain, confirme cette impression. Il n'est question de l'influence de l'erreur sur la volonté qu'à propos de l'erreur sur la personne. Quant à la règle morale, il semble que les rédacteurs aient jugé que la sanction du dol était suffisante. Il devait appartenir à la jurisprudence, par une interprétation extensive de l'article 1110, de traduire en règles de droit positif les préoccupations des auteurs de l'ancien droit. L'actuel avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005 par M. Catala (P. CATALA, Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 2006, La Documentation française, spéc. art. 1108 à 115-1 [*Validité du contrat - Consentement*] par Y. LEQUETTE, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, p. 29 et s. et p. 84 et s.), s'efforce de respecter ces grands équilibres et de consacrer les principales évolutions apportées par la jurisprudence à la construction du régime de l'erreur.

**17.** Ces lignes générales présentées, il convient de revenir à la notion d'erreur dans le droit positif actuel, ce qui sera fait en décrivant successivement le *domaine de l'erreur* (V. *infra*, nos **18 et s.**) puis le *régime de l'erreur* (V. *infra*, nos **90 et s.**).

## **Document 2 : L'ERREUR DE DROIT :**

### **Arrêt 1: Cour de cassation, chambre civile 3, 24 mai 2000 N° de pourvoi: 98-16132 Publié au bulletin Cassation partielle.**

Sur le premier moyen : Vu l'article 1109 du Code civil ; Attendu qu'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 ; Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 24 mars 1998), que, suivant un acte du 1er septembre 1987, Mme X..., aux droits de laquelle se trouvent les consorts A..., a donné à bail un appartement à M. Z... ; que, suivant un acte du 4 novembre 1988, Mme X... a promis de vendre divers lots, dont celui donné à bail à M. Z..., aux époux B... ; que, par lettre recommandée du 30 novembre 1988, le notaire a notifié aux différents locataires, dont M. Z..., une offre de vente sur le fondement de l'article 10 de la loi du 31 décembre 1975 ; que M. Z... a assigné Mme X... en réalisation de la vente ; qu'à la suite d'un accord conclu entre les héritiers de Mme X... et les époux B..., la société civile immobilière Chateau de Saint Gervais a été substituée dans les droits de ces derniers ; Attendu que pour accueillir la demande, l'arrêt retient que la totalité des locaux à usage d'habitation étant vendue, l'article 10 de la loi du 31 décembre 1975 écartait l'application du droit de préemption du locataire, mais que cependant il importait peu que l'offre de préemption ait été faite par suite d'une erreur qui est sans incidence sur sa validité dès lors que l'offre a été acceptée aux conditions de la vente projetée ; 21 Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; Et sur le second moyen : Vu l'article 1382 du Code civil ; Attendu que pour condamner les époux B... et la société civile immobilière Chateau de Saint Gervais à payer des dommages-intérêts à M. Z..., l'arrêt retient que leur opposition a privé ce dernier de la propriété du bien depuis plusieurs années ; Qu'en statuant ainsi, sans relever l'existence d'une faute, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE, ERREUR SUR LES QUALITES SUBSTANTIELLES DE LA CHOSE

### **Arrêt 2: Cour de cassation, chambre civile 1, 22 février 1978 N° de pourvoi: 76-11551 Publié au bulletin Cassation**

Sur le premier moyen : vu l'article 1110 du code civil ; attendu que, les époux Z... ayant charge à Reims, commissaire-priseur, de la vente d'un tableau attribué par l'expert X... à "l'école des Carrache", la réunion des musées nationaux a exercé son droit de préemption, puis a présenté le tableau comme une œuvre originale de Nicolas Y... ; que les époux Z... ayant demandé la nullité de la vente pour erreur sur la qualité substantielle de la chose vendue, la cour d'appel, estimant qu'il n'était pas prouvé que le tableau litigieux fut une œuvre authentique de Y..., et qu'ainsi l'erreur invoquée n'était pas établie, a débouté les époux Z... de leur demande ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher si, au moment de la vente, le consentement des vendeurs n'avait pas été vicieux par leur conviction erronée que le tableau ne pouvait pas être une œuvre de Nicolas Y..., la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS, ET SANS QU'IL Y AIT LIEU DE STATUER SUR LE SECOND MOYEN :  
CASSE ET ANNULE EN SON ENTIER L'ARRÊT RENDU ENTRE LES PARTIES LE 2 FEVRIER 1976 PAR LA COUR D'APPEL DE PARIS ;

**Arrêt 3 : Cour de cassation, chambre civile 1, 24 mars 1987 N° de pourvoi: 85-15736 Publié au bulletin Rejet .**

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches : Attendu que, selon les juges du fond, Jean, André Vincent, depuis lors décédé, a vendu en 1933 aux enchères publiques, comme étant "attribué à Fragonard", un tableau intitulé Le Verrou ; que, l'authenticité du tableau ayant été ultérieurement reconnue, l'arrêt confirmatif attaqué a refusé d'annuler cette vente, pour erreur, à la demande des héritiers de Jean, André Vincent ; Attendu que ceux-ci reprochent à la cour d'appel (Paris, 12 juin 1985) de s'être déterminée au motif essentiel que l'expression "attribué à...." laisse planer un doute sur l'authenticité de l'œuvre mais n'en exclut pas la possibilité ; qu'ils soutiennent, d'une part, qu'en s'attachant seulement à déterminer le sens objectif de la mention "attribué à...." et en s'abstenant de rechercher quelle était la conviction du vendeur, alors que leurs conclusions faisaient valoir qu'il était persuadé, à la suite des avis formels des experts, que l'authenticité de l'œuvre était exclue, la cour d'appel a violé à la fois les articles 1110 du Code civil et 455 du nouveau Code de procédure civile ; qu'il est, d'autre part, prétendu qu'en toute hypothèse, le vendeur commet une erreur quand il vend sous l'empire de la conviction que l'authenticité est discutable, alors qu'elle est en réalité certaine et que tout aléa à ce sujet est inexistant ; Mais attendu, en premier lieu, qu'il résulte des énonciations souveraines du jugement confirmé "qu'en vendant ou en achetant, en 1933, une œuvre attribuée à Fragonard, les contractants ont accepté un aléa sur l'authenticité de l'œuvre, que les héritiers de Jean-André Vincent ne rapportent pas la preuve, qui leur incombe, que leur auteur a consenti à la vente de son tableau sous l'empire d'une conviction erronée quant à l'auteur de celui-ci" ; que le moyen, en sa première branche, ne peut dès lors être accueilli ; Et attendu, en second lieu, que, ainsi accepté de part et d'autre, l'aléa sur l'authenticité de l'œuvre avait été dans le champ contractuel ; qu'en conséquence, aucune des deux parties ne pouvait alléguer l'erreur en cas de dissipation ultérieure de l'incertitude commune, et notamment pas le vendeur ni ses ayants-cause en cas d'authenticité devenue certaine ; que le moyen doit donc être entièrement écarté ; PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi

**Arrêt 4 : Cour de cassation, chambre civile 1, 17 septembre 2003 N° de pourvoi: 01-15306 Publié au bulletin Rejet.**

Attendu que le 25 octobre 1985, Mme X..., propriétaire d'un tableau de l'école française du XVII<sup>e</sup> siècle, a requis la société civile professionnelle Perrin-Royère-Lajeunesse (la SCP), commissaire-priseur, pour le vendre aux enchères publiques dans les six mois ; que l'acte chargeait l'officier ministériel d'une mission préalable de recherches et investigations par tout expert, sachant ou procédé scientifique, aux fins de déceler l'origine de l'œuvre et la dire de l'atelier de Nicolas Poussin ou du maître lui-même, stipulait à ce propos l'assistance des experts Y... et Z..., et fixait un prix de réserve à 100 000 francs ; que le tableau a été présenté au catalogue sous les formules "Atelier de Nicolas Poussin, La fuite en Egypte, huile sur toile", suivies, références bibliographiques à l'appui, des indications selon lesquelles les spécialistes considéraient l'œuvre

23 originale comme perdue, à moins, selon l'un d'eux, qu'elle ne figurât dans une collection suisse ; qu'estimé entre 150 000 ou 200 000 francs, il a été adjugé le 2 mars 1986 pour le prix de 1 600 000 francs à la société Galerie Pardo, avant de devenir, en conséquence de la liquidation amiable de celle-ci, la propriété indivise de MM. Richard et Robert A... ; Attendu que la venderesse, convaincue en 1994, par la lecture de publications relatives à Poussin et relatant les opinions nouvelles de personnes qualifiées, que le tableau était de la main de l'artiste, a, en 1995, assigné MM. A... et le mandataire ad hoc de la galerie liquidée, en nullité de la vente, et la SCP et M. Z... en responsabilité ; qu'un premier arrêt (Paris, 27 février 1998), frappé par ceux-ci de deux pourvois rejetés par la Cour de Cassation (Civ1, 27 juin 2000, D 98-15.483 et E 98-15.714), après avoir énoncé en son dispositif qu'"aucun aléa permettant l'attribution de la toile à Nicolas Poussin n'existe pour la venderesse lors de la vente intervenue le 2 mars 1986", a ordonné avant dire droit une expertise, laquelle a conclu le 24 mars 2000 qu'il en était certainement l'auteur, et que la valeur de l'oeuvre litigieuse se situait entre quarante-cinq et soixante millions de francs ; Sur le premier moyen, pris en ses deux premières branches : Attendu que MM. A... et les autres membres de la société liquidée font grief à l'arrêt attaqué (Paris, 28 juin 2001) d'avoir prononcé la nullité de la vente sans préciser les éléments établissant que Mme X... avait fait du défaut d'authenticité du tableau une qualité substantielle l'ayant déterminée, méconnaissant ainsi l'article 455 du nouveau Code de procédure civile et privant sa décision de base légale au regard de l'article 1110 du Code civil ; Mais attendu qu'en rappelant le dispositif précité de sa décision du 27 février 1998, ainsi que les motifs par lesquels elle avait alors dit les termes du catalogue exclusifs de toute possibilité d'attribution au peintre puis souligné l'extrême modicité de l'estimation initiale du tableau comme de son prix de réserve, et en ajoutant que c'est précisément parce que Mme X... avait acquis la certitude que le tableau n'était pas de l'artiste qu'elle avait accepté de le laisser mettre en vente sous l'appellation "Atelier de Nicolas Poussin", la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; Sur le deuxième moyen et la troisième branche du premier : Attendu que les consorts A... font aussi grief à la cour d'appel, d'une part, de les avoir déboutés de leur action en responsabilité civile contre la SCP, sans rechercher si sa "déclaration mensongère" faite à Mme X..., par lettre du 29 janvier 1986 selon laquelle le tableau avait été montré à l'un des meilleurs spécialistes de la peinture française du XVII<sup>e</sup> siècle sans être reconnu par lui comme une oeuvre du maître, ne constituait pas une faute contractuelle envers sa mandante, préjudiciable aussi à l'acheteur par la conviction erronée suscitée chez la venderesse qu'il ne pouvait être de Poussin et par l'annulation consécutive de la vente, privant ainsi sa décision de base légale au regard des articles 1165 et 1382 du Code civil, et, d'autre part, d'avoir méconnu, en violation des articles 1110 et 1984 du même Code, que la faute du mandataire, génératrice de l'erreur de la mandante, ouvrant seulement à cette dernière une action en responsabilité à l'encontre du commissaire priseur, mais faisait par ailleurs obstacle au prononcé de la nullité de la vente ; Mais attendu que la cour d'appel a vérifié, par référence aux données acquises au moment de la vente, l'exactitude des mentions du catalogue quant au sort supposé de l'original du tableau "La fuite en Egypte" ; qu'elle a ajouté que la non-réponse du spécialiste sollicité à une lettre de M. Z... 24 accompagnée d'une photographie et d'une demande d'avis avait pu être interprétée par lui et par la SCP comme un désintérêt témoignant de la non attribution de la toile au maître, les confortant ainsi dans leur opinion épistolairement exprimée et dans leur résolution de la présenter comme une oeuvre d'atelier ; qu'elle a relevé qu'un nettoyage ou des mesures scientifiques ou radiographiques ou d'autres investigations encore n'auraient pas suffi à établir son authenticité par rapport à une copie d'époque ; que par ces constatations et appréciations souveraines, elle a légalement justifié sa décision de ne retenir aucun manquement de la SCP à ses obligations de prudence et diligence ; d'où il suit que le moyen manque en fait ; Et sur le troisième moyen : Attendu qu'il est subsidiairement reproché à l'arrêt, en violation des articles 1371 du Code civil et 695 du nouveau Code de procédure civile, de débouter les consorts A... de leur action en enrichissement sans cause dirigée contre Mme X..., alors que, condamnés aux entiers dépens, ils supportent la charge des expertises menées à partir d'analyses scientifiques entreprises à leur demande par les Laboratoires des Musées nationaux et qui ont abouti à la reconnaissance de l'authenticité du tableau ; Mais attendu que l'enrichissement dont

s'agit n'est pas dû au fait des consorts A... mais à l'initiative prise par Mme X... de faire prononcer la nullité de la vente ; d'où il suit qu'en ne dérogeant pas au principe de la condamnation de la partie perdante aux dépens posé par l'article 696 du nouveau Code de procédure civile, l'arrêt n'encourt pas le grief allégué ; PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi ;

**Arrêt 5 : Cour de cassation, chambre civile 1, 28 mars 2008 N° de pourvoi: 06-10715 Publié au bulletin Cassation**

Sur le premier moyen, pris en ses deux premières branches : Vu les articles 1109 et 1110 du code civil ; Attendu que le 10 septembre 1984, Daniel X..., agissant pour le compte de la société du même nom, a acquis auprès de Mme Y..., au prix de 300 000 dollars US, un portrait de Claude Monet réalisé par John Singer Sargent ; que le 13 mai 1985, la société X... a assigné la venderesse en nullité de la vente pour erreur sur la substance, trois experts, spécialistes des œuvres du peintre américain, ayant émis des doutes sur l'authenticité de l'œuvre ; que par acte du 11 mars 1986, les parties ont signé une transaction confirmant la vente à moitié prix du tableau attribué à Sargent par sa propriétaire, celle-ci prenant acte de l'intention de la société d'en faire donation à l'Académie des beaux-arts pour être exposé au musée Marmottan ; qu'en 1996, Mme Y... constatait que le tableau avait été inséré dans la nouvelle édition du catalogue raisonné des œuvres de Monet, publié par l'Institut X... et rédigé par Daniel X..., comme étant un autoportrait du peintre ; qu'elle a alors assigné les susnommés en annulation de la vente et de la transaction pour erreur sur la substance et pour dol ; que l'arrêt attaqué l'a déboutée de ses demandes ; 25 Attendu que pour rejeter la demande en nullité pour erreur sur la substance l'arrêt énonce que le doute apparu sur la paternité de l'œuvre en raison du refus de trois experts d'attribuer celle-ci à Sargent justifiait l'acceptation de Mme Y... de rembourser la moitié du prix à l'acquéreur, lequel avait accepté de s'en dessaisir au profit de l'Académie des beaux-arts ; qu'en confirmant la vente intervenue alors que l'attribution à Sargent était incertaine, les parties étaient convenues de ne pas faire de cette attribution une qualité substantielle du bien et qu'ayant accepté l'aléa sur l'auteur du tableau objet de la vente Mme Y... ne pouvait prétendre avoir contracté dans la conviction erronée que le tableau ne pouvait pas être de la main de Claude Monet, l'attribution à ce peintre, intervenue postérieurement n'étant en rien exclue ; qu'au surplus, la preuve qu'il s'agirait d'une œuvre de Claude Monet n'est pas rapportée, le seul fait que le tableau ait été attribué à ce peintre pour la première fois dans la réédition de 1996 du catalogue raisonné qui lui a été consacré étant insuffisant en l'absence de toute étude critique et certains jugeant cette attribution peu convaincante tant au point de vue formel qu'au point de vue historique puisqu'elle ne figurait pas dans l'inventaire de la succession du peintre ; Qu'en se déterminant ainsi, sans expliquer en quoi la réduction du prix n'était pas exclusive de l'attribution possible du tableau à un peintre d'une notoriété plus grande que celle de Sargent, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ; PAR CES MOTIFS, et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres griefs : CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 6 septembre 2005, entre les parties, par la cour d'appel de Paris

**Document 3 : L'ERREUR EXCUSABLE OU INEXCUSABLE**

**Arrêt 1 : Cour de cassation, chambre civile 3, 4 juillet 2007 N° de pourvoi: 06-15881 Publié au bulletin Cassation**

Sur le premier moyen : Vu l'article 1110 du code civil ; Attendu, selon l'arrêt attaqué (Poitiers, 28 mars 2006), que suivant promesse du 7 juillet 2003, Mme X..., marchand de biens, a vendu un immeuble à la société civile immobilière du Res, constituée entre les époux Y..., pour le prix de 457 347 euros ; que l'acte authentique est intervenu, au même prix, le 14 août 2003 ; que Mme X... a demandé l'annulation de la vente pour erreur sur le prix résultant d'une conversion erronée du prix de francs en euros ; Attendu que pour déclarer la vente nulle, l'arrêt retient que l'erreur commise par la venderesse portait sur la substance de la chose objet de la convention et qu'elle

était excusable puisqu'elle résultait d'une mauvaise conversion effectuée par la secrétaire notariale, qu'il ne pouvait être reproché une faute de négligence à Mme X... à raison de la confiance accordée au notaire et que sa qualité de marchand de biens lui conférait plus un avantage fiscal qu'une expérience professionnelle ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que tous les actes portaient le prix identique de 457 347 euros et alors qu'il entre dans la compétence d'un marchand de biens, professionnel de la vente, de savoir déterminer et contrôler la conversion d'un prix négocié en francs, en euros, la 26 cour d'appel a violé le texte susvisé ; PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les deuxième et troisième moyens ; CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 28 mars 2006, entre les parties, par la cour d'appel de Poitiers ;

**Arrêt 2 : Cour de cassation, chambre commerciale, 13 février 2007 N° de pourvoi: 04-16520  
Non publié au bulletin Cassation partielle ;**

Sur le moyen unique, pris en sa première branche : Vu l'article 1116 du code civil ; Attendu qu'une réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée ; Attendu, selon l'arrêt attaqué, que par acte authentique du 24 février 1998, les époux X... ont cédé à la société Pains et délices d'antan, représentée par M. Y..., agissant en sa qualité de gérant nommé à cette fonction par délibération des associés du 10 février 1998, un fonds de commerce de boulangerie-pâtisserie situé à Reims ; que cet acte faisait suite à une promesse de vente sous conditions suspensives signée le 2 décembre 1997 entre les époux X... et M. Y... qui, avant réitération, avait constitué la société, devenue finalement acquéreur du fonds de commerce ; que, le 28 avril 1998, la société a assigné les époux X... et l'Agence centrale, intermédiaire de vente, aux fins qu'il fût constaté le dol dont elle avait été victime du fait de la dissimulation, au moment de la promesse de vente, de l'ouverture prochaine d'un commerce similaire et que fût accueillie l'action estimatoire du préjudice dont elle avait été victime ; que le 4 mai 1999 la société a été mise en redressement judiciaire, converti en liquidation judiciaire le 6 juillet suivant, M. Z... étant nommé liquidateur ; que ce dernier a interjeté appel principal et M. Y... appel incident du jugement du 2 mai 2000 ayant débouté la société de toutes ses demandes et condamné celle-ci à payer aux époux X... le solde du prix de vente du fonds ; Attendu que pour rejeter la demande en nullité pour dol du contrat du 2 décembre 1997 et condamner M. Y... à payer à M. A... la somme de 27 210,32 euros, l'arrêt retient que les manoeuvres frauduleuses seraient, selon les appellants, constituées par l'ouverture du "Fournil de Papé" ; qu'il convient d'observer que dans la promesse de vente, les vendeurs du fonds avaient déclaré expressément qu'à leur connaissance, il n'existe aucun ouverture prochaine d'un commerce semblable à celui objet de la vente et pouvant lui nuire, que deux attestations laissent entendre que les époux X... étaient au courant, avant les négociations ayant précédé la signature de la promesse de vente, d'un terminal de cuisson qui était destiné à vendre des produits similaires à ceux fabriqués par les boulangers-pâtissiers, que bien que ces attestations soient contestées par les intimés, il paraît peu probable que les professionnels de la boulangerie et de la vente de fonds de commerce, qui ont tous une obligation de s'informer, ne fussent pas avertis de l'ouverture d'un terminal de cuisson qui était nécessairement amené à concurrencer l'activité traditionnelle des boulangers, d'autant que ce terminal a été créé sous la forme de société à responsabilité limitée et a donc nécessairement fait l'objet d'une publicité dans les revues d'annonces spécialisées, et qu'il a en outre donné lieu à demande de permis de construire ; que pour autant, l'ignorance dans laquelle 27 M. Y... s'est trouvé est inexcusable car, en tant que professionnel, il avait aussi l'obligation de s'informer et donc de vérifier avant l'acquisition du fonds de commerce l'état du marché de la boulangerie dans le secteur où il comptait s'installer ; qu'il ne peut s'en prendre qu'à lui-même de son défaut de vérification, laquelle vérification auprès du syndicat des boulangers, de la préfecture et du registre du commerce lui aurait permis facilement de savoir qu'un commerce nouveau et potentiellement concurrentiel devait s'ouvrir à proximité du local qu'il entendait acheter ; qu'en toute hypothèse, l'erreur dans laquelle il s'est trouvé n'a pas été déterminante dans sa décision de contracter car il en a pris conscience à un moment où il pouvait encore se dédire, puisqu'il n'avait pas réitéré sa

volonté d'acheter par acte authentique, et ce à un coût très largement moindre que celui de la perte totale du fonds de commerce qu'il lui impute aujourd'hui, l'indemnité, au surplus discutable, ayant été fixée en ce cas à 125 000 francs ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que l'erreur de M. Y..., provoquée par la réticence dolosive des époux X..., a été déterminante dans sa décision de signer la promesse unilatérale de vente du 2 décembre 1997, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs : CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a condamné M. Y... à payer à M. A... la somme de 27 210,32 euros avec intérêts au taux légal à compter du 21 avril 1998 et dit que M. A... reversera 10 % de cette somme à M. B..., larrêt rendu le 29 mars 2004, entre les parties, par la cour d'appel de Reims ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Nancy

#### **Document 4 Jacques Mestre, *La cause dans la formation du contrat*, RTD Civ. 1990 p.468.**

Décidément, les petites causes ont la vertu d'éclairer la grande, celle - pourrait-on dire - de Capitant, Maury et Josserand... Hier, c'était, en effet, une brouille entre deux personnes qui, à la suite d'une petite annonce, avaient décidé de se promener ensemble qui avait conduit la première chambre civile de la Cour de cassation à préciser le rôle de la cause dans l'exécution du contrat (16 déc. 1986, cette *Revue*, 1987.750). Aujourd'hui, c'est une vente de talismans, encens et autres matériels d'occultisme qui amène cette même formation à préciser le concept et sa place dans la formation même de l'acte.

Le lecteur se souvient peut-être que la cour d'appel de Paris (24 nov. 1987, cette *Revue*, 1988.345) avait débouté un parapsychologue de sa demande en paiement de ces diverses fournitures formé contre un confrère au motif que le contrat de vente avait une cause illicite puisqu'ayant été conclu en vue de l'exercice d'une profession toujours condamnée par un texte répressif, l'article R. 34 du code pénal. Le vendeur n'a cependant pas désarmé puisqu'il a introduit un pourvoi en cassation faisant état d'une double violation des articles 1131, 1133 et 1589 du code civil ainsi expliquée : d'une part, la cause du contrat ne réside pas dans l'utilisation que compte faire l'acquéreur de la chose vendue mais dans le transfert de propriété de cette chose, si bien que les juges du fond n'avaient pas à prendre en compte le préteur mobile de l'acquéreur ; et, d'autre part, le mobile illicite déterminant doit de toute façon être commun aux deux parties et il n'y a donc pas lieu de tenir compte de l'utilisation personnelle que l'acquéreur entend faire à l'égard des tiers de la chose vendue.

Mais la première chambre civile (12 juill. 1989, *Bull. civ.* I, n° 293, p. 194 ; *D.* 1991. 320, obs. J.-L. Aubert  ) n'a pas davantage reçu les prétentions du mage.

Pour écarter la première branche du moyen, elle indique, par une formule générale et solennelle, que « si la cause de l'obligation de l'acheteur réside bien dans le transfert de propriété et dans la livraison de la chose vendue, en revanche, la cause du contrat de vente consiste dans le mobile déterminant, c'est-à-dire celui en l'absence duquel l'acquéreur ne se serait pas engagé ». Dès lors, cette dernière cause était bien ici illicite puisque consistant à « permettre l'exercice du métier de deviner et de pronostiquer, activité constituant la contravention prévue et punie par l'article R. 34 du code pénal ». Ainsi la Cour de cassation s'inscrit-elle parfaitement dans le sillage de la doctrine contemporaine de la cause qui distingue nettement entre une cause objective, tenant dans la contrepartie attendue par chaque contractant de l'engagement qu'il a lui-même souscrit, et une cause subjective, s'identifiant au mobile déterminant qui l'a conduit à s'engager (V. sur l'ensemble de la question, Marty et Raynaud, *Droit civil, Les obligations*, 2<sup>e</sup> éd., t. I, *Les sources*, 1988, n° 192 et s.). La première, que la Cour de cassation qualifie de cause de l'obligation, doit exister, et la seconde, dénommée cause du contrat, doit elle-même être licite pour que le contrat soit valable. Or, tel n'était pas le cas puisque le mobile déterminant de l'engagement de l'acquéreur était bien l'exercice d'une profession illicite, la qualification pénale était ici dotée d'une sorte d'autorité sur l'appréciation civile.

Et pour écarter la seconde branche du moyen, la Cour de cassation observe que « M. Pirmamod (le vendeur) exerçait la même profession de parapsychologue que M<sup>me</sup> Guichard, qu'il considérait comme sa disciple ; qu'il ne pouvait donc ignorer que la vente de matériel d'occultisme à celle-ci était destinée à lui permettre d'exercer le métier de devin ; que la cour d'appel n'avait donc pas à rechercher si M. Pirmamod connaissait le mobile déterminant de l'engagement de M<sup>me</sup> Guichard, une telle connaissance découlant des faits de la cause ». Cette motivation mérite une particulière attention. Elle révèle, en effet, que la Cour de cassation entend rester fidèle à la jurisprudence qu'elle a nettement fixée à partir du célèbre arrêt du 4 décembre 1956 (*JCP 1957. II. 10008*, note J. Mazeaud ; cette *Revue*, 1957.329, obs. H. et L. Mazeaud ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, par Weill, Terré et Lequette, 8<sup>e</sup> éd., 1984, p. 334) : à savoir, l'exigence, pour que la nullité du contrat soit encourue, *d'une cause illicite commune aux parties*. Certes, et le présent arrêt le confirme, il n'est pas nécessaire de relever un projet commun aux deux contractants, mais il faut en toute hypothèse que le mobile illicite qui a animé l'une des parties ait été connu de l'autre, en d'autres termes *soit entré dans le champ contractuel* (1), et ce afin d'éviter que le cocontractant de bonne foi ait à supporter une annulation fondée sur un motif illicite ou immoral qu'il a ignoré.

Ici, évidemment, le particularisme du matériel vendu (et même celui de la profession exercée, qui repose toute entière sur la prescience des choses...) facilitait considérablement la preuve de cette intégration au champ contractuel, au point que la Cour de cassation l'induit directement des faits de l'espèce. Mais il est, en revanche, de nombreux cas où cette preuve sera fort délicate à faire et où l'action en nullité ne pourra donc aboutir : ainsi, dans l'arrêt de 1956 où le bailleur ne put établir que, lors de la conclusion du contrat, il avait su que le preneur destinait les lieux loués à l'exploitation d'une maison de tolérance... Pour cette raison, une majorité d'auteurs critique justement la position traditionnelle de la Cour de cassation : l'exigence d'une cause licite, qui veut avant tout satisfaire l'intérêt général en assurant la conformité de la convention à l'ordre public, perd beaucoup de sa portée car les annulations sur son fondement seront difficiles et donc rares (cf. J. Ghustin, *Traité de droit civil, Le contrat*, 1988, n° 704). Qui plus est, la solution retenue n'est même pas satisfaisante sous l'angle des intérêts particuliers lorsque le demandeur en nullité n'est pas celui qui connaît le mobile illicite mais celui qui l'ignore : loin de protéger le cocontractant irréprochable, l'exigence d'un mobile illicite connu des deux se retourne contre lui (cf. Weill, Terré et Lequette, *op. et loc. cit.* ; Aubert, obs. préc.).

Aussi est-il permis d'espérer que la Cour de cassation abandonne un jour prochain cette exigence, mais alors en veillant à ce que le contractant animé par le mobile illicite ne puisse tirer profit du prononcé de la nullité du contrat. Or, le moyen d'y parvenir est tout simplement la mise en oeuvre des règles de la responsabilité civile qui doivent conduire ce dernier à répondre du préjudice causé au cocontractant de bonne foi. C'est d'ailleurs ce que suggère avec beaucoup de force M<sup>me</sup> Catherine Guelfucci-Thibierge dans sa récente thèse (*Nullité, restitutions et responsabilité*, thèse dactylographiée, Paris I, 1989, sous la direction du professeur J. Ghustin, n° 426), lorsqu'elle présente en ces termes ce qu'elle appelle le principe de primauté de la nullité sur la responsabilité : « Le rétablissement de la légalité bafouée, visé par la nullité, est indifférent aux circonstances particulières. L'ignorance du but illicite ou immoral par l'une des parties ne doit pas faire obstacle à la nullité de l'acte, quelle que soit la faute du demandeur ou la bonne foi du défendeur. La protection de l'intérêt général, soumis à la dénonciation de l'illicite, est à ce prix... Mais une fois cet intérêt satisfait par le prononcé de la nullité, il faut remédier à l'injustice qui résulterait de la conclusion du contrat entaché d'une cause de nullité due à la faute de l'autre partie, pour celui qui ignorait l'illicéité ou l'immoralité de cette cause. C'est pourquoi ce dernier aura droit à la réparation du préjudice qu'il a subi ».

## **Document 5 Judith ROCHFELD, *Cause, Répertoire de droit civil— septembre 2012* (actualisation : juin 2016), extrait : Art. 3 - Cause objective ou cause subjective**

**14. L'opposition de la cause objective et de la cause subjective.** - Relativement à une troisième opposition, enfin, le consensus est loin de régner. On peut même avancer que c'est à son égard que la théorie de la cause se teinte d'une grande subtilité, confinant à une extrême complexité. Elle intéresse le mode d'appréciation de cette raison qui pousse chacun des contractants à s'engager. Il existe, en

effet, plusieurs méthodes pour saisir cette dernière, les présentations de la matière se divisant largement entre ces possibilités. Selon une première méthode, que l'on qualifiera d'« objective », le juge s'attachera à l'échange réalisé et procéderait à un examen objectif de ce dernier : il saisirait les éléments de l'échange — les contreparties — tels qu'ils apparaissent immédiatement (l'idée d'appréciation « objective » est néanmoins une simplification au sens où saisir la prestation revient, en réalité, à saisir la raison « subjective » qui la justifie, confusion étant ici posée entre volonté d'une prestation et prestation elle-même, V. RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil* [d'après le traité de PLANIOL], t. II, 1957, LGDJ, no 288). Or, pour les raisons rappelées de limitation du contrôle judiciaire, la systématisation de la notion de « cause » par DOMAT, puis par la théorie « classique » de la cause, a relevé de cette présentation : si la cause y était définie comme le but en vue duquel les parties ont contracté, ce but était regardé comme toujours identique par type de contrat et pouvait s'inférer de la structure contractuelle adoptée. Le juge était, en conséquence, appelé à s'en tenir à l'analyse d'un but immédiat et abstrait, normalement attaché au type de contrat considéré. À l'inverse, selon une seconde méthode, la cause peut être conçue comme « subjective ». Le juge est alors renvoyé à l'analyse et au contrôle des mobiles individuels qui animent chacune des parties et qui diffèrent d'un contractant à l'autre. Cette approche a été utilisée postérieurement à la première et est venue la compléter : à la suite de la théorie classique, lorsque le contrôle de l'illicéité de la cause se renforça (V. *supra*, no 4), l'opposition d'une cause objectivement appréciée et d'une cause subjectivement conçue a fondé la dichotomie fonctionnelle des causes et a entraîné la délimitation de deux domaines distincts ; celui de l'existence de la cause relèverait de la première appréciation tandis que celui de sa licéité ressortirait au second. Nous allons constater, néanmoins, que des nuances et affinements se révèlent nécessaires : la cause dite « objective » peut justifier plusieurs types d'appréciations « objectives » et ne l'est finalement pas toujours ; la cause dite « subjective » se teinte d'appréciations « objectives ».

**15. Cause objective et contrôle de l'existence de la cause.** - À l'égard du contrôle de l'existence d'une cause, tout d'abord, les présentations doctrinales ne sont pas unanimes en faveur de l'appréciation « objective » qu'un tel contrôle impliquerait. Certes, elles reprennent largement cette association (par ex., FLOUR, AUBERT et SAVAUX, *op. cit.*, nos 255 s. - TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.*, nos 336 s. - BÉNABENT, *op. cit.*, nos 180 s. - Pour le détail, V. *infra*, nos 25 s. et 56 s.). Ainsi, la cause est majoritairement définie comme la contrepartie qu'envisage de recevoir chaque contractant, de la part de son partenaire (V. *infra*, no 25), que cette contrepartie apparaisse au sein de la structure contractuelle (hypothèse des contrats synallagmatiques qui portent en eux l'échange de prestations) ou qu'elle soit à rechercher en dehors de cette structure (hypothèse des contrats unilatéraux n'exposant qu'une seule prestation, qui trouve sa justification dans une prestation offerte antérieurement, postérieurement, ou à l'extérieur du contrat, V. *infra*, no 26). Dans notre exemple de bail, la cause de l'engagement du preneur résiderait dans la mise à disposition de la contrepartie propre à cette structure contractuelle synallagmatique, à savoir la jouissance paisible des lieux. Inversement, la cause de l'engagement du bailleur résiderait dans le paiement escompté des loyers par le preneur. Les libéralités, quant à elles, sont reléguées dans une catégorie spécifique marquée par l'absence de contrepartie à l'engagement de celui qui s'oblige (V. *infra*, nos 98 s.).

**16. Quel contrôle de l'existence de la cause ? La « concrétisation » de la cause.** - Néanmoins, si l'on pousse plus avant la présentation de la conception « objective » de la cause, on rencontre des différences. En doctrine, en effet, cette présentation s'est subdivisée en deux branches. Selon une première, la cause existerait dès lors qu'une raison, objectivement identifiée selon la méthode rappelée, apparaîttrait. Ainsi, dans notre exemple de bail, la mise à disposition de la jouissance paisible des lieux justifierait suffisamment l'engagement du preneur. La cause a pu être définie, ici, comme l'équivalent « voulu », à savoir l'élément objectif qui représente, aux yeux de la ou des parties qui s'obligent (sans appréciation supplémentaire de l'ordre juridique), un équivalent justifiant le sacrifice (MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit privé français*, t. I, 1920, Jouve et Cie éditeurs). Le contrôle réside alors en un examen assez formel de la présence de cet élément. À l'inverse, selon une seconde branche, le seul constat de l'existence d'un élément en contrepartie serait insuffisant : il faudrait ajouter à la raison objective une appréciation de l'ordre juridique (du juge) sur

cette dernière. Ici, trois directions ont été proposées. Cette appréciation pourrait s'attacher, en premier lieu, au caractère économiquement équivalent de la contrepartie : la cause est alors présentée comme l'équivalent économique de ce que chacun consent à sacrifier, la mesure de cette équivalence des contreparties étant constituée par la valeur marchande de chaque prestation échangée (théorie longtemps dite « objective de la cause », LOUIS-LUCAS, *op. cit.*, p. 134 s. - GAUDEMEL, Théorie générale des obligations, 1937, Sirey, p. 117. - Plus récemment, R. MARTY, De l'absence partielle de cause de l'obligation et de son rôle dans les contrats à titre onéreux, 1995, thèse, Paris II). Dans notre exemple de bail, le juge examinerait si la prestation constituée par la jouissance paisible du lieu d'une superficie donnée, dans une localisation précise, équivaut au prix normalement pratiqué pour celle-ci. L'appréciation de l'ordre juridique pourrait, en deuxième lieu, s'attacher au caractère acceptable ou utile de cette raison pour l'ensemble de la société (BETTI, Cours de droit civil comparé, 1958, A. Giuffré editore. - ROUHETTE, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, 1965, thèse, Paris, spéc. nos 134 s.). Elle pourrait s'attacher, enfin, à son caractère d'utilité pour le seul contractant qui en bénéficie. On peut ainsi constater que l'ensemble de ces perspectives partagent une conception de la cause qui la présente comme objective à un double point de vue : elle relève, pour son identification, d'un examen objectif de l'échange ; une fois cette identification effectuée, elle implique, pour son appréciation, la mise en oeuvre d'une référence objective, c'est-à-dire extérieure aux parties et apposée par l'ordre juridique. Mais, quant à déterminer si ces perspectives l'ont emporté sur la première branche et, dans l'affirmative, laquelle serait prédominante, on se doit de relever que la ligne de partage n'est pas aisée à tracer. On peut néanmoins avancer que, en jurisprudence, le contrôle s'est longtemps porté sur la présence dans le contrat d'un élément d'échange représentant l'« équivalent voulu » à ce qui a été sacrifié par chaque partie. Cette direction allait de pair avec un examen assez formel. Pour autant, l'évolution de l'examen judiciaire tend à intégrer des appréciations ressortissant à la seconde branche : si les contrôles de l'équivalence ou de l'utilité sociale (les deux premières propositions) n'ont jamais été appliqués en tant que tels (sauf exceptions, touchant certains domaines particuliers où existe une exigence d'équivalence, V. *infra*, nos **44 s.**), il n'en va pas de même du contrôle de l'utilité individuelle. Depuis les années 1990, en effet, celui-ci a progressé : les juges ne se contentent plus de mener un contrôle de l'existence formelle d'une contrepartie ; ils vérifient l'utilité, pour chaque contractant, des éléments de l'échange ; ils contrôlent ainsi l'intérêt représenté par la contrepartie ou, en l'absence de contrepartie visible, l'intérêt que peut avoir celui qui s'engage. On constate ici un premier mouvement important d'évolution du contrôle de l'existence de la cause : sa « concrétisation », au sens d'une évaluation de l'intérêt concret représenté par le contrat (V. *infra*, nos **37 s.**).

**17. Cause subjective et contrôle de l'existence de la cause.** - Par ailleurs, tous les auteurs ne s'en tiennent pas à cette association du contrôle de l'existence de la cause et d'une définition « objective » de celle-ci. Certains prônent une méthode d'identification « subjective » : quand bien même il s'agirait d'en contrôler l'existence, la cause serait « subjective » au sens où il faudrait identifier, au-delà de la seule appréciation des éléments de l'échange économique ou du but immédiat et abstrait, le « but contractuel » ; celui-ci se définirait comme l'ensemble des raisons justifiant l'engagement de chaque contractant pourvu que celles-ci soient connues des deux parties, c'est-à-dire entrées dans le « champ contractuel » (CAPITANT, *op. cit.*, spéc. nos 4 s. - REIGNÉ, thèse préc. - GHESTIN, Cause de l'engagement..., *op. cit.* [supra, no 4] nos 153 s.). Le juge s'attacherait alors à progresser plus avant dans l'analyse des volontés, jusqu'à parvenir aux mobiles particuliers qui ont pu animer chacun. Cette identification étant menée, il devrait porter un jugement de conformité des prestations proposées à celles voulues. En définitive, il lui reviendrait d'identifier précisément quelle fut la volonté des contractants, puis d'y confronter la réalité des prestations prévues. Par exemple, si, dans notre hypothèse de bail, le bailleur donnait une définition particulière de ses attentes, en insistant dans le contrat sur le fait qu'il accepte de louer un appartement peu cher en considération d'une contrepartie spécifique tenant en la présence sur les lieux du preneur pour en assurer la surveillance, cette exigence intégrerait la cause. Cette conception apparaît ainsi opposée à celle objective.

**18. Le dépassement de la cause objective : la nécessaire « subjectivation » de la cause.** - En réalité, il n'est pas impossible de marcher sur une ligne de compromis (on la suivra d'ailleurs tout au long des

développements à venir). Certes, dans une première approche, la conception objective peut sembler satisfaisante : l'élément servant de cause à l'engagement d'un contractant peut effectivement être appréhendé objectivement lorsque cet élément est visible dans l'échange réalisé et connu comme tel. Dans notre exemple du bail, la mise à disposition de la jouissance des lieux est l'élément composant la contrepartie connue et visible de l'engagement du preneur. La raison justifiant l'engagement de chacun peut donc se laisser facilement saisir au travers de cet élément : il renvoie à une présomption du raisonnement qui se trouve normalement à l'origine d'un tel engagement (V. RIPERT et BOULANGER, *op. cit.*, sur la superposition de l'élément objectif et de la raison subjective). Cependant, dans une seconde approche, il est nécessaire de considérer les cas où cette présomption est remise en question, c'est-à-dire les hypothèses où les parties - ou l'une d'elles à la connaissance de l'autre - s'écartent de cette définition objective présumée. Il faut également intégrer les situations où cette présomption n'existe pas parce que la structure contractuelle est nouvelle et construite par les contractants. Dans ces hypothèses, la compréhension du juge doit être réorientée (premier cas) ou doit être entièrement guidée par une recherche de l'intention des parties (second cas). Dans notre exemple du bail, le preneur, en intégrant dans les éléments de sa contrepartie une attente qui lui est particulière, pousse le juge à identifier, par l'analyse de la volonté des parties, le but contractuel poursuivi. Renvoyer alors le contrôle à l'apprehension de la contrepartie ne semble que d'un secours limité car, pour comprendre réellement les termes de l'échange et ce qui fut conçu comme une contrepartie, l'analyse des intentions s'avère nécessaire. L'approche subjective se justifie en conséquence. On reviendra évidemment sur ces questions dans le cours des développements, mais on peut d'ores et déjà relever que l'opposition hermétique des appréciations objective et subjective doit être dépassée. D'ailleurs, depuis les années 1990, la jurisprudence donne sa place à la cause « subjective » au sein du contrôle de l'existence de la cause, dans un second mouvement qui en marque une évolution importante : celui de la « subjectivation » de la cause (V. *infra*, nos **73 s.**).

**19. Le dépassement de la cause subjective dans le contrôle de la licéité.** - Enfin, au-delà des dissensions traversant l'appréciation de l'existence de la cause, on peut également relever celles qui ont trait au contrôle de sa licéité ou de sa moralité. Ce contrôle aurait pour objet une cause subjective, c'est-à-dire l'examen des mobiles plus éloignés de chacun des contractants. Or, nous verrons que cette présentation peut être nuancée et que le contrôle de la licéité de la cause repose parfois sur l'examen d'éléments plus objectifs, tels que le résultat de l'acte (V. *infra*, nos **141 s.**). En définitive, si la dichotomie fonctionnelle établie entre les deux types de contrôles de la cause est juste, celle posée entre les éléments d'appréciation l'est beaucoup moins : il n'est pas exact d'opposer les appréciations objective et subjective de la cause en fonction des types de contrôles. On peut donc remettre en question cette dichotomie rigide, ainsi que les développements à venir en attesteront (V. égal. MOUILAL-BASSILANA, *Le renouveau de la cause en droit des contrats. Essai de mise en lumière d'une conception objective du contrat*, 2003, thèse, Nice).

**Document 6 : Judith ROCHFELD, Cause, Répertoire de droit civil , septembre 2012 (actualisation : juin 2016), extrait : Section 2 - Mise en oeuvre du contrôle de l'existence de la cause, Art. 1 - Moment de l'appréciation de l'existence de la cause**

**110. Cause et formation.** - L'absence de cause s'apprécie à la formation du contrat (en ce sens, par ex., FLOUR, AUBERT et SAVAUX, *op. cit.*, no 262. - H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, no 266). Les articles 1131 à 1133 du code civil prennent, en effet, place au sein du chapitre II du livre III, titre III, consacré aux « conditions essentielles pour la validité des conventions ». La cause, présente et lice, y apparaît comme une condition de la formation du contrat. Aussi, le juge, même s'il est saisi postérieurement à la formation, c'est-à-dire pendant l'exécution, devra se placer à la conclusion pour considérer s'il existait une cause à l'obligation de celui qui s'engage (V. par ex., Civ. 3<sup>e</sup>, 20 févr. 1974, Bull. civ. III, no 85. - Civ. 3<sup>e</sup>, 17 juill. 1996, no 93-19.432 , Bull. civ. III, no 193 ; Defrénois 1996, art. 36434. 1357, obs. Delebecque : « l'existence de la cause d'une obligation doit s'apprécier à la date où elle est souscrite ». - Récent, Civ. 3<sup>e</sup>, 10 mars 2009, no 08-12.285 ). Pour autant, il ne lui est pas interdit de se fonder, dans son appréciation, sur des

éléments ultérieurs éclairant la raison de l'engagement au moment de sa formation (V. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 déc. 1988, Bull. civ. I, no 352. - Mais non sur « les circonstances de son exécution », V. Com. 30 juin 1987, Bull. civ. IV, no 163. - Civ. 3<sup>e</sup>, 17 juill. 1996, préc.).

**111. Cause et exécution ?** - Une hésitation s'élève, néanmoins, quant à la délimitation de l'influence de la notion de « cause ». Il a en effet été soutenu par certains auteurs que le contrôle de l'existence de la cause ne devrait pas se cantonner à la formation du contrat mais pourrait embrasser son exécution, au moins lorsque le contrat est synallagmatique : la disparition de la cause, postérieure à la formation, aurait une influence sur le sort du contrat. Au soutien de cette thèse, défendue par des écrits doctrinaux d'une grande ampleur (V. H. CAPITANT, *op. cit.*, spéc. no 7, pp. 28 s. et 244. - Et plus récemment CERMOLACCE, *Cause et exécution du contrat*, 2001, PUAM, préf. MESTRE. - égal. LARROUMET, *op. cit.*, nos 472-473), il est avancé que l'interdépendance entre les obligations, que caractérise la cause de l'obligation de chacune des parties à un contrat synallagmatique, n'est pas rompue après la formation du contrat. Subsistante, elle conserve une influence lors de l'exécution de ce dernier, dans le cas où l'une des parties n'exécuterait pas son obligation et ferait perdre à son partenaire la cause de son engagement. Dès lors, les mécanismes de sanction de cette défaillance dans l'exécution de la prestation due - l'exception d'inexécution, la résolution ou la théorie des risques - prendraient leur source et seraient des applications du constat de la disparition de la cause. Un arrêt ancien, resté célèbre et souvent cité à l'appui de cette direction, affirmait ainsi que « dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de chaque contractant trouve sa cause dans l'obligation, envisagée par lui comme devant être effectivement exécutée, de l'autre contractant » et que « cette cause fait défaut quand la promesse de l'une des parties n'est pas exécutée ou s'avère soit nulle, soit de réalisation impossible » (Civ. 30 déc. 1941, DA 1942. 98). Le consensus n'est ainsi pas total sur le moment où s'apprécie l'existence de la cause.

**112. Le compromis de la jurisprudence.** - Doctrine et jurisprudence, cependant, restent majoritairement attachées à la première présentation. Pour autant, elles intègrent des lignes de compromis (en ce même sens, par ex., GHESTIN, *La formation du contrat*, *op. cit.*, nos 877 s. - FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 420). D'un côté, en tant qu'élément qui scelle l'interdépendance des obligations des contractants, il n'est pas niable que la cause continue de jouer un rôle dans l'exécution du contrat : si l'un des contractants n'exécute pas son obligation, celle de son partenaire devient effectivement sans cause. Mais, d'un autre côté, cela ne signifie pas que les mesures appliquées lors d'une inexécution soient toujours appréciées à l'aune de jugements relevant de l'appréciation de l'existence d'une cause : ceux-ci ne suffisent pas à fonder l'application de ces divers mécanismes. Certes, il arrive que l'exception d'inexécution ou la résolution intervienne dans des hypothèses où l'un des contractants n'exécute pas l'obligation (ou les obligations) servant de cause à l'engagement de l'autre (V. par ex., pour leur référence explicite à la cause, Civ. 5 mars 1894, DP 1894. I. 74. - Civ. 1<sup>re</sup>, 17 juin 1997, no 95-14.162 , Bull. civ. I, no 201, relativement à l'exception d'inexécution). De même, certains arrêts ont pu être lus comme reconnaissant que la disparition, par force majeure, de la cause de l'engagement de l'une des parties exonérait cette dernière de l'exécution de son obligation (Civ. 1<sup>re</sup>, 10 févr. 1998, no 96-13.316 , Bull. civ. I, no 53 ; JCP 1998. I. 155, obs. Jamin ; JCP 1998. II. 10124, note Paisant ; D. 1998. 539, note D. Mazeaud , relativement à l'impossibilité pour une élève malade d'assister à des enseignements). Néanmoins, le critère de l'application de l'exception d'inexécution ou de la résolution - celui du « manquement suffisant », « suffisamment grave » ou « d'une gravité suffisante » (par ex., Com. 2 déc. 1980, Bull. civ. IV, no 401, pour la résolution. - Soc. 1<sup>er</sup> juin 1950, S. 1951. 1.189, note Brunet, pour l'exception d'inexécution) - ne se limite pas à cette considération et embrasse d'autres hypothèses (sur l'identification desquelles, même s'il est difficile de mener une systématisation, V. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, 2000, thèse, Paris I, dir. GHESTIN, nos 204 s. - GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, 2007, LGDJ, préf. L. LEVENEUR, nos 274 s.). Ainsi, les décisions ne renvoient pas seulement à une approche objective du manquement, à savoir l'inexécution de l'obligation composant la cause de l'obligation de l'autre partie, mais également à des analyses beaucoup plus larges et subjectives : l'exception d'inexécution ou la résolution sont parfois admises quand l'inexécution porte sur une obligation accessoire ou quand l'attitude du cocontractant a

été déloyale. Semblent donc pris en considération la gravité des manquements (au regard de la nature du contrat et des obligations inexécutées), mais également l'attitude des contractants, les effets de l'inexécution (par ex., si la défaillance dans l'exécution d'une obligation secondaire emporte des répercussions très importantes qui obèrent la poursuite de l'exécution), ainsi que l'utilité résiduelle du contrat. Ce faisceau d'appréciations s'attache, en définitive, à évaluer « l'avenir de la situation contractuelle » (GROSSER, thèse préc., no 204). On ne peut donc réduire l'application de ces mécanismes aux seules défaillances intéressant les obligations servant de cause : si la notion de cause fonde l'interdépendance des obligations d'un contrat, les manquements aux obligations causales ne composent que l'un des critères, parmi d'autres, de l'application des remèdes à l'inexécution.

**113. Les évolutions de la jurisprudence.** - Pour autant, en dehors de l'application de ces remèdes, la jurisprudence montre des signes d'évolution. Si elle s'est longtemps tenue au principe traditionnel selon lequel la cause est une condition de formation du contrat, appréciée par les juges à la date de la conclusion de ce dernier (V. *supra*, no 110), depuis quelques années elle multiplie les décisions plus novatrices et admet parfois son contrôle lors de l'exécution. Plusieurs arrêts contemporains ont ainsi marqué les esprits et ont tracé deux directions. Dans une première, on compte des admissions répétées de la caducité d'un contrat pour disparition de la cause de l'un des engagements. Le mouvement a commencé avec des arrêts isolés. Ainsi, fut prononcé l'anéantissement d'un contrat pour disparition des mobiles pour lesquels l'une des parties s'était obligée : tandis qu'une personne s'était engagée à en conduire une autre en promenade contre paiement des repas et des hébergements et que le « conduit » avait fourni la somme pour l'achat d'une nouvelle voiture, les promenades cessèrent pour mésentente ; la Cour de cassation admit alors que « l'inexécution » de « l'obligation à prestation successive » justifiait la restitution « d'une partie de la somme versée » et, ce, « sans méconnaître que la cause, élément nécessaire à la constitution du contrat, doit exister au jour de la formation de celui-ci » (Civ. 1<sup>e</sup>, 16 déc. 1986, no 85-11.396 , Bull. civ. I, no 301 ; RTD civ. 1987. 750, obs. Mestre). L'importance de cette solution fut cependant minimisée. Par la suite, néanmoins, la Cour de cassation a adopté une solution voisine, en énonçant que, « alors même que si la convention [...] n'était pas, en raison de la mauvaise exécution de sa mission par l'agent immobilier (qui avait omis de demander l'autorisation du propriétaire avant l'intervention du "compromis de cession" d'un bail commercial), initialement entachée de nullité pour absence de cause, il demeure que le paiement de la commission par (le cessionnaire) se trouvait désormais dépourvu de cause ». En conséquence, la cour d'appel fut approuvée d'avoir ordonné la restitution des honoraires (Civ. 1<sup>e</sup>, 17 janv. 1995, no 92-21.193 , Bull. civ. I, no 29 ; JCP 1995. I. 3843, no 4, obs. Fabre-Magnan ; Gaz. Pal. 1997. 1, pan. 193, note G. Decocq). Dans la même direction, la caducité d'un engagement de payer à exécution successive fut admise, pour disparition de sa cause (Civ. 1<sup>e</sup>, 30 oct. 2008, no 07-17.646 , Bull. civ. I, no 241 ; D. 2008. 2937  ; D. 2009. 747. Chron. Chauvin et Creton  ; RTD civ. 2009. 111, obs. Hauser  ; RTD civ. 2009. 118, obs. Fages  ; JCP 2009. II. 10000, obs. Houtcief ; RDC 2009. 49, obs. D. Mazeaud ; RLDC 2008. 3283, obs. Cermolacce). Cependant l'espèce présentait une spécificité non négligeable, qui rendait la solution livrée peu généralisable : il s'agissait d'un engagement assis sur une créance alimentaire, d'un père envers son enfant (ce dernier étant venu vivre avec lui), engagement dépendant en conséquence de la stabilité du besoin lui ayant donné naissance et des ressources du créancier (en ce sens, HAUSER, obs. préc.). Par ailleurs, il n'est pas nouveau que, à l'égard des contrats à exécution successive pouvant se diviser en tranches divisibles d'exécution, les juges raisonnent en considération de la disparition de la cause de chacune de ces tranches (V. Civ. 1<sup>e</sup>, 16 déc. 1986, préc. - En ce sens, BÉNABENT, *op. cit.*, no 185. - Notre article, Les modes temporels d'exécution du contrat, RDC 2004. 53). Néanmoins, dans des termes plus généraux, une caducité fut de nouveau prononcée pour « perte d'un élément essentiel à la formation du contrat » (Com. 9 mars 2010, no 09-10.571 , D. 2011. Pan. 329, obs. Raynard , en l'espèce la protection de brevets. - À condition de bien caractériser la disparition de la cause, Civ. 1<sup>e</sup>, 12 juill. 2006, no 04-13.204 , Bull. civ. I, no 393 ; RTD civ. 2007. 105, obs. Mestre et Fages  ; RDC 2007. 253, obs. Laithier. - *Contra* Civ. 2<sup>e</sup>, 6 oct. 2011, no 10-24.519 ). On ne peut donc que constater qu'il existe un ensemble de solutions isolées mais convergentes dans le sens de la caducité pour disparition de la cause. Il faut, en outre, le mettre en

relation avec les décisions, plus nombreuses, prononçant la caducité de contrats liés : en raison de l'interdépendance qu'ils entretiennent, les juges admettent que l'un perd sa cause, lors de son exécution, si l'autre se trouve anéanti (*V. supra*, nos **93 s.** - Par ex., Civ. 3e, 30 oct. 2002, no 01-01.219 , Bull. civ. III, no 211 ; Defrénois 2003, art. 37676. 249, obs. Libchaber ; RDC 2003. 115, obs. Lardeux. - *Contra*, original, Com. 1er févr. 2011, no 09-73.000 , Bull. civ. IV, no 11 ; RTD com. 2011. 394, obs. D. Legeais , en matière de cession Dailly). Une seconde direction d'évolution est quant à elle moins marquée et concerne l'imprévision. Une décision isolée de la chambre commerciale de la Cour de cassation a en effet censuré une cour d'appel qui n'avait pas considéré le déséquilibre important des droits et obligations des parties survenu lors de l'exécution, du fait d'un changement de circonstances économiques (en l'occurrence l'augmentation du coût des matières premières) et n'avait pas vérifié si ce changement n'avait pas eu « pour effet [...] de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa conclusion, et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement » (Com. 29 juin 2010, no 09-67.369 , D. 2010. 2481, note D. Mazeaud  ; D. 2010. 2485, note Genicon  ; JCP 2010, no 1056, note Favario ; JCP 2011, no 63, obs. Ghestin ; Defrénois 2011. 811, obs. Seube ; RDC 2011. 34, obs. Savaux ; RTD civ. 2010. 782, obs. Fages.  - *V. supra*, nos **37 s.**, sur l'idée de « contrepartie réelle »). Ce faisant, l'arrêt a entraîné beaucoup de discussions et ouvert des perspectives plus amples, dont on ne peut pas dire si elles se confirmeront.

## SEANCE 4 **LES SANCTIONS DE LA FORMATION IRREGULIERE DES CONTRATS**

### **Bibliographie indicative**

- Bertrand FAGES, *Clause nulle ou clause réputée non écrite ?* (Civ. 3<sup>e</sup>, 23 janv. 2008, n° 06-19.129, Bull. civ. III, n° 11 ; D. 2008.349, obs. Y. Rouquet  ; Defrénois 2008. 688, note R. Libchaber) RTD Civ. 2008 p.292
- Antoine HONTEBEYRIE, Répertoire de droit immobilier, Prescription extinctive, février 2016 (actualisation : juin 2016) Section 2 - *Inexistence d'une convention et clause réputée non écrite*.
- Sophie GAUDEMEL, La clause réputée non écrite, RTD Civ. 2008 p.189.
- Frédéric-Jérôme PANSIER, De la différence entre « clause nulle » et « clause réputée non écrite », Droit social, Cass. soc., 8 avr. 2010, M. X c/ Société Samse, n° 08-43056, Cahiers sociaux, 01 juin 2010 n° 221, P. 205.
- Jacques MESTRE De l'étendue de la nullité d'un contrat– RTD civ. 1991. 112.
- Bertrand FAGES ; Hugo BARBIER, *Pas de réputé non écrit partiel ?*, RTD civ. 2013. 836.

Thème : Les effets de la nullité du contrat

### **EXERCICE GROUPE DU LUNDI**

**Sujet** : commentaire arrêt cour de cassation - Première chambre civile — 6 février 2019 - n° 17-25.859

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Donne acte à M. et Mme X... du désistement de leur pourvoi en ce qu'il est dirigé contre la société BNP Paribas Personal Finance ;

Sur le moyen unique :

**Attendu**, selon l'arrêt attaqué (Bordeaux, 13 juin 2017), que, le 11 octobre 2012, M. et Mme X... ont conclu avec la société Nouvelle Régie des jonctions des énergies de France (le vendeur) un contrat de vente et d'installation d'une centrale photovoltaïque, financé par un crédit d'un montant de 22 900 euros consenti le même jour par la société Banque Solféa, aux droits de laquelle vient la société BNP Paribas Personal Finance (la banque) ; qu'ils ont assigné M. A..., pris en qualité de mandataire à la liquidation judiciaire du vendeur, et la banque aux fins, notamment, d'obtenir la résolution du contrat principal et la condamnation du vendeur à reprendre le matériel photovoltaïque ;

**Attendu que** M. et Mme X... font grief à l'arrêt d'ordonner, au titre de l'annulation du contrat, la reprise du matériel photovoltaïque, sans prescrire la restitution du prix de vente, alors, selon le moyen, que la nullité d'un contrat oblige le juge à remettre les choses au *statu quo ante*, comme si les obligations nées du contrat n'avaient jamais existé ; qu'il doit, dès lors, ordonner les restitutions rendues nécessaires par l'exécution des obligations postérieurement annulées ; qu'au cas présent, la cour d'appel a constaté expressément que le prix de 22 900 euros prévu par le contrat du 11 octobre 2012 en paiement de l'installation de la centrale photovoltaïque et du ballon thermodynamique avait été intégralement payé au vendeur ; qu'en prononçant la nullité du contrat et en ordonnant la restitution des panneaux, sans ordonner la restitution du prix payé, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses propres constatations et violé les articles L. 121-23, L. 121-24, L. 121-25 et R. 121-24 du code de la consommation, ensemble le principe selon lequel ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé ;

**Mais attendu que**, l'annulation d'une vente entraînant de plein droit la remise des parties en l'état où elles se trouvaient antérieurement à sa conclusion, la cour d'appel n'était pas tenue, à défaut de demande expresse en ce sens, d'ordonner la restitution du prix en même temps que la reprise de la chose vendue ; que le moyen n'est pas fondé ;

## **PAR CES MOTIFS :**

REJETTE le pourvoi ;

Condamne M. et Mme X... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du six février deux mille dix-neuf.

### **EXERCICE GROUPE DU MARDI :**

#### **Sujet : commentaire arrêt cour de cassation chambre mixte, arrêt du 9 juillet 2004**

##### **Sur le moyen unique, pris en sa première branche :**

Vu l'article 1234 du Code civil ;

**Attendu**, selon l'arrêt confirmatif déféré, que les époux Y... ont acquis des consorts X... un immeuble à usage d'habitation ; qu'un arrêt, devenu irrévocable, a annulé la vente aux torts des vendeurs, les a condamnés à restituer le prix de vente et à réparer l'entier préjudice subi par les époux Y... ; qu'ultérieurement, les consorts X... ont demandé le paiement d'une indemnité d'occupation ;

**Attendu que** pour accueillir la demande des consorts X..., l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que les époux Y... ont occupé l'immeuble pendant 65 mois et que la vente de cet immeuble ayant été annulée, ils sont redevables d'une indemnité d'occupation pour la période durant laquelle ils ont utilisé l'immeuble sans en être propriétaires ;

**Qu'en** statuant ainsi, alors que le vendeur n'est pas fondé, en raison de l'effet rétroactif de l'annulation de la vente, à obtenir une indemnité correspondant à la seule occupation de l'immeuble, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

##### **Et sur la deuxième branche du moyen :**

Vu l'article 1382 du Code civil ;

**Attendu que** pour statuer comme il l'a fait, l'arrêt retient, par motifs adoptés, que les acquéreurs sont tenus d'une indemnité correspondant à l'avantage qu'ils ont retiré de la chose entre la date de la vente et celle de son annulation pour dol des vendeurs ;

**Qu'en** statuant ainsi, alors que la partie de bonne foi au contrat de vente annulé peut seule demander la condamnation de la partie fautive à réparer le préjudice qu'elle a subi en raison de la conclusion du contrat annulé, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et **attendu qu'il** y a lieu de faire application de l'article 627, alinéa 1er, du nouveau Code de procédure civile, la cassation encourue n'impliquant pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond de ce chef ;

**PAR CES MOTIFS**, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la troisième branche du moyen :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a condamné les époux Y... à payer aux consorts X... la somme de 195 000 francs au titre de l'indemnité d'occupation, ordonné la compensation des sommes réciprocurement dues entre les parties et dit que les dépens de première instance et d'appel seront supportés par moitié par les parties, l'arrêt rendu le 4 septembre 2001, entre elles, par la cour d'appel de Montpellier ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

REJETTE la demande en paiement d'une indemnité d'occupation formée par les consorts X... ;

## **Documents**

**Document 1 : Yves PICOD, Nullité, Répertoire de droit civil — mars 2013 (actualisation : octobre 2016), extrait : § 2 - Nullités absolues et relatives.**

**23. Théorie classique. État de l'acte.** - La doctrine classique oppose deux catégories de nullité : nullités relatives et nullités absolues. Cette distinction ne semble pas étrangère au droit romain, encore que celui-ci n'ait jamais connu de théorie précise en la matière (V., pour plus de développements, GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, no 734) : les nullités opérant *ipso jure* rappellent les nullités absolues du droit moderne alors que les nullités opérant *officio praetoris* semblent préfigurer nos nullités relatives. L'Ancien droit opposait également les nullités absolues ou « populaires », pouvant être invoquées par toute personne y ayant intérêt, et les nullités relatives réservées à certaines personnes. Mais, pour les auteurs classiques, la distinction traduit un état de l'acte, la nullité absolue étant à la nullité relative ce que la mort est à la maladie. Plus tardivement, la notion d'« inexistence », sanction de l'absence d'un élément nécessaire à la formation de l'acte, est venue compléter et finalement obscurcir la distinction bipartite. D'abord utilisée en matière de mariage, où la règle « pas de nullité sans texte » conduisait à des conséquences absurdes, elle fut généralisée à l'ensemble des actes juridiques et finit bien souvent par se confondre avec la nullité absolue (DURRY, L'inexistence, la nullité et l'annulation des actes juridiques en droit civil français, Trav. Assoc. Capitant 1961-1962, p. 615).

### **Actualisation**

**23 s. Distinction nullité absolue et nullité relative.** - L'article 1179 du code civil issu de l'ordonnance no 2016-131, dispose que : « La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général.

Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé. ».

Le Rapport au Président de la République explique que : « (ces) articles (...) consacrent ce qu'il est convenu d'appeler la théorie moderne des nullités (par opposition à la théorie dite classique) ».

Le régime de la nullité absolue est fixé comme suit : « La nullité absolue peut être demandée par toute personne justifiant d'un intérêt, ainsi que par le ministère public.

Elle ne peut être couverte par la confirmation du contrat. » (C. civ., art. 1180 issu de l'ord.).

Quant au régime de la nullité relative, il est déterminé par l'article 1181 issu de l'ordonnance, qui prévoit que : « La nullité relative ne peut être demandée que par la partie que la loi entend protéger.

Elle peut être couverte par la confirmation.

Si l'action en nullité relative a plusieurs titulaires, la renonciation de l'un n'empêche pas les autres d'agir. ».

**24. Théorie moderne. Sauvegarde de l'intérêt général ou d'intérêts privés.** - La théorie classique a été vivement critiquée dès le début du XXe siècle, notamment par JAPIOT (Des nullités en matière d'actes juridiques, thèse, Dijon, 1909) et GAUDEMEN (Théorie générale des obligations, 1937, Sirey, rééd. 2004, Dalloz, p. 146). Ces auteurs ont fait prévaloir une conception objective selon laquelle la nullité étant la sanction d'une règle légale, c'est de la nature de cette dernière que la finalité et le régime de la nullité doivent être déduits (V. égal. DROGOUL, Essai d'une théorie générale des nullités, thèse, Aix, 1902). La doctrine moderne (en particulier, COUTURIER, La confirmation des actes nuls, 1972, LGDJ, no 201) a fini par écarter définitivement la gravité du vice affectant l'acte comme critère de classification des nullités pour s'attacher au seul fondement de la règle transgressée : la nullité absolue tend à assurer la sauvegarde de l'intérêt général alors que la nullité relative est protectrice d'intérêts privés. Tous les projets de réforme du droit des contrats fondent d'ailleurs la distinction entre nullités absolues et nullités relatives sur ce critère (art. 1129-1 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription. - Art. 79 du projet de l'Académie des sciences morale et politique. - Art. 91 du projet de la chancellerie). Dans le premier cas, la généralisation du droit de critique multipliera les chances de dénonciation de l'illicite (COUTURIER, La confirmation des actes nuls, *op. cit.*, nos 306 et 307), alors que, dans le second, ce droit est réservé à la personne dans l'intérêt de laquelle la règle a été édictée. C'est aussi la raison pour laquelle la nullité relative est en principe susceptible de confirmation (V. *infra*, no 49), contrairement à la nullité absolue. Par ailleurs, la doctrine moderne rejette la notion classique d'*« inexistence »*, l'intervention du juge étant toujours nécessaire, quelle que soit l'importance de l'élément du contrat faisant défaut, et ce, à la différence du droit allemand (V. *infra*, no 31).

**25. Difficultés d'application.** - Le nouveau critère de distinction n'est cependant pas toujours facile à appliquer. D'un côté, la frontière entre l'intérêt général et les intérêts privés est peu aisée à tracer dans certains cas (FLOUR, AUBERT et SAVAUX, *op. cit.*, no 328) ; c'est d'autant plus vrai que l'utilisation fréquente de la notion de « nullité d'ordre public » comme synonyme de celle de « nullité absolue » conduit à croire que la sanction des lois d'ordre public est la nullité absolue alors que les lois d'ordre public sont simplement celles auxquelles il n'est pas possible de déroger (GHESTIN, *op. cit.*, nos 97 et 743, citant les règles d'incapacité que les conventions ne peuvent écarter et qui sont pourtant sanctionnées par la nullité relative). D'un autre côté, certaines règles tendent à protéger plusieurs intérêts privés ou un groupe plus large d'individus sans que l'intérêt général soit en cause (E. GAUDEMEN, *op. cit.*, p. 166 s.). Aussi la jurisprudence, marquée par l'empirisme et la tradition, refuse-t-elle de se laisser enfermer dans un système trop rigide (GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, no 749). Il n'en reste pas moins que la distinction entre intérêt général et intérêts d'ordre privé reste, sinon la ligne directrice la plus cohérente et la plus sûre (en ce sens, FLOUR, AUBERT et SAVAUX, *op. cit.*, no 327), à tout le moins le moins mauvais critère et le plus simple.

#### Actualisation

**25. Distinction de la nullité relative et de la nullité absolue.** - En cas d'erreur ne portant pas atteinte à l'intérêt général, l'action en nullité du contrat est, s'agissant d'une nullité relative, soumise à la prescription quinquennale de l'article 1304 du code civil (Civ. 3e, 26 juin 2013, no 12-20.934 , Dalloz actualité, 15 juill. 2013, obs. Le Rudulier).

**26. Sort de la théorie de l'inexistence.** - Par ailleurs, la théorie de l'inexistence (V. *supra*, no 23) a considérablement reculé face à la théorie moderne des nullités : au début du XXe siècle, JAPIOT (thèse préc., p. 669) ne l'admettait que dans les cas extrêmes. Elle peut sembler aujourd'hui retrouver un nouveau souffle à travers certains instruments d'harmonisation du droit (WITZ, La consécration de l'inexistence par plusieurs instruments d'harmonisation du droit, *in* Mélanges Simler, 2006, Litec-Dalloz, p. 729 s. : l'auteur cite la Convention de Vienne, les Principes Unidroit et les Principes du droit européen des contrats), mais surtout, en droit interne, avec la prolifération législative des clauses réputées non écrites (CARBONNIER, Droit civil, t. 4, Les obligations, 22e éd., 2000, PUF, no 109. - V. aussi S. GAUDEMEN, La clause réputée non écrite, préf. Lequette, 2006, Economica). Mais cette dernière participe davantage d'une technique d'expurgation contractuelle destinée à enserrer la force de la volonté dans les contours dessinés par l'intérêt général. En revanche, il arrive qu'il manque à l'acte juridique l'une de ses conditions essentielles, telles que la

rencontre des volontés en matière contractuelle (GHESTIN, La formation du contrat, *op. cit.*, no 741. - CARBONNIER, *op. cit.* - COUTURIER, *op. cit.*, nos 212 s.) ; l'acte dépourvu d'un minimum de base est alors atteint dans son existence même. La jurisprudence en a parfois tiré les conséquences en relevant qu'il « ne pouvait y avoir prescription de l'action en nullité d'un acte auquel faisait défaut l'un de ses éléments essentiels » (Civ. 1<sup>re</sup>, 10 juin 1986, Bull. civ. I, no 159. - V. aussi Com. 28 avr. 1987, RTD civ. 1987. 746, obs. Mestre. - Civ. 1<sup>re</sup>, 5 mars 1991, no 89-17.167 ↗, D. 1993. 508, 1<sup>re</sup> esp., note Collet ↗. - Rappr. Civ. 16 nov. 1932, S. 1934. 1. 1, note Esmein). En revanche, lorsqu'il existe une apparence de contrat ou un accord entre les parties et qu'un élément structurant fait défaut, il ne peut être question que de nullité (V. en ce sens : Civ. 3<sup>e</sup>, 21 sept. 2011, no 10-21.900 ↗, D. 2011. 2711, note Mazeaud ↗ ; D. 2012. 459 ↗ s., obs. Amrani-Mekki et Mekki ; RDI 2011. 623, obs. Poumarède ↗ ; JCP 2011, no 1276, note Ghestin ; CCC 2011, no 252, obs. Levener ; RDC 2012. 47, note Savaux ; RDC 2012. 130, note Seube ; Dr. et patr. févr. 2012. 64, obs. Stoffel-Munck : le contrat de bail à construction conclu pour un prix dérisoire ou vil n'est pas inexistant, mais nul).

**27. Application du critère moderne.** - Par application des principes ci-dessus énoncés, on peut considérer qu'il y aura nullité relative en cas de défaut de capacité d'exercice (V. [État et capacité des personnes](#)), de vice de consentement (V. [Erreur, Dol et Violence](#)), de rescission pour lésion (V. [Lésion](#)), dans l'hypothèse d'un testament-partage incluant des biens dont l'ascendant n'a pas la propriété et la libre disposition (Civ. 1<sup>re</sup>, 3 févr. 2010, no 08-18.196 ↗, D. 2010. 505 ↗ ; Dalloz actualité, 26 févr. 2010, obs. de la Touanne ; AJ fam. 2010. 185, note Vernières ↗ ; Defrénois 2011. 716, obs. Chamoulaud-Trapiers ; Dr. fam. 2010, no 48, note Beignier ; RJPF 2010-4/33, note Sauvage ; RTD civ. 2010. 607, obs. Grimaldi ↗), en cas de violation de règles d'ordre public économique de protection (en ce sens, Civ. 1<sup>re</sup>, 10 janv. 1995, no 92-20.557 ↗, R., p. 292 ; Defrénois 1995. 345, obs. Aubert ; JCP 1995. I. 3843, no 10, obs. Virassamy ; RTD civ. 1995. 881, obs. Mestre. ↗ - Civ. 1<sup>re</sup>, 11 févr. 1997, no 95-11.239 ↗, D. Affaires 1997. 387. - Civ. 3<sup>e</sup>, 15 mai 1996, no 94-14.987 ↗, Bull. civ. III, no 116. - Com. 6 juill. 2011, no 10-23.438 ↗, RDI 2011. 505, obs. Tomasin ↗ ; D. 2012. Pan. 459, obs. Amrani-Mekki et Mekki ↗, arrêt selon lequel les règles d'ordre public de l'article L. 231-2 du code de construction et de l'habitation, relatives aux énonciations que doit comporter ce contrat, constituent des mesures de protection édictées dans l'intérêt du maître de l'ouvrage, dont la violation est sanctionnée par une nullité relative susceptible d'être couverte) ou encore d'ordre public social (COUTURIER, L'ordre public de protection, heures et malheurs d'une vieille notion neuve, *in* Mélanges Flour, 1979, Defrénois, p. 90), hypothèses où la mesure est à l'évidence protectrice d'intérêts privés (FLOUR, AUBERT et SAVAUX, *op. cit.*, no 343). Il arrive aussi que le législateur réserve expressément l'exercice de l'action en nullité à la partie qu'il entend protéger (V. par exemple, en matière de vente d'immeubles à construire, CCH, art. L. 261-11, al. 6). Seront en revanche frappés de nullité absolue les contrats dont l'objet ou la cause heurte l'ordre public moral ou politique et l'ordre public économique de direction, hypothèses où l'intérêt général prévaut (FLOUR, JAUBERT et SAVAUX, *op. cit.* - V. [Ordre public et bonnes moeurs](#)).

**28. Solutions controversées.** - Cependant, la qualification est plus controversée dans d'autres hypothèses. Ainsi, en matière de nullité pour défaut de consentement ou de pouvoir de représentation, la jurisprudence retenait généralement la nullité absolue (Civ. 1<sup>re</sup>, 23 nov. 1976, Bull. civ. I, no 361. - Civ. 3<sup>e</sup>, 15 avr. 1980, D. 1981. IR 314, obs. Ghestin. - Cass., ass. plén., 28 mai 1982, Consorts Mégevand, D. 1983. 349, note Gaillard), alors que l'intérêt général n'est pas en cause (FLOUR, AUBERT et SAVAUX, *op. cit.*, no 344). Elle se prononce plus récemment en faveur de la nullité relative (Civ. 1<sup>re</sup>, 25 mai 1992, no 90-19.969 ↗, Bull. civ. I, no 156. - Civ. 1<sup>re</sup>, 2 nov. 2005, no 02-14.614 ↗, Bull. civ. I, no 395 ; RTD civ. 2006. 138, obs. Gautier ↗ : la nullité du contrat pour absence de pouvoirs du mandataire est relative et ne peut être demandée que par la partie représentée. - Même solution en matière de dépassement de l'objet d'une association et des pouvoirs de son président : Civ. 1<sup>re</sup>, 17 déc. 2009, no 08-12.344 ↗, RTD civ. 2010. 103, obs. Fages ↗). On notera que l'avant-projet CATALA de réforme du droit des obligations et de la prescription exclut expressément la notion d'inexistence en cas de défaut de consentement pour lui préférer la nullité relative (V. exposé des motifs). De la même façon, la jurisprudence a pu considérer que l'absence de

cause au sens objectif du terme devait être sanctionnée par la nullité absolue (Civ. 16 nov. 1932, préc. - Civ. 1<sup>e</sup>, 17 déc. 1959, D. 1960. 294. - Civ. 1<sup>e</sup>, 10 févr. 1993, CCC 1993. Comm. 128, obs. Leveneur. - Civ. 3<sup>e</sup>, 2 déc. 1992, CCC 1993. Comm. 23, obs. Leveneur), épousant une fois de plus le critère suranné de la gravité du vice ; pourtant, la nullité est protectrice des seuls intérêts du contractant qui s'est engagé sans contrepartie (PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, no 263. - FLOUR, AUBERT et SAVAUX, *op. cit.* - MARTY et RAYNAUD, Les obligations, t. 2, Les sources, 2<sup>e</sup> éd., 1988, Sirey, nos 215 s. - STARCK, ROLAND et BOYER, Obligations, t. 2, Contrat, 6<sup>e</sup> éd., 1998, Litec, no 880. - BÉNABENT, Les obligations, 13<sup>e</sup> éd., 2012, Montchrestien, nos 206 s. - COUTURIER, *op. cit.*, nos 222 s.) ; on a fait aussi valoir que l'absence de cause était une sorte de lésion poussée à l'extrême et qu'il était par conséquent illogique de la sanctionner différemment de cette dernière (FLOUR, AUBERT et SAVAUX, *op. cit.*, no 336) ; c'est sans doute pourquoi la jurisprudence a fini par admettre le caractère relatif de la nullité pour absence de cause-contrepartie (Civ. 1<sup>e</sup>, 9 nov. 1999, no 97-16.306 , Defrénois 2000. 250, obs. Aubert ; D. 2000. 507, note Cristau  ; JCP 2000. I. 219, nos 3 s., obs. Mayaux. - Civ. 1<sup>e</sup>, 20 févr. 2001, no 99-12.574 , Bull. civ. I, no 39. - Civ. 3<sup>e</sup>, 29 mars 2006, no 05-16.032 , Bull. civ. I, no 88 ; D. 2006. Pan. 2642, obs. Amrani-Mekki  ; D. 2007. 477, note Ghestin  ; RDC 2006. 1072, obs. Mazeaud ; JCP 2006. II. 153, nos 7 s., obs. Constantin : à propos de la demande en nullité de l'achat d'une chambre hôtelière pour défaut de cause déduit de l'impossibilité de réaliser un profit). La doctrine a salué ce revirement de jurisprudence (SIMLER, La sanction de l'absence de cause, *in* Mélanges Serra, 2006, Dalloz, p. 409). Pourtant, par un arrêt du 23 octobre 2007, la chambre commerciale de la Cour de cassation a estimé de façon surprenante que « la vente consentie sans prix sérieux est affectée d'une nullité qui, étant fondée sur l'absence d'un élément essentiel de ce contrat, est une nullité absolue... » (Com. 23 oct. 2007, no 06-13.979 , D. 2008. 954, note Chantepie  ; JCP 2008. I. 104, obs. Wintgen ; Defrénois 2008, art. 38697, no 74, obs. Libchaber ; RDC 2008. 234, obs. Genicon). Mais la troisième chambre civile persiste dans sa pertinente analyse, en considérant que le contrat de bail à construction conclu pour un prix dérisoire ou vil n'est pas inexistant mais nul pour défaut de cause, et en déduit que l'action en nullité de ce contrat, relevant d'un intérêt privé, est, s'agissant d'une nullité relative, soumise à la prescription quinquennale de l'article 1304 du code civil (Civ. 3<sup>e</sup>, 21 sept. 2011, préc. *supra*, no 26. - V. antérieurement en ce sens sur la sanction du défaut de cause : Civ. 1<sup>e</sup>, 20 févr. 2001, préc.). À notre sens, seule une nullité pour cause illicite ou immorale est susceptible de répondre à la finalité de protection de l'ordre social, alors que le défaut de cause objective répond à la protection d'un intérêt individuel (FLOUR, AUBERT et SAVAUX, *op. cit.*, no 336). L'avant-projet CATALA de réforme du droit des obligations sanctionne l'absence de cause-contrepartie comme d'objet par la nullité relative (art. 1122), le projet gouvernemental ne qualifiant pas, pour sa part, la nullité lorsque l'intérêt au contrat est défaillant (art. 85). En ce qui concerne la nullité pour inobservation des règles de forme, il convient de rechercher si le formalisme protège l'intérêt général ou, au contraire, un intérêt particulier ; la jurisprudence a eu l'occasion de rappeler que, dans ce dernier cas, seule la nullité relative pouvait être encourue (V. à propos de l'inobservation des formalités protectrices des intérêts d'un mineur, Cass., ass. plén., 28 mai 1982, Mme Corbet et autres, Bull. civ., no 3 ; R., p. 38 ; D. 1983. 117, concl. Cabannes ; D. 1983. 349, note Gaillard. - À propos du non-respect des dispositions de l'article 4 de la loi du 28 décembre 1966 protectrices de l'emprunteur, Com. 3 mai 1995, no 93-12.256 , D. 1997. 124, note Eudier . - Civ. 1<sup>e</sup>, 28 nov. 1995, CCC 1996. Comm. 34, obs. Raymond). L'avant-projet CATALA considère en ce sens que « le régime de l'action en nullité pour défaut ou vice de forme, lorsqu'il n'est pas déterminé par la loi, dépend de la nature des intérêts que la forme vise à protéger » (art. 1127-4. - V. aussi art. 47 du projet gouvernemental, lequel vise la finalité d'intérêt général ou d'intérêt privé de la règle de forme). L'étude exhaustive des différents cas de nullité absolue et de nullité relative ne peut être faite dans le cadre de la théorie générale des nullités ; il en est traité à propos de chacune des règles ainsi sanctionnées. L'intérêt de la distinction est réduit depuis la réforme de la prescription (V. *infra*, nos 62 s.) ; toutefois, la qualification demeure importante à certains égards, notamment lorsqu'il s'agit de savoir si une confirmation est possible ou non (V. *infra*, nos 47 s.).

## **Document 2 : Jacques Mestre, De l'étendue de la nullité d'un contrat, RTD Civ. 1991 p.112**

Comme on vient encore de s'en rendre compte, le problème sans doute principal que soulève la présence d'une clause nulle dans un contrat est celui de son « rayonnement » : l'acte tout entier est-il affecté par cette stipulation viciée ou bien survit-il, débarrassé d'elle ? On sait toutefois qu'une jurisprudence aujourd'hui bien acquise de la Cour de cassation invite alors les juges du fond, dans l'exercice d'un souverain pouvoir d'appréciation, à rechercher si la clause nulle avait ou non un caractère déterminant dans l'esprit des parties et si donc celles-ci se seraient ou non mises d'accord en son absence (Cf. Ph. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, LGDJ, 1969, n° 257 et s. ; D. Veaux, *J.-Cl. Civil*, Art. 1304 à 1314, fasc. 4, n° 92 et s.). Mais que décider dans le cas particulier, au demeurant assez fréquent en pratique, où une autre clause du contrat a en quelque sorte pris les devants en précisant expressément que la stipulation, aujourd'hui annulée, avait un caractère essentiel ? Les juges sont-ils alors liés par cette volonté déclarée d'indivisibilité ou bien peuvent-ils passer outre et donc exercer leur habituel pouvoir d'investigation ? La question s'était notamment jusqu'ici posée à propos de clauses d'indexation illicites renfermées dans des baux commerciaux et, par deux arrêts remarqués (6 juin 1972, *D.* 1973.151, note Ph. Malaurie ; 9 juill. 1973, *D.* 1974. 24), la troisième chambre civile de la Cour de cassation avait refusé de tenir compte de la stipulation d'indivisibilité, en stigmatisant, à la suite des juges du fond, son insertion frauduleuse à l'initiative d'un bailleur désireux d'enfermer son cocontractant dans un redoutable dilemme : ou bien respecter la clause d'indexation ou bien, par l'annulation de l'acte tout entier, perdre le bénéfice du droit au renouvellement ! (V. également, refusant de prendre compte une stipulation d'indivisibilité à propos d'une clause d'indexation contenue dans un contrat de prêt, TGI Le Mans, 1<sup>er</sup> mars 1983, *JCP* 1983.II.19991, note J.-Ph. Lévy). Mais cette approche judiciaire pour le moins souple vis-à-vis de la loi contractuelle avait-elle une valeur générale ou devait-elle rester spécifique au bail commercial pour lequel, on le sait, le décret du 30 septembre 1953 entend particulièrement protéger le droit au renouvellement du preneur (V. ainsi son art. 35, déclarant « nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec au droit au renouvellement... »). Telle était bien la question posée à la chambre commerciale de la Cour de cassation dans les circonstances suivantes.

M. avait consenti à P. la location-gérance d'un fonds de commerce tout en lui vendant le stock de marchandises, et ce aux termes d'un acte notarié prévoyant que le contrat durerait quatre années et que la redevance serait indexée sur l'indice des prix à la consommation des ménages urbains, série France entière. La location-gérance ayant été par la suite judiciairement résiliée, M. assigna en paiement du stock P. et ses cautions, qui l'assignèrent à leur tour pour voir prononcer la nullité de la location-gérance ainsi que celle du contrat de garantie, en raison du caractère illicite de l'indexation stipulée. Or, les juges du fond (Aix, 8 janv. 1988) considérèrent que l'effective nullité de cette dernière ne s'étendait pas au contrat de location-gérance en dépit d'une déclaration expresse d'indivisibilité. Mais la chambre commerciale (27 mars 1990, *Bull. civ.* IV, n° 93, p. 62) les a solennellement désavoués sous le visa de l'article 1134 du code civil : « en statuant ainsi alors qu'une stipulation précisait « toutes les clauses du présent contrat sont de rigueur, chacune d'elles est condition déterminante du présent contrat sans laquelle les parties n'auraient pas contracté », la cour d'appel en a dénaturé les termes clairs et précis ».

Ainsi, la chambre commerciale se démarque-t-elle nettement de la jurisprudence antérieure en donnant, par une motivation sans conteste de principe, plein effet à la volonté déclarée des parties. On doit, à notre avis, l'en approuver à une époque où le contenu de plus en plus hétérogène de certains actes soulève fréquemment l'irritante question de leur divisibilité ou indivisibilité (V. ainsi déjà cette *Revue* 1988.123) : si les parties ont pris la peine de désamorcer cette mine de contentieux par une stipulation expresse de l'acte, il faut respecter leur volonté expresse et ne pas ouvrir une autre brèche en admettant que l'on puisse plaider sur la portée de la clause d'indivisibilité. Il reste cependant que la limite générale de la fraude ne peut être occultée et qu'en conséquence, lorsque la preuve sera faite que l'insertion de cette stipulation a été imposée par une partie pour faire échec à un droit impératif de l'autre, il conviendra exceptionnellement de ne pas donner effet à la volonté des parties ou, plus exactement, à la volonté abusive de l'une d'entre elles.

Au demeurant, il semble également possible d'admettre que la présence dans l'acte d'une clause

d'indivisibilité ne fasse pas obstacle à ce que le juge du fond puisse, par une souveraine interprétation de la volonté des parties, exercer un pouvoir de substitution qui évite à une stipulation de devenir caduque. C'est d'ailleurs ce que vient expressément de décider un arrêt de *la cour d'appel d'Aix* (1<sup>re</sup> ch. B, 9 juill. 1990, époux Kotzky c/ Guis, inédit) dans une espèce où l'acte de vente d'un fonds de commerce prévoyait que le solde du prix serait indexé sur le prix du pain publié par le syndicat départemental des maîtres boulanger et que cette stipulation constituait « l'une des conditions essentielles du présent contrat, faute de quoi celui-ci n'aurait jamais été consenti », et où, par suite d'une libération du prix du pain, l'indice choisi cessa de paraître. La cour d'Aix y approuve, en effet, les premiers juges d'avoir considéré que « la stipulation du contrat faisant de l'indexation une condition essentielle sans laquelle le contrat n'aurait pas été conclu *s'applique au principe même de l'indexation et non au choix de l'indice retenu* » et que, dès lors, elle ne fait pas obstacle à ce qu'ils substituent à l'indice disparu l'indice le plus proche, c'est-à-dire ici l'indice INSEE, poste pains (cf. déjà, pour un tel pouvoir de substitution, Civ. 1<sup>re</sup>, 18 mai 1976, *Bull. civ.* I, n° 175, p. 139).

**Document 3 : Bertrand Fages, L'objet du contrat doit être déterminé et possible, (Civ. 3<sup>e</sup>, 11 févr. 2009, pourvoi n° 07-20.237**  **JCP G 2009. I. 127, n° 13, obs. H. Perinet-Marquet - Com. 26 mai 2009, pourvoi n° 08-12.691, à paraître au Bulletin, D. 2009.1477 et les obs.**  **RTD Civ. 2009 p.527**

La théorie de l'objet est bien vivace. Alors qu'une précédente livraison de cette chronique nous avait conduit à souligner son utilité dans le contrôle de la licéité des conventions (RTD. civ. 2009. 115), deux arrêts récents viennent illustrer son rôle dans le contrôle des éléments objectifs du contrat, nous rappelant que cette théorie permet de s'assurer que l'engagement du débiteur a une réelle consistance (tandis que la théorie de la cause, sa voisine, permet de vérifier que cet engagement a une réelle justification).

L'arrêt de la troisième chambre civile, rendu en matière de vente immobilière, met l'accent sur la nécessaire détermination de l'objet. Il approuve une cour d'appel d'avoir considéré que n'était pas parfaite, en l'absence de détermination suffisante de son objet, la vente d'un appartement situé au premier étage d'un chalet appartenant aux vendeurs. En l'espèce, il n'était fait mention dans la promesse de vente ni de la consistance des parties communes, ni de la quote-part de ces parties communes attachées à la propriété de l'appartement. De plus, les lacunes du projet d'acte authentique, qui désignait les biens vendus comme « un appartement et (espace laissé en blanc) de la propriété du sol et des parties communes générales », ne pouvaient être comblées par la mention selon laquelle l'immeuble avait fait l'objet d'états descriptifs de division réalisés par le notaire et un géomètre-expert, dès lors qu'il n'était pas prétendu que le notaire avait établi un tel document et que celui dressé par le géomètre-expert ne pouvait valoir état descriptif de division. Autant d'éléments qui, ajoutés à la superficie du terrain, qui était de plus de 1 400 mètres carrés, et au fait, souverainement apprécié par les juges du fond, que la détermination de la quote-part de parties communes afférente au bien vendu constituait pour les parties un élément essentiel de la convention, a pu conduire la cour d'appel à considérer que, faute de détermination suffisante de l'objet de la vente, celle-ci ne s'était pas formée.

Rendu en matière de cession d'actions, l'arrêt de la chambre commerciale ne s'embarrasse pas de tant de vérifications. Il faut dire que la situation était plus simple. Ici, ce n'était pas la détermination de l'objet qui posait problème, mais sa possibilité même : la cession portait sur les actions d'une société déjà dissoute par voie de fusion-absorption. A l'acquéreur, qui faisait valoir que les titres d'une société absorbée demeurent cessibles en tant qu'ils représentent un droit d'échange contre des actions de la société absorbante, et aussi longtemps que ce droit d'échange subsiste, la Cour de cassation répond carrément qu'« est nulle pour défaut d'objet toute cession de parts, d'actions, ou de droits conférés par ces titres, d'une société ayant disparu par l'effet d'une opération de fusion par absorption ». Et elle ajoute que cette nullité est encourue sans qu'il soit besoin « d'établir l'existence d'un vice du consentement ».

Justifiée du point de vue du droit des sociétés pour des raisons tenant à la dissolution de la société absorbée,

à la disparition corrélatrice des actions représentant son capital social et au fait que l'échange de titres résultant nécessairement de la fusion ne fait pas naître pour autant un droit négociable au profit des associés de l'absorbée, la solution l'est aussi du point de vue du droit des contrats. Lorsque la chose objet des prestations de l'une des parties a déjà péri au moment de la conclusion du contrat, celui-ci est en principe nul pour défaut d'objet. Et il va de soi que cette nullité, sans lien avec la théorie des vices du consentement, peut être retenue en l'absence d'erreur ou de dol (V. pour une précision analogue, en cas de nullité d'un contrat portant sur une chose hors du commerce, Com. 24 sept. 2003, RTD. civ. 2003. 703).

Ce qui est plus incertain, en revanche, est le caractère absolu ou relatif de la nullité encourue. L'arrêt ne se prononce pas sur ce point. On sait néanmoins qu'en la matière la chambre commerciale a plutôt tendance à pencher pour la nullité absolue (rappr. en matière de prix Com. 23 oct. 2007, Bull. civ. IV, n° 226 ; Defrénois, 2007. 1729, obs. crit. R. Libchaber ; JCP G 2008. I. 104, n° 7, obs. crit. R. Wintgen ; RDC 2008. 234, obs. Th. Genicon : « la vente consentie sans prix sérieux est affectée d'une nullité qui, étant fondée sur l'absence d'un élément essentiel de ce contrat, est une nullité absolue »). Cela ne cadre pas forcément avec la théorie moderne des nullités, mais présente l'avantage, comme ici, de pouvoir ouvrir sans discussion l'action en nullité à un tiers au contrat (en l'espèce, c'était en effet la société absorbante qui avait assigné le cessionnaire en nullité de la cession d'actions).

**Document 4 : Bertrand FAGES, *Clause nulle ou clause réputée non écrite ?*, RTD Civ. 2008 p.292(Civ. 3<sup>e</sup>, 23 janv. 2008, n° 06-19.129, Bull. civ. III, n° 11 ; D. 2008.349, obs. Y. Rouquet; Defrénois 2008. 688, note R. Libchaber)**

De cet arrêt, on retiendra que là où le législateur opte clairement pour la nullité - et il en est ainsi, en matière de bail commercial, à l'article L. 145-5 du code de commerce, aux termes duquel « sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui ont pour effet de faire échec au droit de renouvellement » - le juge ne peut substituer à cette sanction celle de la clause réputée non écrite. Surtout lorsque le but d'une telle substitution est la mise à l'écart d'une prescription que le législateur a voulu brève - à l'exemple de la prescription biennale édictée par l'article L. 145-60 du code de commerce pour « toutes les actions » exercées en vertu de la réglementation des baux commerciaux, y compris celles tendant à l'annulation d'une clause illicite (V. en ce sens Civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> févr. 1978, Bull. civ. III, n° 66 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> févr. 1983, Bull. civ. III, n° 31).

Dans cette affaire, un contrat relevant de la réglementation des baux commerciaux comportait une clause contraire aux dispositions d'ordre public de l'article L. 145-10 du code de commerce, relatives à la demande de renouvellement du bail (la clause enfermait dans un délai fixe le droit pour le preneur de solliciter le renouvellement et exonérait le bailleur du versement d'une indemnité d'éviction en cas de non-respect de ce délai). Or au bailleur qui soutenait que cette clause ne pouvait être éventuellement remise en cause que par la voie d'une action en nullité, laquelle était prescrite pour n'avoir pas été introduite dans le délai de deux ans, la cour d'appel avait répondu « qu'une clause illicite insérée dans un bail commercial n'a pas à être attaquée par voie d'action en nullité dès lors que son illicéité s'impose aux parties au cours de l'exécution du bail et que s'y substitue une disposition légale, à savoir l'article L. 145-10 du code de commerce ; que la technique juridique applicable en pareil cas consiste à déclarer ladite clause non écrite ».

Ce faisant, et faute probablement d'avoir pu caractériser les conditions nécessaires au jeu de l'exception de nullité, la cour d'appel entendait faire profiter le preneur du caractère perpétuel de la mesure consistant à réputer une clause non écrite. Clause que la jurisprudence considère en effet comme non avenue « par le seul effet de la loi », de sorte qu'elle échappe à la prescription de l'action en nullité (V. pour une affirmation très claire de cette solution Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> avr. 1987, Bull. civ. I, n° 69). Mais aussi avantageux était-il pour le preneur, un tel recours à la technique de la clause réputée non écrite n'était pas possible en présence de textes décident de façon expresse que, non seulement la sanction consistait bien en une nullité, mais que celle-ci se prescrivait en un court délai de deux ans, marquant ainsi la volonté du législateur de ne pas exposer trop longtemps le contrat et ses clauses à la menace d'une annulation. Ce qui fait dire à la troisième chambre civile, ici respectueuse de la loi, que la cour d'appel « ne pouvait prononcer

une autre sanction que celle de la nullité édictée par l'article L. 145-15 du code de commerce ». La nullité était donc la seule sanction concevable.

Certains verront peut-être s'éloigner avec regret, en le qualifiant de plus commode et de plus moderne, le système que préconisait la cour d'appel : celui d'un contrat en quelque sorte auto-guérissable, dans lequel toute clause illicite apparue en cours d'exécution se serait vue automatiquement remplacée par la disposition légale bafouée. Mais d'un autre côté, la solution retenue par la Cour de cassation a quelque chose d'assez rassurant du point de vue de la liberté contractuelle. Non pas parce qu'elle laisse intacte une stipulation illicite - c'est le jeu de la prescription - mais parce qu'elle montre qu'à défaut d'indication législative contraire, le caractère d'ordre public d'une réglementation ne signifie pas que ses dispositions ont le pouvoir de se substituer d'elles-mêmes et sans limitation de temps à celles illicitement stipulées par les parties. Ainsi, même s'il est encadré par des règles particulièrement impératives, même s'il apparaît parfois comme un statut constitué de clauses légales toutes prêtes à s'imposer en lieu et place de celles conclues par les parties, le bail commercial est un contrat comme les autres : l'invalidation de son contenu passe nécessairement par la mise en oeuvre de la théorie des nullités. Cette observation prend un relief tout particulier au cas d'espèce, où il faut signaler qu'au moment de la conclusion du bail, les parties pensaient que celui-ci pouvait être valablement régi par les dispositions du code civil, ignorant qu'il se verrait soumis ultérieurement à la réglementation des baux commerciaux par l'effet d'un changement de qualité de l'entreprise locataire, en l'occurrence La Poste devenue un établissement public industriel et commercial.

Naturellement, cet arrêt n'enlève rien au jeu de la clause réputée non écrite dans les nombreuses hypothèses, anciennes ou récentes, où le législateur l'a expressément prévue, ni dans celles, beaucoup plus rares il est vrai, où la jurisprudence y a recours en l'absence de tout texte (V. S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, Economica, 2006).

#### **Document 5 Frédéric-Jérôme Pansier, *De la différence entre « clause nulle » et « clause réputée non écrite*, Cass. soc., 8 avr. 2010, n° 08-43056 M. X c/ Société Samse, Cahiers sociaux, 01 juin 2010 n° 221, P. 205**

La clause de non-concurrence comportant une disposition par laquelle la contrepartie financière serait minorée en cas de rupture pour faute du salarié n'est pas nulle, mais doit être réputée non écrite en ses seules dispositions minorant la contrepartie en cas de faute.

Autre décision : Cass. soc., 21 avr. 2010, n° 08-45023.

### **Observations**

#### **1. Clauses nulles et réputées non écrites**

Le juriste de droit des obligations enseigne la différence entre les clauses nulles et celles qui sont réputées non écrites. Une thèse récente et remarquée a été consacrée à la clause non écrite (v. S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, Économica, 2006).

Lorsque la nullité du contrat ou d'une clause est prononcée, toutes les dispositions de celui-ci ou de celle-ci sont dépourvues de valeur. Lorsqu'une clause est réputée non écrite, seules les stipulations de ladite clause sont privées du moindre effet ; le reste du contrat demeure valide. De même, lorsqu'une partie de clause est réputée non écrite, seule la partie concernée de ladite clause est privée du moindre effet ; le reste de la clause demeure valide.

Aucune question de prescription ne se pose lorsqu'une clause est ainsi réputée non écrite.

Les occasions d'illustrer cette distinction entre nullité et caractère non écrit sont rares. Les occasions de trouver une partie de clause réputée non écrite sont encore plus rares. Aussi, cet arrêt de la chambre sociale du 8 avril 2010 présente un intérêt important pour l'exégète.

#### **2. Faits et procédure**

Le 20 juin 1994, un employé commercial a été engagé par la société Samse. Le contrat de travail contenait une clause de non-concurrence prévoyant une contrepartie financière. Un avenant du 3 mars 2003 a minoré l'indemnité de non-concurrence en cas de licenciement pour faute.

Par lettre du 12 octobre 2005, le salarié a démissionné et a perçu la contrepartie financière jusqu'en avril 2006. Le 1er février 2006, il s'est mis au service d'une entreprise concurrente.

L'employeur a saisi la juridiction prud'homale d'une demande en remboursement de l'indemnité de non-concurrence, invoquant la violation de la clause de non-concurrence.

### **3. Décision de la cour d'appel**

Le 30 avril 2008, la cour d'appel de Lyon retient :

- d'une part, que la clause de non-concurrence est nulle compte tenu de la minoration de la contrepartie financière en cas de licenciement pour faute ;
- d'autre part, l'indemnité de non-concurrence perçue par le salarié, qui a nécessairement subi un préjudice en respectant cette clause, lui reste acquise à titre de dommages-intérêts.

### **4. Décision de la chambre sociale**

La Cour de cassation censure cette solution au visa du « principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle et de l'article 1134 du Code civil ».

La solution posée est simple : « la clause de non-concurrence n'était pas nulle mais devait être réputée non écrite en ses seules dispositions minorant la contrepartie en cas de faute ». En d'autres termes, la clause est réputée non écrite pour ce qui est de la minoration de la contrepartie financière. Le salarié peut conserver les fonds qu'il a perçus et, de plus, réclamer le différentiel résultant de la minoration ; si la clause avait été considérée comme nulle, le salarié aurait dû tout restituer sauf à prétendre à des dommages-intérêts.

### **5. Du recours à la clause non écrite**

La chambre sociale, au cours de la précédente décennie, a fait un usage modéré de la technique de la clause réputée non écrite :

Voici quelques décisions rendues :

- « Est territorialement compétent, en application de l'article R. 517-1 du Code du travail, le conseil de prud'hommes du domicile du salarié et que la clause dérogeant à cette règle devait être réputée non écrite dès lors que la compétence de la juridiction française ne résultait pas du seul bénéfice du privilège de juridiction résultant de l'application des articles 14 et 15 du Code civil » (Cass. soc., 24 avr. 2001, n° 98-46424) ;
- « En présence d'un contrat de travail dont elle avait constaté qu'il avait été conclu en France entre un salarié et un employeur tous deux français, qu'il était régi par la loi française et ne présentait pas de caractère d'extranéité, en sorte que la clause attributive de compétence à la juridiction étrangère qui lui était incluse devait être réputée non écrite, peu important que l'intéressé ait accompli une prestation de travail à l'étranger [...] » (Cass. soc., 7 juill. 2004, n° 02-41257) ;
- « selon l'article L. 225-44 du Code de commerce, sous réserve des dispositions de l'article L. 225-22 et de l'article 225-27, les administrateurs ne peuvent recevoir de la société aucune rémunération, permanente ou non, autre que celles prévues aux articles L. 225-45, L. 225-46, L. 225-47 et L. 225-53 [...] toute clause statutaire contraire est réputée non écrite et toute décision contraire est nulle » (Cass. soc., 21 nov. 2006, n° 05-45416) ;
- « Si la clause de la convention de cession d'une entité économique autonome, qui ne prévoit que la reprise d'une partie des salariés, contraire aux dispositions d'ordre public de l'article L. 122-12, alinéa 2, devenu l'article L. 1224-1 du Code du travail, doit être réputée non écrite, le cédant qui continue d'utiliser les services des salariés dont la reprise du contrat de travail n'a pas été prévue, sans demander au cessionnaire de les reprendre, ne peut obtenir de ce dernier le remboursement des

sommes afférentes à l'exécution ou à la rupture de ces contrats » (Cass. soc., 11 févr. 2009, n° 07-18509) ;  
– « La clause du contrat de travail qui mettait à la charge de la salariée les frais engagés par celle-ci pour les besoins de son activité professionnelle devait être réputée non écrite » (Cass. soc., 25 mars 2010, n° 08-43156).

## 6. Une modification non écrite de la clause

Plus original – sans doute une première – est le fait de réputer non écrite non une clause entière, mais une partie de la clause ou sa modification. C'est ce qui est réalisé dans le présent arrêt : la clause de non-concurrence est valable, seule la modification entraînant minoration de l'indemnisation doit être écartée.

### TEXTE DE LA DÉCISION

[...]

Sur le moyen unique :

Vu le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, ensemble l'article 1134 du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X a été engagé le 20 juin 1994 en qualité d'employé commercial par la société Samse ; que le contrat de travail contenait une clause de non-concurrence prévoyant une contrepartie financière ; qu'un avenant du 3 mars 2003 a minoré l'indemnité de non-concurrence en cas de licenciement pour faute ; que le salarié a démissionné par lettre du 12 octobre 2005 et a perçu la contrepartie financière jusqu'en avril 2006 ; qu'il s'est mis au service d'une entreprise concurrente le 1<sup>er</sup> février 2006 ; qu'invoquant la violation de la clause de non-concurrence, l'employeur a saisi la juridiction prud'homale d'une demande en remboursement de l'indemnité de non-concurrence ;

Attendu que pour l'en débouter, l'arrêt retient que la clause de non-concurrence est nulle compte tenu de la minoration de la contrepartie financière en cas de licenciement pour faute et que l'indemnité de non-concurrence perçue par le salarié, qui a nécessairement subi un préjudice en respectant cette clause, lui reste acquise à titre de dommages-intérêts ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la clause de non-concurrence n'était pas nulle mais devait être réputée non écrite en ses seules dispositions minorant la contrepartie en cas de faute, la cour d'appel a violé le principe et le texte susvisés ;

### PAR CES MOTIFS

Casse et annule

### **Document 6 Sophie GAUDEMEL, *La clause réputée non écrite* , RTD Civ. 2008 p.189.**

Alors qu'en 1804 le code civil ne comportait qu'une seule mention de clause réputée non écrite (art. 900), le législateur moderne recourt de plus en plus à cette sanction. Du droit de la consommation au droit des assurances, du droit de la copropriété au droit des sociétés, de la procédure civile au droit du bail, peu de domaines échappent aujourd'hui au « réputé non écrit ». Qui plus est, la jurisprudence contribue à l'essor de cette sanction, la fameuse jurisprudence *Chronopost* en étant l'exemple emblématique. Si les articles de doctrine avaient déjà rendu compte du phénomène, manquait à ce jour une monographie consacrée à cette sanction partielle des actes juridiques qui monte ainsi en puissance. Ce vide est désormais magistralement comblé. Nul doute que la thèse dont nous avons le plaisir de rendre compte sera en ce domaine l'ouvrage de référence.

On ne peut être qu'admiratif devant la monographie que nous offre M<sup>me</sup> Gaudemet, récompensée

par plusieurs prix de thèses. La force de la démonstration, la rigueur de l'analyse, l'exhaustivité des recherches - il n'est pas un pan du droit privé qui n'a été exploré - l'emploi judicieux de l'histoire du droit - droit romain et droit intermédiaire - et du droit comparé - droit allemand en première ligne - sont rehaussés par un style clair et dépouillé et un sens pédagogique aiguisé. M<sup>me</sup> Gaudemet s'est d'abord employée à dégager l'identité du réputé non écrit en déterminant les composantes qui font son unicité (1<sup>re</sup> partie : identité de la sanction du réputé non écrit), avant de s'engager sur la voie de l'identification des clauses réputées non écrites (seconde partie). La puissance conceptuelle de la première partie ne peut que forcer l'admiration du lecteur et l'inciter à adhérer à la thèse soutenue par l'auteur. **Le réputé non écrit apparaît comme une notion autonome (titre I), distincte de la nullité partielle. Il s'agit d'un mode spécifique de sauvetage du contrat : alors que la nullité est une sanction judiciaire, n'existant que par son prononcé en justice, la sanction du réputé non écrit opère de plein droit, sans intervention du juge.** Comme le souligne finement M<sup>me</sup> Gaudemet, « la nullité partielle est une nullité avant d'être partielle ; l'adjectif ne doit pas l'emporter sur le substantif, ni déformer la conception qui en est retenue » (n° 106). Lorsqu'une clause est frappée simplement de nullité, se pose nécessairement la question de l'étendue de la nullité, la sauvegarde de l'acte juridique n'étant qu'une conséquence possible de la mise en œuvre de critères de nature subjective et objective. A l'opposé, le contrat contenant une clause réputée non écrite subsiste nécessairement, expurgé de la clause non écrite. A cette notion autonome est rattaché un régime propre (titre II), lié à son caractère non contentieux. La clause est réputée non écrite, avant même une éventuelle intervention du juge, à la différence de la clause nulle, la nullité n'étant constituée que par son prononcé en justice. Et si un différend relatif à une clause réputée non écrite est porté en justice, le jugement de réputé non écrit - il faudra s'habituer à ce nouveau vocabulaire - n'a qu'une valeur déclarative. Le cercle des titulaires de la demande en constatation du réputé non écrit est plus large, la seule exigence étant celle d'un intérêt direct et personnel, sans qu'une restriction ne soit tirée de la finalité poursuivie par la règle de droit transgressée comme dans le cadre des nullités. Par ailleurs, la demande en constatation du réputé non écrit est imprescriptible. D'autres aspects, jouant hors du contexte judiciaire, opposent encore le mécanisme du réputé non écrit et la nullité. Ainsi, la confirmation n'y a pas de place, puisque l'acte est libre *ab initio* de tout vice. Même dans les domaines des conflits de lois dans le temps et dans l'espace, le mécanisme du réputé non écrit marque sa spécificité tant par l'application de la loi nouvelle aux effets à venir des contrats en cours que par la fréquence des lois d'application immédiate évinçant la loi du contrat. Nul doute que cette première partie de la thèse plaident pour une notion et un régime autonomes interpellera ceux des auteurs qui rattachent traditionnellement le mécanisme du réputé non écrit à la nullité partielle. Observons toutefois que la portée pratique de la consécration d'une sanction détachée de la nullité partielle est moindre que l'enjeu théorique. C'est ainsi qu'en matière de prescription, le jeu de l'exception de nullité dans le domaine des actes annulables (n° 257 s.) réduit, sans toutefois la supprimer, l'opposition entre les deux conceptions possibles du réputé non écrit.

Pour identifier les clauses réputées non écrites en droit français (2<sup>e</sup> partie), l'auteur s'attelle d'abord à leur identification formelle (titre I), en examinant en premier lieu les sources des clauses réputées non écrites que sont le droit écrit sous ses diverses expressions (loi, règlement, recommandation) et la jurisprudence, en tant que source dérivée ou source autonome. La montée en puissance du réputé non écrit, comme source jurisprudentielle autonome, résulte pour l'essentiel de l'arrêt *Chronopost*, précédé des arrêts moins célèbres réputant non écrites les clauses qui limitent dans le temps la garantie de l'assureur de responsabilité. En second lieu, l'auteur identifie les clauses formellement réputées non écrites, la sanction pouvant se manifester par d'autres formules, telle l'expression « nonobstant toute clause contraire », celle, bien contestable, de « clause nulle et réputée non écrite », ou encore par le mécanisme d'une clause type imposée, comme le révèle le droit des assurances. Mais l'auteur ne se contente pas de cette

approche formelle, jugée insuffisante en raison des incertitudes entourant fréquemment le recours au non écrit, notamment par le législateur qui n'a pas toujours conscience de faire appel à un procédé autonome, distinct de la nullité partielle, son seul souci pouvant être de limiter l'étendue de la sanction. L'identification formelle, étape préalable, doit ainsi être complétée et corrigée par une identification fonctionnelle (titre II). L'auteur part ainsi à la recherche des fonctions du réputé non écrit, s'attachant à déterminer les clauses qui, en raison de leur contenu, méritent d'être déclarées non écrites. C'est dire que cette dernière partie devrait servir de guide au législateur et au juge. Il existe ainsi de « fausses clauses réputées non écrites », tout comme de « fausses clauses nulles » (n° 369). L'auteur doute à cet égard que l'article 900 du code civil consacre aujourd'hui une véritable hypothèse de clause réputée non écrite (n° 385). La détermination de la nature exacte de la sanction pourra donc nécessiter le recours au juge que le réputé non écrit voulait pourtant éviter. Mais ce risque devrait s'amenuiser avec le temps lorsque la spécificité de la sanction aura pu s'imposer.

L'identification fonctionnelle du réputé non écrit amène l'auteur à reconstituer le puzzle législatif et jurisprudentiel en dégageant une fonction nécessaire de police de la cohérence des obligations contractuelles que reflète notamment la jurisprudence *Chronopost*, et une fonction, aujourd'hui latente seulement, de police des valeurs de l'ordre social. En développant la fonction nécessaire de cohérence des obligations contractuelles (chapitre I), l'auteur entend résérer le réputé non écrit aux contrats qui appartiennent à une catégorie, par opposition aux contrats hors catégorie ou sur mesure. Cette distinction au sein des contrats dépasse celle des contrats nommés et innomés ou encore celle des contrats d'adhésion et de gré à gré. Le réputé non écrit permet de sanctionner les atteintes à une obligation essentielle de la catégorie de contrats en jeu, car elles entravent la réalisation de la fin servie par cette catégorie. En d'autres termes, le mécanisme du réputé non écrit assure la réintégration du contrat dans la catégorie à laquelle il appartient, en donnant son plein effet au noyau intangible d'obligations propres à cette catégorie. En revanche, si le contrat est hors catégorie, place doit être laissée à la nullité, l'automaticité de la sanction ne pouvant pas jouer ; l'intervention du juge est alors inéluctable si un contractant considère qu'une clause entrave la cohérence du contrat. La fonction latente du réputé non écrit (chapitre II) est d'assurer, quant à elle, une police des valeurs de l'ordre social. Elle remonte au droit intermédiaire qui entendait paralyser, dans le domaine des actes à titre gratuit, les effets de clauses animées d'un esprit contre-révolutionnaire, cette législation ayant inspiré l'article 900 du code civil. Faudrait-il, s'interroger à juste titre l'auteur, considérer que passé trente années, il ne soit plus possible de se prévaloir de l'absence de valeur obligatoire du règlement de copropriété qui porterait atteinte au droit au respect de la vie privée d'un des copropriétaires (n° 556) ? Seul l'ordre public social, entendu dans le sens d'un ordre public politique et moral, hétérogène par nature, serait le domaine du réputé non écrit, à l'exclusion de l'ordre public économique dont les règles pourraient demeurer sanctionnées par la nullité relative ou absolue. Ainsi, la sanction du réputé non écrit paraît excessive à l'auteur pour priver d'effet une clause de non-concurrence ou une clause d'inaliénabilité. A l'opposé, une clause écartant ou limitant la réparation du dommage corporel devrait être sanctionnée par le réputé non écrit. Mais même l'ordre public social connaît des atteintes où l'antinomie entre la valeur à protéger et la clause peut présenter divers degrés. Ne laissant décidément rien au hasard, l'auteur propose pour ce type d'atteintes « des présomptions simples de réputé non écrit » (n° 583 s.), qui céderaient sous la double démonstration que la clause litigieuse réponde à un intérêt légitime et n'affecte la liberté que dans la proportion nécessaire à la satisfaction de cet intérêt. Relèverait par exemple de ce régime la clause interdisant à un acteur de pratiquer toute activité sportive pendant le tournage d'un film, sans que la clause soit limitée aux sports à risques. La présomption serait appelée à tomber par la double démonstration du but légitime poursuivi et d'un dispositif proportionné à celui-ci. La clause serait privée d'effet tant que le juge n'en aurait pas admis l'efficacité. Ainsi, même dans ce cas, le réputé

non écrit se distinguerait de la clause nulle.

Le lecteur aura compris que l'auteur n'entend nullement voir supprimer le jeu de la nullité judiciaire comme mode d'éradication de clauses contractuelles. Cette sanction devrait continuer à jouer notamment dans le champ de l'ordre public économique. Même dans le domaine de la législation sur les clauses abusives, cas d'application privilégié du non écrit, l'auteur doute que « les clauses abusives soient toutes de véritables clauses réputées non écrites » (n° 550), celles-ci pouvant être illicites sans pour autant heurter la police de la cohérence du contrat ou la police des valeurs de l'ordre social, entendu au sens restrictif du terme. Le souci de ménager le jeu de la nullité partielle comme mode d'éradication de clauses contractuelles ne manque pas d'être un facteur de complication, pourront objecter ceux des auteurs réduisant le non écrit à une modalité de la nullité partielle. Le réputé non écrit, conçu comme une sanction extrajudiciaire, risque également d'apparaître comme une source de perturbation, dans sa fonction de police des valeurs de l'ordre social. En effet, alors que les conventions de mère porteuse ou les ventes d'organes sont sanctionnées par la nullité du contrat, pour reprendre des exemples donnés par l'auteur (n° 565), une simple clause contractuelle heurtant l'ordre social encourt, quant à elle, une mesure plus draconienne, l'éradication *ab initio* de la clause, sans intervention judiciaire. L'inefficacité radicale d'une clause contractuelle s'harmonise certainement mieux dans des systèmes juridiques, tel le droit allemand, où la nullité opère de plein droit, sans intervention judiciaire. Faut-il dès lors faire vivre ensemble deux sanctions partielles, proches mais néanmoins distinctes, comme le plaide avec talent M<sup>me</sup> Gaudemet, ou souhaiter que le réputé non écrit reste dans le giron des nullités partielles ou encore, s'il est conçu comme une sanction non judiciaire, favorise une évolution radicale de l'ensemble du droit des nullités ? On sait que l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription propose un régime des nullités conforme pour l'essentiel aux solutions du droit positif et envisage sommairement le non écrit, dans le cadre de la nullité partielle (art. 1130-2, al. 2). A l'opposé, divers systèmes juridiques étrangers optent pour une sanction extrajudiciaire de la nullité, consacrée également par les Principes UNIDROIT et les Principes du droit européen du contrat. L'un des mérites de l'admirable thèse de M<sup>me</sup> Gaudemet est aussi d'inciter le lecteur à réfléchir à une évolution éventuelle de l'ensemble du droit des nullités. Le trublion que constitue le réputé non écrit dans le domaine des sanctions partielles des conditions de formation des actes juridiques deviendra-t-il l'aiguillon d'une réforme d'ampleur du droit des nullités ? L'avenir nous le révèlera

## SEANCE 5 LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT

### Bibliographie indicative

- M.-H. MALVILLE-COSTEDOAT, « L'interprétation et la rédaction des contrats : dix ans de jurisprudence », RLDC 2007/42, p. 63.
- L. LEVENEUR, « Le forçage du contrat», Dr et pat. 1998, n°58, p.69.
- Jérôme FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, commenté par - Emmanuel Putman, RTD civ. 2005. 880.
- Manuella Bourasson, *L'emprise inéluctable des juges sur le nouveau droit des contrats*, Petites affiches - 30/12/2016 - n° 261 - page 9.

- Mathias LATINA, Répertoire de droit civil Contrat (Généralités) — décembre 2013 (actualisation : juin 2016), extrait : § 1 - *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*
- Louis BOYER, Répertoire de droit civil, Contrats et conventions, août 1993 (actualisation : avril 2015), extrait : Chapitre 1 - *Force obligatoire du contrat*.
- Louis BOYER, *Contrats et conventions*, août 1993 (actualisation : avril 2015) Répertoire de droit civil, extrait : § 1 - *Force obligatoire et bonne foi*.

### **EXERCICE GROUPE DU LUNDI ET GROUPE DU MARDI** : Commentaire d'arrêt

**Sujet : Commentaire de l'arrêt de la cour de cassation chambre commerciale, 18 juin 2013 Cass. com., 18 juin 2013 no 12-13360, D.**

La Cour :

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (CA Toulouse, 5 déc. 2011), que par contrat du 20 juin 2007, la société Akerys promotion (la société Akerys) s'est engagée à construire une résidence de tourisme à Ispoure (64) et la société Odalys résidences (la société Odalys) à en assurer l'exploitation pendant une durée déterminée, ce qui assurait aux investisseurs des avantages fiscaux ; que se prévalant du comportement fautif de la société Odalys dans l'exécution d'un contrat semblable conclu en 2004 portant sur une autre résidence, à l'origine d'une perte de confiance, la société Akerys a rompu le contrat de façon unilatérale ; que la société Odalys l'a assignée en rupture abusive de la convention et indemnisation ; que, par jugement du 13 septembre 2010, le tribunal de commerce a rejeté les demandes de la société Odalys en paiement de la somme prévue par la convention et de provision au titre du préjudice d'exploitation ;

Attendu que la société Odalys fait grief à l'arrêt d'avoir confirmé le jugement, alors, selon le moyen :

1) que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; qu'une partie à un contrat à durée déterminée ne peut, sans commettre de faute, le résilier unilatéralement de manière anticipée, au mépris du terme fixé par le contrat lui-même, sauf à établir un comportement ou un manquement d'une particulière gravité imputable à son cocontractant ; qu'en admettant qu'un manquement de la société Odalys dans l'exécution d'un contrat antérieur et auquel n'était pas partie la société Akerys puisse servir de fondement à la rupture unilatérale par cette dernière du contrat distinct la liant à Odalys, la cour d'appel a violé les articles 1134 et 1184 du Code civil ;

2) que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; qu'une partie à un contrat à durée déterminée ne peut, sans commettre de faute, le résilier unilatéralement de manière anticipée, au mépris du terme fixé par le contrat lui-même, sauf à établir un comportement ou un manquement d'une particulière gravité imputable à son cocontractant ; qu'en retenant que la rupture unilatérale du contrat par la société Akerys n'était pas fautive sans avoir caractérisé le « comportement d'une gravité suffisante pour justifier une rupture unilatérale », la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 et 1184 du Code civil ;

3) qu'une partie à un contrat à durée déterminée ne peut, sans commettre de faute, le résilier unilatéralement de manière anticipée, au mépris du terme fixé par le contrat lui-même, sauf à établir un comportement ou un manquement d'une particulière gravité imputable à son cocontractant justifiant l'urgence de la cessation de la relation contractuelle ; qu'en retenant la validité de la rupture unilatérale par la société Akerys sans caractériser les circonstances qui lui auraient imposé d'agir rapidement et de se dispenser du recours naturel à une procédure de résolution judiciaire, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1184 du Code civil ;

4) que seule la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale et à ses risques et périls ; qu'en retenant que la résiliation unilatérale du contrat par la société Akerys se justifiait par le manquement de la société Odalys à ses engagements du fait de la résiliation de baux alors même qu'elle avait constaté que celle-ci avait renoncé à cette résiliation, la cour d'appel, qui n'a pas recherché si ce repentir n'avait pas fait perdre au comportement de la société Odalys son caractère fautif, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1184 du Code civil ;

5) que le juge ne peut laisser sans réponse un moyen soulevé dans les motifs des conclusions ; que la société Odalys a invoqué dans ses conclusions que la société Akerys, dans un courrier du 17 mars 2008 adressé à l'ordre des architectes, avait fait savoir son intention de ne pas poursuivre le projet Ispoure « pour des raisons financières » ; que la société Odalys en déduisait que la « perte de confiance » prétextée par la société Akerys pour mettre fin à leur relation était un motif fallacieux ; qu'en s'abstenant de répondre à ce moyen invoqué par la société Odalys, la cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt relève que la société Akerys est venue aux droits de la société Prestigium qui a conclu avec la société Odalys la convention du 22 juin 2004, et que cette convention est similaire à celle du 20 juin 2007 ;

Attendu, en second lieu, qu'après avoir retenu que, dans le cadre de la convention conclue en 2004, la société Odalys a décidé de résilier les baux à l'expiration de la première période triennale en dépit de ses engagements de prendre à bail l'ensemble des appartements pour une période ferme et renouvelable de 11 ans, exposant ainsi la société Akerys à des actions judiciaires des acquéreurs qui se trouvaient en situation de perdre les avantages fiscaux associés à leur investissement et mettant gravement en difficulté l'économie globale de l'opération, l'arrêt relève que ce comportement, qui n'a cessé que sous la pression d'une procédure contentieuse, a nécessairement provoqué une perte de confiance de la part de la société Akerys qui, confrontée à l'attitude changeante et peu responsable de la société Odalys, l'a conduite à ne pas donner suite à l'opération conclue en 2007 et à mettre fin aux relations contractuelles avec elle ; que l'arrêt relève encore que la lecture des échanges de courriers entre les sociétés Akerys et Odalys au cours du premier semestre 2008 montre que cette dernière avait été informée à plusieurs reprises de la volonté de la première de ne pas donner suite à la convention de 2007 ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, faisant ressortir la gravité des manquements de la société Odalys à ses obligations, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation ni de procéder à d'autres recherches, a légalement justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi ;

## **Documents**

**Document 1 : Mathias LATINA, Répertoire de droit civil Contrat (Généralités) — décembre 2013 (actualisation : juin 2016), extrait : § 1 - Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat**

**84. Principe de la distinction.** - La distinction entre la force obligatoire du contrat et son contenu obligationnel a été mise au jour par un auteur dans un article aujourd'hui classique (ANCEL, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ. 1999. 771 ↗ s. - V. aussi JEULAND, L'énigme du lien de droit, RTD civ. 2003. 455 ↗, spéc. no 25. - **Contra** : AYNÈS, La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, 1984, Économica, spéc. no 34. - WICKER, Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique, 1997, LGDJ, spéc. no 154 ; Force obligatoire et contenu du contrat, dans RÉMY-CORLAY et FENOUILLET [dir.], Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen du contrat, 2003, Dalloz, p. 151 s., spéc. p. 152, note 6, et p. 162, note 56. - LIBCHABER, article préc., Mélanges Aubert, p. 211. - LUCAS-PUGET, **op. cit.**, spéc. nos 508 s.). La négation, dans le code civil, de la substance du lien contractuel (V. **supra**, no 20) a en effet contribué à masquer la différence fondamentale entre la force obligatoire d'un contrat et les obligations que ce contrat est susceptible d'engendrer. Une approche « normativiste » renouvelée du contrat permet pourtant de concevoir que la réunion des éléments requis pour la validité d'une convention emporte création d'un lien de droit source de normes individuelles (JEULAND, article préc., RTD civ. 2003. 455 ↗ s., **loc. cit.** - Comp. ANCEL, article préc., RTD civ. 1999. 771 ↗ s., p. 774, spéc. no 4, qui distingue le « lien contractuel » du « rapport d'obligation » que ce lien peut engendrer. - V. aussi FOREST, **op. cit.**, nos 349 s. - V., sur la distinction entre « acte normateur » et norme, AMSELEK, L'acte juridique à travers la pensée de C. Eisenmann, Archives Phil. dr., t. 32, 1987. 304 s., spéc. p. 315). Cette analyse n'a nullement pour but de nier l'infériorité des normes contractuelles par rapport aux normes légales, non plus que de « hisser les contractants à la dignité de législateurs » (BATIFFOL, **op. cit.**, spéc. p. 359). On sait en effet aujourd'hui que les codificateurs avaient une bien piètre opinion de l'homme et que l'expression « légalement formées » employée dans l'article 1134, alinéa 1er, du code civil avait pour but de placer « l'épée de la loi dans les reins de celui qui contracte » (X. MARTIN, **op. cit.**, spéc. p. 258. - V. **supra**, no 22).

**85. « Localisation » de la force obligatoire.** - En revanche, cette conception permet de mieux « localiser » la force obligatoire du contrat. Précisément, puisqu'une norme juridique tire son « obligatorieté » non d'elle-même, mais de l'acte qui l'engendre, on doit en déduire que si les normes contractuelles sont obligatoires, c'est parce qu'elles sont le produit d'un accord par lequel les contractants ont figé leur volonté dans le consentement qu'ils ont échangé (en ce sens : AMSELEK, Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen, RRJ 1999. 37 s., spéc. p. 50). En définitive, si les normes contractuelles doivent être respectées, c'est parce qu'elles sont issues d'un lien contractuel que la loi dote de force obligatoire (sur le fondement de la force obligatoire : V. **infra**, nos 104 s.). Peut-être devrait-on alors aller au bout du raisonnement, et convenir que la définition multiséculaire qui fait de l'obligation contractuelle un lien de droit (V. **Obligations**), n'est que le produit d'une époque révolue qui distinguait imparfaitement les concepts de contrat et d'obligation. L'obligation ne serait donc pas, en elle-même, un lien de droit, mais un effet du lien, c'est-à-dire une prestation que le créancier serait en droit de réclamer en vertu de la force obligatoire du lien contractuel (comp. GRIMALDI, Quasi-engagement et engagement en droit privé français. Recherches sur les sources de l'obligation, 2006, Defrénois, spéc. nos 934 s. qui distingue l'engagement - lien de droit, nos 1039 s. - de l'obligation - bien, nos 1080 s.). En définitive,

l'obligation contractuelle serait un bien découlant d'un lien interpersonnel préalablement formé, ce qui permettrait de résoudre le paradoxe qui fait actuellement de l'obligation à la fois un bien et un lien (**contra** : FOREST, **op. cit.**, spéc. nos 246 s. : « L'obligation est un droit (subjectif) à l'exécution d'une norme de comportement ». Pour l'auteur, l'obligation serait donc un ensemble binaire composé de la dette, norme individuelle de droit objectif, et de la créance, droit subjectif).

**86. Mise en oeuvre de la distinction : promesse unilatérale de vente.** - La distinction entre la force obligatoire du contrat et son contenu obligationnel peut être illustrée par la promesse unilatérale de contrat (sur laquelle, V. [Promesse de vente](#)). Nul n'ignore que la Cour de cassation estime qu'un promettant qui se rétracte pendant le délai d'option laissé au bénéficiaire ne s'expose qu'à des dommages et intérêts. Autrement dit, la Cour de cassation se refuse à priver la rétractation de toute efficacité en constatant la formation de la vente (Civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1993, no 91-10.199 , JCP N 1995. II. 31, obs. D. Mazeaud ; Defrénois 1994, art. 35845, no 61, obs. Delebecque ; D. 1994. Somm. 230, obs. Tournafond.  - Civ. 3<sup>e</sup>, 26 juin 1996, no 94-16.326 , D. 1997. Somm. 169, note D. Mazeaud.  - Civ. 3<sup>e</sup>, 28 oct. 2003, no 02-14.459 , RDC 2004. 270, obs. D. Mazeaud). Longtemps, la Haute Juridiction est restée arc-boutée sur une analyse de la situation du promettant basée sur l'existence d'une obligation de faire. Selon elle, et une partie de la doctrine, le promettant devait maintenir son consentement en vertu d'une telle obligation. La Cour de cassation en déduisait que, puisque l'inexécution des obligations de faire ne se résout qu'en dommages et intérêts en vertu de l'article 1142 du code civil, le promettant ne devait au bénéficiaire, à titre de sanction de sa rétractation, qu'une somme d'argent. Cette justification était doublement contestable. D'abord, parce que, à supposer que le promettant ait bel et bien souscrit une telle obligation de faire, rien n'interdisait de le condamner à l'exécution forcée. Il y a beau temps en effet que le principe et l'exception contenus dans l'article 1142 ont été inversés. Le débiteur d'une obligation de faire peut donc parfaitement être condamné à l'exécution forcée, sauf si celle-ci pèse trop sur sa liberté. Or, en l'espèce, l'exécution forcée n'aurait en rien obligé le promettant à accomplir un acte contre sa volonté. Surtout, c'est l'analyse de la situation en termes obligationnels qui était erronée. Si le promettant doit maintenir son consentement, ce n'est pas parce qu'il a souscrit une obligation de faire, ou de ne pas faire, mais en raison de la force obligatoire du contrat de promesse. La rétractation du promettant avant la levée d'option devrait donc être considérée comme inexistante, le promettant ne pouvant revenir sur un consentement irrévocable, parce que figé dans le contrat de promesse. La Cour de cassation ayant abandonné l'analyse obligationnelle dans le pacte de préférence (Cass., ch. mixte, 26 mai 2006, no 03-19.376 , Bull. ch. mixte no 4 ; RDC 2006. 1080, obs. D. Mazeaud ; RDC 2006. 1131, obs. Collart-Dutilleul ; RTD civ. 2006. 550, obs. Mestre et Fages  ; D. 2006. 1861, note Gautier  ; D. 2006. 1864, note Mainguy  ; JCP N 2006. 1417, obs. Thullier ; Defrénois 2006. 1206, obs. Savaux ; JCP 2006. II. 10142, p. 1652, obs. S. Piedelièvre ; JCP E 2006. 1585, obs. Delebecque ; JCP 2006. II. 10142, obs. Levener ; RLDC 2006, no 30, p. 5, obs. Kenfack ; Dr. et patr., oct. 2006. 93, obs. Stoffel-Munck), elle l'a également abandonnée dans la promesse unilatérale (Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2011, no 10-12.875 , LEDC 2011, no 7, obs. Pillet ; Defrénois 2011. 1023, obs. Aynès ; D. 2011. 1460, note Mainguy  ; D. 2011. 1457, note D. Mazeaud , qui ne vise plus l'article 1142 du code civil. - V. aussi Civ. 3<sup>e</sup>, 12 juin 2013, no 12-19.105 ). Toutefois, elle a persisté dans son refus de priver la rétractation du promettant de son efficacité. Elle considère en effet que la rétractation du promettant avant la levée d'option empêche la rencontre de l'offre et de l'acceptation, ce qui revient purement et simplement à ôter toute force obligatoire, et donc tout intérêt, à la promesse unilatérale de vente. Les nouveaux visas des articles 1101 et 1134 du code civil ne manquent ainsi pas de sel... Peut-être la Cour de cassation a-t-elle cédé aux sirènes de l'analyse économique du droit (BELLIVIER et SEFTON-GREEN, Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme, **in** Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle : études offertes à Jacques Ghestin, 2001, LGDJ, p. 91 s.) ? Toujours est-il qu'il semble acquis que la restauration de la force obligatoire du contrat de promesse unilatérale ne pourra passer que par la loi (V., pour une défense argumentée de la jurisprudence de la Cour de cassation : MAINGUY, À propos de l'affaire de la rétractation de la promesse du contractant, JCP 2012. Doctr. 800. - V. aussi FABRE-MAGNAN, **op. cit.**, t. 1, p. 255 s.). L'avant-projet de la

Chancellerie s'y emploie d'ailleurs (art. 26, al. 2 : « La rétractation du promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour exprimer son consentement ne peut empêcher la formation du contrat promis »).

**87. Mise en oeuvre de la distinction : condition suspensive.** - Une autre illustration de la distinction entre force obligatoire et contenu obligationnel peut être trouvée dans les contrats conclus sous condition suspensive (C. civ., art. 1168 s. - V. [Condition](#)). La doctrine majoritaire s'accorde pour dire que la condition suspensive, à la différence du terme suspensif, affecte la naissance des obligations. Pourtant, en dépit de l'inexistence des obligations **pendente conditione**, le contrat est d'ores et déjà obligatoire, de sorte que les parties ne peuvent se rétracter ou modifier unilatéralement le contrat. La doctrine est alors confrontée à la nécessité de concilier deux idées antagonistes : d'une part, puisque l'obligation est affectée par la condition, celle-ci n'existe pas et, d'autre part, puisque le contrat conditionnel est d'ores et déjà obligatoire, l'obligation existe déjà. Pour sortir de cette ornière, il est alors souvent fait appel à la notion d'obligation en germe, ou plutôt, selon l'expression consacrée, de « germe de droit » (TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.*, spéc. no 1230. - MALAURIE, AYNÈS et STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, spéc. no 1238. - CARBONNIER, *op. cit.*, spéc. p. 265, no 136). Pourtant, le détour par ce fameux « germe de droit », dont les contours n'ont jamais pu être précisés, est inutile. Si le contrat sous condition suspensive est d'ores et déjà obligatoire, c'est parce qu'il est parfait du point de vue des conditions de validité. Les normes supra-contractuelles d'intangibilité, d'irrévocabilité et de bonne foi s'appliquent donc à lui. Peu importe à cet égard qu'il n'ait pas encore engendré d'obligation. En d'autres termes, il n'est nullement antinomique de dire, d'une part, que le contrat sous condition suspensive a d'ores et déjà force obligatoire et, d'autre part, que, **pendente conditione**, les obligations ne sont pas encore nées (V., sur cette question, LATINA, *op. cit.*, spéc. nos 416 s.).

**88.** La force obligatoire étant distincte du contenu obligationnel du contrat, elle se décline en plusieurs sous-principes.

## **Document 2 : Louis BOYER, Répertoire de droit civil, Contrats et conventions, août 1993 (actualisation : avril 2015), extrait : Chapitre 1 - Force obligatoire du contrat**

**233.** Dès l'instant où le contrat a été régulièrement formé, il doit être exécuté tel que prévu initialement. Cette règle qui résulte de l'article 1134 du code civil concerne d'ailleurs non seulement les dispositions expresses, mais aussi les dispositions légales qui sont venues s'insérer dans le contrat, soit impérativement, soit de façon supplétive ; les unes et les autres ne peuvent, en principe, être modifiées que par un nouvel accord.

### **Actualisation**

**233 s.** *Force obligatoire du contrat.* - AYNES, À propos de la force obligatoire du contrat, RDC oct. 2003. 323 s.

**234.** Ce principe de la force obligatoire a un double fondement : *Moral*, tout d'abord, pour tout ce qui procède de la volonté des parties ; la parole donnée doit être tenue. *Économique et social*, ensuite : le crédit sur lequel repose toute la vie des affaires disparaîtrait si le créancier n'était pas certain que son débiteur sera contraint à l'exécution de sa promesse ; il exigerait toujours une contrepartie immédiate ou des garanties que le faible est impuissant à fournir ; au-delà des cas individuels, l'intérêt des débiteurs eux-mêmes est que les promesses soient strictement respectées (Mazeaud et Chabas, t. 2, no 721 ; Rouast, Le respect des engagements librement consentis..., *Semaines sociales de France* 1938.338).

**235.** Ces justifications expliquent que l'article 1134 demeure à la base de notre droit des contrats. Sans doute, le législateur intervient-il très souvent pour l'écartier (V. *infra*, not. no 322, 332, 345), mais il garde valeur de *principe assoupli* d'ailleurs par quelques tempéraments (V. *infra*, no [236 et s.](#)). Dans sa mise en oeuvre, il faut, par ailleurs, tenir compte du pouvoir d'*interprétation* qui est celui du juge en la matière (V. *infra*, no [251 et s.](#)).

## Section 1 - Principe et tempéraments

### Art. 1 - Principe

**236.** Qualifiant le contrat de « loi des parties », le code civil en prescrit une exécution très stricte. Ni les contractants ni les juges ne peuvent normalement en modifier les clauses furent-elles de simples *clauses de style* (Sur l'obligation de respecter celles-ci, V. Civ. 3e, 3 mai 1968, *Bull. civ.* III, no 184 ; *adde* : A. Lecomte, La clause de style, *Rev. trim. dr. civ.* 1935.305 ; D. Denis, La clause de style, *Études Flour* 1979, p. 117 et s.).

**237.** Cette force obligatoire s'impose d'abord aux parties, lesquelles tirent du contrat un droit à l'exécution de celui-ci. C'est seulement par une nouvelle convention qu'elles peuvent décider, soit de la modification (V. *infra*, no [329 et s.](#)), soit de la révocation de l'accord original (C. civ., art. 1134, al. 2 ; sur le *mutuus dissensus*, V. *infra*, no [349](#)).

**238.** Elle s'impose aussi au juge, ce dernier ne pouvant en invoquant l'équité modifier ce qui a été convenu par les parties (Civ. 6 mars 1876, S. 76.1.161 ; 15 nov. 1933, S. 1934.1.13). La Cour de cassation réaffirme très fréquemment ce principe, veillant à ce qu'au travers d'une interprétation de l'accord, les juges du fond n'en dénaturent pas le contenu (V. *infra*, no [271 et s.](#)). Ainsi le juge ne peut-il, sans violer l'article 1134 du code civil, étendre l'objet d'une obligation définie par le contrat (Civ. 8 mai 1933, D. H. 1933.395), ou substituer un complément de prix à un droit d'usage et d'habitation stipulé au profit du vendeur et portant sur un bien déterminé (Civ. 3e, 1er mars 1989, *Rép. Defrénois* 1990, art. 34886, note M. Vion), ni se substituer aux parties pour exercer une option qu'elles s'étaient réservées ou autoriser le cocontractant à exercer celle-ci à la place de la partie défaillante (Civ. 3e, 4 juill. 1968, *Bull. civ.* III, no 325).

**239.** Au regard du législateur lui-même, le principe de la force obligatoire du contrat veut qu'une loi nouvelle ne soit pas applicable aux « contrats en cours » (Marty et Raynaud, t. 1, no 107 ; Weill et Terré, *op. cit.*, no 372). Il en va autrement chaque fois qu'il s'agit d'une loi d'ordre public, le législateur explicitant d'ailleurs très souvent sa volonté d'application immédiate.

### Art. 2 - Tempéraments

**240.** Pour si nettement affirmé qu'il soit, le principe de la force obligatoire ne va pas sans tempéraments, le législateur décidant souvent qu'une loi nouvelle sera applicable aux effets d'un contrat en cours (V. *infra*, no [332](#)). Beaucoup plus prudent est nécessairement le juge et cette prudence apparaît, en particulier, lorsqu'on s'interroge sur l'incidence que peuvent avoir ici une référence à l'idée de *bonne foi* (V. *infra*, no [241 et s.](#)) ou à l'imprévision des parties (V. *infra*, no [245 et s.](#)).

#### § 1 - Force obligatoire et bonne foi

**241.** C'est d'abord en se référant à une bonne foi nécessaire que l'on peut penser éviter les excès auxquels peut aboutir une application trop rigide du principe de la force obligatoire. L'article 1134, alinéa 3, indique, en effet, que les conventions « doivent être exécutées de bonne foi » et l'article 1135 pose une directive voisine en énonçant qu'elles obligent à toutes les suites que « l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation... ».

#### Actualisation

**241 s.** *Force obligatoire et bonne foi*. - PICOD, L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1993, p. 57. - ANCEL, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ. 1999. 771 . - SCHMIDT-SZALEWSKI, La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats, RTD civ. 2000. 26 . - CHAZAL, De la signification du mot loi dans l'article 1134, alinéa 1er, du code civil, RTD civ. 2001. 265 . - GRYNBAUM et NICOT (sous la dir. de), Le solidarisme contractuel, Economica, 2004. - MIGNOT, De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ?, RRJ 4/2004. 2153. - L'obligation de bonne foi suppose l'existence de liens contractuels et ceux-ci cessent lorsque la condition suspensive à laquelle ils étaient soumis a défailli (Civ. 3e, 14 sept. 2005, no 04-10.857, Bull. civ. III, no 166 ; D. 2006. 761, note Mazeaud ). - La

Cour de cassation apporte une limitation à l'obligation d'exécution de bonne foi, en décidant que : « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties » (Com. 10 juill. 2007, no 06-14.768 ~~✓~~, D. 2007. AJ 1955, obs. Delpech ; *ibid.* 2839, note Stoffel-Munck et 2844, note Gautier ~~✓~~ ; JCP 2007. Actu. 340, obs. Chabas ; *ibid.* II. 10154, note Houtcief ; Defrénois 2007. 1454, obs. Savaux).

**242.** Notre droit jurisprudentiel ne méconnaît pas cette référence et, de fait, c'est cette idée qui légitime des solutions telle celle d'un imprimeur refusant d'exécuter si on lui demande d'imprimer des textes contraires à ses intérêts et lui causant préjudice (Lyon, 4 févr. 1971, *Gaz. Pal.* 1971.1.363).

**243.** De fait, cette référence à la nécessité de l'abus de droit légitime la place faite à la théorie de l'abus de droit dans les rapports entre les parties (Marson, *La théorie de l'abus de droit dans les contrats*, thèse, Paris, 1935 ; H. de la Massue, Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle sous la notion d'abus de droit, *Rev. trim. dr. civ.* 1948.27 ; V. **Abus de droit**) ; elle fonde des décisions telle celle déclarant inefficace les sommations faites au locataire par le bailleur ayant soigneusement attendu le départ en vacances de celui-ci (Civ. 3e, 15 déc. 1976, *Bull. civ.* III, no 465, *Rev. trim. dr. civ.* 1977.340, obs. G. Cornu). Elle permet encore au juge d'exiger de chacune des parties une obligation de loyauté ; Com. 15 juin 1959, D 1960.97, note R. Rodière), voire même un devoir de coopération envers le cocontractant (Paris, 28 mars 1939, D. H. 1939.231 ; *adde* : Weill et Terré, *op. cit.*, no 355 et s. ; et sur le devoir de coopération dans le contrat de fourniture de système informatique, Com. 8 juin 1979, *Bull. civ.* IV, no 186 ; Paris, 19 juin 1985, J. C. P., éd. E., 1986. I. 15131, no 8, obs. M. Vivant et A. Lucas ; *adde* : Y. Picod, *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, J. C. p. 1988. I. 3318 et *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse, Dijon, 1982 ; J. Ghéstin, L'abus dans les contrats, *Gaz. Pal.* 1981.2, Doct. 379).

**244.** Il demeure cependant que cette référence à la notion de bonne foi, tout comme celle d'équité, ne permet au juge en principe, que de préciser les obligations naissant du contrat, voire de le compléter par des obligations accessoires en usant de la technique interprétative (V. *infra*, no **262 et s.**). Au-delà, la Cour de cassation reste attachée au principe que le juge ne pourra faire état de l'équité ni pour soustraire l'un des contractants à l'accomplissement des engagements clairs et précis qu'il a librement assumés (Com. 2 déc. 1947, *Gaz. Pal.* 1948.1.36) ni pour refaire le contrat en substituant des clauses nouvelles à celles arrêtées par les parties (Civ. 6 juin 1921, D. p. 1921.1.73 ; Com. 18 janv. 1950, D. 1950.227 ; Com. 14 oct. 1987, *Bull. civ.* III, no 169, *Rev. trim. dr. civ.* 1989.71, obs. J. Mestre). Sur le pouvoir exceptionnel que se reconnaît le juge de convertir un bail à nourriture en rente viagère, V. **Bail à nourriture**.

## § 2 - Force obligatoire et imprévision

### A. - Discussion et solution de principe

**245.** On s'est demandé, par ailleurs, lorsque l'exécution d'un contrat s'échelonne sur une longue durée, si l'apparition d'un déséquilibre prononcé entre les prestations respectives des parties ne devait pas permettre à celle désavantagée de ce fait, de demander la révision du contrat aux fins d'en rééquilibrer l'économie ; au-delà des accidents de la conjoncture, la constance de l'érosion monétaire a donné à ce problème une importance considérable, en diminuant, au point de la rendre parfois illusoire, l'obligation des débiteurs de sommes d'argent.

#### Actualisation

**245 s. Force obligatoire et imprévision.** - Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 16 mars 2004 a paru poser le principe d'une obligation générale de renégociation des contrats en cours, en cas de modification imprévue des circonstances économiques. Mais la portée réelle de cet arrêt est discutée par la doctrine (V. note GAVOTY et EDWARDS, LPA 28 juin 2004, p. 18, note Mazeaud, D. 2004. 1754, obs. J. Ghéstin ~~✓~~ ; JCP 2004. I. 173, obs. Mestre et Fages ; RTD civ. 2004. 290 ~~✓~~. - SCHMIDT, À propos de la jurisprudence, source du droit des affaires, D. 2004. Chron. 2132 ~~✓~~).

**246.** En faveur d'une réponse affirmative, on a notamment fait valoir que les parties ne contractent qu'en fonction d'une certaine situation, celle résultant des données existantes ou normalement prévisibles ; si ces données changent au point d'échapper à ce qui avait été envisagé, les parties sont dans une situation nouvelle échappant à ce qui avait été leur commune volonté ; d'où la *théorie de l'imprévision* devant alors s'appliquer pour permettre un rajustement de leur accord. Cette théorie qui tient compte de nombreux autres facteurs tant sociaux qu'économiques, ne peut être ici étudiée (V. [Imprévision](#)). On notera seulement que la jurisprudence civile a toujours refusé de l'admettre comme susceptible de fonder un droit pour le cocontractant de demander au juge une révision du contrat (Civ. 8 mars 1876, *affaire du canal de Craponne*, D. p. 76.1.193, S. 76.1.161, 6 juin 1921, D. p. 1921.1.73, rap. Colin, S. 1921.1. 193, note L. Hugueney) ; pour si onéreuse qu'elle ait pu devenir pour lui, l'exécution du contrat doit rester telle quelle, dès l'instant où elle demeure matériellement et juridiquement possible (Req. 31 juill. 1934, D. H. 1934.490 ; Com. 18 janv. 1950, *Bull. civ.* II, no 26, *Gaz. Pal.* 1950.1.320, D. 1950.227).

**247.** Parfois discutée, surtout d'un point de vue moral, cette jurisprudence très ferme témoigne que c'est dans la considération de la nécessaire sécurité exigée au plan général par le crédit que le principe de la force obligatoire trouve sa principale justification ; c'est, d'ailleurs, pour des raisons d'ordre également général, celles tirées notamment de la nécessité d'assurer la continuité de fonctionnement des services publics, que le Conseil d'État admet une solution différente en ce qui concerne les contrats administratifs (Cons. d'Ét. 30 mars 1916, *Gaz. Bordeaux*, S. 1916.3.17, note M. Hauriou ; 15 juill. 1949, *Ville d'Elbeuf*, S. 1950.3.61, note A. Mestre, D. 1950.59, note C. Blaevoët ; *adde* : J. de Soto, *Imprévision et économie dirigée*, J. C. p. 1950. I. 817).

## **B. - Des clauses conventionnelles**

**248.** Si les parties n'ont pas de la sorte la possibilité d'obtenir unilatéralement du juge la révision du contrat, du moins peuvent-elles insérer dans celui-ci des clauses la prévoyant, soit pour le cas où tel ou tel événement se produirait, soit dans l'hypothèse d'une variation des données économique et monétaire. a) Il s'agit tantôt des *clauses dites d'indexation* ou d'échelle mobile qui se sont révélées comme pratiquement indispensables dans tout contrat d'une certaine durée, mais le législateur ne les autorise que dans certaines limites (V. [Paiement](#)).

**249. b)** Il s'agit aussi des *clauses dites d'adaptation* ou de *hardship* (El Gammal, *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques*, préface A. Tunc ; R. Fabre, Les clauses d'adaptation dans les contrats, *Rev. trim. dr. civ.* 1983.1). Très fréquentes dans les contrats internationaux (Oppetit, Les hardships clauses, in *Droit et pratique du commerce international* 1975.512 et 1976.7), on les trouve aussi en droit interne notamment dans certaines conventions collectives de travail. Elles comportent l'obligation de négocier de bonne foi, ainsi en faisant des propositions sérieuses dans un délai raisonnable (Jarrosson, *Les clauses de renégociation...* in *Les principales clauses des contrats*, p. 141 et s.). Elles prônent parfois l'intervention du juge ou d'un médiateur (Paris, 28 sept. 1976, J. C. p. 1978. II. 18810, note J. Robert).

## **C. - Interventions législatives**

**250.** Mais, c'est surtout le *législateur* qui intervient dans des circonstances très nombreuses pour combler des ruptures d'équilibre survenant dans l'économie des contrats de longue durée. Au-delà de lois de circonstances, il use et cela d'une façon permanente de différentes techniques : 1<sup>o</sup> Dans certains cas, le législateur modifie directement la prestation d'une des parties ; ainsi, en matière de rentes viagères (V. les très nombreuses lois qui se sont succédées, celle no 49-420 du 25 mars 1949, D. 1949.203, Rect. 258, demeurant le texte de base). 2<sup>o</sup> D'autres fois, il *confie au juge* le soin d'opérer cette révision sur la demande d'une des parties ; ainsi, en matière de cession de « droit d'auteur », le juge peut réviser le prix convenu au cas de « prévision insuffisante » (C. propr. intell., art. L. 131-5) ; ainsi encore en matière de baux commerciaux (Décr. no 53-960 du 30 sept. 1953, art. 26 et s., D. 1953.393) ou de baux ruraux (C. rur., art. L. 411-13), mais, dans de tels cas, on peut noter que la durée du contrat lui-même, tout autant que la liberté des parties, échappant à la

commune volonté des parties, l'intervention des pouvoirs publics procède plus des exigences du dirigeisme contractuel que d'une consécration de la théorie de l'imprévision. 3o Dans certaines hypothèses, le législateur a, enfin, accordé à une des parties le droit de demander la résiliation anticipée d'un contrat devenu trop lourd pour elle (V. *infra*, no 357) ; il lui donne, ainsi, un moyen de pression sur l'autre contractant pour obtenir un réaménagement de l'accord.

## Section 2 - Interprétation du contrat par le juge

**251.** Si l'interprétation d'un contrat peut être l'œuvre commune des parties, elle est beaucoup plus souvent celle du juge ; ici et là, elle n'a, d'ailleurs, pas le même caractère ; effectuée par les parties, elle sera souvent une modification de leur accord primitif ; le juge en principe, ne peut, au contraire, modifier cet accord en l'interprétant ; la loi contractuelle s'impose à lui dans des termes sensiblement identiques à ceux concernant les textes émanant de pouvoirs publics (Dereux, *L'interprétation des actes juridiques privés*, thèse, Paris, 1905 ; G. Marty, *Le rôle du juge dans l'interprétation des contrats*, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1949, p. 85 et s. ; de Callotay, *Recherches sur l'interprétation des conventions*, Bruxelles, 1947).

### Actualisation

**251 s.** *Interprétation du contrat*. - MESTRE et LAUDE, *L'interprétation « active » du contrat par le juge*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1993, p. 9.

**252.** Il faut distinguer *l'interprétation* d'un contrat de sa *qualification* ; celle-ci n'intervient normalement qu'après l'interprétation, à supposer que cette dernière soit nécessaire. La qualification est, en effet, l'opération par laquelle on classe une convention particulière parmi les types déjà existants aux fins de déterminer l'ensemble des règles qui, de ce fait, lui sont applicables (V. *supra*, no 43 et s., et sur la question : Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, 1957). Or, on ne peut qualifier l'accord des parties sans savoir d'abord exactement ce que celles-ci ont voulu, c'est-à-dire en interprétant leur accord. Cette interprétation est une question de fait ; la qualification, au contraire, c'est-à-dire la catégorisation du contrat est une question de droit, soumise, à ce titre, au contrôle de la Cour de cassation (V. *infra*, no 269 et s.). S'agissant de l'interprétation elle-même, on examinera successivement les *méthodes et solutions* qui ont pu se dégager (V. *infra*, no 253 et s.) puis le *contrôle de la Cour de cassation* en la matière (V. *infra*, no 269 et s.).

### Art. 1 - Méthodes et solutions

#### § 1 - Méthodes proposées

**253.** 1o *Au plan théorique*, on retrouve ici la diversité de tendances existant en matière d'interprétation légale. Pour beaucoup et conformément au principe volontariste, l'interprétation doit tendre à la découverte de la commune volonté des parties en s'attachant, au-delà de la lettre de l'accord, à leur volonté réelle ; si celle-ci est confuse, voire même absente sur certains points, on présumera ce qu'elle aurait pu être ; c'est là, la *méthode subjective*. Selon d'autres, au contraire, c'est en fonction des usages et des exigences de la bonne foi que devrait avoir lieu l'interprétation lorsque l'expression de la commune volonté est incertaine ou insuffisante ; il est, en effet, fictif de vouloir dépasser cette expression, les parties ayant probablement eu des arrière-pensées différentes comme le sont leurs intérêts ; et comme il est ainsi arbitraire de vouloir s'attacher une commune intention qui n'existe pas, on s'en tiendra à une *méthode objective* dans laquelle toute fiction est étrangère. Plus qu'opposées, les deux méthodes sont, à la vérité, complémentaires. Parce que résultant de la volonté des parties, le contenu du contrat doit d'abord être défini en se référant à celle-ci, mais les parties n'ont pu, ni su, tout prévoir lorsque ce contrat est de quelque durée ou que des difficultés surgissent au cours de son exécution ; dans son œuvre suppléative, le juge ne peut alors user de la seule méthode objective.

**254.** 2o Telles qu'elles résultent du code, *les directives légales* de base sont résolument subjectivistes (Sur celles-ci, V. Dupichot, *Pour un retour aux textes ; défense et illustration du « Petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du code civil*, *Mélanges Flour*, p. 179 et s.). C'est ce qui ressort de l'article 1156 selon lequel il faut « rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes,

plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes », de l'article 1163 disposant que « quelques généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se seront proposés de contracter » et de l'article 1164 qui ajoute : « 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'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés » ; on peut voir, enfin, une référence au principe volontariste dans la règle de l'article 1162 aux termes duquel « dans le doute, la convention s'interprète... en faveur de celui qui a contracté l'obligation » (Comp. Marty et Raynaud, t. 2, no 241 et s.). Mais le législateur a prévu aussi que l'on se réfère à des éléments extérieurs à la volonté commune : ainsi quand l'article 1135 prévoit que « 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 » ; mieux encore, le juge est invité par les articles 1159 et 1160 à se référer aux usages pour tout ce que le contrat comporte d'incomplet et d'ambigu. Il faut, enfin, faire état de certaines règles de bon sens, souvent empruntées à Pothier : tel, l'article 1157 selon lequel « lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans celui avec lequel elle n'en saurait produire aucun » ou l'article 1158 : « Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat ».

## § 2 - Solutions jurisprudentielles

**255.** La jurisprudence fait preuve du même éclectisme ; d'une part et s'agissant des dispositions insérées dans le contrat, elle s'efforce de dégager, au cas de doute ou d'ambiguïté, ce que les parties ont voulu réellement (V. *infra*, no [256 et s.](#)) ; elle n'hésite pas par ailleurs à suppléer cette volonté et à compléter le contrat faisant ainsi œuvre créatrice (V. *infra*, no [262 et s.](#)).

### A. - Interprétation et recherche de la volonté

**256.** A supposer qu'une interprétation soit nécessaire, et il en est ainsi lorsque le texte se révèle obscur, ambigu, incomplet ou entaché de contradictions, le juge cherche avant tout à dégager la commune volonté des parties. On peut dire, à cet égard, qu'il n'est lié qu'au seul texte de l'article 1156 (Sur le caractère impératif de celui-ci, V. Soc. 11 juin 1942, D. C. 1943.135, note J. Flour ; Civ. 1<sup>re</sup>, 20 janv. 1970, *Bull. civ.* I, no 24) ; les autres directives légales étant de simples conseils qu'il peut écarter lorsque conduisant à des résultats contraires à ceux qui résultent de cette recherche ; ainsi a-t-il été précisé que la règle énoncée par l'article 1162 du code civil et selon laquelle en cas de doute l'interprétation s'effectue en faveur du débiteur n'a pas un caractère impératif de telle sorte qu'une interprétation différente ne peut fonder un recours en cassation (Soc. 20 févr. 1975, *Bull. civ.* V, no 93).

**257.** Dans cette œuvre d'interprétation, le juge peut écarter les termes utilisés par les parties, s'il est démontré que « malgré leur clarté, les termes invoqués pris dans leur sens littéral, étaient incompatibles avec l'ensemble du contrat et l'intention évidente des parties » (Req. 15 avr. 1926, D. H. 1926.317 ; V. égal. Civ. 3<sup>e</sup>, 5 févr. 1971, D. 1971.281, rapp. Cornuey, *Rec. gén. lois* 1971.386, obs. Nicolas-Jacob). Il peut tout autant recourir à des éléments extrinsèques à l'acte lui-même mais qui traduisent la volonté réelle des parties (Mazeaud et Chabas, t. 2, no 344 et 345), et si ces éléments sont certains, il les fera prévaloir au regard des dispositions contraires qui apparaissent de la sorte entachées d'erreur, se référer à un corps de règles que les parties ont pu avoir présentes à l'esprit au moment de la rédaction de leur contrat (V., par ex., pour une hypothèse d'interprétation par référence au droit canon : Chambéry, 15 janv. 1964, D. 1964.605, note J. Dauvillier) ou tenir compte lorsque celui-ci a été rédigé dans une langue étrangère du sens que le contractant, obligé de traduire dans sa langue maternelle, avait pu donner à certains termes (Civ. 11 janv. 1943, D. C. 1943.48) ; de même, peut-il au cas de clauses obscures et ambiguës recourir à des témoignages pour définir leur portée exacte (Civ. 1<sup>re</sup>, 3 mars 1969, D. 1969.477, *Rev. trim. dr. civ.* 1969.764, obs. Y. Loussouarn), ou encore au comportement ultérieur des parties (ainsi pour un contrat d'édition : Civ. 1<sup>re</sup>, 18 févr. 1986, *Bull. civ.* I, no 31 ; *adde* : Civ. 1<sup>re</sup>, 13 déc. 1988, D. 1989).

Somm. 230, obs. J.-L. Aubert), car il ne s'agit pas alors d'une question de preuve mais bien d'interprétation.

**258.** Trop souvent, dans les conventions, il y a *contradiction entre deux clauses précises*, celle-ci provenant de ce que certains praticiens (ou leurs clercs) ont rédigé le contrat en empruntant des stipulations à des formulaires différents ; il convient alors, précise la Cour de cassation, « de faire prévaloir celle des clauses dont l'exécution répond à l'essentiel de la volonté des parties » (Req. 6 févr. 1945, *Gaz. Pal.* 1945.1.116, *Rev. trim. dr. civ.* 1945.188, obs. M. Boitard) et de préférer autant que faire se peut la clause claire et précise à celle ambiguë qui viendrait la contredire (Civ. 9 oct. et 16 déc. 1940, D. A. 1941.130 ; 5 janv. 1948, D. 1948.265, note P. L.-P. ; 29 juin 1948, D. 1948.554).

**259.** La même prépondérance attribuée à la volonté réelle explique la suspicion dans laquelle les *clauses de style* sont souvent tenues par les tribunaux (A. Lecomte, *La clause de style*, *Rev. trim. dr. civ.* 1935.305 ; Zuchetta, *La clause de style dans les actes notariaux*, thèse, Aix, 1942). Une clause est dite de style lorsqu'elle est reproduite d'une façon habituelle dans un type déterminé de contrat parce que figurant dans les formulaires dont se servent les praticiens. Sans doute, cette constance de son emploi est-elle souvent le signe de l'utilité de la clause ; mais il peut aussi s'agir de pure routine, le rédacteur s'étant conformé paresseusement à l'habitude ; il ne s'agit plus dès lors de l'expression d'une volonté réelle. Aussi, sans nier la valeur de la clause de style en tant que telle (Civ. 3e, 3 mai 1968, *Bull. civ.* III, no 184, pour l'application d'une clause de non-garantie ; comp. Bordeaux, 10 déc. 1928, D. p. 1929.2.81, note P. Voirin ; V. aussi : J.-F. Pillebot et J.-M. Gilardeau, *La formule et la machine*, J. C. P., éd. not., 1982, Prat. 8319), les tribunaux ont-ils eu souvent l'occasion de décider que si une telle clause est en discordance avec une autre disposition certainement présente à l'esprit des parties, celle-ci doit prévaloir (Civ. 26 avr. 1932, D. H. 1932.315) ; qu'il y a lieu de lui refuser effet lorsque l'on constate qu'en exécutant le contrat les parties n'avaient pas paru se rendre compte de son existence (Civ. 21 nov. 1932, D. H. 1933.19) et que l'élimination d'une telle clause, parce que non voulue réellement, s'impose avec d'autant plus de force que, même très claire, elle a été rédigée en termes plus généraux (Civ. 29 oct. 1928, D. H. 1928.574 ; Bordeaux, 10 déc. 1928, D. p. 1929.2.81).

**260.** Il en va de même pour les *clauses imprimées*, celles-ci n'ayant bien souvent d'autre valeur que de style ; aussi, a-t-il été maintes fois jugé qu'en cas d'opposition entre une clause imprimée et une clause manuscrite, celle-ci doit prévaloir car c'est elle qui a normalement retenu l'attention des parties au moment de leur signature (Civ. 31 janv. 1927, S. 1927.1.190 ; Soc. 27 févr. 1947, *Gaz. Pal.* 1947.1.205 ; Civ. 23 juin 1952, S. 1953.1.86 ; Trib. com. Paris, 6 mai 1968, *Gaz. Pal.* 1968.2.135 ; Com. 7 janv. 1969, J. C. p. 1969. II. 16121, note R. Prieur).

**261.** Les solutions qui précèdent se situent, souvent, dans le cadre des *contrats dits d'adhésion* (V. *supra*, no **56 et s.**) mais il est aussi quant à ceux-ci d'autres formules qui procèdent - tout au moins dans une certaine mesure - du principe qu'il faut s'attacher à déterminer ce qu'a réellement été la commune volonté : ainsi, lorsque la jurisprudence interprète ces contrats contre celle des parties qui en a arrêté le contenu, surtout si ce dernier a fait l'objet de sa part d'une prérédaction unilatérale (Civ. 28 juin 1909, D. p. 1910.1.21 ; Douai, 10 nov. 1898, D. p. 1900.2.47), car il est douteux que, dans de tels cas, l'autre partie en ait saisi et voulu toute la portée (V. de même : Colmar, 25 janv. 1963, *Gaz. Pal.* 1963.1.277, selon lequel en cas de mauvaise rédaction d'un cahier des charges, celui-ci doit être interprété en faveur de l'entrepreneur).

## **B. - Interprétation et œuvre de complément**

**262.** Mais l'interprétation du contrat ne se limite pas à une recherche par le juge de ce qu'ont exactement voulu les parties. Bien souvent, une telle recherche est vaine ; le juge n'en doit pas moins, au cas de difficultés résultant d'un accord mal rédigé ou incomplet, donner une solution à celles-ci à peine de déni de justice (Rappr. C. civ., art. 4 et 1134) ; il lui faut alors faire œuvre de complément en utilisant, ainsi que les textes d'ailleurs l'y invitent (V. C. civ., art. 1135), d'autres

sources juridiques : non seulement les *dispositions supplétives légales* mais encore les *usages* ou plus simplement l'*équité*. Les unes et les autres ont ainsi pour fonction non d'éclairer la volonté contractuelle, mais bien de la suppléer. Au vrai, c'est dans le cas où le contrat est muet que la référence aux usages se comprend le mieux (V., pour un bail, Trib. civ. Seine, 15 déc. 1942, *Gaz. Pal.* 1943.1.110) surtout si le contrat est intervenu entre professionnels (Paris, 4 janv. 1934. D. H. 1934.105) et l'usage alors applicable est celui du lieu où le contrat s'est formé (Civ. 9 août 1887, S. 87.1.416). Il est difficile, certes, d'opérer un départ sûr entre les cas où la démarche du juge s'appuie sur une volonté contractuelle tacite et ceux dans lesquels il supplée purement et simplement ; mais la question n'est que d'une importance très relative dès l'instant où, répudiant une conception trop exclusivement volontariste, l'on admet que dans l'interprétation du contrat - comme dans l'interprétation légale - se manifeste le nécessaire pouvoir créateur qui appartient aux tribunaux (Addé : J. Maury, *Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit*, *Mélanges Ripert*, 1950, t. 1, p. 28 et s. ; Chrétien, *Les règles de droit d'origine jurisprudentielle*, thèse, Lille, 1935. - V. aussi, [Jurisprudence](#)).

**263.** Le domaine de l'interprétation est ici immense, celle-ci, selon les cas, pouvant aboutir à des résultats fort divers. On notera seulement qu'au-delà des cas concrets, cette interprétation par le juge aboutit à la création d'un corps de règles coutumières qui s'est manifesté notamment :

**264.** 1o Pour énoncer l'*existence d'obligations accessoires* à celles expressément stipulées par les parties, il suffit, à titre d'exemples de se référer aux *obligations de sécurité* qui se sont développées dans presque tous les contrats ou aux *obligations de renseignement et de conseil* qui pèsent aujourd'hui de façon très lourde sur les professionnels vis-à-vis de leurs clients (V. [Responsabilité contractuelle](#)).

**265.** 2o Pour préciser la portée et la structure des *obligations* existant ainsi entre les parties : ainsi, telle obligation a-t-elle le caractère d'une obligation de résultat ou seulement d'une obligation de moyens ?... Et l'on sait combien l'interprétation jurisprudentielle est nuancée et subtile, l'obligation du tenancier de jeux forains quant à la sécurité de son client étant, en principe, une obligation de résultat (Civ. 1<sup>re</sup>, 1er juill. 1964, D. 1965. Somm. 14) mais devenant une simple obligation de moyens lorsque le client a un rôle actif dans l'exécution du jeu (Civ. 1<sup>re</sup>, 9 janv. 1957, D. 1958.245, note R. Savatier) ; ainsi encore lorsqu'en matière de responsabilité du chirurgien, la jurisprudence reconnaît, en fait, une véritable responsabilité du fait d'autrui... (Civ. 1<sup>re</sup>, 18 oct. 1960, J. C. p. 1960. II. 11846, note R. Savatier).

**266.** 3o Pour définir le champ contractuel lui-même, a) D'abord en ce qui concerne les personnes qui puissent leurs droits dans le contrat : ainsi, dans le contrat de transport quand les tribunaux décident que le transporteur est tenu contractuellement non seulement vis-à-vis de son client, mais encore vis-à-vis des proches de ce dernier (Civ. 6 déc. 1932 et 24 mai 1933, D. p. 1933.1.137, note L. Josserand, S. 1934.1.81, note P. Esmein), tout au moins s'ils sont liés à lui par un droit à des aliments (Civ. 1<sup>re</sup>, 15 févr. 1955, *Bull. civ.* I, no 76, D. 1955.519) ; ainsi encore lorsqu'on affirme le caractère contractuel de certaines actions directes dans les groupes de contrats (Ass. plén. 7 févr. 1986, D. 1986.293, note A. Bénabent, D. 1987. Somm. 185, obs. H. Groutel, *Rev. trim. dr. civ.* 1986.605, obs. P. Rémy). b) Ensuite, en prolongeant dans le temps certaines obligations des parties au-delà de l'exécution même du contrat : ainsi pour l'obligation d'assistance incomptant au vendeur de matériel informatique (Lamberterie, La responsabilité contractuelle du vendeur de matériel informatique, *Rev. jurispr. com.* 1979.463).

**267.** Sans doute, l'interprète use-t-il souvent ici de formules pouvant faire croire qu'il ne fait que continuer à traduire et développer la volonté des parties : ainsi, lorsqu'il parle de volonté présumée de leur part ou lorsqu'il invoque l'*existence de stipulations pour autrui tacites* (V., par ex., *supra*, no [266](#), pour le contrat de transport) ; mais de telles formules ne peuvent cacher la réalité : tout élément de commune volonté des parties est ici absent. Comment expliquer, par exemple, la solution voulant qu'au cas où, dans un contrat, il existe deux clauses attributives de compétence nettement contradictoires, il faille admettre la compétence du juge désigné par les règles du droit commun (Req.

24 juin 1912, D. p. 1913.1.363 ; Angers, 9 janv. 1952, J. C. p. 1952. II. 6969, *Rev. trim. dr. civ.* 1953.380) ? Ou celle selon laquelle il est impossible aux parties d'écartez de leur accord certaines obligations énoncées par la jurisprudence dans son oeuvre d'interprétation (V., par ex., Toulouse, 23 oct. 1934, D. p. 1935.2.49, note L. Mazeaud ; Paris, 25 mars 1954, D. 1954.295, J. C. p. 1954. II. 8094, note R. Rodière ; *adde* : P. Esmein, *Méditation sur les conventions d'irresponsabilité au cas de dommages causés à la personne, Mélanges Savatier*, 1965, p. 271 et s.) ? Dans son interprétation, le juge va au-delà de la volonté des parties et c'est l'équité, au sens très large du terme, qui le guide dans cette oeuvre de complément.

**268.** On peut, au surplus, noter que dans certains cas, le juge aboutit, sous couleur d'interprétation, à *modifier le contrat*. Il en est ainsi notamment en matière de contrats à exécution successive que le rejet de la théorie de l'imprévision (V. *supra*, no [245](#)) lui interdit de rajuster ouvertement : c'est ainsi que pour les contrats de bail à nourriture, la jurisprudence a cru pouvoir substituer à l'exécution en nature prévue par le contrat, le service d'une pension alimentaire (Req. 20 oct. 1936, D. H. 1936.555). C'est ainsi encore que pour une obligation dont l'objet variait suivant un indice, le juge a remplacé l'indice effectivement choisi (le taux d'intérêt des bons du Trésor) par l'indice du coût de la vie, alors licite (Lyon, 21 juill. 1943, *Gaz. Pal.* 1943.2.119, et sur pourvoi, Req. 6 févr. 1945, *Gaz. Pal.* 1945.1.116) ou ordonné une expertise à l'effet de donner un équivalent à l'indice initialement choisi qui n'était plus publié (Soc. 27 avr. 1945, D. 1945.323 ; *adde* : Civ. 3e, 15 févr. 1972, D. 1973.417, note J. Ghustin, J. C. p. 1972. II. 17094, note J.-P. Lévy ; 18 juill. 1985, *Bull. civ.* III, no 113, *Rev. trim. dr. civ.* 1986.599, obs. J. Mestre). V. également pour le temps de guerre, le refus d'appliquer une clause d'attribution de compétence dont l'application aurait conduit à plaider au-delà de la ligne de démarcation (Soc. 11 juin 1942, D. C. 1943.135, note J. Flour).

### **Actualisation**

**268-2.** *Interprétation des contrats. Contrats proposés par les professionnels aux consommateurs. Loi du 1er février 1995.* - La loi no 95-96 du 1er février 1995 (art. 2, D. 1995. 119) insère dans le code de la consommation un article L. 133-2, relatif à la clarté et à l'interprétation des stipulations dans les contrats proposés par les professionnels aux consommateurs, qui prévoit que ces clauses doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible. Elles s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel. La règle n'est toutefois pas applicable aux procédures engagées sur le fondement de l'article L. 421-6 C. consom.

### **Art. 2 - Contrôle de la Cour de cassation**

**269.** L'interprétation du contrat est une question de fait ; telle est la formule en fonction de laquelle s'ordonnent les *solutions de principe* (V. *infra*, no [270 et s.](#)) d'après lesquelles la Cour de cassation doit rester en dehors de l'interprétation du contrat. Dans certains cas, cependant, lorsque le contrat prend l'aspect d'un acte-règle, il y a lieu de se demander si le rôle de la Cour suprême ne doit pas s'affirmer de la même façon qu'en matière d'interprétation légale (V. *infra*, no [276 et s.](#)).

#### **§ 1 - Solutions de principe**

##### **A. - Pouvoir souverain du juge du fond**

**270.** Bien qu'aux termes de l'article 1134 du code civil, le contrat puisse être qualifié de *loi* des parties, son interprétation ne relève pas, en principe, du contrôle de la Cour de cassation (V. G. Marty, *La distinction du fait et du droit*, thèse, Toulouse, 1929 ; Le rôle du juge dans l'interprétation du contrat, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1949, p. 85 et s. ; R. Plaisant, Le contrôle de la Cour de cassation en matière de contrats, *Gaz. Pal.* 1946.1, Doct. 26). La fonction de la Cour suprême est d'assurer l'unité de jurisprudence c'est-à-dire l'interprétation uniforme de règles d'une portée générale. Or, le contrat n'est pas - si ce n'est dans des cas très particuliers (V. *infra*, no [276 et s.](#)) - l'expression d'une règle générale ; il ne définit que des rapports personnels et occasionnels (Mazeaud et Chabas, t. 2, no 354). De là, la formule très tôt affirmée par la Cour de cassation (Ch. réun. 2 févr. 1808, S. 08.1.183) et selon laquelle l'interprétation du contrat relève, en principe, du pouvoir souverain des juges du fond. La jurisprudence est très ferme en la matière (Civ. 25 nov. 1918, S. 1920.1.173 ; 2 août 1927, *Gaz. Pal.* 1927.2.792 ; 13 janv. 1936, *ibid.* 1936.1.582 ; 17 févr. 1965, D. 1965. Somm. 117), précisant, en particulier, que les articles 1154 et suivants du

code civil n'ayant que la valeur de simples conseils et non de règles, leur inobservation par le juge ne permet pas de fonder un pourvoi en cassation (Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mars 1979, *Bull. civ.* I, no 83 ; Com. 19 janv. 1981, *ibid.* IV, no 34 ; Soc. 3 juin 1981, *ibid.* V, no 490). Ce pouvoir souverain du juge du fond n'est, toutefois, pas sans limites.

#### **Actualisation**

**270.** *Contrat autonome ou avenant au contrat : appréciation souveraine des juges du fond.* - Ne saurait être considéré comme un nouveau contrat un accord verbal qui, conformément à son intitulé d'avenant, renvoie expressément aux termes du contrat initialement conclu entre les parties, ce dont il résultait le maintien en vigueur des stipulations initiales inchangées (Civ. 1<sup>re</sup>, 24 avr. 2013, no 11-26.597 , Dalloz actualité, 21 mai 2013, obs. Kilgus).

#### **B. - Théorie de la dénaturation**

**271.** Le juge de fond ne peut d'abord, sous couleur d'interprétation, aller à l'encontre d'une volonté des parties qui a été clairement exprimée. Or, tel est le cas lorsqu'il y a précisément *dénaturation d'une clause claire et précise*. Dans une longue série d'arrêts, la Cour de cassation a affirmé son pouvoir de censure en la matière en indiquant que « s'il appartient aux juges du fait de déterminer le sens et la portée des conventions des parties et de rechercher leur intention, ce pouvoir ne saurait aller jusqu'à dénaturer ces conventions lorsqu'elles sont claires et précises et ne comportent aucune interprétation » (Civ. 30 nov. 1892, D. p. 93.1.85 ; *adde* : Com. 2 déc. 1947, D. 1948. Somm. 5, *Gaz. Pal.* 1948.1.36 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 27 nov. 1969, *Rev. trim. dr. civ.* 1970.762, obs. Y. Loussouarn ; Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mai 1982, *Gaz. Pal.* 1982.2.612, note F. Chabas ; Com. 5 juill. 1984, J. C. p. 1985. II. 20409, note E.-M. Bey ; V. sur la question : Marraud, *La notion de dénaturation en droit civil français*, thèse, Nancy, 1972 ; J. Boré, Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes, *Rev. trim. dr. civ.* 1972.249). A titre d'exemple, on peut indiquer qu'il a été jugé que dénature les termes clairs et précis d'un contrat prévoyant le paiement d'une rente viagère en nature « d'une certaine quantité de vin libre, loyal et marchand, absolument net de toutes charges, notamment celles pouvant résulter du statut viticole, telle, par exemple, actuellement le *hors quantum*, l'arrêt ayant décidé qu'il s'agit d'un vin soumis aux règles de l'échelonnement fixées par les décrets d'organisation des campagnes viticoles » (Civ. 3<sup>e</sup>, 10 oct. 1969, *Bull. civ.* III, no 638). Il en est d'ailleurs ainsi, non seulement pour les contrats mais aussi pour tous les actes juridiques privés.

**272.** Cette théorie de la dénaturation procède de l'idée qu'en dénaturant le contrat, sous couleur de l'interprétation, le juge refuse de l'appliquer et viole ainsi l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>, du code civil. Encore faut-il qu'il n'y ait vraiment pas matière à interprétation, c'est-à-dire qu'on ne soit pas en présence d'une clause *claire et précise*... Or, la Cour de cassation se réserve le contrôle de ce qui est « clair et précis » (V. sur la notion d'*acte clair*, Boré, *La cassation civile*, no 2381 et s. ; J. Voulet, *Le grief de dénaturation devant la Cour de cassation*, J. C. p. 1971. I. 2410).

**273.** Concrètement, ce contrôle de la Cour de cassation permet d'abord d'éviter certaines erreurs d'appréciation lorsque revêtant un caractère de gravité (Carbonnier, *op. cit.*, no 147, p. 275). Au-delà et techniquement, il tend à définir le cadre et la méthode selon lesquels le juge doit interpréter. D'une part, et en présence d'une clause apparemment claire et précise, le juge peut l'écartier (Req. 15 avr. 1926, S. 1926.1.151 ; 26 nov. 1888, D. p. 89.1.101), mais il ne le peut qu'en faisant état de motifs sérieux, tels que, par exemple des éléments extérieurs à l'acte (V. *supra*, no 221) ; ainsi une clause d'un contrat antérieur à la guerre attribuant compétence exclusive au tribunal de la Seine, a-t-elle pu être écartée au motif qu'elle avait été prévue pour un temps normal, et non pour le cas où la France était coupée en deux par une ligne de démarcation, ce qui rendait son application difficile (Soc. 11 juin 1942, D. C. 1943.135, note J. Flour). Faute d'une motivation suffisante, la Cour suprême casse pour dénaturation de la clause et *son contrôle se ramène ainsi à celui du caractère sérieux et suffisant des motifs* (Marty, thèse préc., no 151 ; J.-F. Le Clech, *De l'insuffisance des motifs, manque de base légale des décisions judiciaires*, J. C. p. 1948. I. 690).

**274.** Inversement, le juge ne peut se contenter d'affirmer le caractère clair et précis d'une clause pour refuser de l'interpréter lorsqu'une partie le lui demande ; faute d'une motivation suffisante, il

s'expose en effet à la cassation pour manque de base légale (Marty et Raynaud, *op. cit.*, no 244 ; Boré, *La cassation civile*, no 1234 et s. ; Com. 7 janv. 1975, D. 1975.516, note P. Malaurie).

## C. - Contrôle de la qualification

**275.** Dès l'instant où sont établis le contenu et la portée de l'accord peut apparaître un problème de *qualification* du contrat. Mais ce problème n'est autre que celui de la détermination des règles juridiques applicables ; c'est une question de droit (Marty, *op. cit.*, no 115 ; Mazeaud et Chabas, t. 2, no 355 ; Weill et Terré, *op. cit.*, no 371 ; Crim. 29 oct. 1985, *Gaz. Pal.* 1986.1.9, note J.-P. Doucet) qui, à ce titre, est soumise au contrôle de la Cour de cassation, tout au moins dans la mesure où la qualification ne repose pas sur des éléments subjectifs aux parties (Sur les nuances à apporter dans une telle hypothèse, V. Terré, *op. cit.*, no 687 et s.). La jurisprudence est en la matière constante (Req. 11 nov. 1884, D. p. 85.1.116 ; 25 mars 1889, D. p. 90.1.208 ; Civ. 2 juill. 1895, D. p. 95.1.511 ; Soc. 28 févr. 1985, *Bull. civ.* V, no 138).

### § 2 - Contrôle des contrats à portée réglementaire

**276.** Il est, cependant, une catégorie de contrats dont l'interprétation semble bien être soumise au contrôle de la Cour de cassation : ce sont ceux apparaissant comme des *actes-règles* tant par leur portée générale que par le processus de leur formation. Il faut alors assurer une unité de jurisprudence dans l'interprétation d'une clause qui régit tout un ensemble de rapports contractuels, et peut ainsi donner lieu à toute une série de procès juridiquement distincts. Aussi, la Cour de cassation a-t-elle été ici amenée à se départir en partie de sa position traditionnelle et à imposer sa propre interprétation tantôt de manière détournée (Civ. 19 juin 1900, 2 arrêts, S. 1903.1.225 ; *adde* : Dereux, *L'interprétation des actes juridiques privés*, thèse, Paris, 1905, p. 112 et s.), d'autres fois d'une façon plus ouverte.

**277.** 1<sup>o</sup> II en est d'abord ainsi pour les *contrats d'adhésion*, véritables lois privées imposées au public par une même personne (généralement un groupe professionnel ou un organisme para-public). La jurisprudence est ici très nette : s'agissant des clauses d'un emprunt obligataire, la Cour de cassation a imposé son interprétation propre (Civ. 3 juin et 9 juill. 1930, 14 janv. 1931, D. p. 1931.1.5, concl. proc. gén. Matter, note R. Sava-tier) et il en va de même en ce qui concerne certaines clauses usuelles des polices d'assurance, telle celle subordonnant la garantie à la possession d'un permis de conduire régulier (Civ. 18 mars 1942, S. 1943.1.13, note R. Houin) ou celle réservant la direction des procès à l'assureur (Civ. 4 mai 1942, D. C. 1942.131, note A. Besson).

**278.** 2<sup>o</sup> S'agissant des *conventions collectives du travail*, il devrait, semble-t-il, en aller de même, l'élément normatif l'y emportant et de beaucoup sur l'élément contractuel (Camerlynck, *Traité de droit du travail, Les conventions collectives*, par M. Despax, no 168 ; G. Marty, obs. *Rev. trim. dr. civ.* 1938.475). La jurisprudence semble bien avoir amorcé dans ce sens une évolution discrète : sans doute, continue-t-elle à affirmer le principe de l'interprétation souveraine des juges du fond (Soc. 30 oct. 1950, *Dr. ouvrier* 1958.228) mais elle accueille aujourd'hui les pourvois fondés directement sur la violation d'une convention collective en dehors de toute référence à une dénaturation des clauses de celle-ci (Durand et Vitu, *Droit du travail*, t. 3, p. 530 ; Despax, *op. et loc. cit.* ; Soc. 5 janv. 1956, Cuny, *Bull. civ.* IV, no 12) et ses plus récents arrêts accentuent encore cette tendance (V. en particulier, Soc. 17 juin 1970, *Bull. civ.* V, no 416 ; Ass. plén. 6 févr. 1976, J. C. p. 1976. II. 18481, note H. Groutel).

**279.** 3<sup>o</sup> S'agissant des *contrats-types*, on a fait valoir l'intérêt incontestable qu'il y aurait à ce que ceux-ci soient l'objet d'une interprétation unitaire mais il faut aussi souligner que ces contrats - tout au moins les contrats types privés sans valeur impérative - sont de simples formules à la disposition des parties et que celles-ci peuvent fort bien utiliser en ayant dans chaque cas des acceptations différentes ; ceci, explique sans doute la répugnance très nette de la Cour de cassation à exercer un contrôle (Civ. 18 nov. 1930, *Gaz. Pal.* 1930.2.940 : clause type d'un contrat de vente ; 31 oct. 1923, D. p. 1923.1.205, S. 1924.1.58, note P. Esmein : clause type d'un bail ; Civ. 14 mai 1929,

S. 1929.1.337 : contrat type d'une vente commerciale, etc.) encore qu'on ait cru pouvoir déceler (Léauté, *op. cit.*, no 21 et 22) les signes discrets d'un début d'évolution (Civ. 1<sup>er</sup> mars 1943, S. 1944.1.27, à propos d'un contrat-type de vente de la *London Corn Trade Association* ; rappr. Req. 4 mai 1926, D. H. 1926.297 ; Req. 20 oct. 1920, S. 1922.1.201).

**280.** 4<sup>o</sup> Dans le même esprit et pour répondre à l'exigence d'une interprétation unitaire, la Cour de cassation s'est toujours réservé le contrôle des *tarifs de chemin de fer* en raison de leur caractère réglementaire (Civ. 29 juill. 1890, S. 91.1.423 ; 4 avr. 1933, D. H. 1933.315) et celui de l'interprétation des contrats lorsque celle-ci est faite en matière fiscale pour la perception des droits d'enregistrement.

**281.** 5<sup>o</sup> Pour certains, enfin, il faudrait aller plus loin et admettre le contrôle de la Cour de cassation sur l'interprétation des contrats auxquels donne lieu l'*acte collectif* car leur portée générale rend ici encore nécessaire une unité de jurisprudence (Roujou de Boubée, *op. cit.*, p. 270 et s.). Le moindre danger d'interprétations différentes à propos d'un même acte de cette nature, comme la possibilité que des formules semblables soient ici et là insérées dans un esprit différent (V. *supra*, no 279), explique sans doute que la Cour de cassation ne soit pas engagée dans cette voie.

### **Document 3 : Contrats et conventions – Louis Boyer – août 1993 (actualisation : avril 2015)**

#### **Répertoire de droit civil, extrait : § 1 - Force obligatoire et bonne foi.**

**241.** C'est d'abord en se référant à une bonne foi nécessaire que l'on peut penser éviter les excès auxquels peut aboutir une application trop rigide du principe de la force obligatoire. L'article 1134, alinéa 3, indique, en effet, que les conventions « doivent être exécutées de bonne foi » et l'article 1135 pose une directive voisine en énonçant qu'elles obligent à toutes les suites que « l'**équité**, l'**usage** ou la loi donnent à l'obligation... ».

#### **Actualisation**

**241 s. Force obligatoire et bonne foi.** - PICOD, L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1993, p. 57. - ANCEL, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD civ. 1999. 771 ↗ . - SCHMIDT-SZALEWSKI, La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats, RTD civ. 2000. 26 ↗ . - CHAZAL, De la signification du mot loi dans l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>, du code civil, RTD civ. 2001. 265 ↗ . - GRYNBAUM et NICOT (sous la dir. de), Le solidarisme contractuel, Economica, 2004. - MIGNOT, De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ?, RRJ 4/2004. 2153. - L'obligation de bonne foi suppose l'existence de liens contractuels et ceux-ci cessent lorsque la condition suspensive à laquelle ils étaient soumis a défailli (Civ. 3<sup>e</sup>, 14 sept. 2005, no 04-10.857, Bull. civ. III, no 166 ; D. 2006. 761, note Mazeaud ↗). - La Cour de cassation apporte une limitation à l'obligation d'exécution de bonne foi, en décidant que : « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties » (Com. 10 juill. 2007, no 06-14.768 ↗, D. 2007. AJ 1955, obs. Delpech ; **ibid.** 2839, note Stoffel-Munck et 2844, note Gautier ↗ ; JCP 2007. Actu. 340, obs. Chabas ; **ibid.** II. 10154, note Houtcief ; Defrénois 2007. 1454, obs. Savaux).

**242.** Notre droit jurisprudentiel ne méconnaît pas cette référence et, de fait, c'est cette idée qui légitime des solutions telle celle d'un imprimeur refusant d'exécuter si on lui demande d'imprimer des textes contraires à ses intérêts et lui causant préjudice (Lyon, 4 févr. 1971, **Gaz. Pal.** 1971.1.363).

**243.** De fait, cette référence à la nécessité de l'abus de droit légitime la place faite à la théorie de l'abus de droit dans les rapports entre les parties (Marson, **La théorie de l'abus de droit dans les contrats**, thèse, Paris, 1935 ; H. de la Massue, Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle sous la notion d'abus de droit, **Rev. trim. dr. civ.** 1948.27 ; V. **Abus de droit**) ; elle fonde des décisions telle celle déclarant inefficace les sommations faites au locataire par le bailleur ayant soigneusement attendu le départ en vacances de celui-ci (Civ. 3<sup>e</sup>, 15 déc. 1976, **Bull. civ.** III, no 465, **Rev. trim. dr. civ.** 1977.340, obs. G. Cornu). Elle permet encore au juge d'exiger de chacune des

parties une obligation de loyauté ; Com. 15 juin 1959, D 1960.97, note R. Rodière), voire même un devoir de coopération envers le cocontractant (Paris, 28 mars 1939, D. H. 1939.231 ; **adde** : Weill et Terré, *op. cit.*, no 355 et s. ; et sur le devoir de coopération dans le contrat de fourniture de système informatique, Com. 8 juin 1979, *Bull. civ.* IV, no 186 ; Paris, 19 juin 1985, J. C. P., éd. E., 1986. I. 15131, no 8, obs. M. Vivant et A. Lucas ; **adde** : Y. Picod, *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, J. C. p. 1988. I. 3318 et *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse, Dijon, 1982 ; J. Ghestin, L'abus dans les contrats, *Gaz. Pal.* 1981.2, Doct. 379).

**244.** Il demeure cependant que cette référence à la notion de bonne foi, tout comme celle d'équité, ne permet au juge en principe, que de **préciser** les obligations naissant du contrat, voire de le **compléter par des obligations accessoires** en usant de la technique interprétative (V. *infra*, no [262 et s.](#)). Au-delà, la Cour de cassation reste attachée au principe que le juge ne pourra faire état de l'équité ni pour soustraire l'un des contractants à l'accomplissement des engagements clairs et précis qu'il a librement assumés (Com. 2 déc. 1947, *Gaz. Pal.* 1948.1.36) ni pour refaire le contrat en substituant des clauses nouvelles à celles arrêtées par les parties (Civ. 6 juin 1921, D. p. 1921.1.73 ; Com. 18 janv. 1950, D. 1950.227 ; Com. 14 oct. 1987, *Bull. civ.* III, no 169, *Rev. trim. dr. civ.* 1989.71, obs. J. Mestre). Sur le pouvoir exceptionnel que se reconnaît le juge de convertir un bail à nourriture en rente viagère, V. [Bail à nourriture](#).

#### **Document 4 Répertoire de droit civil Contrats et conventions – Louis Boyer – août 1993 (actualisation : avril 2015), extrait :Section 2 - Interprétation du contrat par le juge.**

**251.** Si l'interprétation d'un contrat peut être l'oeuvre commune des parties, elle est beaucoup plus souvent celle du juge ; ici et là, elle n'a, d'ailleurs, pas le même caractère ; effectuée par les parties, elle sera souvent une modification de leur accord primitif ; le juge en principe, ne peut, au contraire, modifier cet accord en l'interprétant ; la loi contractuelle s'impose à lui dans des termes sensiblement identiques à ceux concernant les textes émanant de pouvoirs publics (Dereux, *L'interprétation des actes juridiques privés*, thèse, Paris, 1905 ; G. Marty, Le rôle du juge dans l'interprétation des contrats, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1949, p. 85 et s. ; de Callotay, *Recherches sur l'interprétation des conventions*, Bruxelles, 1947).

##### **Actualisation**

**251 s. Interprétation du contrat.** - MESTRE et LAUDE, L'interprétation « active » du contrat par le juge, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, 1993, p. 9.

**252.** Il faut distinguer l'**interprétation** d'un contrat de sa **qualification** ; celle-ci n'intervient normalement qu'après l'interprétation, à supposer que cette dernière soit nécessaire. La qualification est, en effet, l'opération par laquelle on classe une convention particulière parmi les types déjà existants aux fins de déterminer l'ensemble des règles qui, de ce fait, lui sont applicables (V. *supra*, no [43 et s.](#), et sur la question : Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, 1957). Or, on ne peut qualifier l'accord des parties sans savoir d'abord exactement ce que celles-ci ont voulu, c'est-à-dire en interprétant leur accord. Cette interprétation est une question de fait ; la qualification, au contraire, c'est-à-dire la catégorisation du contrat est une question de droit, soumise, à ce titre, au contrôle de la Cour de cassation (V. *infra*, no [269 et s.](#)). S'agissant de l'interprétation elle-même, on examinera successivement les **méthodes et solutions** qui ont pu se dégager (V. *infra*, no [253 et s.](#)) puis le **contrôle de la Cour de cassation** en la matière (V. *infra*, no [269 et s.](#)).

##### **Art. 1 - Méthodes et solutions**

###### **§ 1 - Méthodes proposées**

**253. 1<sup>o</sup> Au plan théorique**, on retrouve ici la diversité de tendances existant en matière d'interprétation légale. Pour beaucoup et conformément au principe volontariste, l'interprétation doit tendre à la découverte de la commune volonté des parties en s'attachant, au-delà de la lettre de l'accord, à leur volonté réelle ; si celle-ci est confuse, voire même absente sur certains points, on

présumera ce qu'elle aurait pu être ; c'est là, la **méthode subjective**. Selon d'autres, au contraire, c'est en fonction des usages et des exigences de la bonne foi que devrait avoir lieu l'interprétation lorsque l'expression de la commune volonté est incertaine ou insuffisante ; il est, en effet, fictif de vouloir dépasser cette expression, les parties ayant probablement eu des arrière-pensées différentes comme le sont leurs intérêts ; et comme il est ainsi arbitraire de vouloir s'attacher une commune intention qui n'existe pas, on s'en tiendra à une **méthode objective** dans laquelle toute fiction est étrangère. Plus qu'opposées, les deux méthodes sont, à la vérité, complémentaires. Parce que résultant de la volonté des parties, le contenu du contrat doit d'abord être défini en se référant à celle-ci, mais les parties n'ont pu, ni su, tout prévoir lorsque ce contrat est de quelque durée ou que des difficultés surgissent au cours de son exécution ; dans son oeuvre supplétive, le juge ne peut alors user de la seule méthode objective.

**254.** 2o Telles qu'elles résultent du code, **les directives légales** de base sont résolument subjectivistes (Sur celles-ci, V. Dupichot, Pour un retour aux textes ; défense et illustration du « Petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du code civil, *Mélanges Flour*, p. 179 et s.). C'est ce qui ressort de l'article 1156 selon lequel il faut « rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes », de l'article 1163 disposant que « quelques généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se seront proposés de contracter » et de l'article 1164 qui ajoute : « 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'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés » ; on peut voir, enfin, une référence au principe volontariste dans la règle de l'article 1162 aux termes duquel « dans le doute, la convention s'interprète... en faveur de celui qui a contracté l'obligation » (Comp. Marty et Raynaud, t. 2, no 241 et s.). Mais le législateur a prévu aussi que l'on se réfère à des éléments extérieurs à la volonté commune : ainsi quand l'article 1135 prévoit que « 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 » ; mieux encore, le juge est invité par les articles 1159 et 1160 à se référer **aux usages** pour tout ce que le contrat comporte d'incomplet et d'ambigu. Il faut, enfin, faire état de certaines règles de bon sens, souvent empruntées à Pothier : tel, l'article 1157 selon lequel « lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans celui avec lequel elle n'en saurait produire aucun » ou l'article 1158 : « Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat ».

## § 2 - Solutions jurisprudentielles

**255.** La jurisprudence fait preuve du même éclectisme ; d'une part et s'agissant des dispositions insérées dans le contrat, elle s'efforce de dégager, au cas de doute ou d'ambiguïté, **ce que les parties ont voulu réellement** (V. *infra*, no [256 et s.](#)) ; elle n'hésite pas par ailleurs à suppléer cette volonté et à **compléter** le contrat faisant ainsi œuvre créatrice (V. *infra*, no [262 et s.](#)).

### A. - Interprétation et recherche de la volonté

**256.** A supposer qu'une interprétation soit nécessaire, et il en est ainsi lorsque le texte se révèle obscur, ambigu, incomplet ou entaché de contradictions, le juge cherche avant tout à dégager la commune volonté des parties. On peut dire, à cet égard, qu'il n'est lié qu'au seul texte de l'article 1156 (Sur le caractère impératif de celui-ci, V. Soc. 11 juin 1942, D. C. 1943.135, note J. Flour ; Civ. Ire, 20 janv. 1970, **Bull. civ.** I, no 24) ; les autres directives légales étant de simples conseils qu'il peut écarter lorsque conduisant à des résultats contraires à ceux qui résultent de cette recherche ; ainsi a-t-il été précisé que la règle énoncée par l'article 1162 du code civil et selon laquelle en cas de doute l'interprétation s'effectue en faveur du débiteur n'a pas un caractère impératif de telle sorte qu'une interprétation différente ne peut fonder un recours en cassation (Soc. 20 févr. 1975, **Bull. civ.** V, no 93).

**257.** Dans cette oeuvre d'interprétation, le juge peut écarter les termes utilisés par les parties, s'il est démontré que « malgré leur clarté, les termes invoqués pris dans leur sens littéral, étaient incompatibles avec l'ensemble du contrat et l'intention évidente des parties » (Req. 15 avr. 1926, D. H. 1926.317 ; V. égal. Civ. 3e, 5 févr. 1971, D. 1971.281, rapp. Cornuey, **Rec. gén. lois** 1971.386, obs. Nicolas-Jacob). Il peut tout autant recourir à des éléments extrinsèques à l'acte lui-même mais qui traduisent la volonté réelle des parties (Mazeaud et Chabas, t. 2, no 344 et 345), et si ces éléments sont certains, il les fera prévaloir au regard des dispositions contraires qui apparaissent de la sorte entachées d'erreur, se référer à un corps de règles que les parties ont pu avoir présentes à l'esprit au moment de la rédaction de leur contrat (V., par ex., pour une hypothèse d'interprétation par référence au droit canon : Chambéry, 15 janv. 1964, D. 1964.605, note J. Dauvillier) ou tenir compte lorsque celui-ci a été rédigé dans une langue étrangère du sens que le contractant, obligé de traduire dans sa langue maternelle, avait pu donner à certains termes (Civ. 11 janv. 1943, D. C. 1943.48) ; de même, peut-il au cas de clauses obscures et ambiguës recourir à des témoignages pour définir leur portée exacte (Civ. 1re, 3 mars 1969, D. 1969.477, **Rev. trim. dr. civ.** 1969.764, obs. Y. Loussouarn), ou encore au comportement ultérieur des parties (ainsi pour un contrat d'édition : Civ. 1re, 18 févr. 1986, **Bull. civ.** I, no 31 ; **adde** : Civ. 1re, 13 déc. 1988, D. 1989. Somm. 230, obs. J.-L. Aubert), car il ne s'agit pas alors d'une question de preuve mais bien d'interprétation.

**258.** Trop souvent, dans les conventions, il y a **contradiction entre deux clauses précises**, celle-ci provenant de ce que certains praticiens (ou leurs clercs) ont rédigé le contrat en empruntant des stipulations à des formulaires différents ; il convient alors, précise la Cour de cassation, « de faire prévaloir celle des clauses dont l'exécution répond à l'essentiel de la volonté des parties » (Req. 6 févr. 1945, **Gaz. Pal.** 1945.1.116, **Rev. trim. dr. civ.** 1945.188, obs. M. Boitard) et de préférer autant que faire se peut la clause claire et précise à celle ambiguë qui viendrait la contredire (Civ. 9 oct. et 16 déc. 1940, D. A. 1941.130 ; 5 janv. 1948, D. 1948.265, note P. L.-P. ; 29 juin 1948, D. 1948.554).

**259.** La même prépondérance attribuée à la volonté réelle explique la suspicion dans laquelle les **clauses de style** sont souvent tenues par les tribunaux (A. Lecomte, La clause de style, **Rev. trim. dr. civ.** 1935.305 ; Zuchetta, **La clause de style dans les actes notariaux**, thèse, Aix, 1942). Une clause est dite de style lorsqu'elle est reproduite d'une façon habituelle dans un type déterminé de contrat parce que figurant dans les formulaires dont se servent les praticiens. Sans doute, cette constance de son emploi est-elle souvent le signe de l'utilité de la clause ; mais il peut aussi s'agir de pure routine, le rédacteur s'étant conformé paresseusement à l'habitude ; il ne s'agit plus dès lors de l'expression d'une volonté réelle. Aussi, sans nier la valeur de la clause de style en tant que telle (Civ. 3e, 3 mai 1968, **Bull. civ.** III, no 184, pour l'application d'une clause de non-garantie ; comp. Bordeaux, 10 déc. 1928, D. p. 1929.2.81, note P. Voirin ; V. aussi : J.-F. Pillebot et J.-M. Gilardeau, **La formule et la machine**, J. C. P., éd. not., 1982, Prat. 8319), les tribunaux ont-ils eu souvent l'occasion de décider que si une telle clause est en discordance avec une autre disposition certainement présente à l'esprit des parties, celle-ci doit prévaloir (Civ. 26 avr. 1932, D. H. 1932.315) ; qu'il y a lieu de lui refuser effet lorsque l'on constate qu'en exécutant le contrat les parties n'avaient pas paru se rendre compte de son existence (Civ. 21 nov. 1932, D. H. 1933.19) et que l'élimination d'une telle clause, parce que non voulue réellement, s'impose avec d'autant plus de force que, même très claire, elle a été rédigée en termes plus généraux (Civ. 29 oct. 1928, D. H. 1928.574 ; Bordeaux, 10 déc. 1928, D. p. 1929.2.81).

**260.** Il en va de même pour les **clauses imprimées**, celles-ci n'ayant bien souvent d'autre valeur que de style ; aussi, a-t-il été maintes fois jugé qu'en cas d'opposition entre une clause imprimée et une clause manuscrite, celle-ci doit prévaloir car c'est elle qui a normalement retenu l'attention des parties au moment de leur signature (Civ. 31 janv. 1927, S. 1927.1.190 ; Soc. 27 févr. 1947, **Gaz. Pal.** 1947.1.205 ; Civ. 23 juin 1952, S. 1953.1.86 ; Trib. com. Paris, 6 mai 1968, **Gaz. Pal.** 1968.2.135 ; Com. 7 janv. 1969, J. C. p. 1969. II. 16121, note R. Prieur).

**261.** Les solutions qui précèdent se situent, souvent, dans le cadre des **contrats dits d'adhésion** (V. *supra*, no **56 et s.**) mais il est aussi quant à ceux-ci d'autres formules qui procèdent - tout au moins dans une certaine mesure - du principe qu'il faut s'attacher à déterminer ce qu'a réellement été la commune volonté : ainsi, lorsque la jurisprudence interprète ces contrats contre celle des parties qui en a arrêté le contenu, surtout si ce dernier a fait l'objet de sa part d'une préredaction unilatérale (Civ. 28 juin 1909, D. p. 1910.1.21 ; Douai, 10 nov. 1898, D. p. 1900.2.47), car il est douteux que, dans de tels cas, l'autre partie en ait saisi et voulu toute la portée (V. de même : Colmar, 25 janv. 1963, **Gaz. Pal.** 1963.1.277, selon lequel en cas de mauvaise rédaction d'un cahier des charges, celui-ci doit être interprété en faveur de l'entrepreneur).

## B. - Interprétation et oeuvre de complément

**262.** Mais l'interprétation du contrat ne se limite pas à une recherche par le juge de ce qu'ont exactement voulu les parties. Bien souvent, une telle recherche est vaine ; le juge n'en doit pas moins, au cas de difficultés résultant d'un accord mal rédigé ou incomplet, donner une solution à celles-ci à peine de déni de justice (Rappr. C. civ., art. 4 et 1134) ; il lui faut alors faire œuvre de complément en utilisant, ainsi que les textes d'ailleurs l'y invitent (V. C. civ., art. 1135), d'autres sources juridiques : non seulement les **dispositions supplétives légales** mais encore les **usages** ou plus simplement l'**équité**. Les unes et les autres ont ainsi pour fonction non d'éclairer la volonté contractuelle, mais bien de la suppléer. Au vrai, c'est dans le cas où le contrat est muet que la référence aux usages se comprend le mieux (V., pour un bail, Trib. civ. Seine, 15 déc. 1942, **Gaz. Pal.** 1943.1.110) surtout si le contrat est intervenu entre professionnels (Paris, 4 janv. 1934. D. H. 1934.105) et l'usage alors applicable est celui du lieu où le contrat s'est formé (Civ. 9 août 1887, S. 87.1.416). Il est difficile, certes, d'opérer un départ sûr entre les cas où la démarche du juge s'appuie sur une volonté contractuelle tacite et ceux dans lesquels il supplée purement et simplement ; mais la question n'est que d'une importance très relative dès l'instant où, répudiant une conception trop exclusivement volontariste, l'on admet que dans l'interprétation du contrat - comme dans l'interprétation légale - se manifeste le nécessaire pouvoir créateur qui appartient aux tribunaux (**Addé** : J. Maury, Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit, **Mélanges Ripert**, 1950, t. 1, p. 28 et s. ; Chrétien, **Les règles de droit d'origine jurisprudentielle**, thèse, Lille, 1935. - V. aussi, [Jurisprudence](#)).

**263.** Le domaine de l'interprétation est ici immense, celle-ci, selon les cas, pouvant aboutir à des résultats fort divers. On notera seulement qu'au-delà des cas concrets, cette interprétation par le juge aboutit à la création d'un corps de règles coutumières qui s'est manifesté notamment :

**264. 1o Pour énoncer l'existence d'obligations accessoires** à celles expressément stipulées par les parties, il suffit, à titre d'exemples de se référer aux **obligations de sécurité** qui se sont développées dans presque tous les contrats ou aux **obligations de renseignement et de conseil** qui pèsent aujourd'hui de façon très lourde sur les professionnels vis-à-vis de leurs clients (V. [Responsabilité contractuelle](#)).

**265. 2o Pour préciser la portée et la structure des obligations** existant ainsi entre les parties : ainsi, telle obligation a-t-elle le caractère d'une obligation de résultat ou seulement d'une obligation de moyens ?... Et l'on sait combien l'interprétation jurisprudentielle est nuancée et subtile, l'obligation du tenancier de jeux forains quant à la sécurité de son client étant, en principe, une obligation de résultat (Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juill. 1964, D. 1965. Somm. 14) mais devenant une simple obligation de moyens lorsque le client a un rôle actif dans l'exécution du jeu (Civ. 1<sup>re</sup>, 9 janv. 1957, D. 1958.245, note R. Savatier) ; ainsi encore lorsqu'en matière de responsabilité du chirurgien, la jurisprudence reconnaît, en fait, une véritable responsabilité du fait d'autrui... (Civ. 1<sup>re</sup>, 18 oct. 1960, J. C. p. 1960. II. 11846, note R. Savatier).

**266. 3o Pour définir le champ contractuel lui-même, a)** D'abord en ce qui concerne les personnes qui puissent leurs droits dans le contrat : ainsi, dans le contrat de transport quand les tribunaux décident que le transporteur est tenu contractuellement non seulement vis-à-vis de son

client, mais encore vis-à-vis des proches de ce dernier (Civ. 6 déc. 1932 et 24 mai 1933, D. p. 1933.1.137, note L. Josserand, S. 1934.1.81, note P. Esmein), tout au moins s'ils sont liés à lui par un droit à des aliments (Civ. 1<sup>re</sup>, 15 févr. 1955, **Bull. civ.** I, no 76, D. 1955.519) ; ainsi encore lorsqu'on affirme le caractère contractuel de certaines actions directes dans les groupes de contrats (Ass. plén. 7 févr. 1986, D. 1986.293, note A. Bénabent, D. 1987. Somm. 185, obs. H. Groutel, **Rev. trim. dr. civ.** 1986.605, obs. P. Rémy). **b)** Ensuite, en prolongeant dans le temps certaines obligations des parties au-delà de l'exécution même du contrat : ainsi pour l'obligation d'assistance incomptant au vendeur de matériel informatique (Lamberterie, La responsabilité contractuelle du vendeur de matériel informatique, **Rev. jurispr. com.** 1979.463).

**267.** Sans doute, l'interprète use-t-il souvent ici de formules pouvant faire croire qu'il ne fait que continuer à traduire et développer la volonté des parties : ainsi, lorsqu'il parle de volonté présumée de leur part ou lorsqu'il invoque l'existence de stipulations pour autrui tacites (V., par ex., **supra**, no 266, pour le contrat de transport) ; mais de telles formules ne peuvent cacher la réalité : tout élément de commune volonté des parties est ici absent. Comment expliquer, par exemple, la solution voulant qu'au cas où, dans un contrat, il existe deux clauses attributives de compétence nettement contradictoires, il faille admettre la compétence du juge désigné par les règles du droit commun (Req. 24 juin 1912, D. p. 1913.1.363 ; Angers, 9 janv. 1952, J. C. p. 1952. II. 6969, **Rev. trim. dr. civ.** 1953.380) ? Ou celle selon laquelle il est impossible aux parties d'écartier de leur accord certaines obligations énoncées par la jurisprudence dans son oeuvre d'interprétation (V., par ex., Toulouse, 23 oct. 1934, D. p. 1935.2.49, note L. Mazeaud ; Paris, 25 mars 1954, D. 1954.295, J. C. p. 1954. II. 8094, note R. Rodière ; **adde** : P. Esmein, Méditation sur les conventions d'irresponsabilité au cas de dommages causés à la personne, **Mélanges Savatier**, 1965, p. 271 et s.) ? Dans son interprétation, le juge va au-delà de la volonté des parties et c'est l'équité, au sens très large du terme, qui le guide dans cette oeuvre de complément.

**268.** On peut, au surplus, noter que dans certains cas, le juge aboutit, sous couleur d'interprétation, à **modifier le contrat**. Il en est ainsi notamment en matière de contrats à exécution successive que le rejet de la théorie de l'imprévision (V. **supra**, no 245) lui interdit de rajuster ouvertement : c'est ainsi que pour les contrats de bail à nourriture, la jurisprudence a cru pouvoir substituer à l'exécution en nature prévue par le contrat, le service d'une pension alimentaire (Req. 20 oct. 1936, D. H. 1936.555). C'est ainsi encore que pour une obligation dont l'objet variait suivant un indice, le juge a remplacé l'indice effectivement choisi (le taux d'intérêt des bons du Trésor) par l'indice du coût de la vie, alors licite (Lyon, 21 juill. 1943, **Gaz. Pal.** 1943.2.119, et sur pourvoi, Req. 6 févr. 1945, **Gaz. Pal.** 1945.1.116) ou ordonné une expertise à l'effet de donner un équivalent à l'indice initialement choisi qui n'était plus publié (Soc. 27 avr. 1945, D. 1945.323 ; **adde** : Civ. 3<sup>e</sup>, 15 févr. 1972, D. 1973.417, note J. Ghestin, J. C. p. 1972. II. 17094, note J.-P. Lévy ; 18 juill. 1985, **Bull. civ.** III, no 113, **Rev. trim. dr. civ.** 1986.599, obs. J. Mestre). V. également pour le temps de guerre, le refus d'appliquer une clause d'attribution de compétence dont l'application aurait conduit à plaider au-delà de la ligne de démarcation (Soc. 11 juin 1942, D. C. 1943.135, note J. Flour).

#### Actualisation

**268-2. Interprétation des contrats. Contrats proposés par les professionnels aux consommateurs. Loi du 1<sup>er</sup> février 1995.** - La loi no 95-96 du 1<sup>er</sup> février 1995 (art. 2, D. 1995. 119) insère dans le code de la consommation un article L. 133-2, relatif à la clarté et à l'interprétation des stipulations dans les contrats proposés par les professionnels aux consommateurs, qui prévoit que ces clauses doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible. Elles s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel. La règle n'est toutefois pas applicable aux procédures engagées sur le fondement de l'article L. 421-6 C. consom.

#### **Art. 2 - Contrôle de la Cour de cassation**

**269.** L'interprétation du contrat est une question de fait ; telle est la formule en fonction de laquelle s'ordonnent les **solutions de principe** (V. **infra**, no 270 et s.) d'après lesquelles la Cour de cassation doit rester en dehors de l'interprétation du contrat. Dans certains cas, cependant, lorsque le

contrat prend l'aspect d'un acte-règle, il y a lieu de se demander si le rôle de la Cour suprême ne doit pas s'affirmer de la même façon qu'en matière d'interprétation légale (V. *infra*, no **276 et s.**).

## § 1 - Solutions de principe

### A. - Pouvoir souverain du juge du fond

**270.** Bien qu'aux termes de l'article 1134 du code civil, le contrat puisse être qualifié de **loi** des parties, son interprétation ne relève pas, en principe, du contrôle de la Cour de cassation (V. G. Marty, **La distinction du fait et du droit**, thèse, Toulouse, 1929 ; Le rôle du juge dans l'interprétation du contrat, **Travaux de l'Association Henri Capitant**, 1949, p. 85 et s. ; R. Plaisant, Le contrôle de la Cour de cassation en matière de contrats, **Gaz. Pal.** 1946.1, Doct. 26). La fonction de la Cour suprême est d'assurer l'unité de jurisprudence c'est-à-dire l'interprétation uniforme de règles d'une portée générale. Or, le contrat n'est pas - si ce n'est dans des cas très particuliers (V. *infra*, no **276 et s.**) - l'expression d'une règle générale ; il ne définit que des rapports personnels et occasionnels (Mazeaud et Chabas, t. 2, no 354). De là, la formule très tôt affirmée par la Cour de cassation (Ch. réun. 2 févr. 1808, S. 08.1.183) et selon laquelle l'interprétation du contrat relève, en principe, du pouvoir souverain des juges du fond. La jurisprudence est très ferme en la matière (Civ. 25 nov. 1918, S. 1920.1.173 ; 2 août 1927, **Gaz. Pal.** 1927.2.792 ; 13 janv. 1936, **ibid.** 1936.1.582 ; 17 févr. 1965, D. 1965. Somm. 117), précisant, en particulier, que les articles 1154 et suivants du code civil n'ayant que la valeur de simples conseils et non de règles, leur inobservation par le juge ne permet pas de fonder un pourvoi en cassation (Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mars 1979, **Bull. civ.** I, no 83 ; Com. 19 janv. 1981, **ibid.** IV, no 34 ; Soc. 3 juin 1981, **ibid.** V, no 490). Ce pouvoir souverain du juge du fond n'est, toutefois, pas sans limites.

#### Actualisation

##### **270. Contrat autonome ou avenant au contrat : appréciation souveraine des juges du fond.**

- Ne saurait être considéré comme un nouveau contrat un accord verbal qui, conformément à son intitulé d'avenant, renvoie expressément aux termes du contrat initialement conclu entre les parties, ce dont il résultait le maintien en vigueur des stipulations initiales inchangées (Civ. 1<sup>re</sup>, 24 avr. 2013, no 11-26.597 , Dalloz actualité, 21 mai 2013, obs. Kilgus).

### B. - Théorie de la dénaturation

**271.** Le juge de fond ne peut d'abord, sous couleur d'interprétation, aller à l'encontre d'une volonté des parties qui a été clairement exprimée. Or, tel est le cas lorsqu'il y a précisément **dénaturation d'une clause claire et précise**. Dans une longue série d'arrêts, la Cour de cassation a affirmé son pouvoir de censure en la matière en indiquant que « s'il appartient aux juges du fait de déterminer le sens et la portée des conventions des parties et de rechercher leur intention, ce pouvoir ne saurait aller jusqu'à dénaturer ces conventions lorsqu'elles sont claires et précises et ne comportent aucune interprétation » (Civ. 30 nov. 1892, D. p. 93.1.85 ; **adde** : Com. 2 déc. 1947, D. 1948. Somm. 5, **Gaz. Pal.** 1948.1.36 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 27 nov. 1969, **Rev. trim. dr. civ.** 1970.762, obs. Y. Loussouarn ; Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mai 1982, **Gaz. Pal.** 1982.2.612, note F. Chabas ; Com. 5 juill. 1984, J. C. p. 1985. II. 20409, note E.-M. Bey ; V. sur la question : Marraud, **La notion de dénaturation en droit civil français**, thèse, Nancy, 1972 ; J. Boré, Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes, **Rev. trim. dr. civ.** 1972.249). A titre d'exemple, on peut indiquer qu'il a été jugé que dénature les termes clairs et précis d'un contrat prévoyant le paiement d'une rente viagère en nature « d'une certaine quantité de vin libre, loyal et marchand, absolument net de toutes charges, notamment celles pouvant résulter du statut viticole, telle, par exemple, actuellement le **hors quantum**, larrêt ayant décidé qu'il s'agit d'un vin soumis aux règles de l'échelonnement fixées par les décrets d'organisation des campagnes viticoles » (Civ. 3<sup>e</sup>, 10 oct. 1969, **Bull. civ.** III, no 638). Il en est d'ailleurs ainsi, non seulement pour les contrats mais aussi pour tous les actes juridiques privés.

**272.** Cette théorie de la dénaturation procède de l'idée qu'en dénaturant le contrat, sous couleur de l'interprétation, le juge refuse de l'appliquer et viole ainsi l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>, du code civil. Encore faut-il qu'il n'y ait vraiment pas matière à interprétation, c'est-à-dire qu'on ne soit pas en présence d'une clause **claire et précise...** Or, la Cour de cassation se réserve le contrôle de ce qui est

« clair et précis » (V. sur la notion d'**acte clair**, Boré, **La cassation civile**, no 2381 et s. ; J. Voulet, **Le grief de dénaturation devant la Cour de cassation**, J. C. p. 1971. I. 2410).

**273.** Concrètement, ce contrôle de la Cour de cassation permet d'abord d'éviter certaines erreurs d'appréciation lorsque revêtant un caractère de gravité (Carbonnier, **op. cit.**, no 147, p. 275). Au-delà et techniquement, il tend à définir le cadre et la méthode selon lesquels le juge doit interpréter. D'une part, et en présence d'une clause apparemment claire et précise, le juge peut l'écartier (Req. 15 avr. 1926, S. 1926.1.151 ; 26 nov. 1888, D. p. 89.1.101), mais il ne le peut qu'en faisant état de motifs sérieux, tels que, par exemple des éléments extérieurs à l'acte (V. **supra**, no 221) ; ainsi une clause d'un contrat antérieur à la guerre attribuant compétence exclusive au tribunal de la Seine, a-t-elle pu être écartée au motif qu'elle avait été prévue pour un temps normal, et non pour le cas où la France était coupée en deux par une ligne de démarcation, ce qui rendait son application difficile (Soc. 11 juin 1942, D. C. 1943.135, note J. Flour). Faute d'une motivation suffisante, la Cour suprême casse pour dénaturation de la clause et **son contrôle se ramène ainsi à celui du caractère sérieux et suffisant des motifs** (Marty, thèse préc., no 151 ; J.-F. Le Clech, **De l'insuffisance des motifs, manque de base légale des décisions judiciaires**, J. C. p. 1948. I. 690).

**274.** Inversement, le juge ne peut se contenter d'affirmer le caractère clair et précis d'une clause pour refuser de l'interpréter lorsqu'une partie le lui demande ; faute d'une motivation suffisante, il s'expose en effet à la cassation pour manque de base légale (Marty et Raynaud, **op. cit.**, no 244 ; Boré, **La cassation civile**, no 1234 et s. ; Com. 7 janv. 1975, D. 1975.516, note P. Malaurie).

## C. - Contrôle de la qualification

**275.** Dès l'instant où sont établis le contenu et la portée de l'accord peut apparaître un problème de **qualification** du contrat. Mais ce problème n'est autre que celui de la détermination des règles juridiques applicables ; c'est une question de droit (Marty, **op. cit.**, no 115 ; Mazeaud et Chabas, t. 2, no 355 ; Weill et Terré, **op. cit.**, no 371 ; Crim. 29 oct. 1985, **Gaz. Pal.** 1986.1.9, note J.-P. Doucet) qui, à ce titre, est soumise au contrôle de la Cour de cassation, tout au moins dans la mesure où la qualification ne repose pas sur des éléments subjectifs aux parties (Sur les nuances à apporter dans une telle hypothèse, V. Terré, **op. cit.**, no 687 et s.). La jurisprudence est en la matière constante (Req. 11 nov. 1884, D. p. 85.1.116 ; 25 mars 1889, D. p. 90.1.208 ; Civ. 2 juill. 1895, D. p. 95.1.511 ; Soc. 28 févr. 1985, **Bull. civ.** V, no 138).

### § 2 - Contrôle des contrats à portée réglementaire

**276.** Il est, cependant, une catégorie de contrats dont l'interprétation semble bien être soumise au contrôle de la Cour de cassation : ce sont ceux apparaissant comme des **actes-règles** tant par leur portée générale que par le processus de leur formation. Il faut alors assurer une unité de jurisprudence dans l'interprétation d'une clause qui régit tout un ensemble de rapports contractuels, et peut ainsi donner lieu à toute une série de procès juridiquement distincts. Aussi, la Cour de cassation a-t-elle été ici amenée à se départir en partie de sa position traditionnelle et à imposer sa propre interprétation tantôt de manière détournée (Civ. 19 juin 1900, 2 arrêts, S. 1903.1.225 ; **adde** : Dereux, **L'interprétation des actes juridiques privés**, thèse, Paris, 1905, p. 112 et s.), d'autres fois d'une façon plus ouverte.

**277.** 1o II en est d'abord ainsi pour les **contrats d'adhésion**, véritables lois privées imposées au public par une même personne (généralement un groupe professionnel ou un organisme para-public). La jurisprudence est ici très nette : s'agissant des clauses d'un emprunt obligataire, la Cour de cassation a imposé son interprétation propre (Civ. 3 juin et 9 juill. 1930, 14 janv. 1931, D. p. 1931.1.5, concl. proc. gén. Matter, note R. Sava-tier) et il en va de même en ce qui concerne certaines clauses usuelles des polices d'assurance, telle celle subordonnant la garantie à la possession d'un permis de conduire régulier (Civ. 18 mars 1942, S. 1943.1.13, note R. Houin) ou celle réservant la direction des procès à l'assureur (Civ. 4 mai 1942, D. C. 1942.131, note A. Besson).

**278.** 2<sup>e</sup> S'agissant des **conventions collectives du travail**, il devrait, semble-t-il, en aller de même, l'élément normatif l'y emportant et de beaucoup sur l'élément contractuel (Camerlynck, **Traité de droit du travail, Les conventions collectives**, par M. Despax, n° 168 ; G. Marty, obs. **Rev. trim. dr. civ.** 1938.475). La jurisprudence semble bien avoir amorcé dans ce sens une évolution discrète : sans doute, continue-t-elle à affirmer le principe de l'interprétation souveraine des juges du fond (Soc. 30 oct. 1950, **Dr. ouvrier** 1958.228) mais elle accueille aujourd'hui les pourvois fondés directement sur la violation d'une convention collective en dehors de toute référence à une dénaturation des clauses de celle-ci (Durand et Vitu, **Droit du travail**, t. 3, p. 530 ; Despax, **op. et loc. cit.** ; Soc. 5 janv. 1956, **Cuny, Bull. civ.** IV, n° 12) et ses plus récents arrêts accentuent encore cette tendance (V. en particulier, Soc. 17 juin 1970, **Bull. civ.** V, n° 416 ; Ass. plén. 6 févr. 1976, J. C. p. 1976. II. 18481, note H. Groutel).

**279.** 3<sup>e</sup> S'agissant des **contrats-types**, on a fait valoir l'intérêt incontestable qu'il y aurait à ce que ceux-ci soient l'objet d'une interprétation unitaire mais il faut aussi souligner que ces contrats - tout au moins les contrats types privés sans valeur impérative - sont de simples formules à la disposition des parties et que celles-ci peuvent fort bien utiliser en ayant dans chaque cas des acceptations différentes ; ceci, explique sans doute la répugnance très nette de la Cour de cassation à exercer un contrôle (Civ. 18 nov. 1930, **Gaz. Pal.** 1930.2.940 : clause type d'un contrat de vente ; 31 oct. 1923, D. p. 1923.1.205, S. 1924.1.58, note P. Esmein : clause type d'un bail ; Civ. 14 mai 1929, S. 1929.1.337 : contrat type d'une vente commerciale, etc.) encore qu'on ait cru pouvoir déceler (Léauté, **op. cit.**, n° 21 et 22) les signes discrets d'un début d'évolution (Civ. 1<sup>er</sup> mars 1943, S. 1944.1.27, à propos d'un contrat-type de vente de la **London Corn Trade Association** ; rappr. Req. 4 mai 1926, D. H. 1926.297 ; Req. 20 oct. 1920, S. 1922.1.201).

**280.** 4<sup>e</sup> Dans le même esprit et pour répondre à l'exigence d'une interprétation unitaire, la Cour de cassation s'est toujours réservé le contrôle des **tarifs de chemin de fer** en raison de leur caractère réglementaire (Civ. 29 juill. 1890, S. 91.1.423 ; 4 avr. 1933, D. H. 1933.315) et celui de l'interprétation des contrats lorsque celle-ci est faite en matière fiscale pour la perception des droits d'enregistrement.

**281.** 5<sup>e</sup> Pour certains, enfin, il faudrait aller plus loin et admettre le contrôle de la Cour de cassation sur l'interprétation des contrats auxquels donne lieu l'**acte collectif** car leur portée générale rend ici encore nécessaire une unité de jurisprudence (Roujou de Boubée, **op. cit.**, p. 270 et s.). Le moindre danger d'interprétations différentes à propos d'un même acte de cette nature, comme la possibilité que des formules semblables soient ici et là insérées dans un esprit différent (V. **supra**, n° [279](#)), explique sans doute que la Cour de cassation ne soit pas engagée dans cette voie.

## **Document 5 : François Xavier Testu, Dalloz référence Contrats d'affaires Chapitre 37 – Éléments de compréhension du contrat, 2010, extrait : § 2 - Interprétation du contrat par le juge**

Le juge met en œuvre l'interprétation du contrat, d'une part en se référant à une méthode générale d'interprétation et d'autre part en appliquant des procédés particuliers qui résultent de la tradition juridique. Tels sont les points qui seront successivement traités.

### **1 - Les différentes méthodes d'interprétation à la lumière de la pratique**

#### **37.24. Présentation.**

Les auteurs classiques, qui s'intéressaient de manière analytique au raisonnement judiciaire en matière contractuelle, identifiaient trois grands systèmes d'interprétation du contrat, et cela constitue d'utiles points de repère pour le rédacteur d'acte, qui peut en tirer certains enseignements, ou pour la partie qui s'interroge sur ses chances de succès devant un juge. Ces trois méthodes, ici schématisées, sont : la recherche de volonté, la déclaration de volonté, le système de l'intérêt social.

#### **a) - La recherche de volonté**

##### **37.25. Système officiel français de la recherche de volonté.**

Le système de la recherche de volonté est issu d'une conception psychologique. Il consiste à dire que le juge doit rechercher, au delà des termes du contrat, ce que les parties ont réellement voulu, sans s'occuper de ce qui est socialement ou économiquement souhaitable. Puisque le contrat résulte de la

volonté, il n'est pas permis de chercher ailleurs un principe d'interprétation. On doit reconstituer la **commune intention des parties**, comme le dit le Code civil.

C'est ce système que notre droit officiellement retient, comme l'indique l'article 1156 du Code civil : « **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** ».

Un certain nombre de solutions, peu contestables en elles-mêmes, se rattachent à cette conception. Telle est la règle selon laquelle une clause qui déroge au droit commun ne doit pas, par ce seul fait, recevoir une interprétation restrictive (1) Ainsi, à la différence de ce qui existe dans l'interprétation des lois, les solutions exceptionnelles spécialement voulues par les parties ne doivent pas être restreintes.

### **37.26. Objections faites à la recherche de volonté.**

Peut-on mener une recherche psychologique sérieuse si les données sont obscures ? Le risque est que le juge, peut-être guidé par les sentiments qui lui inspire le comportement des parties, énonce ce qu'il croit être la justice dans le cas concret, en s'autorisant d'une volonté indiscernable. Cela ouvre la porte aux interprétations divinatoires et n'assure pas la sécurité juridique.

Outre cette objection générale, il en existe une autre, concrète : il n'y a souvent eu aucune commune intention sur le point litigieux qui n'a pas été discuté par les parties, et sur lequel elles auraient peut-être eu des opinions divergentes si elle l'avaient identifié (1). Cela est spécialement vrai des clauses contradictoires. Nul doute que les parties auraient corrigé la contradiction si elles en avaient eu conscience ; une recherche de volonté à ce sujet est donc hasardeuse.

Le phénomène s'est accentué avec la manière dont se concluent aujourd'hui les contrats d'affaires importants. La volonté des négociateurs ne s'exerce guère que sur les **deal terms**, seuls éléments sur lesquels ils se sont clairement entendus ; le reste est laissé aux soins des juristes, qui réécrivent en termes juridiques les éléments économiques de l'accord, et ajoutent les stipulations plus proprement juridiques. Il peut y avoir à ce sujet de vives discussions entre juristes, qui s'efforceront cependant de trouver une solution, pour éviter de créer un blocage alors que l'affaire est conclue. Les parties vont avaliser l'ensemble et cela les liera, mais on ne peut pas toujours penser que ces clauses ajoutées, qui viendront au premier plan au cas de litige, ont été le produit efficace de la volonté commune **des parties**. À ce titre, la déclaration de volonté (v. ss no [37.28](#)) est un système moins artificiel.

### **37.27. Recherche de volonté et pratique judiciaire.**

Dans la pratique judiciaire, la recherche de volonté est souvent objectivée, parce que le juge, même s'il ne s'arrête pas à la teneur formelle de la convention, l'apprécie « **d'après l'intention des parties et les circonstances qui l'avaient accompagnée** » (1). Dans cet esprit qui consiste à objectiver la recherche d'intention, la Cour de cassation a même admis que, pour éclairer l'accord des parties, le juge tienne compte du comportement ultérieur des contractants (2). Ce n'est plus une pure recherche psychologique.

Surtout, quel que soit le principe officiellement dominant, on constate qu'il arrive au juge français de retenir alternativement l'une des deux autres méthodes d'interprétation, c'est-à-dire le système de la déclaration de volonté ou celui de l'interprétation constructive guidée par l'intérêt social.

### **b) - Le système de la déclaration de volonté**

#### **37.28. Exposé du système.**

Le système de la déclaration de volonté, qui inspire officiellement, par exemple, le système allemand, consiste à dire que l'interprète devra s'attacher à ce que les parties ont formellement déclaré – même si leur volonté réelle, reconstituée par d'autres indices, semble différente. C'est de l'interprétation littérale intelligente. L'intérêt de ce système objectif est de limiter l'arbitraire du juge, et de favoriser la sécurité juridique.

On retrouve des traces de ce système dans les méthodes classiques d'interprétation du juge anglais. Il en va ainsi de la **parol evidence rule** selon laquelle, si la langue employée dans un écrit contractuel a un sens défini et univoque, aucune preuve verbale (**parol evidence**) qui tendrait à démontrer que les parties pensaient quelque chose de différent de ce qu'elles ont dit, n'est admissible (1) ; cela vaut en vérité pour toute preuve extrinsèque (2). On y ajoute de façon imagée que, lorsque le juge anglais recherche le sens de l'acte, il doit s'en tenir à ce qui figure entre les quatre coins du document ; telle est la **four corners rule** (3).

Mais on verra que les droits anglo-saxons sont plutôt influencés par la méthode constructive (v. ss no [37.33](#)). En tout cas, ils préfèreraient la méthode objective de la déclaration de volonté, à la méthode subjective de recherche de volonté. Ainsi M. Furmston écrit : « **Agreement... is not a mental state but an act, and, as an act, is a matter of inference from conduct. The parties are to be judged not by what is in their minds, but by what they have said or written or done** » (4).

### **37.29. Déclaration de volonté en droit français.**

Le juge français ne se rattache pas principalement, par ses habitudes, à la déclaration de volonté. Mais en matière de contrats d'affaires il la pratique davantage que l'on ne l'admet traditionnellement.

On peut même dire qu'il s'agit de sa méthode privilégiée dans certains domaines, comme celui des garanties de passif (v. ss no [92.55](#)).

On peut ajouter que le contrôle de la dénaturation opéré par la Cour de cassation (v. ss no [37.19](#)) rapproche d'une certaine manière nos règles de lecture du contrat de la déclaration de volonté. La théorie de la dénaturation, qui repose elle-même sur la théorie dite **de l'acte clair**, a cette implication pratique que si les parties ont déclaré clairement quelque chose qui ne correspondait pas exactement à leur volonté réelle, il faut s'en tenir à leur déclaration. Certes, cela ne vaut pas pour les véritables questions d'interprétation, c'est-à-dire tous les cas où les termes du contrat sont obscurs ou équivoques, mais l'on a vu quelquefois la Cour de cassation appliquer la théorie de l'acte clair à des clauses passablement obscures, pour fixer une politique jurisprudentielle  (1)..

### c) - L'interprétation constructive

#### 37.30. Méthodes d'interprétation constructive.

Les méthodes d'interprétation constructive consistent à résoudre la difficulté posée par le contrat en y suppléant par une considération objective liée à l'intérêt social ou inspirée par le système de la solution raisonnable.

a) La **référence à l'intérêt social** conduit le juge, au cas de doute sur le sens d'une clause, à adopter l'interprétation la plus conforme à l'opportunité considérée de façon globale. Cela permet de faire prévaloir l'intérêt général, lorsque du moins la question s'y prête, ce qui ne va pas de soi pour une opération conclue entre deux parties, qui n'a pas forcément une valeur typique exemplaire. On voit immédiatement le risque de la méthode : que le juge, sous couvert d'un intérêt général qu'il peut avoir du mal à identifier, soumette délibérément les parties à quelque chose qu'elles n'avaient voulu ni l'une ni l'autre.

b) On préfère donc souvent la **méthode de la solution raisonnable**. Comme le soulignait Batiffol, les tribunaux se livrent rarement à une véritable recherche de volonté ; en revanche ils « **recherchent quelle est la solution raisonnable du différend, étant donné les stipulations existantes. Les Anglais appellent très justement cette opération « construction ». Il ne s'agit plus de retrouver une volonté inexisteante, mais de dire le juste et le raisonnable étant donné la situation créée. Autrement dit, on retrouve l'idée que les parties ont consenti à se placer dans une situation, dont elles ont sans doute déterminé elles-mêmes un certain nombre de traits, mais la suite leur échappe : du fait qu'elles ont entrepris une certaine activité, l'objectivité des conséquences sera appréciée par le juge, qui leur imposera des obligations auxquelles elles n'avaient certainement pas pensé** »  (1).

#### 37.31. Interprétation constructive et le Code civil.

Ce système d'interprétation se trouve d'une certaine manière légitimé par le Code civil, lorsqu'il énonce que « **les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat** » (C. civ., art. 1158). Et le texte voisin de l'article 1160 est inspiré par un esprit analogue, lorsqu'il dit qu'on doit ajouter au contrat les clauses qui sont habituelles dans un tel contrat, même si elles ne se trouvent pas exprimées.

#### 37.32. Interprétation constructive dans les contrats internationaux.

Dans le domaine des contrats internationaux, les Principes Unidroit ont repris la règle : l'article 4.8, qui est relatif aux omissions, prévoit qu'à défaut d'accord entre les parties sur une clause importante pour la détermination de leurs droits, on doit y suppléer par une clause appropriée, qui sera déterminée en fonction de l'intention des parties, de la nature et du but du contrat, de la bonne foi, et de ce qui est raisonnable.

D'ailleurs, tout en posant de manière générale le principe d'interprétation selon la commune intention des parties, les Principes Unidroit ajoutent que lorsqu'une telle recherche est incertaine, il faut l'objectiver en se référant au critère du raisonnable (art. 4.1 et 4.2).

#### 37.33. Interprétation constructive dans les droits anglo-saxons.

Il existe, en droit américain, une **doctrine of reasonable expectation**, qui s'applique essentiellement aux contrats d'adhésion, et selon laquelle le contrat doit être interprété en fonction de ce que l'adhérent pouvait raisonnablement attendre du contrat. L'idée a été systématisée et rendue obligatoire au regard de certaines clauses et dans certain contexte, par le droit anglais au moyen de l'**Unfair Contract Terms Act 1977** (v. ss no [113.08 s.](#)).

On peut principalement rattacher à ce système les cinq principes formulés en droit anglais par Lord Hoffman dans l'arrêt **Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society**  (1) :

I should preface my explanation of my reasons with some general remarks about the principles by which contractual documents are nowadays construed. I do not think that the fundamental change which has overtaken this branch of the law, particularly as a result of the speeches of Lord Wilberforce in Prenn v Simmonds [1971] 1 WLR 1381, 1384-1386 and Reardon Smith Line Ltd. v Yngvar Hansen-Tangen [1976] 1 WLR 989, is always sufficiently appreciated. The result has been, subject to one important exception, to assimilate the way in which such documents are interpreted by judges to the common sense principles by which any serious utterance would be interpreted in ordinary life. Almost

all the old intellectual baggage of « legal » interpretation has been discarded. The principles may be summarised as follows

On peut tenter de canaliser l'interprétation du juge en l'invitant à suivre une méthode d'interprétation objective, tout en la présentant sous couvert d'une recherche de volonté pour ne pas heurter de front les principes français en la matière. On pourrait alors écrire :

Au cas d'ambiguïté, l'interprète devra rechercher la commune intention des Parties. Au cas de doute sur celle-ci, le Contrat s'interprétera selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation, sur la base du sens littéral des clauses simplement éclairées par le contexte exposé en préambule.

#### VERSION ANGLAISE

In case of an ambiguity, this agreement shall be construed having regard to the parties' common intent. Where there is a doubt as to their intent, this agreement shall be construed according to the meaning that would be used by a reasonable person having the same qualities, put in the same position, on the basis of the literal meaning of the clauses merely enlightened by the context stated in the Preamble.

### 2 - Les règles d'interprétation

#### 37.35. Procédés particuliers mis en œuvre par les juges.

On vient d'évoquer les diverses méthodes d'interprétation, c'est-à-dire les **systèmes généraux** susceptibles d'inspirer le juge. Il existe aussi des **principes particuliers** qui guident l'interprète selon la configuration du problème d'interprétation qui lui est posé. Les rédacteurs du Code civil ont inséré dans leur ouvrage un certain nombre d'articles consacrés à cette question, aux articles 1156 et suivants. Parce que ce n'était guère matière à inventer, les auteurs du Code ont, ici encore davantage qu'ailleurs, suivi étroitement Pothier, notre ancien auteur qui fait d'ailleurs autorité en Angleterre (1). Selon la Cour de cassation, ces textes du Code n'ont pas un caractère obligatoire (2). Ce ne sont pas de véritables règles de droit, mais de simples conseils donnés au juge, qui n'est pas tenu de les suivre.

Cela ne signifie pas que ces textes soient dénués d'intérêt. Ils expriment des recommandations logiques au regard de la nature du contrat. Ils méritent d'être évoqués à raison même de leur universalité, puisqu'on les retrouve exprimés dans de nombreux systèmes juridiques. Le rédacteur du contrat, ou celui qui s'interroge sur le sens que le juge pourrait donner à tel ou tel aspect du contrat, doivent donc y avoir égard (3).

#### 37.36. Principe d'efficacité.

Il existe tout d'abord ce qu'on peut appeler le principe d'efficacité, qui se manifeste en droit américain en ce que les juges préfèrent retenir l'interprétation du contrat qui le rend **valid and enforceable**, c'est-à-dire valable et susceptible d'exécution forcée.

Le droit français adopte la même idée puisque, selon l'article 1157 du Code civil, lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit la comprendre dans le sens qui la rend efficace, par préférence au sens avec lequel elle ne produirait aucun effet.

En matière de contrats internationaux, les Principes Unidroit énoncent de même, sous l'appellation de « règle d'interprétation utile » que « **les clauses d'un contrat s'interprètent dans le sens avec lequel elles peuvent toutes avoir quelque effet, plutôt que dans le sens avec lequel certaines n'en auraient aucun** » (art. 4.5).

#### 37.37. Principe d'interprétation intégrale.

Les juridictions américaines affirment couramment que **contracts must be construed as a whole** (1).

Cela correspond à notre article 1161 du Code civil, selon lequel les clauses du contrat doivent être interprétées les unes par les autres, le contrat formant un tout.

Les Principes Unidroit énoncent de même, sous l'intitulé « Cohérence du contrat » que « **Les clauses et les expressions s'interprètent en fonction de l'ensemble du contrat ou de la déclaration où elles figurent** » (art. 4.4).

#### 37.38. Règle *Contra proferentem*.

Selon le droit américain, les ambiguïtés doivent être interprétées contre la partie qui a eu l'initiative dans la rédaction du contrat (1). La règle est issue de la **Common law**.

C'est également le sens de notre jurisprudence (2). La jurisprudence française s'est ici autorisée de divers textes : non seulement l'article 1162 du Code civil selon lequel, dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation, mais aussi l'article 1602 du Code civil selon lequel, en matière de vente, on doit interpréter le contrat contre le vendeur – c'est-à-dire généralement celui qui a l'initiative dans ce type de transaction. De même, l'article L. 133-2 du Code de la consommation dit qu'au cas de doute le contrat de consommation doit s'interpréter dans le sens le plus favorable au non-professionnel ; cette fois, il s'agit d'une véritable règle de droit (3).

L'article 4.6 des Principes Unidroit énonce que : « **en cas d'ambiguïté, les clauses d'un contrat s'interprètent de préférence contre celui qui les a proposées** ».

En pratique, tout cela signifie que lorsque l'on rédige un contrat pour le compte d'une partie qui aura manifestement eu l'initiative rédactionnelle, il faut veiller à chasser toute ambiguïté.

On peut aussi insérer une clause par laquelle les parties déclarent qu'elles ont négocié également le contrat, et qu'il n'y a pas lieu d'interpréter une ambiguïté contre telle ou telle d'entre elles.

Le Contrat ayant été conclu à l'issue d'une négociation, il n'y a pas lieu de rechercher par laquelle des parties chaque clause a été proposée pour opérer des restrictions de sens.

#### VERSION ANGLAISE

This Agreement has been concluded following negotiation of its terms, there is, therefore, no reason to operate any restriction of meaning of any clause according to the identity of the party who initially proposed said clause.

On peut également écrire :

FAIR CONSTRUCTION. This Agreement shall be deemed to be the joint work product of the Purchaser and the Company without regard to the identity of the draft person, and any rule of construction that a document shall be interpreted or construed against the drafting party shall not be applicable.

#### **37.39. Préférence donnée aux manifestations spéciales de volonté.**

Selon le droit américain, les clauses manifestement négociées de manière particulière, spécialement celles ajoutées à la main, doivent prévaloir sur les clauses types au cas de conflit. Notre jurisprudence est en ce sens (1).

#### **37.40. Recours aux solutions d'usage.**

Confronté à une question d'interprétation et spécialement à une lacune du contrat, le juge doit, selon le droit américain, avoir égard aux usages en la matière, spécialement les clauses antérieures entre les mêmes parties ou les usages conventionnels dans la branche du commerce considérée.

En droit français, l'article 1160 du Code civil dit que l'on doit ajouter au contrat les clauses qui sont habituelles dans un tel contrat, même si elles ne se trouvent pas exprimées.

Du reste, il existe une importante tradition juridique, en France, sur la valeur supplétive de volonté des usages du commerce, qui ont valeur de coutume limitée à leur objet particulier.

La jurisprudence américaine ajoute qu'il faut avoir égard non seulement aux usages, pour déterminer la solution du problème, mais aussi aux règles de loyauté commerciale.

On retrouve l'idée dans notre article 1135 du Code civil (qui est une véritable règle de droit, et non simplement un principe d'interprétation), selon lequel « **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** ». L'interprétation objective que cela permet est de nature, en droit français, à contrecarrer certains effets du système de recherche de volonté (Rappr. no 37.30).

L'article 4.3 des Principes Unidroit mentionne comme « circonstances pertinentes » de nature à éclaircir le contrat : les usages, le sens généralement attribué aux clauses et aux expressions dans la branche commerciale concernée, et les pratiques établies entre les parties.

## **Document n° 6- : Geneviève Viney, L'interprétation et l'application du contrat d'assurance par le juge, Recueil Dalloz, D. 1994. 301**

### **SEANCE 6** **L'EFFET RELATIF DU CONTRAT**

#### **Bibliographie Indicative**

-AYNES L. « Les effets du contrat à l'égard des tiers », RDC, 2006, p.63

-THIBIERGE C. « De l'élargissement de la notion de partie au contrat...à l'élargissement de la portée de l'effet relatif », RTD Civ. 1994, p.275

-DIAGNE S. « La pratique du montage contractuelle : Réflexions sur une figure juridique en construction », Thèse UCAD, FSJ, 2015

- Chaîne de contrats: exercice de l'action résolutoire du sous-acquéreur contre le vendeur initial – X. Delpech – 28 mai 2010
- Recueil Dalloz / Cour de cassation, 3e civ. 26 novembre 2014 — D. 2014. 2463 — 11 décembre 2014 Chaîne de contrats : nature des responsabilités et portée du contrat d'assurance
- Dalloz référence Contrats d'affaires / Chapitre 37 – Éléments de compréhension du contrat — François, § 2 - Rapports entre différents contrats
- Répertoire de droit civil / Stipulation pour autrui — Christian LARROUMET — Dominique MONDOLONI — avril 2008 (actualisation : avril 2016) Section 1 - Définition et utilité de la stipulation pour autrui
- Dalloz référence Contrats d'affaires / Chapitre 101 – Effets relatifs du contrat — François Xavier Testu — 2010 SECTION 3 - Tiers bénéficiaires : la stipulation pour autrui
- Répertoire de droit civil / Porte-fort — Carole AUBERT DE VINCELLES — juin 2012 (actualisation : octobre 2014) Art. 1 - Conditions de la promesse de porte-fort
- La promesse de porte-fort, une sûreté à part entière Arrêt rendu par Cour de cassation, com Recueil Dalloz / Cour de cassation, com. 13 décembre 2005 — D. 2006. 298 — 26 janvier 2006.

### Exercice : Dissertation

**SUJET GROUPE DU LUNDI :** *L'invocation du contrat par les tiers*

**SUJET GROUPE DU MARDI :** *Les tiers bénéficiaire du contrat*

### Documents

**Document 1** François, Dalloz référence Contrats d'affaires Dalloz référence Contrats d'affaires / Chapitre 37 – Éléments de compréhension du contrat —

#### **§ 2 - Rapports entre différents contrats**

##### **37.08. Ensembles contractuels.**

Il arrive fréquemment que plusieurs contrats, conclus entre des parties différentes, soient utiles ou nécessaires à la réalisation d'une même opération économique. C'est ainsi que se constituent des ensembles contractuels.

Ainsi l'acquisition, juridiquement effectuée par un contrat de vente, peut avoir besoin d'un financement qui sera permis par la conclusion d'un contrat de prêt entre l'acheteur et la banque. Il y a alors conjugaison de différents contrats qui constituent les diverses pièces d'une opération économique donnée. Dans l'exemple qui vient d'être donné, il s'agit d'un ensemble contractuel hétérogène.

Il arrive aussi que l'ensemble contractuel soit constitué de contrats de même nature. C'est le cas par exemple dans la sous-traitance, où l'entrepreneur qui a conclu un contrat d'entreprise avec le maître de l'ouvrage (le donneur d'ordre) demande à un autre entrepreneur moins occupé ou plus spécialisé d'effectuer tout ou partie du travail à sa place, si du moins le contrat ne l'interdit pas (sur cette question, v. ss no **101.23**). Un second contrat d'entreprise, le contrat de sous-traitance, est alors conclu entre l'entrepreneur et le sous-traitant. Ce cas d'ensemble contractuel homogène correspond à l'hypothèse de **sous-contrat**, que de nombreux domaines illustrent classiquement (sous-licence, sous-franchise en matière internationale, sous-commission, etc.).

Lorsque les contrats qui constituent les pièces de l'ensemble ont des effets concomitants (même si les contrats avaient été conclu de façon décalée), on est en présence d'un **complexe contractuel**, c'est-à-dire d'un ensemble contractuel *stricto sensu* ; tel est le cas des différents exemples donnés jusqu'à présent. Mais il peut arriver que les contrats constitutifs de l'ensemble soient appelés à délivrer leurs effets de manière successive. Il est alors plus difficile de reconnaître l'existence d'un ensemble contractuel, mais on l'admet cependant dans l'hypothèse des **chaînes de contrats**, qui constituent une succession de contrats destinés à faire circuler une chose, depuis la fabrication ou l'importation jusqu'à l'utilisateur final. Les chaînes de contrats les plus classiques sont les chaînes de contrats de vente, qui marquent les différentes étapes de la distribution d'un produit, mais il existe aussi des chaînes hétérogènes de contrats, comme la jurisprudence l'a reconnu, au sujet par exemple de matériaux de construction : il existe un ou plusieurs contrats de vente en amont, mais le dernier

contrat de la chaîne, entre l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage qui a ordonné la construction du bâtiment, est un contrat d'entreprise.

### **37.09. Questions posées par les ensembles contractuels.**

Les questions posées par les ensembles contractuels sont essentiellement de deux ordres :

- Doit-on admettre que les membres d'un ensemble contractuel (c'est-à-dire les parties aux différents contrats constitutifs de l'ensemble) sont encore des tiers au regard d'un contrat auquel ils n'étaient pas parties mais qui appartenait au même ensemble contractuel ?
- Dans quelle mesure doit-on admettre que l'annulation ou la résolution pour inexécution de l'un des contrats de l'ensemble retentit sur les autres ?

C'est la seconde question qui nous intéresse dans ce développement, et c'est elle qui permet d'avoir une vision plus concrète de ce que peut être un ensemble contractuel. La première question sera évoquée avec celle de l'effet relatif du contrat (v. ss no [101.16 s.](#)).

### **37.10. Remise en cause d'un contrat et son effet sur l'ensemble.**

Si l'un des contrats constitutifs d'un ensemble contractuel est annulé pour une cause qui lui est propre, doit-on admettre la nullité de l'ensemble des contrats du groupe ? Et aussi bien : si l'un des contrats constitutifs d'un ensemble contractuel est résilié, doit-on admettre la caducité des autres contrats du groupe ?

La solution passe par la notion d'indivisibilité. Il s'agit de savoir si les parties avaient ou non conçu l'exécution de l'ensemble contractuel d'une façon nécessairement globale  (1). Il s'agit alors d'une **indivisibilité subjective** (Rappr. no 37.02).

Mais la jurisprudence reconnaît en outre les effets d'une **indivisibilité objective**, celle qui tient « à la nature des choses ». Tel est le cas lorsque l'une des opérations constitutives de l'ensemble ne peut se réaliser qu'à la condition de maintenir la validité de l'opération voisine.

Ce cas se présente assurément en matière de **chaînes de contrats** : le contrat nul n'a pas pu produire l'effet qui était attendu, et cet effet n'a donc pu être transmis aux contractants ultérieurs.  (2)

En dehors du cas de chaîne de contrats, il y aura indivisibilité objective si les contrats ont entre eux une **communauté de cause ou d'objet**, c'est-à-dire s'ils tendent à réaliser la même opération économique. Ainsi, l'annulation d'un contrat de vente fait tomber le contrat de crédit-bail qui permettait de financer l'acquisition  (3) ; il en va de même de la vente d'un fonds de commerce et du prêt concomitant assorti d'un nantissement sur le fonds  (4), ou encore des contrats de licence sur un logiciel à développer en vertu d'un contrat d'entreprise  (5).

Lorsque les contrats sont étroitement imbriqués, il arrive que la Cour de cassation se fonde sur le **défaut de cause** pour faire tomber un autre contrat lié à celui qui était infecté par la nullité  (6).

La jurisprudence qui vient d'être mentionnée a été principalement formulée au sujet des nullités ; les solutions sont cependant les mêmes en matière de **Résolution pour inexécution**  (7), ou même au regard de l'exercice d'une faculté de **Résiliation** ou de **non-renouvellement**  (8)

Celui qui est à l'origine de la résolution d'un contrat, peut être garant de certaines restitutions commandées par l'anéantissement d'autres contrats du même groupe. Par exemple, si, au cas d'indivisibilité entre un contrat de vente et un contrat de prêt, le premier est résolu par la faute du vendeur, le second le sera aussi, et le vendeur sera garant de la restitution des fonds par l'emprunteur au prêteur  (9).

Sur l'exception d'inexécution entre deux contrats distincts, v. ss no [111.13](#).

### **37.11. Recommandations rédactionnelles.**

Il paraît en tout cas prudent :

- De préciser, le cas échéant, que le contrat que l'on rédige entretient des liens d'indivisibilité avec tel autre contrat que l'on désigne ;
- D'en préciser les conséquences, et de viser à ce titre non seulement l'annulation ou la résolution de l'un des contrats de l'ensemble, mais également les cas de caducité, ou même la non-conclusion de l'un des contrats, si cette conclusion attendue n'est pas intervenue. Rien n'empêche en effet d'apporter une telle précision, même si cela relève plus naturellement de la stipulation d'une condition suspensive.

Cela conduit à proposer ce type de clause :

Il est expressément stipulé que le présent Contrat entretient des liens d'indivisibilité avec l'Opération principale, de sorte que la non-conclusion, la caducité, l'annulation, la résolution, ou la résiliation entière de celle-ci remettrait automatiquement en cause et en intégralité l'effectivité des présentes, pour l'avenir comme pour le passé.

Bien entendu la rédaction exacte de cette clause devra être calibrée en fonction d'une représentation précise du cas de figure (et l'on aura compris que cela suppose une définition soigneuse du contrat ou des contrats qui correspondent à « l'Opération principale »).

On peut également intégrer à la clause l'hypothèse de non-renouvellement à son terme du contrat à durée déterminée comportant une clause de tacite reconduction. Si en revanche un contrat intégré à un tel ensemble contractuel est un contrat à durée déterminée démunie d'une clause de tacite

reconduction, c'est probablement parce qu'il résulte de son économie qu'il ne doit pas perdurer. Il y a lieu alors de s'interroger particulièrement sur les raisons qui pourraient faire stipuler que son arrivée à terme emporte caducité de l'ensemble.

## **Document 2 Dalloz actualité 28 mai 2010Dalloz actualité Chaîne de contrats: exercice de l'action résolutoire du sous-acquéreur contre le vendeur initial, Civ. 1re, 20 mai 2010, FS-P+B+I, n° 09-10.086, X. Delpech**

### **Résumé**

L'action résolutoire résultant d'un même défaut de conformité se transmet avec la chose livrée, de sorte qu'elle peut être exercée par le sous-acquéreur à la fois contre le vendeur intermédiaire et contre le vendeur originaire, à l'égard duquel le sous-acquéreur dispose d'une action directe contractuelle.

Cet arrêt a trait à une hypothèse bien connue en jurisprudence : celle des chaînes de contrats homogènes translatifs de propriété ou, pour faire simple, celle des ventes successives. Il est admis de longue date que les différentes actions offertes au premier acheteur contre le vendeur originaire (notamment lorsque cet acheteur a à se plaindre d'une défectuosité de la chose achetée) sont transmises aux acheteurs successifs de la chose, en tant qu'elles constituent un accessoire de celle-ci. Il s'agit d'actions contractuelles, alors même qu'il n'existe aucun lien de droit entre l'auteur (le sous-acquéreur de la chose) et le destinataire (le vendeur originaire) de celles-ci. La Cour de cassation a d'abord admis cette « action contractuelle directe », selon la terminologie employée, à propos de l'action en garantie de l'acheteur, garantie des vices cachés (Civ. 1<sup>re</sup>, 9 oct. 1979, Bull. civ. I, n° 241 ; D. 1980. IR 222, note Larroumet ; Civ. 1<sup>re</sup>, 20 juin 1995, Bull. civ. I, n° 275 ; D. 1995. IR 188), voire garantie d'éviction (Civ. 3<sup>e</sup>, 28 mars 1990, Bull. civ. III, n° 93 ; D. 1990. IR 96). Puis elle l'a étendue à l'action fondée sur le manquement du vendeur initial à son obligation de délivrance, notamment pour défaut de conformité de la chose livrée (Civ. 1<sup>re</sup>, 22 févr. 2000, CCC 2000, n° 91, note Leveneur ; V. égal. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 févr. 2001, Bull. civ. I, n° 22 ; D. 2001. Somm. 1135, obs. Delebecque ; RTD com. 2001. 413, obs. Loquin ; Rev. crit. DIP 2001. 522, obs. Jault-Seseke ; JCP 2001. II. 10567, note Legros ; JCP E 2001. 1238, note Mainguy et Seube ; Defrénois 2001. 708, obs. Libchaber ; CCC 2001, n° 82, note Leveneur, à propos de la transmission de la clause compromissoire insérée dans le contrat de vente initial, jugée opposable au sous-acquéreur).

Le présent arrêt se situe dans la même veine et réaffirme avec une particulière netteté la transmission d'une telle action au sous-acquéreur (encore faut-il que le défaut de conformité dont se prévaut ce dernier contre le vendeur initial soit le même que celui qu'aurait pu invoquer le vendeur intermédiaire contre ce même vendeur, ce qui suppose que ledit défaut soit contemporain de la première vente), à propos de l'action résolutoire, sanction possible d'un tel manquement expressément prévue par l'article 1610 du code civil.

La mise en œuvre, par hypothèse avec succès, de cette action résolutoire, entraîne l'anéantissement rétroactif de la vente et l'obligation, pour chacune des parties au contrat, de restituer à l'autre ce qu'elle a reçu de lui : le prix par le vendeur, la chose livrée par l'acheteur. Le schéma se complique ici par le fait que les débiteurs de l'obligation de restitution - vendeur initial et sous-acquéreur - ne sont pas parties à un même contrat de vente. Or, *a priori*, le sous-acquéreur a versé au revendeur (ou vendeur intermédiaire, qui est en même temps le premier acheteur) au titre de la revente un prix plus élevé que le prix versé par le revendeur à son propre acheteur, le vendeur initial, au titre de la première vente. Il faut, en effet, tenir compte du fait que le revendeur est un commerçant dont les profits proviennent des plus-values dégagées à l'occasion des opérations d'achat-revente qu'il réalise. Pourtant, la Cour de cassation considère que, au titre de son obligation de restitution, le premier vendeur ne peut être tenu de restituer davantage qu'il n'a reçu de son propre vendeur. Cette solution paraît équitable pour le vendeur initial qui n'a pas à être pénalisé du fait que le bien qu'il a vendu a lui-même été revendu par son acheteur, lequel a spéculé sur ce bien. Pourtant, de son côté, le sous-acquéreur ne pourrait récupérer qu'une partie du prix qu'il a lui-même versé à son revendeur et se retrouverait donc lésé. Cependant, on sait, en application de l'article 1611 du code civil, que l'action née du manquement du vendeur à son obligation de délivrance n'est pas exclusive d'une action en dommages-intérêts « s'il résulte [de ce manquement] un préjudice pour l'acquéreur ». Le sous-acquéreur

pourra prétendre alors obtenir totalement gain de cause, c'est-à-dire la restitution de l'entier prix de revente qu'il a versé, quoique de manière détournée : d'abord celle du prix de vente initial sur le fondement du droit de la vente ; ensuite celle du surplus, c'est-à-dire de la différence entre le prix de revente et le prix de vente initial, correspondant à la plus-value du revendeur sur le fondement du droit de la responsabilité. En réalité la solution n'est pas nouvelle et a déjà été admise, exactement dans les mêmes termes, à propos de l'action en garantie des vices cachés (Civ. 1<sup>re</sup>, 27 janv. 1993, Bull. civ. I, n° 45 ; JCP 1993. I. 3684, n° 5, obs. Ghustin ; Defrénois 1993. 1437, obs. Vermelle).

### **Document 3 Chaîne de contrats : nature des responsabilités et portée du contrat d'assurance, Arrêt rendu par Cour de cassation, 3e civ. Recueil Dalloz 2014 p.2463**

#### **Sommaire**

Ayant retenu, à bon droit, que le sous-traitant engageant sa responsabilité vis-à-vis du maître de l'ouvrage sur le fondement délictuel, le fournisseur de ce sous-traitant devait répondre de ses actes sur le même fondement et relevé que le désordre était limité à la décoloration des ardoises, laquelle n'avait qu'une incidence esthétique et qu'il n'existe aucun dommage susceptible de porter atteinte à la destination de l'ouvrage, mais que le maître de l'ouvrage était en droit d'attendre du constructeur la mise en place d'éléments de couverture dont le coloris reste stable pendant un délai suffisant, une cour d'appel a pu en déduire que la société A. (fournisseur) avait manqué à son obligation de délivrance en livrant à M. T. (sous-traitant) des ardoises non conformes aux prévisions contractuelles et que M. et M<sup>me</sup> L. (maîtres d'ouvrage) pouvaient rechercher directement sa responsabilité.

Par ailleurs, ayant exactement retenu que la société G. (maître d'œuvre) disposait d'une action contractuelle directe contre la société A., fournisseur de son sous-traitant et vendeur intermédiaire, la cour d'appel, qui a relevé que les ardoises livrées étaient non conformes aux caractéristiques attendues, a pu en déduire que la société A. devait sa garantie.

Enfin, ayant retenu que la clause selon laquelle sont exclus de la garantie les « dommages résultant du retard ou de l'inexécution de l'engagement pris par l'assuré en matière de livraison de produits ou de réalisation de travaux », particulièrement vague, devait être interprétée de façon stricte, la cour d'appel, qui a pu en déduire qu'elle ne pouvait s'appliquer à la livraison de produit de mauvaise qualité, sauf à vider de sa substance le contrat d'assurance, a légalement justifié sa décision de ce chef (1).

### **Document4 Carole AUBERT DE VINCELLES, Répertoire de droit civil / Porte-fort, juin 2012 (actualisation : octobre 2014) extrait : Art. 1 - Conditions de la promesse de porte-fort.**

**6.** Comme tout acte conventionnel, la promesse doit répondre aux conditions de l'article 1108 du code civil. Sa particularité réside dans le fait que seul le porte-fort est engagé (V. *infra*, nos 7 s.), par un engagement portant sur le fait d'un tiers (V. *infra*, nos 23 s.).

#### **§ 1 - Engagement du porte-fort**

##### **A. - Caractéristiques de l'engagement**

**7.** L'engagement du promettant s'analyse en une obligation personnelle de faire (V. *infra*, nos 8 s.), obligation qui est de résultat (V. *infra*, nos 10 s.). Reste la question ouverte depuis peu par la Cour de cassation de son caractère autonome ou accessoire (V. *infra*, nos 12 s.).

#### **Actualisation**

**7. Formalisme de la promesse de porte-fort.** - L'engagement de porte-fort constitue un engagement de faire, de sorte que le formalisme imposé par l'article 1326 du code civil en cas de paiement d'une somme d'argent ne lui est pas applicable (Com. 18 juin 2013, n° 12-18.890 D. 2013. 2561, obs. Delpech, note Pellier ; D. 2013. Chron. 2551, obs. Guillou ; RTD civ. 2013. 653, obs. Crocq ; RTD civ. 2013. 842, obs. Barbier ; RLDC 2013/108, n° 5230, note Riassetto).

## **1° - Obligation personnelle de faire**

**8. Porte-fort et cautionnement.** - L'obligation pesant sur le porte-fort est une obligation de faire : faire en sorte que le tiers ratifie la promesse que lui-même a faite au bénéficiaire ou faire en sorte que le tiers exécute l'obligation promise au bénéficiaire. En cela, la promesse de porte-fort se distingue du cautionnement (V. [Cautionnement](#)) puisque le promettant ne s'engage pas à exécuter lui-même l'obligation du tiers défaillant, mais à faire que le tiers l'exécute. Cependant, la chambre commerciale décide, depuis sa décision du 13 décembre 2005, que la promesse consistant à se porter fort de l'exécution d'une obligation (dit d'exécution, opposé au porte-fort de ratification. - V. *supra*, no 5), donne naissance à l'obligation de satisfaire l'engagement principal souscrit par le tiers s'il ne l'exécute pas lui-même, ce qui est la définition même du cautionnement (Com. 13 déc. 2005, préc. *supra*, no 5. - Com. 18 déc. 2007, no 05-14.328 , JCP 2008. I. 152, no 13, obs. Simler ; Dr. et patr. oct. 2008, p. 90, obs. Aynès et Dupichot ; RJDA 4/08, no 365. - Colmar, 15 nov. 2011, JCP 2011. 1342). La chambre commerciale déduit de cet engagement au paiement d'une somme d'argent la soumission de la promesse aux conditions de l'article 1326 du code civil relatif à la preuve des engagements unilatéraux (Com. 13 déc. 2005, préc. - Colmar, 15 nov. 2011, préc. - Plus énigmatique : Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2008, no 06-20.806 , Bull. Joly 2009. 40, obs. Le Cannu. - Contraire à : Civ. 1<sup>re</sup>, 16 avr. 1991, no 89-17.982 , inédit titré, selon lequel l'engagement de porte-fort ayant pour objet, non le paiement d'une somme d'argent, mais une obligation de faire, l'écrit qui le constate n'est pas soumis aux dispositions de l'article 1326). Une telle assimilation au cautionnement, contestée par l'ensemble de la doctrine, est critiquable non seulement au regard de l'objet de l'obligation du promettant mais également en considération de l'objet de l'obligation du tiers qui peut ne pas être de payer une somme d'argent. Réduisant l'intérêt même du porte-fort d'exécution, son assimilation de principe aux effets du cautionnement devrait donc être appelée à disparaître (du moins faut-il l'espérer), sauf à requalifier la promesse en cautionnement lorsque telle aura été en réalité la volonté des parties (Civ. 1<sup>re</sup>, 27 févr. 1990, no 88-16.726 , inédit).

**9. Porte-fort et autres notions voisines.** - Le porte-fort pourrait parfois se confondre avec ce que la pratique, et désormais l'article 2322 du code civil, appellent les lettres d'intention ou de confort, comportant une obligation de faire, dès lors qu'elles contiendraient une obligation de résultat (V. *infra*, no 39). Par ailleurs, parce que le promettant s'engage personnellement, en son propre nom et pour son propre compte, la promesse de porte-fort n'est pas une technique de représentation, même imparfaite (V. [Représentation](#)). Le porte-fort n'est donc ni un mandataire, puisque le porte-fort n'a justement aucun pouvoir de représentation que lui aurait accordé le représenté (DELEBECQUE, obs. sous Com. 25 janv. 1994, no 91-21.582 , Deфрénais 1994, art. 35845, p. 792, obs. Delebecque. - Com. 6 juin 2000, no 97-17.329 , inédit, RJDA 2000. 757. - V. [Mandat](#)), ni un prête-nom (Paris, 6 déc. 1989, D. 1990. IR 2 ; RTD civ. 1990. 268, obs. Mestre . - V. [Interposition de personne](#) et [Simulation](#)).

## **2° - Obligation de résultat**

**10.** L'obligation pesant sur le porte-fort est une obligation de résultat dans la mesure où le promettant s'engage à ce que le tiers ratifie et non pas à faire tout son possible pour qu'il ratifie (Soc. 3 mai 2012, no 11-10.501 . - Civ. 1<sup>re</sup>, 25 janv. 2005, no 01-15.926 , Bull. civ. I, no 43 ; RTD civ. 2005. 391, obs. Mestre et Fages  ; Deфрénais 2005, art. 38166, no 17, obs. Honorat ; CCC 2005. Comm. 81, obs. Levener. - Com. 11 oct. 2005, no 03-14.819 , RLDC 2006, no 957). Cependant, dans un arrêt non publié (ce qui autorise à en limiter la portée), la chambre commerciale de la Cour de cassation a semblé admettre que le porte-fort pouvait sous-tendre une obligation de moyens. Il s'agissait, en l'espèce, d'un porte-fort d'exécution par lequel une personne s'était portée fort du remboursement par un tiers de l'ensemble de ses engagements, « c'est-à-dire de l'exécution d'obligations déjà contractées par le tiers, ce dont il résulte qu'il était tenu d'une obligation de moyens à l'égard de son cocontractant » (Com. 29 févr. 2000, no 96-13.604 , inédit). Une explication pourrait résider dans la dissociation des types de porte-fort : dès lors qu'elle s'analyse en une garantie, l'obligation du porte-fort deviendrait de moyens. Mais une telle dissociation serait difficile à

justifier car la force de l'obligation du promettant ne devrait pas dépendre de la nature du fait que le tiers doit accomplir.

**11. Distinction avec des notions voisines.** - La qualification d'obligation de résultat pour l'obligation du promettant, quelle que soit la fonction assurée par le porte-fort, permet de la distinguer de celle émanant d'une lettre d'intention, celle-ci pouvant fluctuer entre obligation de moyens ou de résultat (V. not. BARTHEZ et HOUTCIEFF, *op. cit.*, nos 1248 s.). Cette qualification de l'obligation permet également de distinguer le porte-fort de la promesse de bons offices, générant une obligation de moyens (Civ. 3<sup>e</sup>, 7 mars 1978, Bull. civ. III, no 108).

### 3° - Obligation autonome ou accessoire ?

**12. Distinction jurisprudentielle selon la fonction du porte-fort.** - La question du caractère autonome ou accessoire de l'obligation du promettant par rapport à l'acte juridique ou à l'obligation faisant l'objet du fait promis ne se pose véritablement que depuis quelques années avec le développement du porte-fort d'exécution. Alors que l'on croyait l'obligation du promettant autonome (Civ. 1<sup>re</sup>, 25 janv. 2005, no 01-15.926 , préc. *supra*, no 10). - Pour une affirmation antérieure du caractère autonome de la promesse n'ouvrant pas au promettant la possibilité de se prévaloir des exceptions qu'aurait pu soulever le débiteur principal, contrairement à l'engagement de caution, V. Douai, 2 déc. 1999, Banque et Droit sept.-oct. 2000, p. 42, obs. Rontchevsky et Jacob), c'est-à-dire ne pouvant pas être affectée par le sort de l'obligation relevant du fait promis, et entraînant des dommages-intérêts du seul fait de son inexécution, la chambre commerciale de la Cour de cassation a récemment opéré une distinction selon la fonction remplie par le porte-fort. Ainsi, alors que le porte-fort de ratification entraînerait une obligation autonome du promettant, le porte-fort d'exécution conduirait à une obligation accessoire à l'engagement du tiers (Com. 13 déc. 2005, préc. *supra*, no 5 : « Celui qui se porte fort pour un tiers en promettant la ratification par ce dernier d'un engagement est tenu d'une obligation autonome dont il se trouve déchargé dès la ratification par le tiers, tandis que celui qui se porte fort de l'exécution d'un engagement par un tiers s'engage accessoirement à l'engagement principal souscrit par le tiers à y satisfaire si le tiers ne l'exécute pas lui-même »). Unanimement critiqué par la doctrine, le caractère accessoire de l'obligation du promettant dans le porte-fort dit d'exécution entraîne un régime identique à celui du cautionnement, niant ainsi la spécificité du porte-fort (V. *supra*, no 8). De plus, distinguer le régime de l'obligation du promettant selon son objet non seulement est peu pertinent mais surtout conduit à créer au sein du porte-fort deux notions juridiques - le porte-fort de ratification et le porte-fort d'exécution - souvent difficiles à distinguer en pratique (V. *infra*, no 32). Le porte-fort en sort nié dans sa technique et inefficace faute de sécurité juridique.

**13. Ni accessoire ni autonome mais indépendante.** - Les qualificatifs utilisés, autonome ou accessoire, sont en réalité peu adaptés à l'obligation du porte-fort, car l'un et l'autre renvoient à des techniques propres au droit des suretés : le caractère accessoire au cautionnement (C. civ., art. 2288. - V. **Cautionnement**), et le caractère autonome à la garantie autonome (C. civ., art. 2321. - V. Rép. com., vo **Garantie à première demande**), alors que le porte-fort n'est ni l'un ni l'autre (Not. SIMLER, note préc. *supra*, no 5. - SIMLER et DELEBECQUE, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, 6<sup>e</sup> éd., 2012, Précis Dalloz, no 336. - ARLIE, Pour une juste conception du porte-fort d'exécution, D. 2006. 2244  ). Il serait préférable de parler d'obligation « indépendante », rappelant en cela la technique contractuelle classique dans laquelle elle s'insère. Comme toutes les obligations contractuelles, l'obligation du promettant est par principe indépendante et ne peut pas être affectée par d'autres obligations relevant d'autres contrats (C. civ., art. 1165), quand bien même il s'agirait du fait promis : c'est là même l'intérêt du porte-fort utilisé à titre de garantie. Cependant, comme le fait promis constitue l'objet de l'obligation du promettant, le droit des contrats et de la responsabilité autorise, par le biais de leur propre technique, une certaine dépendance à travers les notions, par exemple, d'objet, de cause, d'ensemble contractuel ou encore de force majeure. Ainsi, si le fait promis est illicite, l'obligation du promettant sera évidemment nulle du fait de l'illicéité de son objet. La notion d'ensemble contractuel, récemment apparue en jurisprudence (V. not. AUBERT de VINCELLES, Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir, RDC. 2007. 983) peut également être

un recours pour lier juridiquement l'obligation du promettant à celle du tiers et à l'ensemble des contrats dans lequel elle s'insère (V. Com. 31 janv. 2012, no 10-27.316 ). L'arrêt du 13 décembre 2005, en ce qu'il désigne l'obligation du promettant comme accessoire, est donc regrettable et il faut espérer que la chambre commerciale reviendra à un régime unique du porte-fort compris et interprété dans sa dimension contractuelle.

**14. Garantie au sens de l'article L. 225-35 du code du commerce.** - La jurisprudence appréhende la promesse de porte-fort comme une garantie au sens de l'article L. 225-35 du code de commerce, l'obligeant à faire l'objet d'une autorisation du conseil d'administration si elle est consentie par une société anonyme, sans distinction selon les types de porte-fort (Paris, 4 nov. 2008, Bull. Joly 2009. 376, obs. Barbièri ; Dr. sociétés 2009 Comm. 51, obs. Gallois-Cochet. - Lyon, 5 nov. 1999, RTD com. 2001. 142, obs. Chazal et Reinhard ; Banque et Droit mai-juin 2001 p. 43, obs. Storck. - Pour une distinction entre le porte-fort d'exécution et de ratification, V. JEBBOUR, La promesse de porte-fort est-elle une garantie de l'article L. 225-35, alinéa 4, du Code de commerce ?, Dr. sociétés 2012. Étude 3).

## B. - Forme de l'engagement

**15. Promesse expresse ou tacite.** - La promesse de porte-fort peut être expresse ou tacite (Rouen, 7 avr. 1970, D. 1970. 676, note Trochu). Si elle est tacite, elle ne peut résulter que d'actes manifestant l'intention certaine du promettant de s'engager pour un tiers (Soc. 5 oct. 2010, no 09-12.558 . - Com. 17 juill. 2001, no 98-10.827 , CCC 2001. Comm. 170, obs. Levener). La preuve de cette intention est importante, car sinon toute promesse pour autrui serait valable. En effet, toute convention devant être interprétée dans le sens où elle peut produire un effet (C. civ., art. 1157), certains auteurs ont considéré qu'une promesse pour autrui pourrait toujours être interprétée comme une promesse de porte-fort tacite (SALEILLES, Théorie générale de l'obligation, 1925, LGDJ, no 152. - DEMOLOMBE, Cours de code napoléon, 1870, A. Lahure, Pedone Lauriel, Hachette, t. 24, Traité des contrats, 1, no 216). Mais cette opinion est critiquable notamment en raison de l'article 1162 du code civil qui préconise, en cas de doute, l'interprétation en faveur de celui qui a contracté l'obligation, c'est-à-dire le promettant (TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, 10e éd., 2009, Précis Dalloz, p. 501, no 509).

## C. - Licéité de l'engagement

**16.** Comme toute obligation, celle du porte-fort doit exister et être licite (pour un ex. d'illicéité de l'ensemble contractuel affectant le porte-fort : Com. 31 janv. 2012, préc. *supra*, no 13). La loi peut parfois interdire le porte-fort dans un but de protection de certaines personnes. Ainsi, la loi no 85-677 du 5 juillet 1985 (D. 1985. 371), relative à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation, interdit aux représentants de mineurs et de majeurs en tutelle, victimes d'un accident de la circulation, de se porter fort pour eux au regard de l'offre de transaction qui leur est faite (C. assur., art. L. 211-15, al. 3. - V. **Responsabilité - Régime des accidents de la circulation**). C'est essentiellement dans le droit des sociétés (V. *infra*, nos 17 s.), des régimes matrimoniaux (V. *infra*, nos 20 s.) et des successions (V. *infra*, nos 22 s.) que la question de la licéité de l'engagement trouve ses applications.

### 1° - Droit des sociétés

**17.** Le porte-fort est une technique contractuelle particulièrement utilisée en droit des affaires en général et en droit des sociétés en particulier (TILLEMENT, Promesse de porte-fort et droit des sociétés, Rev. sociétés 1993. 51 ). Dans ces différentes applications, la promesse de porte-fort peut être amenée à heurter un principe d'ordre public du droit des sociétés remettant ainsi en cause la technique elle-même.

**18. Principe de libre révocation des dirigeants sociaux.** - Le porte-fort peut, tout d'abord, heurter le principe de libre révocation des dirigeants sociaux. Ces promesses se consentent généralement dans

le cadre d'une cession d'actions : le cessionnaire s'engage à ce que le cédant, dirigeant social, ne soit pas révoqué ou promet qu'il sera réintégré dans une des sociétés du groupe, ou encore s'engage au versement d'une indemnité en cas de révocation. Ces accords concernent, depuis la loi NRE du 15 mai 2001 (n° 2001-420, JO 16 mai), essentiellement le président du conseil d'administration, les administrateurs et les membres du conseil de surveillance, puisque les directeurs généraux et délégués sont désormais révocables pour justes motifs (C. com., art. L. 225-55). Au regard de ce principe d'ordre public, la technique du porte-fort aurait pu être un moyen extrastatutaire de contourner les interdictions jurisprudentielles. En effet, le cessionnaire-promettant n'est généralement pas le décideur de la révocation mais un tiers ; dès lors, on aurait pu considérer que son engagement laissait le principe indemne. Cependant, telle n'est pas l'interprétation de la Cour de cassation qui annule ces promesses (Com. 2 juin 1992, n° 90-17.873 , Bull. civ. IV, n° 226 ; Rev. sociétés 1993. 750, obs. Guyon ; RTD com. 1993. 521, obs. Danet et Champaud. - Com. 4 juin 1996, n° 94-15.238 , Bull. civ. IV, n° 162 ; Bull. Joly 1996. 930, note Courret).

**19. Convention de vote illicite.** - Le porte-fort peut, ensuite, se heurter à la jurisprudence fluctuante relative aux conventions de vote (COHEN, Les conventions de vote, *in Liber Amicorum* Christian Larroumet, 2010, Economica, p. 97. - CONSTANTIN, Réflexions sur la validité des conventions de vote, Mélanges Ghustin, 2001, LGDJ, p. 253). Celles-ci se définissent comme l'engagement par lequel un associé ou un mandataire social aménage l'exercice de son droit de vote, et s'engage, par exemple, à voter dans un sens déterminé sur un projet précis. Si, en principe, le tiers est libre de ratifier la promesse, dans les faits, il peut y être tenu en raison de ses liens avec le promettant, notamment lorsque le promettant, associé majoritaire, se porte-fort pour l'assemblée générale de la décision de maintien ou de réintégration du dirigeant social. Le risque de voir sa responsabilité contractuelle engagée peut inciter l'associé majoritaire, et donc incidemment l'assemblée générale, à ratifier la promesse. L'engagement de porte-fort devient donc, dans cette hypothèse, un engagement d'émettre, au sein de l'assemblée générale, un vote dans un sens déterminé, caractéristique de la convention de vote. Or ces conventions connaissent une validité limitée que le juge enserre généralement dans le cumul de trois conditions : le respect de la participation de l'actionnaire, celui de l'intérêt social et enfin de l'ordre public sociétaire (Paris, 30 juin 1995, Metaleurop, JCP 1996. II. 795, note Daigne). La validité de la promesse dépendrait donc de la réunion de ces conditions dans un cas d'espèce (TILLEMENT, *op. cit.*, nos 24 s.).

## 2° - Droit des régimes matrimoniaux

**20. Actes soumis à cogestion et nullité de la promesse.** - La question est de savoir si un époux peut se porter fort de la ratification par son conjoint d'un acte soumis à cogestion, qu'il s'agisse du régime primaire ou de la communauté légale. La première chambre civile de la Cour de cassation considère que l'acte de vente du logement familial conclu par un seul époux, se portant fort de la ratification par son conjoint, est nul en son entier, emportant dès lors la nullité de la clause de porte-fort (Civ. 1<sup>re</sup>, 28 nov. 2006, n° 05-17.757 , Dr. fam. 2007. Comm. 16, obs. Beignier ; RTD civ. 2007. 375, obs. Vareille  ; AJDI 2007. 409, obs. Thioye. - Civ. 1<sup>re</sup>, 11 oct. 1989, Bull. civ. I, n° 315 ; Defrénois 1989, art. 34633, n° 138, obs. Champenois ; D. 1990. 310, note Le Guidec  ; JCP 1990. II. 21549, obs. Henry ; RTD civ. 1991. 387, obs. Vareille ). En effet, la promesse de porte-fort apparaît illicite dans la mesure où elle est employée pour contourner une règle légale impérative du régime primaire, l'article 215, alinéa 3, du code civil en l'espèce. La première chambre civile a réitéré sa position concernant la vente d'un fonds de commerce soumis à cogestion par le régime de la communauté légale en décidant que « le compromis de vente, y compris la clause de porte-fort qu'il comportait, était nul en tant que portant sur les biens communs » (Civ. 1<sup>re</sup>, 15 juill. 1993, n° 91-18.368 , Bull. civ. I, n° 255 ; JCP 1994. I. 3733, n° 16, obs. Simler ; JCP N 1994. II. 353, note Hugon ; RTD civ. 1994. 929, obs. Vareille . - Papeete, 28 févr. 2008, JCP 2008. I. 202, n° 9, obs. Simler). S'il paraît normal que l'acte de vente comme la promesse de porte-fort soient nuls dès lors qu'une règle du régime primaire impératif est violée, il apparaît plus discuté d'étendre cette position à la cogestion dans le cadre de la communauté légale en raison, notamment, de l'article 1427 du code civil qui prévoit lui-même la possibilité d'une ratification (TERRÉ et SIMLER, Les régimes matrimoniaux, 6<sup>e</sup> éd.,

2011, Précis Dalloz, n° 484. - Comp. CHAMPENOIS, obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 11 oct. 1989, préc. - CASEY, Promesse de porte-fort et régimes matrimoniaux, RJPF 2000-2/6).

**21. Actes soumis à cogestion et responsabilité du promettant.** - Par ces arrêts, la première chambre civile a conclu à l'impossibilité pour le bénéficiaire de mettre en jeu la responsabilité civile contractuelle du promettant qui avait violé sa promesse de porte-fort en raison de la non-ratification de l'acte (pour une opinion différente : TERRÉ et SIMLER, Les régimes matrimoniaux, *op. cit.*, n° 517). La chambre commerciale semble avoir une position différente dans la mesure où elle a admis la mise en jeu de la responsabilité contractuelle du promettant pour inexécution de la promesse de porte-fort dès lors que le mari n'avait pas ratifié la vente d'un fonds de commerce relevant de la communauté que la femme avait vendu seule (Com. 1er oct. 1996, n° 94-13.860 , RTD civ. 1997. 989, obs. Vareille  ; JCP 1998. I. 135, n° 12, obs. Simler. - GOASCOZ, Promesse de porte-fort relative à la cession d'un fonds de commerce commun aux époux et respect de la cogestion, JCP N 1997. I. 1347). Si ces arrêts apparaissent contradictoires, ils peuvent se concilier dans la mesure où, dans l'arrêt rendu par la chambre commerciale, les demandeurs ne sollicitaient que des dommages-intérêts pour inexécution de la promesse de porte-fort sans demander la nullité de l'acte qui n'avait pas été formé en raison de la non-ratification. Dès lors que la nullité de l'acte comportant la clause de porte-fort n'avait pas été demandée, la promesse de porte-fort, acte autonome, pouvait continuer à s'appliquer. La position était tout à fait différente dans les deux arrêts précités rendus par la première chambre civile dans la mesure où était demandée, dans les deux espèces, la nullité de l'acte de vente pour violation des règles de cogestion : ce qui est nul ne pouvant produire d'effet, la promesse de porte-fort nulle ne pouvait fonder une quelconque responsabilité (V. les doutes sur l'interprétation de l'arrêt : VAREILLE, RTD civ. 1997. 989 ).

### 3° - Droit des successions

**22. Cautionnement et prohibition des pactes sur succession future.** - Dès lors que le décès est une cause d'extinction du cautionnement de dettes futures, puisque les dettes nées postérieurement au décès de la caution ne sont pas transmises aux héritiers (Com. 29 juin 1982, Bull. civ. IV, n° 258 ; D. 1983. 360, note Mouly ; JCP 1984. II. 20148, note Bouteiller ; RTD civ. 1983. 354, obs. Rémy. - V. **Cautionnement**), le créancier peut être tenté de demander à la caution de se porter fort pour ses héritiers de manière à ce qu'ils cautionnent les dettes nées postérieurement à son décès. L'intérêt d'une telle clause est évident : si les héritiers ne ratifient pas l'engagement de leur auteur, ils paieront des dommages-intérêts en tant qu'héritiers du promettant, et s'ils le ratifient, ils paieront en qualité de caution. Mais la licéité d'une telle clause n'est pas certaine en raison d'une possible requalification en pacte sur succession future (SIMLER, Cautionnement et garanties autonomes, *op. cit.*, n° 791. - RAFFRAY, note sous Com. 13 janv. 1987, JCP N 1988. IV. 86. - V. **Pacte sur succession future**). En effet, la Cour de cassation considère que « toute clause ayant pour résultat de mettre à la charge des héritiers une obligation née après le décès de leur auteur et dont celui-ci n'était pas tenu de son vivant, constitue un pacte sur succession future prohibé » (Com. 13 janv. 1987, JCP E 1987. II. 15054, note Béhar-Touchais).

#### § 2 - Fait du tiers

**23. Personne du tiers.** - Le tiers peut être n'importe quelle personne : il peut s'agir d'un incapable, à la différence du promettant qui doit avoir la capacité de contracter. Il peut également être une personne future ou une personne indéterminée (Soc. 12 févr. 1975, Bull. civ. V, n° 67. - Civ. 3<sup>e</sup>, 26 juin 1996, n° 94-18.525 , Bull. civ. III, n° 163 ; Defrénois 1996, art. 36434, n° 143, obs. Delebecque).

**24. Diversité des faits du tiers.** - Selon l'article 1120 du code civil, l'objet de l'engagement du promettant consiste dans le seul fait du tiers. Cette généralité du terme permet d'envisager très largement le fait que le tiers est susceptible d'accomplir conformément à la promesse. Si le fait du tiers peut consister dans un fait matériel (J.-Cl. Civ. Code, art. 1120, fasc. préc., n° 12), cette situation se révèlera rarement dans la mesure où ce fait masquera souvent un acte juridique : ainsi le

fait qu'une personne promette qu'un artiste réalisera un portrait, ou abattra un arbre, peut être vu comme une promesse portant sur la conclusion d'un contrat d'entreprise. Quoi qu'il en soit, à supposer que l'on puisse imaginer des faits matériels, ils ne correspondent pas à la réalité du porte-fort. C'est essentiellement lorsque le fait du tiers est relatif à un acte juridique que la promesse de porte-fort déploie tout son intérêt et ses diverses facettes. En effet, ce fait du tiers auquel s'engage le porte-fort peut aussi bien être la conclusion d'un acte juridique (V. *infra*, nos [25 s.](#)) que son exécution (V. *infra*, nos [34 s.](#)).

## A. - Consentement à un acte juridique

**25.** Le plus souvent, le porte-fort va s'engager à ce que le tiers consent à un acte juridique, qui peut être un contrat ou un acte unilatéral. En effet, le porte-fort peut promettre qu'un tiers ne concurrencera pas le bénéficiaire, ou qu'il renoncera à exercer un recours contre lui (pour une illustration d'une clause de renonciation à un recours d'une caution envers le débiteur principal : Civ. 1<sup>re</sup>, 25 janv. 2005, no 01-15.926 , préc. *supra*, no [10](#)). Le fait promis consistant à assurer qu'un tiers consentira à un acte juridique peut recouvrir deux situations différentes selon que l'acte est celui déjà négocié et conclu par le promettant (V. *infra*, nos [26 s.](#)) ou un autre à venir (V. *infra*, nos [30 s.](#)).

### 1° - Consentir à l'acte déjà conclu

**26.** *Représentation sans pouvoir.* - L'hypothèse la plus classique du porte-fort, et qui est pour nombre d'auteurs sa seule fonction possible (V. *supra*, no [4](#)), est celle d'un promettant qui représente, sans en avoir le pouvoir, un tiers duquel il se porte-fort d'obtenir le consentement à un acte qui est déjà négocié et conclu. Cette hypothèse, désormais désignée comme le « porte-fort de ratification », s'illustre fréquemment en droit des personnes et de la famille, ainsi qu'en droit des sociétés.

**27.** *Droits des personnes et de la famille.* - La technique du porte-fort est depuis longtemps utilisée dans le cadre des incapacités. Ainsi, le représentant d'un incapable, majeur ou mineur, peut accomplir seul un acte qu'il n'a pas le pouvoir de passer sans l'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles, mais en se portant fort de la ratification par l'incapable lorsque l'incapacité aura cessé (Civ. 1<sup>re</sup>, 30 juin 1965, Bull. civ. I, no 438. - Civ. 1<sup>re</sup>, 26 nov. 1975, D. 1976. 353, note Larroumet ; JCP 1976. II. 18500, note Monéger ; RTD civ. 1976. 575, obs. Cornu ; et RTD civ. 1977. 117, obs. Loussouarn. - Pour une incapacité postérieure à la conclusion d'une vente par un porte-fort : Civ. 3<sup>e</sup>, 23 juin 2004, no 03-11.311 , CCC 2004, comm. 152, obs. Levener ; RJPF 2004-10/10 ; Defrénois 2005. 445, obs. Massip). Encore faut-il que l'acte soit conclu par le représentant légal, l'autorisation du juge des tutelles ne suffisant pas à combler le défaut de pouvoir du promettant (Com. 28 sept. 2010, no 09-69.305 , D. 2011. 2501, obs. Lemouland  ; Bull. Joly 2011. 92, obs. Caffin-Moi). Cette technique est également utile lorsqu'un bien est en indivision, permettant ainsi à l'un des indivisaires d'aliéner seul un bien en se portant fort, auprès de l'acquéreur, d'obtenir l'accord de ses coindivisiaires (Civ. 1<sup>re</sup>, 28 juin 1965, JCP 1967. II. 14987, note Delhay). Quant à l'époux qui souhaiterait se porter fort pour son conjoint dans la vente d'un bien soumis à la cogestion, il courrait le risque de voir l'acte annulé (V. *supra*, no [20](#)).

**28.** *Droit des sociétés.* - Le porte-fort a été longtemps utilisé dans le cadre des sociétés en formation, permettant aux fondateurs d'engager la société en se portant fort de la ratification future par les organes compétents, une fois la société formée (Paris, 29 avr. 1971, Gaz. Pal. 1972. 2. 503. - Civ. 3<sup>e</sup>, 10 mars 1976, Bull. civ. III, no 111. - Com. 24 oct. 2000, no 97-21.796 , inédit titré). Cet intérêt a diminué depuis la loi no 66-537 du 24 juillet 1966 qui organise la reprise par la société des engagements souscrits par ceux qui ont agi au nom de la société en formation (C. civ., art. 1843. - C. com., art. L. 210-6. - V. Rép. sociétés, vo [Constitution des sociétés](#)). La technique du porte-fort reste cependant particulièrement utile pour le dirigeant social qui conclut un acte avec un tiers en dépassant ses pouvoirs (TILLEMENT, Promesse de porte-fort et droit des sociétés, Rev. sociétés 1993. 51 , no 12). C'est principalement dans le cadre de cessions d'actions que le porte-fort est utilisé (par ex. : Cass., ass. plén., 22 avr. 2011, no 09-16.008 , D. 2011. 1870, obs. Delpech  ;

RLDC 2011, no 83, p. 11, note Paulin. - V. *infra*, no 43. - Com. 31 mars 2009, no 08-12.521 (T), et notamment dans le cadre de prise de contrôle : l'actionnaire cédant s'engage à ce que ses coassociés cèdent également leurs actions au cessionnaire, permettant ainsi à celui-ci de prendre le contrôle de la société, dont les actions sont cédées, en ayant un unique cocontractant (Com. 18 déc. 2001, no 98-19.524 (T), inédit ; 22 juill. 1986, RTD civ. 1987. 306, obs. Mestre. - Paris, 19 juin 1998, Bull. Joly 1998. 1152, note Couret ; Rev. sociétés 1999. 96, note Didier (P). - Pour s'être également porté fort d'une garantie de passif : Com. 2 mai 2001, no 98-11.036 (T), inédit).

**29. Valeur du contrat conclu.** - La valeur du contrat conclu par un représentant sans pouvoir est originale et difficile à cerner. Le code civil ne prévoit que l'hypothèse du mandat lors d'un dépassement de pouvoir par le mandataire : le mandant, en vertu de l'article 1998 du code civil, n'est pas tenu par les actes conclus par un mandataire au-delà de ses pouvoirs sauf s'il les ratifie (V. **Mandat**). Par analogie, on peut considérer que le contrat est valablement formé, en attente d'une ratification pour être pleinement efficace (RIPERT et BOULANGER, *op. cit.*, no 618). Ce contrat est, pour la Cour de cassation, « parfait », et lorsqu'il porte sur le droit de propriété, il produit immédiatement ses effets permettant le transfert de propriété du patrimoine du vendeur à l'acheteur (Civ. 3e, 6 nov. 1970, Bull. civ. III, no 591). C'est également parce que l'acte est parfait que la ratification par le tiers ne peut se confondre avec la confirmation d'un acte nul (V. **Confirmation**).

## 2° - Consentir à un acte à venir

**30.** Cette utilisation du porte-fort est beaucoup plus contemporaine et modifie l'approche classique de cette technique juridique : lors de la conclusion d'un acte principal, l'une des parties va s'engager auprès de l'autre à ce qu'un tiers conclut un autre acte juridique dont le porte-fort a pu ne pas négocier les termes. À la différence des hypothèses de représentation sans pouvoir, il existe ici deux actes juridiques distincts : l'acte principal contenant la clause de porte-fort et l'acte futur qui pourra être accompli par le tiers. Ces utilisations modernes du porte-fort s'illustrent essentiellement en droit des affaires, avec quelques illustrations en droit social (employeur d'une comédienne qui s'était porté fort pour qu'elle bénéficie d'une priorité sur son rôle en cas d'éventuelles tournées quel que soit le producteur : Soc. 3 mai 2012, no 11-10.501 (T). - Cas particulier d'un relevé de conclusions d'un médiateur dans le cadre d'un plan social, valant engagement unilateral de l'employeur, dans lequel il se portait fort pour une société tierce de reclasser chez elle ses salariés : Soc. 8 juill. 1997, no 95-14.445 (T), inédit).

**31. Cession de droits sociaux et clause de sortie.** - Les clauses de porte-fort se rencontrent fréquemment dans le cadre de cessions de droits sociaux, qu'il s'agisse d'une cession future ou actuelle. Ainsi, en est-il tout d'abord des clauses dites de « sortie conjointe » : par un pacte conclu entre actionnaires, chacun - généralement le majoritaire (ou fondateur) - va s'engager auprès des autres - généralement les minoritaires (ou investisseurs) -, à ce qu'en cas de cession, le futur cessionnaire acquiert également leurs actions. Le futur cédant, le promettant, s'oblige donc à faire en sorte que le jour où il décidera de vendre ses titres, les actions des minoritaires, les bénéficiaires, soient acquises par son cessionnaire, le tiers, en même temps que les siennes et généralement aux mêmes conditions (GALLOIS-COCHET, Efficacité et sanction des clauses de sortie, in BONNEAU, LE DOLLEY et LE NABASQUE (dir.), *La sortie de l'investisseur*, 2007, Lexis-Nexis/Litec, p. 189. - LE NABASQUE, DUNAND et ELSEN, *Les clauses de sortie dans les pactes d'actionnaires*, Dr. sociétés, Actes pratiques, oct. 1992, p. 2. - VAMPARYS, Validité et efficacité des clauses d'entraînement et de sortie conjointe dans les pactes d'actionnaires, Bull. Joly 2005. 821). Une cession d'actions par un dirigeant peut également contenir une clause par laquelle le cessionnaire s'engage à obtenir, d'un organe de la société, un avantage particulier au dirigeant cédant, avantage prenant généralement la forme de l'obtention d'un complément de retraite (Com. 27 févr. 2001, no 98-14.502 (T), inédit, Bull. Joly 2001. 631, note Storck), ou d'un contrat de travail au sein d'une société du groupe (Civ. 1re, 18 avr. 2000, no 98-15.360 (T), Bull. civ. I, no 115 ; RTD civ. 2000. 832, obs. Mestre et Fages. (P) - Soc. 24 févr. 2004, no 01-47.108 (T), inédit).

**32. Porte-fort de ratification ou d'exécution ?** — Cette question ne se pose que depuis la regrettable distinction faite par la chambre commerciale entre ces deux types de porte-fort et pour lesquels le régime diffère (Com. 13 déc. 2005, préc. - V. *supra*, no 5). Or il s'avère que cet engagement, consistant dans le consentement à un acte à venir, n'est vraiment ni l'un ni l'autre. En effet, la promesse de la conclusion d'un acte juridique à venir ne peut endosser la qualification de porte-fort de ratification en raison de l'inadaptation de la ratification et de son régime, particulièrement de la rétroactivité (V. *infra*, nos 47 s.). Pour un avis contraire, V. J.-Cl. Civ. Code, art. 1120, fasc. préc., no 15). Il ne peut s'agir non plus d'un porte-fort d'exécution dans la mesure où le fait promis n'est pas l'exécution d'une obligation mais la conclusion d'un acte juridique. Cependant, il arrive fréquemment non seulement que les deux engagements soient imbriqués (cas de clauses de sortie conjointe dans lesquelles le promettant s'engage au rachat des actions et à sa bonne exécution : GALLOIS-COCHET, *op. cit.*, p. 192), mais également qu'il soit difficile de distinguer lequel, de l'un ou de l'autre, constitue le fait promis (par ex. : Com. 9 mars 2010, no 09-11.807 , RDC. 2011. 193, obs. Barthez. - Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2008, no 06-20.806 , Bull. Joly 2009. 40, obs. Le Cannu). En raison de l'inadaptation de ces deux qualifications, certains auteurs en proposent une troisième, celle de « porte-fort de conclusion » (V. Lamy Droit des suretés, no 150-11. - RIASSETTO, Le porte-fort d'exécution, une garantie à la recherche de son caractère, RLDC 2006, no 26, p. 26, spéc. no 11). Si ces différents qualificatifs sont utiles en ce qu'ils permettent de clarifier l'objet et l'étendue de l'engagement du promettant, ils ne doivent en aucun cas constituer des catégories juridiques desquelles naîtraient des régimes différents, comme le juge à tort la chambre commerciale de la Cour de cassation.

**33. Fonction de garantie.** - Ce qui rapproche ce type de porte-fort de celui d'exécution est la fonction accessoire de garantie qu'il recouvre, permettant au bénéficiaire de s'assurer de la conclusion future d'un autre acte juridique bénéfique pour lui. Si l'effet principal recherché dans le porte-fort est, pour le bénéficiaire, l'obtention de l'acte juridique promis, l'effet accessoire, tout aussi important, est celui de garantie : l'assurance d'obtenir des dommages-intérêts si l'acte attendu n'est pas réalisé. Cette fonction est encore renforcée lorsque la conclusion de l'acte juridique futur garantit l'exécution du contrat principal. Tel est le cas lorsque deux personnes concluent un contrat dont la réalisation va dépendre de l'obtention d'un prêt : afin de s'assurer de la diligence de celui qui doit obtenir ce prêt, le contractant, bénéficiaire de la promesse, va exiger de son cocontractant, le promettant, qu'il se porte-fort de l'obtention du prêt (VÉRICEL, Désuétude ou actualité de la promesse de porte-fort ?, D. 1988 Chron. 123, spéc. 128. - Rouen, 7 avr. 1970, D. 1970. 676, note Trochu). De même, afin de s'assurer de la poursuite d'un contrat à exécution successive entre professionnels, il est fréquent que, lors de sa conclusion, une clause prévoit qu'en cas de cession d'entreprise, de contrat ou de fonds de commerce selon le contexte, le cédant se porte-fort de la reprise dudit contrat par le cessionnaire (Pour une cession de fonds de commerce : Com. 9 mars 2010, no 09-11.807 , RDC. 2011. 193, obs. Barthez. - Com. 22 mai 2002, no 00-12.523 , inédit titré, RJDA 2002. 940).

## B. - Exécution d'un acte juridique

**34.** Le fait du tiers que promet le porte-fort peut consister, non plus dans la conclusion d'un acte juridique, mais dans son exécution : le porte-fort s'engage à ce qu'un tiers exécute son obligation. Si cette compréhension du fait du tiers n'est pas nouvelle en pratique, comme en témoignent les différentes illustrations contemporaines qui n'ont pour seule limite que l'imagination des contractants (V. *infra*, nos 35 s.), elle l'est par sa consécration officielle dans l'arrêt rendu par la chambre commerciale le 13 décembre 2005 (V. *supra*, no 5). C'est alors une fonction de garantie qu'assure le porte-fort (V. *infra*, nos 37 s.).

### 1° - Illustrations

**35. Cession de droits sociaux.** - La cession de droits sociaux est souvent le siège d'accord de porte-fort dans lequel l'une des parties, généralement le cessionnaire, s'engage à ce qu'un tiers, souvent la société, exécute une obligation quelconque directement envers le cédant, ou dont le cédant pourra tirer un bénéfice. Ainsi, dans une cession de droits sociaux, le cessionnaire peut se porter fort que la

société cédée non seulement conclura un contrat de travail au profit du dirigeant cédant, mais également en poursuivra son exécution jusqu'à l'arrivée de la retraite (Civ. 1<sup>re</sup>, 18 avr. 2000, no 98-15.360 Bull. civ. I, no 115 ; RTD civ. 2000. 832, obs. Mestre et Fages ). De même, le cessionnaire de parts sociales peut promettre personnellement au cédant d'obtenir l'engagement de la société qu'elle remboursera le compte courant d'associé du cédant (Versailles, 19 nov. 1998, no 96-4098, RJDA 1999. 614. - V. aussi Paris, 21 avr. 1992, JCP 1993. I. 3680, no 9, obs. Simler. - Douai, 2 déc. 1999, Banque et droit, sept.-oct. 2000, p. 42, obs. Rontchevsky et Jacob). Enfin, le cessionnaire peut s'engager à ce que la société exécute bien son engagement de caution, dont le débiteur principal est le cédant (Civ. 1<sup>re</sup>, 25 janv. 2005, no 01-15.926 RTD civ. 2005. 391, obs. Mestre et Fages ; Defrénois 2005, art. 38166, no 17, obs. Honorat ; CCC 2005, comm. 81, obs. Leveneur ; en l'espèce, le cessionnaire s'engageait également à ce que la société-caution ne se retourne pas contre le cédant, débiteur principal).

**36. Contrats de distribution.** - Dans les contrats de distribution, il est également fréquent de trouver ce type de clause. Ainsi, le propriétaire d'un fonds de commerce peut se porter fort de l'exécution par son locataire-gérant des obligations dont il est tenu envers un fournisseur dans le cadre d'un contrat d'exclusivité (Com. 14 janv. 1980, Bull. civ. IV, no 16. - V. aussi Com. 9 mars 2010, no 09-11.807 RDC. 2011. 193, obs. Barthez). De même, lorsque des distributeurs disposent d'une exclusivité territoriale, généralement le fournisseur s'engage à ce que chaque distributeur respecte son exclusivité territoriale sans empiéter sur le territoire des autres : ainsi le fournisseur se porte-t-il fort, dans chaque contrat avec les distributeurs, du respect de l'exclusivité par les autres distributeurs (VÉRICEL, Désuétude ou actualité de la promesse de porte-fort ?, D. 1988. Chron. 123. - BEHAR-TOUCHAIS et VIRASSAMY, Traité des contrats, Les contrats de la distribution, 1999, LGDJ, no 925).

## 2° - Fonction de garantie

**37. Fonction principale de garantie.** - Le fait qu'une personne A se porte-fort auprès d'une personne B de ce qu'une troisième C exécutera son obligation constitue une garantie pour B de nature personnelle, puisqu'elle dispose d'un droit contre une personne autre que son débiteur (BARTHEZ et HOUTCIEFF, *op. cit.*, no 1476. - SIMLER et DELEBECQUE, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, 6<sup>e</sup> éd., 2012, Précis Dalloz, nos 334 s. - SIMLER, Peut-on substituer la promesse de porte-fort à certaines lettres d'intention, comme technique de garantie ?, RD bancaire et bourse 1997. 223. - SAGAUT, Variations autour d'une sûreté personnelle *sui generis* : la promesse de porte-fort de l'exécution, RDC 2004. 840. - J.-Cl. Civ. Code, art. 1120, fasc. préc. - Plus nuancés : CABRILLAC, MOULY et PÉTEL, Droit des sûretés, 9<sup>e</sup> éd., 2010, Litec, no 421. - V. *supra*, no 5). Ce porte-fort-garantie demeure particulier à plus d'un titre en comparaison de ses autres utilisations. Alors que dans ses autres fonctions, le fait du tiers donnait naissance à une obligation pour lui dès lors qu'il ratifierait, dans sa fonction principale de garantie le porte-fort ne peut plus donner naissance à une obligation pesant sur le tiers : sa ratification signifiera qu'il aura éteint sa propre obligation à l'égard du bénéficiaire et libérera le promettant.

**38. Nature juridique de cette garantie.** - La nature juridique de cette garantie n'est plus discutée. La chambre commerciale semble confondre le porte-fort d'exécution avec le cautionnement (Com. 13 déc. 2005, préc. *supra*, no 5 - Com. 18 déc. 2007, no 05-14.328 JCP 2008. I. 152, no 13, obs. Simler ; Droit et patrimoine oct. 2008 p. 90, obs. Aynès et Dupichot ; RJDA 4/08 no 365. - Colmar, 15 nov. 2011, JCP 2011. 1342), alors que ces deux garanties sont en tous points distinctes (V. *supra*, no 8). La qualification de garantie autonome (C. civ., art. 2321), reconnue par certains (JONVILLE, Pratique de la promesse de porte-fort, Dr. et patr. févr. 1998, p. 28), est également contestable, principalement en raison de l'absence d'une somme forfaitaire que le garant tiendrait à la disposition du bénéficiaire (BARTHEZ et HOUTCIEFF, *op. cit.*, nos 1246 s.). La majorité de la doctrine qualifie le porte-fort de « garantie indemnitaire » en raison de l'indemnisation du bénéficiaire, consécutive à la responsabilité contractuelle du promettant défaillant (BARTHEZ et HOUTCIEFF, *op. cit.*, no 1427. - LAFONT, Pour une nouvelle classification des sûretés personnelles, RLDC 2009. 57. - RIASSETTO, Le porte-fort d'exécution, une garantie à la recherche de son caractère, RLDC 2006. 26. - SIMLER et

DELEBECQUE, *op. cit.*, no 336. - SIMLER, Peut-on substituer la promesse de porte-fort à certaines lettres d'intention, comme technique de garantie ?, article préc. - Moins convaincu : LIBCHABER, La vaine recherche de sûretés personnelles nouvelles : l'insaisissable porte-fort de l'exécution, RJDA 2006. 787).

**39.** La promesse de porte-fort pourrait alors se confondre avec la lettre d'intention (C. civ., art. 2322), dès lors que cette dernière comporterait une obligation de résultat et non de moyens : dans les deux cas, il y a promesse d'exécution d'une obligation incomptant à un tiers, sous peine de réparer l'entier préjudice causé au bénéficiaire par l'inexécution (SIMLER et DELEBECQUE, *op. cit.*, no 325. - SIMLER, Peut-on substituer la promesse de porte-fort à certaines lettres d'intention, comme technique de garantie ?, article préc. - TILLEMENT, Promesse de porte-fort et droit des sociétés, Rev. sociétés 1993. 51 ↗, no 15. - Pour une opinion différente : AYNÈS, note sous Com. 26 janv. 1999, D. 1999. 577 ↗. - Plus nuancé : BARTHEZ et HOUTCIEFF, *op. cit.*, no 1428). Elle pourrait également se confondre avec une autre notion née de la pratique, le ducroire, dans la mesure où le ducroire garantit auprès de son cocontractant l'exécution d'une obligation par un tiers. Si le ducroire s'applique aux intermédiaires - mandataire, commissionnaire ou courtier - le mécanisme recouvre celui du porte-fort (ANCEL, Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et en droit comparé, *op. cit.*, nos 72 s. - ARLIE, note sous Com. 22 oct. 1996, D. 1998. 511 ↗. - HENNEBELLE, La spécificité de la nature juridique du ducroire d'intermédiaire, JCP E 2000. 1366. - SIMLER, Cautionnement et garanties autonomes, 4<sup>e</sup> éd., 2008,

## **Document 5 : Recueil Dalloz Recueil Dalloz / Cour de cassation, com. 13 décembre 2005 — D. 2006. 298 — 26 janvier 2006**

### **Sommaire**

Celui qui se porte fort pour un tiers en promettant la ratification par ce dernier d'un engagement est tenu d'une obligation autonome dont il se trouve déchargé dès la ratification par le tiers, tandis que celui qui se porte fort de l'exécution d'un engagement par un tiers s'engage accessoirement à l'engagement principal souscrit par le tiers à y satisfaire si le tiers ne l'exécute pas lui-même.

### **Texte intégral :**

*LA COUR* : Attendu, selon l'arrêt déféré, que, le 23 avril 1990, la société Sanac France et M. Pascal Boissy ont signé un protocole d'accord prévoyant l'acquisition par M. Boissy du fonds de commerce de la société Sanac, la réalisation définitive des opérations projetées et l'entrée en jouissance du fonds étant fixées au 15 mai 1990 ; que le 14 mai 1990, M. Boissy a signé une lettre adressée à la société Sanac Belgium confirmant sa substitution pour la signature et l'exécution des transactions mentionnées dans le protocole d'accord du 23 avril 1990 la société Spac alors en cours de constitution ; qu'il ajoutait « je me porte personnellement garant de leur parfaite exécution par la société Spac » ; que le 31 mai 1990, a été signé entre la société Sanac France, M. Boissy et M. Y..., gérant de la société Spac, un protocole intitulé « addendum au protocole d'accord du 23 avril 1990 » qui indique préliminairement que les actes relatifs à la cession du fonds de commerce ont été signés par les parties, que dans leur quasi-totalité les opérations prévues dans le protocole d'accord ont été effectuées, que la société Spac est entrée en jouissance du fonds de commerce le 15 mai 1990 et organise le déroulement des opérations de paiement des comptes fournisseurs, les règlements à effectuer par la société Spac au titre de la cession des stocks et les questions relatives aux paiements des clients par carte bleue depuis le 15 mai 1990 ; que la société Spac n'ayant pas exécuté certaines obligations contractées dans le cadre de l'acquisition du fonds de commerce, a été condamnée à payer diverses sommes par trois jugements du tribunal de commerce de Douai du 18 novembre 1993 au profit de « Werner Saelens, de BVBA Sanac et de Sanac France » ; que ces condamnations n'ayant pu être exécutées, la société Spac étant en procédure collective, la société Sanac

Belgium, M. Werner Saelens et la société Sanac France ont assigné M. Boissy en paiement de la somme de 321 715,41 francs ;

*Sur le premier moyen, pris en ses première et troisième branches : - Vu les articles 1120 et 1134 du code civil ; - Attendu que celui qui se porte fort pour un tiers en promettant la ratification par ce dernier d'un engagement est tenu d'une obligation autonome dont il se trouve déchargé dès la ratification par le tiers, tandis que celui qui se porte fort de l'exécution d'un engagement par un tiers s'engage accessoirement à l'engagement principal souscrit par le tiers à y satisfaire si le tiers ne l'exécute pas lui-même ; - Attendu que pour confirmer le jugement ayant condamné M. Boissy au paiement des sommes dues par la société Spac, l'arrêt retient qu'il résulte des actes des 23 avril, 14 mai et 31 mai 1990 que M. Boissy, en se substituant la société Spac dans la signature de l'acte de cession et dans l'exécution des opérations prévues au protocole d'accord, s'est porté garant de la signature des engagements qu'il avait initialement lui-même contractés et en déduit que cette garantie ne peut s'analyser comme un engagement accessoire à l'engagement principal et donc comme un cautionnement, l'engagement principal ayant été contracté par M. Boissy, mais doit s'analyser comme une promesse de porte-fort, le contractant promettant l'exécution de son propre engagement par un tiers ; - Attendu qu'en condamnant ainsi M. Boissy à garantir l'exécution de l'opération après avoir retenu, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'interprétation, que sa garantie ne pouvait s'analyser comme un engagement accessoire, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;*

*Et sur le premier moyen, pris en sa quatrième branche : - Vu l'article 1326 du code civil ; - Attendu que pour condamner M. Boissy au paiement des sommes dues par la société Spac, l'arrêt retient qu'il résulte des actes des 23 avril, 14 mai et 31 mai 1990 que M. Boissy, en se substituant la société Spac dans la signature de l'acte de cession et dans l'exécution des opérations prévues au protocole d'accord, s'est porté garant de la signature des engagements qu'il avait initialement lui-même contractés et en déduit que cette garantie ne peut s'analyser comme un engagement accessoire à l'engagement principal et donc comme un cautionnement, l'engagement principal ayant été contracté par M. Boissy, mais doit s'analyser comme une promesse de porte-fort, le contractant promettant l'exécution de son propre engagement par un tiers ; - Attendu qu'en se déterminant ainsi sans rechercher si les actes, dont elle déduisait l'engagement de M. Boissy de garantir l'exécution de ses obligations par la société Spac, contenaient une mention manuscrite de sa part exprimant sous une forme quelconque, mais de façon explicite et non équivoque, la connaissance qu'il avait de la nature et de l'étendue de l'obligation souscrite, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;*

Par ces motifs, casse et annule [...], les renvoie devant la cour d'appel de Lyon [...].

## **Document 6 : François Xavier Testu, Dalloz référence Contrats d'affaires Dalloz référence Contrats d'affaires / Chapitre 101 – Effets relatifs du contrat , 2010, extrait : SECTION 3 Tiers bénéficiaires : la stipulation pour autrui**

### **101.12. Définition et conditions de validité.**

Lorsqu'il formule le principe de l'effet relatif du contrat, l'article 1165 du Code civil, après avoir précisé que les contrats ne nuisent pas aux tiers, ajoute qu'ils ne leur profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 du Code civil. Ce texte dispose qu'on peut mettre en place une stipulation au profit d'un tiers, en particulier lorsque cela est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même.

La stipulation pour autrui est donc la clause du contrat qui crée un droit au profit d'une personne étrangère à ce contrat. Un exemple maintenant classique de stipulation pour autrui est l'opération d'assurance sur la vie, qui repose sur le triangle stipulant-promettant-bénéficiaire, ce dernier étant un tiers au contrat d'assurance. Dans ce rapport triangulaire, le stipulant (l'assuré) est celui qui met en place l'avantage en le finançant ; le promettant (l'assureur) est celui qui assume l'engagement ; et le tiers bénéficiaire (la personne désignée par le contrat), est celui qui tire une créance du contrat sans y avoir été partie.

Fondamentalement, la stipulation pour autrui fait naître un droit au profit du tiers et elle ne saurait mettre une obligation à sa charge. La Cour de cassation a cependant admis que « *la stipulation pour autrui n'exclut pas, dans le cas d'acceptation par le bénéficiaire, qu'il soit tenu de certaines obligations* »<sup>1</sup>(1).

La garantie de passif, que l'on rencontre dans les cessions de blocs de contrôle de droits sociaux (v. ss no **93.05 s.**), est une stipulation pour autrui lorsque le cédant débiteur de la garantie s'engage

à verser directement dans les caisses de la société les sommes destinées à compenser l'existence d'un passif non mentionné (2).

L'acceptation du tiers bénéficiaire n'est pas nécessaire à l'efficacité de l'opération. Elle a cependant pour effet, si elle intervient, de rendre définitive l'obligation stipulée au profit du bénéficiaire. Tant que l'acceptation du bénéficiaire n'a pas eu lieu, la stipulation pour autrui est valable, mais le stipulant et le promettant pourraient la révoquer d'un commun accord.

### **101.13. Effets de la stipulation pour autrui.**

Les effets de la stipulation pour autrui sont les suivants :

- a) Entre le stipulant et le promettant, on applique l'effet obligatoire du contrat, de sorte que le stipulant peut exiger du promettant qu'il exécute son obligation à l'égard du bénéficiaire ;
- b) Entre le promettant et le bénéficiaire, celui-ci est titulaire d'un droit direct contre le promettant : il peut réclamer l'exécution de la promesse. Mais le promettant peut opposer au bénéficiaire les exceptions qu'il tient du contrat principal ; il peut ainsi demander la résolution de l'opération en arguant de la défaillance du stipulant (par ex. l'absence de paiement des primes, en matière d'assurance sur la vie).

Le droit direct du bénéficiaire fait que les sommes versées par le promettant passent directement dans le patrimoine du bénéficiaire ; elles échappent donc à l'emprise des créanciers du stipulant.

- c) Entre le stipulant et le bénéficiaire, il n'y a pas, juridiquement, de relation directe (mais la nature de leur relation constitue la cause de l'opération).

### **101.14. Droit anglais.**

Il existe un *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, qui précise les cas dans lesquels le tiers à un contrat peut réclamer l'exécution de celui-ci.

Pour l'essentiel, un tiers bénéficiaire peut exiger l'exécution de l'obligation contractuelle qui le concerne lorsque le contrat stipule expressément un bénéfice au profit de ce tiers, ou a été clairement conçu, par toutes les parties, pour lui bénéficier. Cela suppose que le bénéficiaire soit, sans équivoque, nommément déterminé ou déterminable, étant précisé qu'une personne future (ou dotée d'une qualité future) peut être le bénéficiaire. Cela a permis d'ailleurs de résoudre certaines difficultés techniques relatives aux actes conclus pour le compte de sociétés en formation.

La loi (s.2) précise que lorsqu'un tiers est titulaire de droits contractuels pour les raisons qui viennent d'être dites, les parties au contrat ne peuvent rien faire qui modifierait leur engagement au profit de ce tiers, à moins que le contrat n'ait à l'origine comporté une clause expresse à cet effet.

Comme en droit français, la section 3 du *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999* permet au promettant d'opposer au bénéficiaire toutes les exceptions qu'il peut tirer de ses rapports avec le stipulant.

Il semble que, en vertu de la même section, la stipulation accessoire de droits à l'encontre du tiers soit possible.

## **Document 7: Christian LARROUMET ; Dominique MONDOLONI, Stipulation pour autrui, Répertoire de droit civil avril 2008 (actualisation : avril 2016), extrait :Section 1 - Définition et utilité de la stipulation pour autrui**

**1.** La stipulation pour autrui est un contrat en vertu duquel une personne, appelée *stipulant*, demande à une autre personne, appelée *promettant*, de s'engager envers une troisième personne, le *tiers bénéficiaire*. Il s'agit d'une opération à trois personnes qui a pour objet de créer immédiatement au profit d'une personne, qui n'est pas partie au contrat conclu entre le stipulant et le promettant, un droit direct contre le promettant. Comme le laisse entendre l'article 1165 du code civil, la stipulation pour autrui constitue une exception au principe de l'effet relatif des contrats.

### **Actualisation**

**1 s.** *Définition et utilité de la stipulation pour autrui.* - L'article 1205, alinéa 1<sup>er</sup>, du code civil résultant de l'ordonnance du 10 février 2016 énonce le principe de la validité de la stipulation pour autrui : « On peut stipuler pour autrui ». L'alinéa 2 décrit l'opération de la manière suivante : « L'un des contractants, le stipulant, peut faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire ». Le texte ajoute que : « Ce dernier peut être une personne future mais doit être précisément désigné ou pouvoir être déterminé lors de l'exécution de la promesse » ; ce qui relève des conditions de validité de la stipulation pour autrui.

### **Art. 1 - Stipulation pour autrui et autres opérations juridiques à trois personnes**

**2.** La stipulation pour autrui est une opération originale qui ne peut être ramenée à aucune autre institution connue de notre droit. Elle se rapproche apparemment de la représentation, dans la mesure où une personne, qui ne participe pas à la conclusion d'un contrat, se voit attribuer un droit de créance par l'effet de ce contrat, mais elle s'en distingue très nettement, car, à la différence de la représentation parfaite, d'une part, le stipulant ne contracte pas pour le compte et au nom du tiers bénéficiaire. À la différence de la représentation imparfaite, d'autre part, le promettant sait qu'il s'engage au bénéfice du bénéficiaire, au profit duquel il a la volonté de faire naître un droit direct contre lui-même, sans qu'il soit besoin que le stipulant cède au bénéficiaire le droit issu du contrat (V. [Représentation](#)).

**3.** La stipulation pour autrui se rapproche aussi apparemment d'une opération telle que la cession de dette intervenant par contrat entre le débiteur cédant et le débiteur cessionnaire qui, sans faire perdre au créancier cédé son droit contre le débiteur original sans son accord, a néanmoins pour objet de lui attribuer un droit contre le nouveau débiteur dès le jour de la convention de cession (V. [Cession de dette](#)). Elle s'en distingue néanmoins très nettement dans la mesure où la stipulation pour autrui crée au profit du bénéficiaire un droit direct et nouveau, qui non seulement ne lui appartenait pas auparavant, mais n'a même jamais appartenu à personne, alors que le droit du créancier cédé contre le débiteur cessionnaire n'est pas un droit direct et nouveau, mais un droit antérieur du créancier cédé, contre le débiteur cédant, qu'il pourra faire valoir contre le débiteur cessionnaire (sur l'utilisation de la stipulation pour autrui pour réaliser une cession de dette ou de contrat, V. Civ. 3<sup>e</sup>, 10 avr. 1973, D. 1974. 21, note Larroumet).

**4.** Il n'est pas davantage possible de confondre la stipulation pour autrui avec la cession de créance (V. [Cession de créance](#)). Deux traits fondamentaux séparent ces deux opérations. D'une part, le cessionnaire d'une créance, à la différence du bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, est partie à la convention, qui a pour objet de lui conférer un droit contre un des contractants. D'autre part, la nature du droit ainsi créé par chacune de ces deux opérations n'est pas du tout la même. Dans la stipulation pour autrui, le droit du bénéficiaire contre le promettant est un droit direct, qui n'a jamais appartenu au stipulant contre le promettant et qui vient justement, en principe, se superposer au droit du stipulant. Dans la cession de créance, le droit du cessionnaire contre le débiteur cédé est un droit dérivé qui appartenait, avant la cession, au cédant et qui, du fait qu'il est transmis au cessionnaire par le cédant, suppose que ce dernier ne peut plus rien faire valoir contre le débiteur cédé (sur la confusion entre la cession de créance et la stipulation pour autrui à propos de la transmission d'une créance résultant d'une promesse unilatérale de vente, V. Civ. 3<sup>e</sup>, 2 juill. 1969, D. 1970. 150, note Aubert, RTD civ. 1970. 346, obs. Loussouarn ; sur la qualification de la « délégation » d'honoraires à un expert d'assurance et l'hésitation entre la stipulation pour autrui et la cession de créance, V. T. com. Paris, 29 oct. 1986, et TI Paris, 28 avr. 1987, JCP 1988. II. 21114, note Pons).

**5.** La stipulation pour autrui ne saurait non plus être confondue avec la délégation en vertu de laquelle le délégué procure au déléataire l'engagement du délégué, non seulement en raison de ce que le déléataire participe à l'opération, mais encore et surtout parce que l'engagement du délégué envers le déléataire est un engagement abstrait, tandis que l'engagement du promettant, en vertu de la stipulation pour autrui, n'est pas séparé de sa cause, ce qui explique que les exceptions opposables par le promettant au stipulant soient opposables par lui au bénéficiaire (V. [Délégation](#)). Contrairement à la délégation, il n'y a pas d'inopposabilité des exceptions dans la stipulation pour autrui. La raison en est que les deux opérations n'ont pas la même finalité économique (sur la distinction entre la stipulation pour autrui et la délégation imparfaite à propos de l'engagement de l'assureur dans l'assurance de groupe au profit d'une banque en cas de défaillance de l'emprunteur à la suite de la réalisation d'un risque prévu au contrat d'assurance, V. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 nov. 1995, Bull. civ. I, no 404, JCP 1996. IV. 37, Rép. not. 1996. 750, obs. Delebecque, l'arrêt insistant sur le fait que l'exécution de son obligation par le promettant libère le stipulant, tandis qu'il n'en irait pas ainsi s'il s'agissait d'une délégation imparfaite).

## **Art. 2 - Évolution de la stipulation pour autrui**

**6.** La stipulation pour autrui constitue sans aucun doute l'un des cas les plus remarquables de la création du droit par la jurisprudence sous l'influence des besoins de la pratique. En droit romain, la stipulation pour autrui n'était pas concevable en raison de ce que le rapport d'obligation supposait un lien personnel issu du contrat entre le créancier et le débiteur (*alteri nemo stipulari potest*). Cependant, le droit romain, dans certains cas exceptionnels, a fini par admettre qu'on pouvait stipuler pour autrui et créer un droit dont le bénéficiaire pouvait réclamer l'exécution au promettant. L'Ancien droit français, ayant repris à son compte la règle romaine *alteri nemo stipulari potest*, s'en est débarrassé de plus en plus au cours d'une lente évolution. Bien étrangement, sans tenir compte des acquis de l'évolution de l'Ancien droit, le code civil de 1804 a paru reprendre l'ancienne interdiction romaine en enfermant la stipulation pour autrui dans des limites étroites (V. la formule restrictive de l'art. 1121). On pouvait penser, malgré l'insuffisance des travaux préparatoires sur ce point, que les rédacteurs du code civil étaient revenus sur l'admission facilitée de la stipulation pour autrui consacrée par l'Ancien droit français et, effectivement, les premiers commentateurs ont entendu circonscrire étroitement la stipulation pour autrui, non pas tellement parce qu'elle constituait une exception à un principe, mais bien plutôt en vertu de justifications théoriques qui, tout en la dépouillant de son intérêt essentiel, venaient lui enlever une grande partie de sa valeur. Cela n'a pas été très gênant dans la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, dans la mesure où les besoins, que devait permettre de satisfaire la stipulation pour autrui, ne se faisaient pas trop sentir. En effet, le contexte social de l'époque ne venait pas se heurter aux justifications étroites de l'institution.

**7.** Il en a été différemment après 1850, époque à laquelle les assurances sur la vie firent leur apparition en France, pour se généraliser ensuite assez vite. Le besoin s'est naturellement fait sentir de donner un cadre juridique à l'opération et, tout naturellement, on songea à faire appel à la stipulation pour autrui. Mais les conceptions alors admises en la matière ne caderaient pas avec les nécessités de l'assurance sur la vie. Notamment, il fallait faire échapper l'indemnité d'assurance aux prétentions des créanciers et des héritiers de l'assuré. Or, la théorie de l'offre de contrat pour expliquer la stipulation pour autrui, alors consacrée par la jurisprudence et par plusieurs auteurs, ne permettait pas de faire échec à ces prétentions. Selon la théorie de l'offre, le stipulant propose au bénéficiaire que le promettant s'engage envers lui. Cependant, d'une part, le contenu de l'engagement du promettant se trouve dans le patrimoine du stipulant tant que le bénéficiaire n'a pas accepté et, d'autre part, il est difficilement compréhensible que l'acceptation par le bénéficiaire puisse rétroagir au jour du contrat entre le promettant et le stipulant, une acceptation formant un contrat ne rétroagissant pas. Enfin, il est aussi incompréhensible qu'une offre par le stipulant puisse lier le promettant. Aussi, certains auteurs ont considéré qu'il s'agissait d'une offre du promettant et non du stipulant. On pouvait ainsi échapper aux prétentions des créanciers et héritiers. Cependant, d'une part, le problème de la rétroactivité de l'acceptation demeurait, et la jurisprudence se tenait à cette rétroactivité, qui est conforme à la nature de la stipulation pour autrui dans tous les systèmes juridiques (Req. 27 févr. 1884, S. 1886. 1. 422). D'autre part, si l'offre est faite par le promettant au bénéficiaire, on ne comprend pas comment le stipulant peut la révoquer tant qu'elle n'est pas acceptée par le bénéficiaire, ce droit de révocation étant admis par l'article 1121 du code civil. Sans abandonner, du moins en apparence, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, la théorie de l'offre, la jurisprudence a fini par reconnaître que le bénéficiaire est investi, de par le contrat conclu entre le stipulant et le promettant, d'un droit direct contre le promettant et que, par conséquent, ce droit n'a jamais appartenu au stipulant, ce dont il résulte qu'il ne peut être saisi par ses créanciers et qu'il ne fait pas partie de sa succession (Cass. civ. 16 janv. 1888, 6 févr. 1888 et 27 mars 1888, S. 1888. 1. 121, note T. C. ; 7 août 1888, S. 1889. 1. 97, note Labbé). Ce faisant, la jurisprudence s'est délibérément engagée dans la voie de l'admission du principe de la validité de la stipulation pour autrui et dans celle de la généralisation et de l'extension de cette institution pour justifier un nombre important d'opérations (V. not. LAMBERT, La stipulation pour autrui. De la nature du droit conféré au bénéficiaire contre le promettant, thèse, Paris, 1893 ; CHAMPEAU, La stipulation pour autrui en droit français, thèse, Paris, 1893 ; DEMOGUE, Traité des obligations, t. 7, nos 77 et s. ; PLANIOL et RIPERT, Traité

pratique de droit civil français, t. 6, 2e éd., par ESMEIN, no 355 ; Travaux de l'Association H. Capitant, La stipulation pour autrui et ses principales applications, 1952).

**8.** C'est l'assurance sur la vie qui, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, a permis à la stipulation pour autrui d'acquérir droit de cité dans notre système juridique à titre d'institution autonome. Sans le développement de l'assurance sur la vie et la nécessité de protéger le droit du bénéficiaire, on n'aurait pas pu, au moins dans la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, justifier la stipulation pour autrui à titre d'institution autonome dans notre droit. Les deux institutions sont si intimement mêlées qu'on peut se demander quelle est celle qui a permis de justifier l'autre. Tout le monde est d'accord aujourd'hui pour affirmer que le droit du bénéficiaire contre le promettant est un droit qui résulte du contrat conclu entre le promettant et le stipulant. C'est cela qui importe, et c'est grâce à l'apparition d'une opération comme l'assurance sur la vie et des nécessités qu'elle entraînait qu'on a pu en arriver là. La jurisprudence n'a plus guère aujourd'hui l'occasion de justifier la stipulation pour autrui par la rétroactivité de l'acceptation du bénéficiaire. Elle se contente le plus souvent de déclarer que « le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui acquiert contre le promettant un droit propre et direct » (Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 1956, D. 1956. 749, note Radouant). Cependant, contrairement à ce qui est quelquefois admis, les termes de droit propre et de droit direct ne sont pas synonymes, et ce serait avoir une vue incomplète de la stipulation pour autrui que de se borner à considérer que le droit du bénéficiaire est un droit propre. Un droit propre est un droit qui appartient à son titulaire qui le fait valoir exclusivement pour lui-même. Ainsi, lorsqu'un créancier exerce l'action oblique de l'article 1166 du code civil contre un débiteur de son débiteur, il n'invoque pas un droit propre, parce qu'il se borne à exercer un droit de son débiteur qu'il représente. Au contraire, le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, le cessionnaire d'une créance, le titulaire d'une action directe, par exemple, exercent un droit propre, en ce sens qu'ils ne représentent pas autrui en faisant valoir le droit qui leur est attribué. Ils invoquent un droit qui leur appartient exclusivement et qu'ils exercent pour eux-mêmes, en dehors de toute représentation. Cependant, tout droit propre n'est pas nécessairement un droit direct. En effet, le droit du cessionnaire d'une créance contre le débiteur cédé et celui du titulaire d'une action directe, lorsqu'il consiste en la réalisation d'un privilège portant sur une créance, sont des droits dérivés, en ce sens qu'ils ont fait l'objet d'une transmission au profit de leur titulaire actuel. Au contraire, le droit du bénéficiaire d'une stipulation pour autrui est un droit direct parce que ce droit ne résulte pas d'une transmission au profit du bénéficiaire. Le contrat conclu entre le stipulant et le promettant a créé ce droit au profit du bénéficiaire directement, sans qu'il soit passé par le patrimoine du stipulant dans lequel il n'a jamais figuré. C'est pourquoi le droit du bénéficiaire, qui n'a jamais appartenu au stipulant, ne peut être saisi par ses créanciers, et il ne fait pas partie de sa succession.

**9.** L'indemnité d'assurance échappe ainsi à l'emprise des héritiers de l'assuré parce qu'il est admis qu'elle n'a jamais pu appartenir à l'assuré. Elle ne peut dès lors être comprise dans sa succession. Dans l'assurance sur la vie, lorsque le bénéficiaire a accepté le droit que le souscripteur a fait naître à son profit, celui-ci ne peut plus révoquer ce droit pour le faire entrer dans son patrimoine et, par voie de conséquence, dans sa succession. Lorsque le bénéficiaire n'a pas accepté, le droit n'appartient pas davantage au souscripteur, les seules prérogatives dont celui-ci est investi étant la possibilité de révoquer la désignation du bénéficiaire et de procéder au rachat du contrat. Dès lors, aucun créancier du souscripteur n'est en droit, par exemple, de pratiquer une saisie-attribution sur la créance d'indemnité d'assurance (Civ. 1<sup>re</sup>, 28 avr. 1998, JCP 1998. Actu. no 20), et l'assureur n'étant pas débiteur du souscripteur au moment de la notification d'un avis à tiers détenteur, celui-ci doit faire l'objet d'une mainlevée (Civ. 1<sup>re</sup>, 28 avr. 1998, D. Affaires 1998. 1173, JCP 1998. II. 10112, note Bigot). Lorsque l'assurance sur la vie en cas de décès a été souscrite par des co-emprunteurs au profit d'un prêteur, l'assureur étant tenu au remboursement du prêt de l'emprunteur décédé, l'obligation de l'assureur éteint la dette à due concurrence de la moitié, l'emprunteur survivant restant tenu de l'autre moitié (Civ. 1<sup>re</sup>, 12 mars 2002, Bull. civ. I, no 82, Defrénois 2003. 446, obs. Sénéchal).

**10.** Pour la même raison, le droit du bénéficiaire échappe aux prétentions de la communauté lorsqu'un époux commun en biens a stipulé au profit d'un tiers, en particulier en vertu d'une assurance sur la vie en cas de décès dont les primes ont été payées avec ses gains et salaires qui font

l'objet d'une libre disposition de sa part (Ass. plén. 12 déc. 1986, JCP 1987. II. 20760, concl. Cabannes, note Boyer, D. 1987. 269, note Ghustin, Defrénois 1987. 541, note Aubert). Toutefois, lorsque les primes ont été payées avec des fonds communs, la Cour de cassation a admis que la valeur du contrat faisait partie de la communauté (Civ. 1<sup>re</sup>, 31 mars 1992, JCP N 1992. II. 376, obs. Ph. S. ; V. LUCET, Le sort des contrats d'assurance vie non dénoués à la dissolution de la communauté, Defrénois 1993. 271 ; Le sort des contrats d'assurance vie non dénoués lors de la dissolution de la communauté : clause bénéficiaire acceptée et droits de succession, *ibid.* 1995. 1212 ; BIGOT, Clair-obscur sur l'assurance vie. De l'arrêt Pelletier à l'arrêt Praslicka, JCP 1993. I. 3718).

### **Art. 3 - Applications de la stipulation pour autrui**

**11.** Les applications de la stipulation pour autrui sont nombreuses. Elle sert à expliquer et à donner une base juridique solide à un bon nombre d'opérations. Dans le droit des assurances, en dehors de l'assurance sur la vie au profit d'un tiers, la stipulation pour autrui justifie l'assurance pour compte, en vertu de laquelle l'assureur de choses s'engage, envers l'assuré, à payer l'indemnité prévue en cas de destruction ou d'avarie à celui qui aura un droit sur la chose, en particulier un droit de propriété, au moment de la survenance du dommage (V. Civ. 3<sup>e</sup>, 30 mars 1994, RJDA 1994, n° 1136, à propos d'une assurance dommages-ouvrage en matière de construction immobilière, l'assureur ne pouvant verser l'indemnité au constructeur-vendeur de l'immeuble lorsque celui-ci a été vendu en copropriété, ce dont il résulte que les bénéficiaires de l'assurance pour compte sont les copropriétaires ; Civ. 1<sup>re</sup>, 25 nov. 1997, JCP 1998. IV. 1055, qui considère que le bénéficiaire de l'assurance pour compte a le droit d'exiger l'exécution du contrat d'assurance). L'assurance pour compte est utilisée, en particulier, en ce qui concerne les choses en cours de transport qui peuvent faire l'objet d'un transfert de propriété pendant l'exécution de l'opération de transport. L'assurance souscrite par un employeur en vue de garantir le paiement des indemnités de licenciement est nécessairement conclue dans l'intérêt des salariés qui, pour la Cour de cassation, en sont « les bénéficiaires », ce qui implique une stipulation pour autrui en leur faveur (Soc. 9 juin 1993, D. 1994. 270, note Jamin ). La donation ou le legs avec charge au profit d'un tiers n'est qu'une application de la stipulation pour autrui, le bénéficiaire de la charge ayant un droit direct contre le donataire-promettant, ce droit résultant du contrat conclu par celui-ci avec le donneur-stipulant. Au demeurant, cette application est expressément envisagée par l'article 1121 du code civil. La stipulation d'un contrat de vente selon laquelle le prix devra être payé par l'acheteur à un tiers désigné par le vendeur correspond le plus souvent à une stipulation pour autrui. Il en est ainsi, en particulier, lorsque le prix doit être payé sous forme de rente viagère à un crédirentier autre que le vendeur lui-même.

**12.** On a pu admettre qu'une convention collective pouvait contenir une stipulation pour autrui au profit des salariés (Soc. 4 févr. 1981, Bull. civ. V, n° 103, D. 1981. IR. 427, obs. Langlois). L'engagement du cédant d'un fonds de commerce pris envers le cessionnaire de réembaucher les salariés qui ne suivraient pas celui-ci au cas où il déciderait de transférer le siège de son établissement constitue une stipulation pour autrui au profit desdits salariés (Com. 14 mai 1979, D. 1980. 157, note Larroumet). Un contrat conclu entre un éditeur et un sous-éditeur peut contenir une stipulation pour autrui en faveur de l'auteur (TGI Paris, 15 févr. 1984, D. 1984. IR. 291). Constitue une stipulation pour autrui la clause d'un contrat en vertu de laquelle un nouveau locataire s'engage à payer les loyers que devait le précédent locataire (Paris, 12 janv. 1984, D. 1984. IR. 121, obs. Brunois). Le contrat conclu entre une banque et un marchand de monnaies anciennes en vertu duquel les monnaies sont placées dans un coffre de la banque peut contenir une stipulation en faveur d'un client du marchand (Paris, 20 févr. 1985, D. 1985. Somm. 344, obs. Vasseur). Le contrat de cession de contrôle d'une société peut créer un droit au profit des tiers qui y sont désignés (T. com. Paris, 14 déc. 1983, RTD civ. 1985. 370, obs. Mestre). L'accord conclu entre deux époux en vertu duquel ceux-ci s'engagent à transférer la propriété d'un immeuble à leurs enfants contient une stipulation pour autrui au profit des enfants, ce qui permet à ceux-ci de vaincre le refus de leur mère de réitérer par acte authentique la convention conclue et d'obtenir que l'immeuble soit inscrit à leur nom au registre de la conservation des hypothèques, cette convention constituant une donation

indirecte à leur profit (Civ. 1<sup>re</sup>, 5 mai 1986, Bull. civ. I, no 116, D. 1987. Somm. 124, obs. Martin, RTD civ. 1987. 102, no 9, obs. Mestre, et 1988. 383, no 6, obs. Patarin, Defrénois 1986. 1030, obs. Massip, et 1987. 1504, obs. Champenois).

**13.** Constitue aussi une stipulation pour autrui en faveur des clients d'une banque, le contrat conclu entre celle-ci et une entreprise de transport de fonds dont l'objet est justement de transporter jusqu'à la banque des fonds remis à l'entreprise par les clients, le fait que ceux-ci soient tenus de prendre à leur charge les frais de transport ne constituant pas un obstacle dans la mesure où le bénéficiaire peut accepter que le contrat conclu entre le stipulant et le promettant mette des obligations à sa charge (Civ. 1<sup>re</sup>, 21 nov. 1978, D. 1980. 309, note Carreau, JCP 1980. II. 19315, note Rodière). Une société civile ayant acquis auprès d'un promoteur un appartement dont la délivrance est intervenue avec retard, il a été admis que les juges devaient rechercher si le contrat de vente contenait une stipulation pour autrui implicite au profit du gérant de la société acheteuse, lequel devait exercer son activité professionnelle dans l'appartement, la stipulation l'autorisant dès lors à demander la réparation du préjudice qu'il subissait personnellement du fait du retard de la délivrance (Civ. 1<sup>re</sup>, 14 juin 1989, Bull. civ. I, no 243, Defrénois 1990. 504, obs. Vermelle).

**14.** Une clause de non-concurrence stipulée dans un bail commercial en faveur du preneur voisin constitue une stipulation pour autrui en faveur de celui-ci (Paris, 6 févr. 1992, JCP 1992. IV. 1752), de la même façon que la clause obligeant le preneur à verser des cotisations à l'association des commerçants d'un centre commercial (Civ. 1<sup>re</sup>, 31 mars 1992, Contrats, conc., consom. 1992. 134, obs. Leveneur). La clause d'un contrat de louage d'ouvrage selon laquelle les fournitures commandées par l'entrepreneur seraient payées directement au fournisseur par le maître de l'ouvrage constitue une stipulation pour autrui au bénéfice du fournisseur (Civ. 1<sup>re</sup>, 29 nov. 1994, Bull. civ. I, no 353). L'engagement de l'assureur sur la demande de l'adhérent-emprunteur au profit du prêteur dans une assurance de groupe constitue l'engagement du promettant en vertu d'une stipulation pour autrui (Civ. 1<sup>re</sup>, 14 nov. 1995, Bull. civ. I, no 404, Defrénois 1996. 750, obs. Delebecque, D. 1996. 436, note Billiau ~~✓~~; 31 mars 1998, D. 1998. IR. 115 ~~✓~~, D. Affaires 1998. 797).

**15.** Constitue une stipulation pour autrui au profit de la société dont les parts ont été cédées la clause de l'acte de cession obligeant le cédant à reverser, dans les « caisses sociales », le montant du passif révélé après la cession (Com. 7 oct. 1997, Bull. civ. IV, no 251, Bull. Joly 1997, no 12, § 381, p. 1058, note Mousseron, JCP E 1998, p. 509, note Viandier et Caussain, D. 1998. Somm. 112, obs. Delebecque ~~✓~~). En l'absence de stipulation pour autrui, la garantie de passif ne peut toutefois bénéficier qu'au seul cessionnaire (Paris, 12 oct. 2001, Bull. Joly 2002, § 74, p. 346, note Noémie, JCP E 2002. Comm. 367, p. 360, note Paillusseau ; V. cep., pour une confusion des notions, Paris, 25 févr. 1994, JCP E 1994, no 595, p. 159, note Daigre). Par ailleurs, en présence d'une garantie de passif ne comportant pas l'indication du bénéficiaire, la jurisprudence recherche la commune intention des parties, et admet, notamment, l'existence d'une stipulation pour autrui implicite au profit de la société lorsque la garantie porte sur le remboursement des dettes sociales apparu postérieurement à la cession (Com. 19 déc. 1989, Bull. Joly 1990. 177). Le cessionnaire dispose alors également d'un intérêt personnel en qualité de stipulant à agir en exécution de la garantie (Com. 1<sup>er</sup> avr. 1997, no 95-13.198, RJDA 7/97, no 913, Dr. soc. 1997, no 92). En cas de cession ultérieure des titres ayant donné lieu à la cession garantie, le droit de la société ne saurait être affecté puisque cette dernière dispose d'un droit propre à l'encontre du premier cédant. L'engagement donné dans un contrat, par des coinvestisseurs, de participer, après le rachat d'une société, à l'augmentation de son capital, constitue une stipulation pour autrui au bénéfice de la société rachetée, qui pourra en demander l'exécution forcée (Paris, 29 oct. 1999, Bull. Joly 2000, § 58, p. 298, note Le Cannu).

**16.** La cautionnement donné par le dirigeant d'une société au profit des adhérents d'un groupement d'intérêt économique constitue une stipulation pour autrui, l'arrêt en déduisant que la résiliation de l'engagement ne peut être invoquée contre les bénéficiaires même s'il n'ont pas accepté, lorsqu'ils n'ont pas été informés de cette résiliation (Com. 23 nov. 1999, RJDA 2000, no 209). On doit aussi admettre que constitue une stipulation pour autrui la désignation d'une banque comme bénéficiaire de

l'assurance invalidité par le souscripteur d'une assurance sur la vie (Com. 12 juin 2001, JCP 2001. IV. 2499, l'arrêt en déduisant qu'en cas de liquidation judiciaire du souscripteur, la banque n'est pas tenue de mentionner, lorsqu'elle déclare sa créance contre le souscripteur dans la procédure collective, que son droit lui a été cédé ou constitué en gage à son profit par ledit souscripteur).

#### **Art. 4 - Stipulation pour autrui présumée**

**17.** La jurisprudence voyant dans la stipulation pour autrui, dont elle avait forgé peu à peu les caractères essentiels sous l'influence des besoins de la pratique, un instrument permettant de mettre en échec le principe parfois gênant de la relativité des conventions, n'a pas hésité à devancer les besoins de la pratique pour étendre démesurément la stipulation pour autrui hors des frontières qui auraient dû normalement lui être assignées. C'est ainsi que la Cour de cassation en est arrivée à admettre l'existence d'une stipulation pour autrui tacite, ou même présumée, notamment dans le contrat de transport de personnes. Dans un arrêt de la chambre civile du 6 décembre 1932 (S. 1934. 1. 81, note Esmein, DP 1933. 1. 137, note Josserand ; V. aussi Cass. civ. 24 mai 1933, *ibid.*), pour faire bénéficier les proches parents du transporté des avantages de la responsabilité contractuelle qui pesait sur le transporteur, la Cour de cassation a considéré que le transporté avait stipulé à leur profit à l'occasion du contrat conclu avec le transporteur. Comme l'a souligné le doyen RODIÈRE, « le testament mental fait au guichet de la compagnie par les voyageurs relève de la fantaisie » (Droit des transports, 1<sup>re</sup> éd., t. 3, no 1203). C'est en effet déformer la stipulation pour autrui que de l'admettre là où elle ne correspond pas aux volontés des parties à un contrat. C'est ainsi que la Cour de cassation a indiqué que les proches d'une personne décédée au cours d'un voyage organisé par une agence de voyages ne peuvent agir en responsabilité contractuelle contre l'agence, dans la mesure où n'étant pas ayants cause de leur parents décédés, et n'agissant ni en qualité de cessionnaires, ni en celle d'héritiers, ils ne peuvent se prévaloir d'une stipulation pour autrui implicite au titre du contrat de voyage (Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2003, LPA 2003, no 255, p. 11, note Ancel, et 2005, no 134, p. 1, note Chanteloup, Dr. et patr. 2004, no 125, note Chabas, RTD civ. 2004. 96, note Jourdain D. 2004. 233, note Delebecque ). Toutefois, il n'est pas nécessaire que les volontés des parties au contrat de stipuler pour autrui soient expresses, et il serait toujours possible, sans pour autant déformer l'institution, de déceler l'intention de stipuler pour autrui en procédant à une interprétation de ces volontés (Com. 4 nov. 1987, JCP 1988. IV. 11 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 14 juin 1989, Bull. civ. I, no 243, RTD civ. 1990. 71, obs. Mestre ; 10 juill. 1995, Bull. civ. I, no 310, D. 1995. IR. 205 ). C'est une chose que de rechercher la volonté des parties lorsque celle-ci ne s'est pas clairement exprimée, c'en est une toute autre que de la présumer là où elle ne correspond pas à ce que les parties ont pu vouloir (V. à ce titre, dans le cadre d'un conflit de voisinage, la reconnaissance d'une stipulation pour autrui implicite, Civ. 3<sup>e</sup>, 5 déc. 2001, Defrénois 2002. 393, note Atias).

**18.** La raison pour laquelle la jurisprudence avait admis une stipulation présumée au profit des proches parents du passager, au début des années 30, tenait à ce qu'à cette époque, la responsabilité objective du fait des choses de l'article 1384, alinéa 1<sup>er</sup>, du code civil pouvait n'être pas définitivement implantée en droit français. En effet, la situation des proches parents, demandant la réparation de leur préjudice par ricochet, était bien meilleure en tant que créanciers d'une obligation de résultat que ce qu'elle pouvait être sur le terrain de l'article 1382 du code civil, texte en vertu duquel ils étaient tenus de prouver la faute du transporteur. Mais, le jour où la responsabilité objective du fait des choses a été définitivement implantée, les proches parents n'avaient plus aucun intérêt à prétendre être bénéficiaires d'une stipulation pour autrui, et il fallait, par conséquent, leur permettre d'y renoncer.

**19.** Il était, en effet, dans la logique de la stipulation pour autrui de permettre au bénéficiaire d'y renoncer. Par là même, renonçant à se prévaloir du contrat, l'action que le proche parent intentait contre le transporteur ne pouvait qu'être fondée sur la responsabilité délictuelle de ce dernier. Or, il se peut qu'une action fondée sur l'article 1384, alinéa 1<sup>er</sup>, du code civil soit préférable à une action fondée sur l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat de transport, notamment quand ce dernier contient des clauses limitatives de responsabilité. Il est bien évident que la clause est

opposable au demandeur s'il fonde son action sur l'inexécution du contrat de transport, alors qu'elle lui est inopposable s'il met en jeu la responsabilité délictuelle du transporteur. Dans les célèbres affaires Champollion et Vizioz, jugées le même jour (Civ. 2e, 23 janv. 1959, D. 1959. 101, note Savatier, JCP 1959. II. 11002 [Vizioz], D. 1959. 281, note Rodière [Champollion]), la Cour de cassation a admis que les ayants cause des transportés décédés pouvaient renoncer à la « prétendue stipulation pour autrui incluse à leur profit dans le contrat de transport » et (aff. Champollion) se placer en conséquence sur le terrain délictuel. On a signalé que ce droit d'option des proches parents était contraire à la règle du non-concours des responsabilités délictuelle et contractuelle (RODIÈRE, t. 3, no 1204). Quelque logique que pût être la renonciation à la stipulation pour autrui, il n'empêche qu'elle permettait aux proches parents de choisir le régime de la responsabilité du transporteur qui leur était le plus favorable, ce qui était contraire au principe du non-cumul des responsabilités contractuelle et extracontractuelle. En réalité, c'est parce qu'on avait admis artificiellement une stipulation pour autrui au profit des proches parents qu'on en était arrivé là. Il est vrai que, de nos jours, le problème paraît ne plus se poser. En effet, dans les transports aériens et maritimes, la responsabilité du transporteur est soumise au même régime, quel que soit le demandeur à l'action en responsabilité, partie au contrat ou tiers, passager ou proche parent. Pour les transports maritimes, cela résulte de l'article 42 de la loi no 66-420 du 18 juin 1966 (D. 1966. 295) et, pour les transports aériens internationaux, de l'article 24 de la Convention de Varsovie du 12 octobre 1929 (publiée par Décr. 12 déc. 1932, BLD 1932. 618). Pour les transports aériens internes, la règle résulte de l'article L. 322-3 du code de l'aviation civile (V. aussi Règl. CE no 2027-97 du Conseil du 9 oct. 1997, art. 2, § 1er-c, relatif à la responsabilité du transporteur aérien de personnes, JOCE, no L 285, 17 oct.). En ce qui concerne les transports terrestres, il n'y a pas de disposition légale analogue. Cependant, il ne paraît pas que les proches parents du passager aient intérêt à invoquer une stipulation pour autrui ou à y renoncer ; sans compter que, pour les transports routiers, la loi no 85-677 du 5 juillet 1985 (D. 1985. 371, rect. 588) a unifié les régimes de réparation en matière contractuelle et en matière extracontractuelle (sur cette question, V. SOLLETTY, Loi du 5 juillet 1985 et contrat de transport, JCP 1991. I. 3508 ; PEYREFITTE, Le nouveau statut du passager transporté, Mélanges Breton et Derrida, 1991, p. 321 et s. ; sur l'application de la stipulation pour autrui au contrat de transport de personnes, RODIÈRE, t. 3, nos 1202 et s. ; BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Cours de droit civil français, t. 9 bis, par RODIÈRE, no 1647 ; MAZEAUD et TUNC, Traité de la responsabilité civile, t. 1, 6e éd., 1965, nos 138 et s. ; PERRET, Des ayants droit à indemnité en cas d'accident mortel, thèse, Paris, 1933 ; WEILL, De la relativité des conventions en droit privé français, thèse, Strasbourg, 1938, nos 404 et s. ; ROUAST, note sous Grenoble, 15 mars 1921, DP 1922. 2. 25 ; ESMEIN et JOSSERAND, notes préc. *supra*, no 17 ; la majorité des auteurs cités critiquent la jurisprudence ; V. pourtant, WEILL, qui semble l'approuver, ainsi qu'ESMEIN).

**20.** Dans le même souci de protection des justiciables que celui qui avait inspiré la jurisprudence des années 30 à propos du contrat de transport, mais dans d'autres domaines, la jurisprudence a admis l'existence d'une stipulation pour autrui là où la volonté du stipulant de faire naître un droit au profit d'autrui et celle du promettant de s'engager au profit d'autrui, n'étaient que présumées (V. Civ. 2e, 17 déc. 1954, JCP 1955. II. 8492, note Savatier, RTD civ. 1955. 300, obs. H. et L. Mazeaud, D. 1955. 269, note Rodière, admettant que le contrat conclu entre un hôpital et un centre de transfusion sanguine contient une stipulation pour autrui en faveur de ceux sur lesquels est pratiquée une transfusion). C'est en reprenant la solution de l'arrêt du 17 décembre 1954 que la jurisprudence a fait bénéficier les victimes contaminées par le virus de l'immunodéficience humaine (VIH), à la suite d'une transfusion, de l'obligation de résultat qui pèse sur le centre de transfusion de fournir un sang non contaminé à l'hôpital (TGI Paris, 1er juill. 1991, JCP 1991. II. 21762, note Harichaux ; Paris, 28 nov. 1991, D. 1992. 85, note Dorsner-Dolivet ↗, D. 1992. IR. 70 ↗ ; TGI Toulouse, 16 juill. 1992, JCP 1992. II. 21965, note Labbé ; TGI Nice, 27 juill. 1992, D. 1993. 38, note Vidal ↗ ; Toulouse, 9 juin 1992, D. 1992. IR. 203 ↗ ; Aix-en-Provence, 12 juill. 1993, D. 1994. 13, note Vidal ↗ ; Civ. 1re, 14 nov. 1995, D. 1996. 436, note Billiau ↗, JCP 1996. I. 3985, no 8, obs. Viney ; sur cette question, V. MORANÇAIS-DEMEESTER, Contamination par transfusion du virus du SIDA : responsabilités et indemnisation, D. 1992. Chron. 189 ↗ ; P. JOURDAIN, obs. RTD civ. 1992. 117 ↗). Depuis une loi

du 19 mai 1998 (C. civ., art. 1386-1 et s.), il n'est plus nécessaire de recourir à la stipulation pour autrui. Déjà, avant cette loi, la jurisprudence s'était inspirée de la directive européenne du 25 juillet 1985 pour autoriser les victimes par ricochet, ayants droit d'un transfusé, à invoquer le manquement, par l'organisme de transfusion, à son obligation de sécurité de résultat, sans faire appel à la stipulation pour autrui (Civ. 1<sup>re</sup>, 13 févr. 2001, n° 99-13.589, JCP 2002. II. 10099, note Lisanti-Kalczynski).

**21.** Partie d'une conception restrictive de la stipulation pour autrui, dans laquelle elle ne voyait même pas une exception au principe de l'effet relatif des contrats, dans la mesure où tant que le bénéficiaire n'avait pas accepté l'offre qui lui était faite, il n'était lié ni envers le stipulant, ni envers le promettant, la jurisprudence est arrivée à consacrer une solution diamétralement opposée. Non seulement elle a fait, et cela avec raison, de la stipulation pour autrui une véritable exception au principe de la relativité des contrats, mais encore, et cela est beaucoup moins justifiable, elle a écarté tous les obstacles tirés notamment de l'absence de volonté du stipulant et du promettant de faire naître un droit au profit du bénéficiaire, pour présumer l'existence d'une stipulation pour autrui, dans certains cas où cela était conforme à l'intérêt d'un tiers, au risque de vider l'article 1165 du code civil de tout contenu. Dans ces conditions, on peut se demander quelle est l'utilité de l'article 1165. À quoi sert-il en effet d'affirmer le principe selon lequel les conventions n'ont pas d'effet à l'égard des tiers si l'on étend démesurément l'exception au principe ?

**Document 6 : Arret n°3 de la cour suprême du sénégal, Du 02 janvier 2013 Société Maritalia S.A./ Société Chahine Products Company S.A. bulletin des arrêts 2013**

**Attendu que** par l'arrêt infirmatif attaqué, la Cour d'Appel de Dakar a condamné la société Maritalia à payer à la société Chahine Product la somme de seize millions neuf cent vingt trois mille francs (16 923 000 F CFA) ;

**Sur le premier moyen tiré de la violation de l'article 55 du code des obligations civiles et commerciales** en ce la cour d'appel a affirmé qu'une personne ne peut se porter fort pour une autre personne que dans un contrat écrit et en a déduit que l'acceptation du contractant de la personne qui s'est portée fort doit résulter d'une clause expresse, alors que le texte précité ne prévoit aucune forme particulière ;

**Mais attendu** qu'abstraction faite du motif surabondant et erroné selon lequel la promesse de porte fort doit résulter d'une clause expresse, l'arrêt retient souverainement que la société Maritalia n'établit pas que l'engagement pris devait être exécuté par l'Armement et que la ratification n'est pas établie ;

**D'où** il suit que le moyen ne peut être accueilli ;

**Sur le second moyen tiré de la violation de l'article 56 du code des obligations civiles et commerciales, annexé au présent rapport ;**

**Mais attendu** que le moyen ne précise pas la partie critiquée de la décision ;

**D'où** il suit qu'il est irrecevable ;

**Par ces motifs :**

**Rejette** le pourvoi formé le 20 mars 2012 par la société Maritalia S.A. contre l'arrêt n° 669 rendu le 03 novembre 2011 par la Cour d'Appel de Dakar ;