HAL
archives-ouvertes.fr

L'intervention du tiers à la formation du contrat

Audrey Gougeon

▶ **To cite this version:**

Audrey Gougeon. L'intervention du tiers à la formation du contrat. Droit. Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2016. Français. <NNT : 2016LIL20021>. <tel-01623567>

HAL Id: tel-01623567
https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01623567

Submitted on 25 Oct 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Communauté d'Universités et d'Établissements Lille Nord de France

Université de Lille 2 DROIT ET SANTÉ

ComUE Lille Nord de France

Thèse délivrée par

L'Université Lille 2 – Droit et Santé

N° attribué par la bibliothèque

__|__|__|__|__|__|__|__|__|__|

THÈSE

Pour obtenir le grade de Docteur en Droit

Présentée et soutenue publiquement par

Audrey GOUGEON

Le 9 décembre 2016

L'INTERVENTION DU TIERS À LA FORMATION DU CONTRAT

JURY

Directeurs de thèse :	**Sandrine CHASSAGNARD-PINET** Professeure à l'Université de Lille 2 **Pierre-Yves VERKINDT** Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne, Paris 1
Membres du jury:	**Pascal ANCEL (rapporteur)** Professeur à l'Université du Luxembourg **Gaël CHANTEPIE** Professeur à l'Université de Lille 2 **Jérôme JULIEN (rapporteur)** Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole

L’Université de Lille 2 n’entend donner aucune approbation, ni improbation, aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Au terme de ce travail, je tiens tout d'abord à remercier chaleureusement ma directrice de thèse Madame la Professeure Sandrine Chassagnard-Pinet ainsi que mon co-directeur de thèse Monsieur le Professeur Pierre-Yves Verkindt. Outre leur appui scientifique, ils m'ont permis de mener ce travail à terme par leurs nombreux conseils, leur grande disponibilité et leur soutien pendant ces années de recherche.

Je remercie également toute l'équipe du Centre René Demogue qui m'a apportée un grand soutien tant matériel qu'humain tout au long de ce parcours.

Mes remerciements à tous les membres de ma famille et à tous mes amis pour leur réconfort et leur accompagnement. Leurs attentions et leur présence dans les bons et mauvais moments m'ont aidée toutes ces années. Je remercie tout particulièrement Dorothée, Christie et Bertille pour leur amitié indéfectible depuis les premiers jours de ce parcours. Je remercie également Mathieu pour son aide précieuse et pour nos échanges qui m'ont beaucoup appris. Ma reconnaissance à Cyrille et Estelle pour leur disponibilité dans cette fin de thèse.

Mes derniers remerciements vont à Lucas pour avoir réussi à supporter mes humeurs aléatoires au cours de ces dernières années.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AAI : Autorité administrative indépendante
AJDI : Actualité juridique du droit de l'immobilier
AN : Assemblée nationale
APD : Archives de philosophie du droit
AJCCD : Actualité juridique contrats d'affaires - concurrence - distribution
AJDI : Actualité Juridique de Droit immobilier (après 1998)
Aut. Conc. : Autorité de la concurrence (anciennement Conseil de la concurrence)

Bull. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Bib. dr. entr. : Bibliothèque de droit de l'entreprise
Bib. Dr. Privé : Bibliothèque de droit privé
BMIS : Bulletin d'informations des sociétés Joly

CA : Cour d'appel
Cass. Ass. Plen. : Cour de cassation, assemblée plénière
Cass. Civ. 1ère : Cour de cassation, première chambre civile
Cass. Civ. 2ème : Cour de cassation, deuxième chambre civile
Cass. Civ. 3ème : Cour de cassation, troisième chambre civile
Cass. Com. : Cour de cassation, chambre commerciale, économique et financière
Cass. Soc. : Cour de cassation, chambre sociale
CCC : Revue Contrats, concurrence, consommation
CCE : Revue Communication Commerce électronique
CDE : Cahiers de droit de l'entreprise
CE : Conseil d'État
CEPC : Commission d'examen des pratiques commerciales
Chron. : Chronique
CJCE : arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes
CJUE : arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne
Coll. : Collections
Cons. Constit. : Conseil Constitutionnel
CSBP : Cahiers sociaux du Barreau de Paris

D. : Recueil Dalloz
Dir. : Direction
Dr. des Soc. : revue Droit des sociétés
Dr. et Pat. : Revue Droit et Patrimoine
DS : Droit social

Ed. : Éditions
ex. : exemple

fasc. : Fascicule

Gaz. Pal. : Gazette du Palais

Infra : ci-dessous
INSEE : Institut national de la statistique et des études économiques

JCl. Civ. code : : Juris-Classeur Civil
JCl. Contr. Distrib. : Juris-Classeur Contrats – Distribution
JCl. Com. : Juris-Classeur Commercial
JCl. Conc. : Juris-Classeur Concurrence – Consommation
JCl. Proc. Civ. : Juris-Classeur Procédure Civile
JCl. Soc. : Juris-Classeur Sociétés Traité
JCl. Trav. : Juris-Classeur Travail Traité
JCP G : La Semaine Juridique Générale
JCP S : La Semaine Juridique Sociale
JCP E : La Semaine Juridique Entreprise et Affaires
JCP N : La Semaine Juridique Notariale
JORF : Journal Officiel de la République Française
JSL : Jurisprudence sociale Lamy

Lexbase Hebdo Ed. Aff. : Revue Lexbase Hebdo Edition Affaires
Lexbase Hebdo Ed. Priv. : Revue Lexbase Hebdo Edition Privée
Lexbase Hebdo Ed. Soc. : Revue Lexbase Hebdo Edition Sociale
LGDJ : Librairie générale de jurisprudence
LPA : Les Petites Affiches

MARC : Mode alternatif de règlement des conflits

NBT : Nouvelle Bibliothèque de Thèses
not. : notamment

PUAM : Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUR : Presses universitaires de Rennes
Préf. : *Préface*

RCC : Revue de la concurrence et de la consommation
RDC : Revue des contrats
RDI : Revue de droit immobilier
RDT : Revue de droit du travail
Rép. Dal. Civ. : Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. Dal. Com. : Répertoire de droit commercial Dalloz
Rép. Dal. Soc. : Répertoire de droit des sociétés Dalloz
Rép. Dal. trav. : Répertoire de droit du travail Dalloz
Req. : Chambre des Requêtes
Rev. des Soc. : Revue des sociétés
Rev. Lamy Dr. Aff. : Revue Lamy Droit des affaires
Rev. Lamy Dr. Civ. : Revue Lamy Droit civil
Rev. Lamy Concu. : Revue Lamy de la Concurrence
RJC : Revue de jurisprudence commerciale
RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJPF : Revue juridique Personnes et Famille

RJS : Revue de jurisprudence sociale
RRJ : Revue de la recherche juridique
RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial
RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil

SSL : Semaine sociale Lamy
Supra : Ci-dessus

Th. : Thèse

UE : Union européenne

V° : Voir
VRP : Voyageur – Représentant - Placier

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE I

L'INTERVENTION DU TIERS FAVORISANT L'ACCORD DES PARTIES

Titre I- Le tiers facilitateur de la rencontre des volontés

Chapitre I- L'intervention du tiers dans la recherche d'un contractant

Chapitre II- L'intervention du tiers dans la recherche de l'accord des parties à un différend

Titre II- Le tiers participant à la qualité du consentement

Chapitre I- Le tiers intervenant dans l'expression du consentement

Chapitre II- Le tiers garant de la qualité du consentement

PARTIE II

L'INTERVENTION DU TIERS DANS LA DÉTERMINATION DU CONTENU DU CONTRAT

Titre I - L'intervention du tiers dans la fixation du contenu du contrat

Chapitre I- L'intervention de différents tiers dans la rédaction du contrat

Chapitre II- L'intervention du tiers estimateur en cas de difficulté dans la fixation du prix

Titre II- L'intervention du tiers dans la vérification du contenu de l'accord

Chapitre I- L'intervention du tiers contrôleur du contenu de l'accord

Chapitre II- La contestation *a posteriori* du contenu de l'accord par un tiers

INTRODUCTION GÉNÉRALE

> « L'intervention de C est censée être absolument efficace : C est donc « tout-puissant » par rapport à A et à B. Autrement dit il a un caractère « divin » par rapport à ces derniers. Rien d'étonnant donc que les hommes aient souvent divinisé le « tiers » en question, et par cela même le Droit en tant que tel, qui se réalise et se révèle précisément dans et par l'intervention de ce tiers[1] ».

1. Avec le siècle des Lumières, « nous sommes passés d'une culture religieuse, où la parole du fidèle était placée sous l'égide de la loi divine, à une culture laïque où l'individu rationnel s'engage sous l'égide de l'Etat[2] ». Pendant plusieurs siècles, le droit français s'est construit autour de l'omniprésence de la puissance étatique. Tout individu intégré dans la société se soumet aux règles imposées par l'Etat, indépendamment de sa volonté propre. Cependant, la désacralisation du monarque et donc du pouvoir omnipotent, dont la contestation avait pris racine dans la philosophie individualiste, a entrainé un recul de la tutelle étatique. Ainsi, l'hétéronomie entendue comme le fait

1 KOJÈVE (A.), *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, 1981, p.39

2 SUPIOT (A.), « La contractualisation de la société », *Courrier de l'environnement de l'INRA*, n° 43, 2001, p.51.

pour un individu d'obéir aux règles d'autrui, a laissé la place à l'autonomie. Le rôle centralisé de l'Etat recule au profit de l'avènement de l'ère contractuelle : « à la décision unilatérale, inscrite dans une relation verticale, est alors préférée la norme contractuelle négociée dans une relation horizontale. La règle de droit imposée par un acte d'autorité est concurrencée par celle issue d'une négociation, produit d'un consensus[3] ». Rejetant la loi qui le contraint dans des cadres trop rigides, l'individu choisit alors de se soumettre à sa propre loi qu'il a pu librement négocier.

2. Selon la théorie classique, le contrat est le produit de la rencontre de deux ou plusieurs volontés. Ce sont les volontés des contractants qui vont déterminer les effets du contrat et son étendu. Puisque les sujets de droit ont volontairement consenti à l'acte, celui-ci a donc force obligatoire entre eux[4]. Le contrat étant la loi des parties, aucune autorité extérieure ne saurait être autorisée à le modifier, à le contrôler ou à y mettre fin. Toutefois, cette liberté contractuelle des parties a pour limites les règles d'ordre public édictées par l'Etat. L'Etat est le « garant des conventions[5] » : les individus s'engagent dans un rapport contractuel pour lequel l'Etat intervient en tiers garant. Les individus détiennent leur capacité de contracter de la loi issue de la volonté étatique. Le contrat obtient sa force obligatoire de la norme édictée par l'Etat.

Cependant, la figure de l'Etat tiers garant des conventions des individus tendant à se déliter[6], il est nécessaire de rechercher d'autres garants des conventions . L'émancipation du contrat par rapport à l'Etat entraîne une diversification des objets sur lesquels les parties contractent. Peu à peu, la loi perd de la substance au profit du droit négocié, laissant place à une multiplication de contrats spéciaux : « ce monde bigarré des conventions n'a plus d'Etat pour unique garant. L'affaiblissement des Etats ne peut que s'accompagner d'un démembrement de la figure du tiers gardien des pactes, d'où par exemple la prolifération des autorités indépendantes, chargées de la police contractuelle dans un domaine déterminé [7]». L'Etat a donc en partie « décentralisé » son pouvoir et a délégué à de nouveaux tiers le rôle de garants du contrat.

---

3 CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.) (dir.), « Le système juridique français à l'ère de la contractualisation », in *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, p.3.

4 Monsieur le Professeur Revet ajoute que « l'acte s'impose à eux avec la même force que la loi s'impose à ceux qu'elle désigne comme en étant les sujets » : REVET (T.), « Les critères du contrat d'adhésion. Article 1110 nouveau du Code civil », *D*., 2016, p.1771.

5 SUPIOT (A.), « La contractualisation de la société », *Courrier de l'environnement de l'INRA*, n°43, 2001, p.51.

6 *Ibid.*

7 SUPIOT (A.), *op. cit.*, p.57.

Ces tiers se caractérisent par leur diversité au stade de la formation du contrat. A titre d'illustration, si le juge représente la figure première du tiers impartial et neutre garant du contrat dont il doit assurer la force obligatoire, les tiers rédacteurs d'acte ont une place particulière dans la construction des conventions. Le rôle des tiers dans l'élaboration de l'acte s'accroit davantage comme l'illustre la place des tiers médiateurs et conciliateurs dans les dernières réformes.

3. Le concept de tiers était déjà appréhendé par le droit romain. Il est inconcevable, pour les juristes romains, qu'un contrat conclu entre deux personnes puisse lier une troisième personne qui n'a pas pris part à la formation de l'acte[8]. Les effets de l'acte ne doivent intéresser que les personnes qui ont consenti à son élaboration. De ce principe, le droit romain en tire deux conséquences : tout d'abord, « *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest* » qui signifie que la chose conclue ou jugée entre les uns ne peut nuire ou profiter aux autres ou tiers. Mais aussi que « *nemo alteri stipulari potest* » qui signifie que personne ne peut stipuler pour autrui. Le droit romain connaît donc les *alii* qu'il exclut du lien contractuel.

4. Par la suite, la doctrine française s'est inspirée du droit romain concernant la notion de tiers. Domat affirme lui aussi que le contrat ne peut nuire « aux tierces personnes »[9]. Le terme de « tiers » est finalement adopté par Pothier pour qui « c'est un principe, que les conventions ne peuvent avoir d'effet qu'entre les parties contractantes, et qu'elles ne peuvent par conséquent acquérir aucun droit à un tiers qui n'y étoit pas partie[10] ». Les rédacteurs du Code civil, influencés par le *Traité des obligations* de Pothier, consacrent dès lors à l'article 1165 ancien du Code civil, le principe selon lequel « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ».
L'occurrence du mot tiers est utilisée dans plus de 150 articles du Code civil et revêt des caractéristiques très hétérogènes. A titre d'exemple, l'article 1200 nouveau prévoit que les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. Le changement de régime matrimonial prend effet à l'égard des tiers trois mois après l'accomplissement des formalités de publicité[11]. En droit de la famille, dès lors que l'intérêt de l'enfant l'exige, le juge des enfants peut le confier à un tiers digne de confiance[12]. Enfin, en matière de vente, lorsque les deux parties à un contrat de vente

8 « *Certissimum est ex alterius contractu neminem obligari* » : il est certain que le contrat n'obligent pour les tiers.

9 DOMAT, *Lois civiles*, Livre III, Tome VI, Section II, n°15.

10 POTHIER, *Traité des Obligations*, Tome 1er, Debure, 1768, n°54.

11 Article 1397-6 du Code civil.

12 Article 375-3 du Code civil.

ont des difficultés pour déterminer le prix, elles peuvent désigner un tiers qui procèdera à sa fixation[13].

5. Selon la définition classique, le tiers désigne de manière générale « toute personne étrangère à une situation juridique ou même personne autre que celle dont on parle[14] ». Plus précisément en matière contractuelle, la notion de tiers correspond à la « personne n'ayant été ni partie ni représentée à un contrat qui n'est pas touchée par son effet obligatoire et peut tout au plus se le voir opposer[15] ». Le tiers est donc celui qui se définit par la négative : la personne qui n'est pas partie au contrat serait un tiers. Classiquement, le tiers regroupe généralement les qualifications d'ayants cause universels et à titre universel qui sont ceux recueillant l'intégralité ou une fraction du patrimoine de son auteur[16], les ayants cause à titre particulier qui désignent seulement ceux à qui est transmis un droit déterminé de son auteur, les créanciers chirographaires qui sont les créanciers ne possédant aucune sûreté et enfin les *penitus extranei* pouvant être désignés comme les tiers absolus, totalement étrangers au contrat. Selon l'effet relatif du contrat exprimé dans l'ancien article 1165 du code civil[17], le tiers ne pouvait être créancier ou débiteur d'une obligation du contrat auquel il n'avait pas consenti et n'était donc pas partie. Le nouvel article 1199 énonce que « le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties » et précise que « les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV ». Bien que les tiers ne sont pas parties contractantes à l'acte juridique, ils ont néanmoins l'obligation de respecter la situation juridique créée par le contrat[18].

6. Entre les années 1990 et 2000, une partie de la doctrine[19] a tenté de proposer une redéfinition du concept de tiers en opposition à celle de partie, à la lumière du rôle de la volonté dans la

13 Article 1592 du Code civil.

14 CORNU (G.), (dir.), *Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant*, V°*Tiers*, PUF, 11ème éd., Paris, Quadrige dicos poche, 2016, p.1026.

15 *Ibid*.

16 Ce sont en général les héritiers ou les légataires.

17 « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ».

18 Article 1200 nouveau du Code civil.

19 Un débat doctrinal a eu cours entre les Professeurs Ghestin, Aubert et Guelfucci-Thibierge. Voir notamment : GHESTIN (J.), « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *JCP G*, 1992, I, n°3628, AUBERT (J.-L.), « A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD civ*., 1993, p.263 et suivantes, GUELFUCCI-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 et suivantes, GHESTIN (J.), « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTD civ*., 1994, p.777 et suivantes.

formation du contrat.

Ainsi, les parties seraient tout d'abord celles qui ont exprimé elles-mêmes leur volonté d'être liées à l'acte. Par conséquent, si une personne a seulement participé à la formation du contrat mais que l'acte a été conclu par d'autres, elle ne peut être qualifiée de partie. A la catégorie de partie ayant consenti elles-mêmes au contrat, viennent s'ajouter les personnes représentées. Pour cette seconde catégorie de parties, les auteurs suggèrent de faire une distinction selon que le représentant a fait connaître ou non le nom du représenté ou sa qualité de représentant au cocontractant. Dans le cas d'une représentation parfaite, le représenté qui a donné pouvoir à un autre d'agir en son nom et pour son compte est partie au contrat[20] puisqu'il a la volonté d'être créancier ou débiteur d'une obligation. Toutefois, cette affirmation est difficile à admettre dans le cas d'une représentation légale puisque le représenté n'est pas en mesure d'exprimer une quelconque volonté. Pourtant, c'est bien le représenté qui est partie au contrat, quand bien même la volonté exprimée est celle d'un tiers qui a le pouvoir légal de conclure le contrat. Même si cela contredit la théorie de l'autonomie de la volonté, il faut admettre que c'est la loi qui donne la qualité de partie à certaines personnes dans un but d'utilité sociale selon le Professeur Jacques Ghestin[21].

Au stade de l'exécution de l'acte, certaines personnes acquièrent ensuite la qualité de partie par l'effet d'une représentation imparfaite. Dès lors que le représentant transmet les bénéfices du contrat qu'il a conclu dans le patrimoine du représenté, ce dernier devient partie au contrat. Il est également possible d'ajouter aux personnes devenues parties au moment de l'exécution du contrat, celles ayant adhéré à une convention collective ou à une personne morale ainsi que celles ayant la qualité d'ayant-cause universel ou à titre universels. *A contrario*, les personnes ayant démissionné ou étant exclu d'un contrat collectif ou d'une personne morale perdent la qualité de partie.

7. Par conséquent pour les auteurs, le tiers est alors celui qui n'a pas la qualité de partie. Ce sont donc logiquement les *penitus extranei* mais également les créanciers chirographaires. Si les parties sont obligées par le contrat et peuvent se prévaloir de la force obligatoire de celui-ci, les tiers ne sont pas créanciers ou débiteurs en vertu de ce contrat[22]. Mais il existe des exceptions au principe de l'effet relatif du contrat en vertu de l'ancien article 1121 du Code civil : dans le cas d'une stipulation pour autrui, dès lors que le tiers l'accepte, il devient créancier d'une dette contractée par le stipulant.

---

20 Par exemple en vertu d'un mandat.

21 GHESTIN (J.), « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *JCP G*, 1992, doctr. 3628.

22 GHESTIN (J.), « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTD civ*, 1994, p.777.

Il n'acquiert pas pour autant la qualité de partie étant entendu qu'il n'a pas le pouvoir de modifier ou de mettre fin à l'acte conclu entre le stipulant et le promettant. A ce titre, la Professeure Guelfucci-Thibierge propose de considérer le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui à la fois comme tiers et comme partie : « tiers au contrat contenant la stipulation en ce qu'elle crée un droit à son profit, il serait partie en ce qu'elle met une obligation à sa charge[23] ».

8. Pour être qualifié de tiers, selon ces auteurs, la personne ne doit pas avoir le pouvoir de modifier le contrat ou d'y mettre fin. Les effets obligatoires ne peuvent être limités aux parties contractantes qui ont exprimé leur volonté au moment de la formation du contrat.

Enfin, dans sa thèse[24], le Professeur Delmas Saint-Hilaire propose de « réhabiliter » le tiers dans son rapport au contrat mais également à l'acte juridictionnel. L'auteur retient comme critère de détermination des tiers lors de la formation du contrat les personnes qui ne manifestent aucune volonté d'être engagées par les effets obligatoires du contrat. Toutefois, contrairement au Professeurs Ghestin et Guelfucci-Thibierge, Monsieur Delmas Saint-Hilaire n'admet pas qu'une personne puisse avoir la qualité de partie par le seul effet de la loi.

9. La doctrine ayant proposé un renouvellement du concept de tiers utilise majoritairement comme angle d'approche le tiers au stade l'exécution du contrat. Toutefois, malgré le cloisonnement suggéré par la théorie du droit et sa structuration binaire[25], les phases de formation et d'exécution du contrat présentent une porosité importante[26]. Il existe, en effet, de nombreuses interactions entre la formation du contrat et son exécution. C'est pourquoi l'objet de cette thèse portera sur l'intervention du tiers au moment de la formation du contrat mais certaines analyses s'appuieront sur le rôle du tiers au stade de l'exécution, puisqu'elles révéleront son influence sur la formation des contrats à venir.

10. Cette étude proposera de renouveler la catégorie de tiers en tenant compte de leur influence

---

23 GUELFUCCI-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.

24 DELMAS SAINT-HILAIRE (P.), *Le tiers à l'acte juridique*, th., préf. J.HAUSER, LGDJ, coll. Bib. Dr. Privé, 2000, 571p.

25 Le droit se structure souvent en opposant deux concepts, deux normes, deux notions : l'individu/le couple, les parties/les tiers, biens meubles/biens immeubles, exécution/inexécution, personne/chose...

26 Pour une étude approfondie sur la distinction entre la formation et l'exécution du contrat, voir notamment : PÉNIN (O.), *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat*, th., pref. Y. LEQUETTE, LGDJ, coll. Bib. Dr. Privé, Paris, 2012, 467p.

sur la formation du contrat. Ainsi, certains tiers ont davantage une fonction d'entremetteurs et d'intermédiaires puisqu'ils mettent en relation les parties. D'autres intervenants peuvent être qualifiés de tiers « facilitateurs » de la rencontre des volontés des parties, notamment lorsqu'un différend les oppose ou que l'une d'elle ne peut s'exprimer. Le tiers a également pour rôle de contrôler les accords soumis à son approbation : se distingue alors la figure du tiers « homologateur ».

11. L'étude de l'intervention du tiers lors de la formation du contrat recèle deux difficultés principales. D'une part, la notion de tiers recouvre des figures très hétérogènes. Il est, en effet, difficile de trouver le point commun entre les tiers plateformes numériques qui participent à la rencontre des contractants, le juge tiers homologateur des conventions ou encore les autorités administratives indépendantes tiers acteurs de la police du contrat. Par conséquent, l'entremise du tiers correspond à des situations très hétéroclites. Il en est de même pour les effets de son intervention sur le contrat lui-même et le régime de responsabilité applicable.
Les nécessités sociale et économique sont sans cesse en perpétuelle évolution. Le besoin de faire intervenir un tiers s'adapte aux volontés politiques.
La loi et la jurisprudence s'ajustent en fonction des mutations sociales. Le tiers doit donc être malléable pour épouser les variations des situations juridiques dans lesquelles son concours est nécessaire. Aussi, chercher à concevoir une théorie générale du tiers et un concept unique et immuable attaché à cette notion est vain.

12. D'autre part, l'objet de cette étude menée implique de procéder à une recherche en droit comparé interne, de s'intéresser à la place du tiers en droit civil, en droit commercial, en droit de la consommation, en droit du travail, en droit de la distribution, en droit du sport. Or, tous ces droits ont des spécificités propres, comme c'est le cas notamment du droit du travail ou du droit du sport. Certains termes ou concepts, bien que synonymes, recouvrent des réalités différentes et répondent à des régimes différents. Nous étudierons, par exemple, l'homologation du contrat par un tiers. Or l'homologation du contrat de travail par la DIRRECTE, celle de l'accord issu d'un mode alternatif de règlement des conflits par le juge ou encore du contrat d'un sportif professionnel par une Ligue ou une Fédération renvoient à des logiques qui sont propres à chacune des matières. Il sera alors nécessaire de dépasser les frontières entre ces différentes disciplines afin de rechercher les points communs des interventions du tiers ainsi que leurs effets sur la formation du contrat.

13. Face à la diversité des situations juridiques que l'intervention du tiers embrasse, le point de

départ de cette étude a trouvé sa source dans l'analyse de l'article 1108 ancien du Code civil selon lequel « quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation » devenu article 1128 du même code disposant que « sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° le consentement des parties ; 2° leur capacité de contracter ; un contenu licite et certain ». L'amorce de la démarche consiste à mettre en corrélation les conditions de validité du contrat avec l'intervention de tiers au moment de l'élaboration de l'acte juridique.

En effet, il s'agit de vérifier que le tiers influence la rencontre des consentements des parties en mettant en relation les contractants, rôle que jouent les tiers intermédiaires notamment. Le tiers permet également, lorsque l'une des parties n'a pas les facultés mentales et/ou physiques requises ou ne peut être présente lors de la conclusion du contrat, que le consentement s'exprime, notamment par le jeu de la représentation. Il s'assure aussi de la persistance de son existence au moment de la conclusion du contrat comme le prouve le rôle du juge dans les cas où une convention de changement de régime matrimonial lui est soumise. Le juge vérifie, notamment, que le consentement des parties existe.

L'intervention du tiers peut également être requise afin d'agir sur la capacité des contractants. Si celle-ci est une condition *sine qua non* de la validité du contrat, les majeurs vulnérables ont perdu cette capacité en raison de troubles physiques et/ou mentaux. Afin de ne pas leur ôter toute possibilité de contracter, le législateur a prévu différents modes de représentation légale qu'il ne cesse d'étoffer comme l'atteste la création récente du mécanisme d'habilitation familiale[27].

Enfin, l'objet certain et la cause licite ont laissé place à la notion de contenu licite et certain. Pour des auteurs, cette expression « est ainsi destinée à englober les exigences propres à l'opération économique sur laquelle les parties se sont entendues, en incluant les notions d'obligation, de prestation, d'objet, de prix, voire de clause[28] ». L'étude menée va mettre en lumière la manière dont le tiers influe sur le contenu du contrat. Son intervention peut avoir pour but d'informer et de

27 L'habilitation familiale a été instaurée par l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, JORF n°0240 du 16 octobre 2015, texte n°10, p.19304 aux article 494-1 et suivants du Code civil.

28 CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, p.326.

conseiller les parties afin d'assurer la licéité du contenu comme c'est le rôle du tiers rédacteur d'actes. Il peut également déterminer un élément du contrat à l'image du tiers estimateur qui procède à la détermination du prix, objet du contrat. Le tiers peut également avoir comme fonction de procéder à un contrôle de la légalité et de l'opportunité de l'acte mais peut aussi en contester la substance si le contenu du contrat présente un déséquilibre au détriment de la partie faible. Ainsi, le tiers est présent à toutes les étapes de création du contenu contractuel.

14. La constatation de la variété des interventions du tiers à la formation du contrat conduit à poser l'hypothèse selon laquelle le tiers pourrait intervenir dans un objectif double : le tiers garantit la préservation des intérêts particuliers et/ou de l'intérêt général.
Il intervient d'une part dans un but de protection des intérêts privés des parties. La notion d'intérêt est une notion floue, fuyante qui est très présente dans notre système juridique. On parle régulièrement de « l'intérêt des enfants », de « l'intérêt de la famille », de « l'intérêt collectif » ou encore de « l'intérêt à agir »[29]. L'intérêt est « ce qui importe[30] » pour les parties. Si cette notion est particulièrement subjective et propre à chaque sujet de droit, nombreuses sont les situations dans lesquelles un tiers intervient pour protéger l'intérêt privé des parties.

A titre d'illustration, lorsque le tiers représentant de l'incapable intervient dans le but d'accomplir un acte au nom et pour le compte du représenté, son intervention est entièrement tournée vers l'intérêt du majeur protégé. De même lorsque les parties font appel à un tiers notaire afin de procéder à la rédaction d'un acte authentique, le notaire a pour fonction de protéger l'intérêt des parties et de les conseiller sur le contenu de l'acte. Enfin, lorsqu'un juge homologue un changement de régime matrimonial en cas de présence d'enfant mineur ou de créancier, le contrôle qu'il effectue se porte notamment sur l'intérêt des époux.

Les hypothèses dans lesquelles le tiers protège l'intérêt des contractants sont très diversifiées et peuvent aussi bien porter sur des questions d'ordre moral que matériel. Il suffit pour s'en convaincre de voir que l'intérêt protégé par l'intervention du tiers personne de confiance dans le cadre médical n'a pas grand chose à voir avec l'intérêt que cherche à protéger l'association de consommateurs lorsqu'elle négocie un accord amiable dans le cadre d'une médiation.

---

29 L'avant-projet de réforme du droit des contrats proposé par la Chancellerie de 2008 proposait d'ériger l'intérêt au contrat comme condition de validité du contrat ; LARROUMET (C.), « De la cause de l'obligation à l'intérêt du contrat », *D.*, 2008, p.2441.

30 CORNU (G.), (dir.), *Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant*, V°*Intérêt*, PUF, 11ème éd., 2016, p.565.

Le tiers peut, d'autre part, être amené à protéger, au-delà des intérêts privés, l'intérêt général[31]. Donner une définition figée de l'intérêt général serait impossible tellement ce concept est mouvant. Simplement, il est celui qui dépasse les intérêts particuliers et qui justifie que l'Etat impose des interdictions ou des obligations. Selon le Professeur Mustapha Mekki, « l'intérêt général est le fondement commun de la sphère privée et de la sphère publique. Il conditionne toute vie en société et légitime le droit de l'Etat. Il est le fruit d'une collaboration entre l'Etat et la société civile[32] ».

Conscient de l'environnement économique de plus en plus concurrentiel et par là même impitoyable, entourant la conclusion des contrats et le risque accru de déséquilibre contractuel, les missions de l'Etat sont d'autant plus justifiées par une nécessaire et importante protection de l'intérêt général : « les interventions économiques et sociales de la puissance publique se légitiment par cette référence à l'intérêt général. Elles ne sont pas guidées par la recherche du profit, mais par celle du bien commun[33] ».

L'ordre public[34] – notion tout aussi floue que celle d'intérêt général – serait alors un instrument dans les mains des pouvoirs publics, au service de l'intérêt général. Telle ou telle règle sera décrétée comme étant d'ordre public car elle sert l'intérêt général. Les contrats des particuliers ne pourront déroger à ces règles d'ordre public comme le préconise l'article 6 du Code civil. Pour cela le législateur s'impose en tiers garant de l'ordre public.

A titre d'illustration, lorsque le législateur s'immisce dans les relations contractuelles des individus comme c'est le cas en matière de bail ou de contrat de travail en fixant un montant maximum des loyers ou minimum des salaires, son intervention est justifiée par la défense de l'intérêt général. Au nom de l'ordre public, le législateur, tiers au contrat, établit certaines règles afin de protéger l'intérêt général au détriment de l'intérêt des particuliers.

De même, le juge est le garant par excellence de l'ordre public. S'il intervient, par exemple,

---

31 Sur le rapport entre l'intérêt général et le contrat voir MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, th., préf. J.GHESTIN, LGDJ, coll. Bib. Dr. Privé, 2004, 903p.

32 MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *op. cit*., p.67.

33 RANGEON (F.), *L'idéologie de l'intérêt général,* Paris, Economica, 1986, p.24-25.

34 Voir sur la question : HAUSER (J.) et LEMOULAND (J.-J.), « Ordre public et bonnes moeurs », *Rép. Dal. Civ.*, Juin 2016.

lors d'une homologation en matière familiale, il est le protecteur de l'intérêt de l'enfant ou des créanciers, intérêts particuliers, mais il s'érige également en protecteur de l'intérêt de la famille, « notion-cadre », outil de l'ordre public[35]. Cette dynamique s'applique également au droit de la distribution et au droit de la consommation.

Le juge n'a cependant pas le monopole de l'ordre public. Les autorités administratives indépendantes interviennent dans des domaines sensibles dans lesquels il est nécessaire de procéder à une régulation de certains marchés. Elles disposent à cet effet de moyen de « soft regulation » et de « hard regulation » : certaines de ces autorités disposent de simples pouvoirs de recommandation ou de consultation, d'autres disposent de véritables pouvoirs décisionnels et influent directement sur l'élaboration des contrats. Par conséquent, elles sont chargées par l'Etat d'une fonction de protection de l'intérêt général.

15. Il s'agit dans le cadre de cette étude, de démontrer que l'intervention de tiers est de plus en plus sollicitée en droit des contrats au stade de la formation du contrat, en tant que garant des intérêts particuliers et de l'intérêt général. Le tiers ne doit plus être considéré seulement comme étant celui qui est étranger à la volonté des parties. Il influence voire même, contraint cette volonté.

Si certains auteurs ont proposé un « élargissement de la qualité de partie » au contrat, il semble important aujourd'hui d'élargir la qualité de tiers au contrat. Les interventions de tiers au stade de la formation du contrat, qu'elles aient pour but de protéger les intérêts particuliers des contractants et/ou l'intérêt général, ne constituent-elles pas une limite à la volonté autonome des individus et par conséquent ne restreignent-elles pas la liberté contractuelle des contractants en influençant tant la rencontre des consentements que la détermination du contenu contractuel ?

16. Le tiers devient tout à la fois assistant des parties lors de la formation de l'acte juridique et garant de son contenu. Ainsi, l'étude de l'immixtion du tiers lors de l'élaboration du contrat portera sur l'influence de l'intervention du tiers sur la rencontre des consentements (Partie I) et se poursuivra sur l'influence de l'intervention du tiers dans la détermination du contenu contractuel (Partie II).

35 MEKKI (M.), *op. cit*., p.223.

PARTIE I – L'INTERVENTION DU TIERS FAVORISANT L'ACCORD DES PARTIES

17. La formation du contrat résulte de la rencontre des volontés de deux (ou plusieurs) futures parties ayant le souhait de nouer ensemble un lien juridique. Il découle de la liberté contractuelle dont jouissent les parties à l'acte juridique, plusieurs conséquences : les individus ont le droit de contracter ou non, le droit de contracter avec le partenaire de leur choix et de déterminer le contenu de leur convention. Mais dans un environnement économique et social en perpétuel mouvement, il est courant que les individus ne prennent pas le temps de chercher leur contractant ou, pour des questions de confidentialité par exemple, préfèrent confier à autrui le soin de prospecter.
Le tiers va alors remplir la fonction de passerelle, « d'entremetteur » entre les individus, il va devoir « faire lien[36] ». Son intervention peut tout d'abord être celle d'un intermédiaire qui va, par son expérience professionnelle, mettre en rapport deux futurs cocontractants. Il s'agira alors d'analyser ce que revêt la fonction de tiers intermédiaire et l'étendue de son intervention.
Mais le tiers peut également intervenir lorsque deux parties à un différend ne peuvent trouver seules un terrain d'entente. Le tiers va alors avoir pour rôle de pacifier la relation entre les individus afin qu'ils parviennent à une solution négociée. Ces deux hypothèses ont pour dénominateur commun que le tiers intervient en tant que « facilitateur » de la rencontre des volontés (Titre I).

18. Une fois les contractants mis en relation, la validité du contrat requiert plusieurs conditions pour que le contrat formé puisse produire ses effets. Avant de déterminer un contenu contractuel licite et certain, il est important que les parties aient la capacité pour contracter et donnent un consentement éclairé exempt de vice. Dans le cas où l'une des parties ne peut consentir directement à l'acte, le tiers représentant intervient afin d'exprimer le consentement du représenté.
La loi impose alors différents recours à un tiers professionnel pour s'assurer de la qualité du consentement des parties (Titre II).

36 CADIET (L.), « Propos introductifs : « faire lien » », *in* CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 2008, p.169 et suivantes.

TITRE I- LE TIERS FACILITATEUR DE LA RENCONTRE DES VOLONTÉS

19. La formation de l'acte juridique suppose avant toute chose la rencontre d'une offre et d'une acceptation. Mais parvenir à la conclusion d'un contrat peut être source de difficultés. Par manque de connaissance ou de temps, certaines personnes craignent de s'engager, sans soutien, dans la voie contractuelle.
Parfois également, deux parties ressentent des difficultés à s'entendre ou ne peuvent plus s'entendre. La rencontre des volontés en vue de trouver une solution contractuelle amiable pour mettre fin au litige est alors pour elles impensable tant la résolution du différend qui les oppose semble éloignée.
Afin de remédier à ces situations problématiques et permettre la rencontre des volontés, il est laissé la possibilité aux cocontractants de faire appel à un tiers « facilitateur ». Du verbe « faciliter » qui signifie notamment rendre les choses plus faciles à quelqu'un, le tiers facilitateur va jouer le rôle de pont, d'intermédiaire entre les deux parties. Il va créer (ou recréer) le lien afin de parvenir à l'élaboration de l'acte juridique.

20. Des tiers dont les figures sont diverses mais dont le point commun est la recherche d'un cocontractant en vue de permettre la conclusion d'un contrat vont intervenir en amont de la formation du contrat (Chapitre I). Dans les cas où le dialogue est rompu entre les parties mais où ces dernières ont la volonté de trouver une solution négociée, un tiers facilitateur, neutre et impartial, intervient afin de les aider à conclure un acte juridique mettant fin au différend (Chapitre II).

CHAPITRE I – L'INTERVENTION DU TIERS DANS LA RECHERCHE D'UN CONTRACTANT

21. L'expansion contemporaine des relations commerciales a justifié une intervention de plus en plus importante d'intermédiaires en droit commercial notamment. La multiplication ces dernières années des échanges économiques entre commerçants et entre commerçants et particuliers oblige encore davantage à recourir à des tiers, afin de nouer des liens et de contracter rapidement, de « faciliter le rapprochement de deux opérateurs que la contrepartie soit forfaitaire ou proportionnelle [37]».

22. Le droit a donc accompagné les négociants, commerçants, particuliers en développant deux formes d'interposition de personnes. La première possibilité est celle de l'achat pour revendre : l'acheteur partie à un premier contrat devient vendeur dans un second, au sein d'une chaîne de contrats. L'acheteur devenant vendeur contracte en son nom et pour son compte. La seconde possibilité consiste dans la mise en relation de deux personnes par l'intermédiaire d'une autre. Ce tiers, qui peut être un représentant, conclut alors des contrats pour le compte d'autrui.

23. La présence des tiers chargés de mettre en rapport des contractants dans les échanges civils et commerciaux se caractérise par sa diversité : la personne qui souhaite confier à un tiers une mission d'entremise peut faire appel à un courtier, un mandataire, un agent commercial ou immobilier ou encore un commissionnaire[38] selon l'objet du contrat qu'il envisage. L'intervention du tiers a pour seul but de permettre l'établissement de relations civiles ou commerciales entre deux parties. Les bénéfices du contrat conclu grâce à son intervention lui sont étrangers. Pourtant, une influence réciproque va s'opérer entre le tiers entremetteur et le contrat principal puisque le contrat va naître grâce à l'intervention du tiers et cette conclusion permettra au tiers d'en tirer une rémunération.

24. Depuis quelques années, un nouveau modèle d'échanges de biens, de services ou de connaissances, de partage prend de l'ampleur. En concurrence directe avec les techniques commerciales traditionnelles, l'économie collaborative s'est développée dans tous les secteurs

37 DUMONT (M.-P.), *L'opération de commission*, th., préf. J.-M. MOUSSERON, Litec, coll. Bib. Dr. Entr., Paris, 2000, p.4.

38 L'objet de la recherche se portera limitativement sur les tiers courtiers, agents immobiliers, commerciaux et le commissionnaire. L'entreprise de portage ainsi que l'entreprise de travail temporaire, bien que mettant en rapport un travailleur (un porté ou un intérimaire) avec une entreprise cliente, n'influe pas sur la conclusion d'un contrat entre deux parties puisqu'à aucun moment l'entreprise cliente ne noue de contrat avec le porté ou l'intérimaire.

d'activité. Les technologies numériques ont joué un rôle important dans le développement de l'économie collaborative. Particuliers comme commerciaux ont profité du média numérique pour créer de nouveaux réseaux, facilités par la présence de plus en plus importante d'intermédiaires dématérialisés. Néanmoins, malgré quelques avancées, les législateurs français et européens peinent à encadrer juridiquement ces nouvelles formes de mise en relation.

25. L'objet de notre analyse aura pour but de déterminer, dans un premier temps, les différentes formes d'intermédiation permettant de faciliter la rencontre de contractants et d'étudier l'influence de leur entremise sur la conclusion du contrat (Section I) pour, dans un second temps, au travers du prisme de ces analyses, s'interroger sur l'importance du développement des plateformes numériques, nouveaux tiers de l'économie collaborative (Section II).

SECTION I – L'INTERVENTION DU TIERS PROSPECTEUR POUR LE COMPTE D'AUTRUI

26. La catégorie de tiers prospecteur a un contenu hétérogène puisque le tiers intermédiaire peut être un courtier, un mandataire, un commissionnaire, un agent commercial ou encore un VRP. Mais ces tiers intermédiaires ont néanmoins un rôle commun : ils sont chargés de rechercher un cocontractant pour le compte d'autrui et ainsi de favoriser la conclusion d'un contrat entre deux parties. Nous verrons que la qualification de tiers de ces intermédiaires dépend de la mission dont ils ont la charge (I). Une fois la qualification de tiers reconnue aux intermédiaires, il sera alors nécessaire de rechercher l'étendue de leur responsabilité (II).

I- LA QUALIFICATION DU TIERS AU REGARD DE LA FINALITÉ DE SA MISSION

27. Le tiers entremetteur a pour mission de rechercher des contractants. Néanmoins sa qualification va dépendre de son implication dans sa mission et de l'étendue de celle-ci. En effet, certains tiers vont être chargés uniquement de trouver un cocontractant et de négocier le contrat (A), tandis que d'autres tiers vont être chargés de négocier et conclure le contrat (B). Néanmoins, cette classification comporte des limites, révélées par le statut de l'agent commercial (C).

A- LA QUALIFICATION DE TIERS PROSPECTEUR CHARGÉ DE NÉGOCIER LE CONTRAT

28. Il existe différentes formes de tiers intermédiaires intervenant dans le but de trouver un contractant et de négocier le contrat pour autrui. C'est seulement dans l'hypothèse où le donneur d'ordre consent à la conclusion du contrat que celui-ci sera formé. Dans le cas contraire, le contrat, dont les termes ont été négociés par le tiers intermédiaire, n'a pas de valeur juridique. Comme le souligne un auteur[39], seul le consentement-engagement du cocontractant, pour lequel le tiers est intervenu, donne au contrat sa force obligatoire. Le cocontractant est alors juridiquement partie au contrat principal et l'intermédiaire est bien tiers à ce dernier.

29. Parmi les formes d'intermédiation se restreignant à la recherche d'un contractant et à la négociation du contrat, le courtage est sans aucun doute celle qui correspond le mieux à cette

39 De Saint-Hilaire Delmas (P.), *Le tiers à l'acte juridique*, th., préf. J. Hauser, LGDJ, coll. Bib. Dr. Privé, Paris, 2000, p.91 et suivantes.

définition. Le courtier est l'entremetteur par excellence, le « trait d'union[40] » permettant de rapprocher deux personnes afin que ces dernières contractent ensemble. Il est souvent considéré comme « celui qui sait, qui a entendu que...[41] ».

30. Le principe d'indépendance du courtier dans sa mission d'entremise constitue un élément essentiel de ce contrat : le courtier agit en son nom propre et en toute indépendance. Par conséquent, ce dernier ne peut être soumis à un lien de subordination[42]. Il recherche en toute indépendance ses partenaires ou clients. Cousi et Marion soulignent ce critère d'indépendance estimant que « dans son activité d'intermédiaire, le courtier agit en son nom personnel et en toute indépendance ; ses moyens d'action sont personnels, il travaille à sa guise. Il possède une clientèle de vendeurs et d'acheteurs et quand un ordre lui est transmis, il se borne à rechercher parmi les acheteurs ou vendeurs qu'il connaît, une contrepartie qu'il indique à son client en vue de l'opération commerciale projetée. Il est habituellement spécialisé dans certaines transactions[43] ».
Son activité d'intermédiaire, d'entremise est nécessaire au développement des relations tant commerciales que civiles, son rôle étant d'autant plus justifié dans le monde économique actuel, dans lequel les liens doivent se nouer rapidement mais où les acteurs ne prennent plus ou n'ont plus le temps de se rencontrer.

La mission essentielle du courtier, « intermédiaire idéal[44]», est de rapprocher d'hypothétiques contractants qui pourront éventuellement contracter par la suite[45]. Celui-ci n'intervient pas lors de la conclusion du contrat objet-conséquence du courtage entre les parties qu'il a rapproché, la conclusion du contrat se faisant directement entre elles. Son pouvoir de négociation respecte donc bien la liberté contractuelle des deux contractants qu'il a mis en relation. C'est aux parties que revient la décision ou non de conclure le contrat avec la personne proposée par l'intermédiaire.

---

40 COLLARD-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 10ème éd., Paris, coll. Précis, 2015, p.588.

41 GRIMALDI, (C.), « Mandat et courtage », *in* DISSAUX (N.), *Le mandat, un contrat en crise ?,* Economica, Paris, 2011, p. 80.

42 C'est ainsi notamment que le courtier se distingue du VRP.

43 COUSI (P.) et MARION (G.), *Les intermédiaires du commerce : concessionnaires, agents commerciaux, représentants V. R. P., courtiers et commissionnaires : analyse et étude comparative* , LGDJ, Paris, 1963, p.116.

44 DEVÉSA (P.), « Courtage », *JCl. Com*., fasc. n°326, 2014, n°4.

45 Cass. Com., 21 juin 2011, n° 09-72.788, inédit.

31. Dans la catégorie des intermédiaires dont la mission se cantonne à la négociation, il est également possible de mentionner l'agent immobilier[46]. En effet, l'article premier de la loi *Hoguet* définit les agents immobiliers comme étant des « personnes physiques ou morales qui, d'une manière habituelle, se livrent ou prêtent leur concours, même à titre accessoire, aux opérations portant sur les biens d'autrui ». L'agent immobilier intervient habituellement pour favoriser les contrats portant sur les biens d'autrui. Son activité d'entremise est tournée vers le rapprochement de parties en vue de conclure un acte juridique en vertu d'un contrat de mandat. Il peut néanmoins procéder à la vente du bien si, comme le précise l'article 72 alinéa 3 du décret d'application du 20 juillet 1972 « le mandat en fait expressément mention ».

A ce titre, la qualification de mandat est selon nous abusive puisque l'agent immobilier qui se borne à mettre en relation un vendeur et un acheteur, un bailleur et un preneur, et à négocier le contrat (il en est de même pour le courtier) ne peut revêtir la qualité de mandataire. L'agent immobilier ne représentant pas son client, il ne peut donc être qualifié de mandataire au sens de l'article 1984 du code civil. Le mandataire agit au nom et pour le compte du mandant, or toutes les activités de l'agent immobilier ne répondent pas à cette définition puisque l'agent ne peut être amené qu'à négocier comme le prévoit l'article 1er de la loi du 2 janvier 1970 qui vise « les personnes qui négocient **ou** s'engagent ». Si l'agent immobilier n'est pas un mandataire, il se rapproche davantage de la qualification de courtier[47] qui est en charge d'une mission d'entremise[48].

32. La rémunération de ces tiers dépend en partie de la conclusion du contrat final pour lequel leur assistance a été sollicitée. Ainsi, la mission du courtier étant de mettre en rapport deux ou plusieurs personnes afin qu'elles puissent conclure un acte juridique, la contrepartie pour son

---

46 Cette catégorie d'intermédiaire est soumise à la réglementation issue de la loi *Hoguet* (loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce, JORF du 4 janvier 1970, p.142) et de son décret d'application du 20 juillet 1972 (décret n°72-678 du 20 juillet 1972 fixant les conditions d'application de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et fonds de commerce, JORF du 22 juillet 1972, p.7773). La loi *Hoguet* a été récemment modifiée par la loi ALUR du 24 mars 2014 (Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové dite « loi ALUR », JORF n°0072 du 26 mars 2014 p.5809).

47 « Le mandat même exclusif donné à un agent immobilier ne lui confère pas le pouvoir d'engager son mandant pour l'opération envisagée, à moins qu'une clause de ce mandat ne l'y autorise expressément. Ce dernier reste libre de ne pas conclure la vente avec le candidat pressenti. L'opération relève donc plus du courtage que du mandat. » COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 10ème éd., Paris, coll. Précis, 2015, p.624.

48 V° *Entremettre (s')* : « Intervenir pour mettre des personnes en relation, pour les concilier ou pour faciliter la conclusion d'une affaire ; s'interposer », Dictionnaire Larousse en ligne.

donneur d'ordres est de lui verser une rémunération, souvent dénommée courtage, en contrepartie[49]. Généralement, puisque l'entremise du courtier est profitable aux deux parties, il est logique que ce soit les deux contractants qui supportent la rémunération du tiers intermédiaire[50]. Les parties peuvent également prévoir conventionnellement, ou suivant les usages, celle des deux qui prendra en charge le paiement de la rémunération[51].

Une question se pose néanmoins : puisque le courtier est tiers au contrat final, qu'il n'a pas de lien avec le tiers-cocontractant, comment justifier que ce dernier lui verse une rémunération ? Cela semble légitime puisque l'intervention du tiers courtier a été bénéfique aussi bien pour le donneur d'ordres que pour le tiers-cocontractant, il est logique que ce dernier rétribue également le travail du professionnel. Un auteur estime que le tiers-cocontractant est débiteur de l'obligation en qualité de maître d'une affaire sur le fondement de l'ancien article 1375[52] du code civil et l'article 1301-2 nouveau du code civil.

33. L'obligation du donneur d'ordre de rémunérer le courtier peut s'analyser en une obligation sous condition suspensive de la conclusion du contrat final[53]. Le courtier n'étant pas ducroire de l'opération, il importe peu que le marché n'ait pas été exécuté ou exécuté en partie[54] par la suite[55]. Si des difficultés interviennent au cours de la mise en œuvre du contrat, aucune des parties ne peut rétroactivement réclamer remboursement de la rémunération au courtier si celui-ci a bien exécuté sa mission et n'a commis aucune faute : pour illustration, un courtier en charge de trouver un cocontractant à son donneur d'ordres qui souhaite créer une société peut prétendre à être rémunéré dès que la société est formée, peu important que celle-ci soit dissoute quelques jours après[56]. De même, un courtier est en droit de percevoir sa rémunération même en cas de défaut de paiement ou de refus de réceptionner les marchandises.

---

49 « La rémunération du courtier rétribue l'entremise ayant pour objet la conclusion d'un contrat », DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, p.44.

50 Il ne faut pas voir pour autant une forme de solidarisme entre des cocontractants finaux.

51 Cass. Com. 20 novembre 1974, n°73-12.844, Bull. Com, n° 294, p.243.

52 COLLARD DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 10ème éd., coll. Précis, 2015, p.590.

53 « L'obligation de payer la commission peut s'analyser en une obligation conclue sous condition suspensive de la conclusion du contrat principal », DISSAUX (N.), « La nature juridique du mandat d'entremise », *D.*, 2009, p.2724.

54 DEVÉSA, (P.), *L'opération de courtage*, th., préf. J.-M. MOUSSERON, Litec, coll. Bib. dr. entr., Paris, 1993, p.336.

55 Cass. Com. 29 octobre 2002, n°00-21.211, inédit.

56 T.Com. Marseille, 22 juin 1891, Journ. Jurispr. Marseille, 1891, II, 226, cité *in* DEVÉSA, (P.), *L'opération de courtage*, th., préf. J.-M. MOUSSERON, Litec, coll. Bib. dr. entr.,1993, Paris, p.338.

34. *A contrario*, le contrat principal (qui lie le donneur d'ordres au cocontractant) non formé ou non valable enlève le droit à rétribution du courtier puisque ce droit serait sans fondement[57], ce qui démontre ici la dépendance de la rémunération du tiers courtier par rapport à la conclusion du contrat final. Il en est de même si les parties au contrat principal ont un motif légitime de ne pas contracter, le courtier ne peut être rémunéré et ne peut engager la responsabilité de son donneur d'ordres.

En application du principe selon lequel la rémunération est due au courtier dès la conclusion du contrat entre les parties finales, l'offre de contracter du donneur d'ordres ne suffit pas à justifier le versement du salaire, sauf si, selon Philippe Devésa, cette offre est ferme et définitive : en effet, le courtier pourrait prétendre à sa rémunération bien que le contrat ne soit pas encore conclu puisque le donneur d'ordres a, dans ce cas, une obligation de traiter l'opération[58].

35. Les modalités de rémunération de l'agent immobilier doivent également être rapprochées de celle du courtier. En effet, à l'image de ce dernier, le paiement de la rémunération du tiers agent immobilier dépend de la réussite de sa mission[59]. La loi *Hoguet* de 1970[60], modifiée par la loi ALUR de 2014[61], prévoit dans son article 6 paragraphe premier qu' « aucun bien, effet, valeur, somme d'argent, représentatif d'honoraires, de frais de recherche, de démarche, de publicité ou d'entremise quelconque, n'est dû aux personnes indiquées à l'article 1er ou ne peut être exigé ou accepté par elles, avant qu'une des opérations visées audit article ait été effectivement conclue et constatée dans un seul acte écrit contenant l'engagement des parties ».

La jurisprudence de la Cour de cassation, en application de ces dispositions, a considéré que « selon ce texte, aucune somme d'argent n'est due, à quelque titre que ce soit, à l'agent immobilier avant que l'opération pour laquelle il a reçu un mandat écrit ait été effectivement conclue et constatée dans un seul acte contenant l'engagement des parties [62]». Tout comme le courtier, la rétribution du tiers agent immobilier est donc directement dépendante de la conclusion du contrat final entre le mandant et le client. L'ensemble de termes « effectivement conclue » doit être entendu comme « le stade final des

---

57 T.Com. Le Havre, 7 janvier 1953, Rec. Le Havre 1953. 1. 224.

58 DEVÉSA, (P.), *L'opération de courtage*, *op. cit.*, p.345.

59 L'agent immobilier doit également être titulaire d'une carte professionnelle et d'un mandat écrit et régulier.

60 Loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce dite « Loi *Hoguet* », JORF du 4 janvier 1970, p.142.

61 Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové dite « Loi ALUR », JORF n°0072 du 26 mars 2014, p.5809.

62 Cass. Civ. 1ère, 27 novembre 2013, n°12-13.897, Bull. 2013, I, n°230 ; *RTD Com*, 2014, obs. B. BOULOC ; *CCC*, 2014, obs. L. LEVENEUR ; *RTDI*, 2014, obs. B. MALLET-BRICOUT.

négociations lorsque les parties sont, conformément à l'article 1589 du Code civil, tombées d'accord sur la chose et le prix [63]».
Par conséquent, si l'opération pour laquelle le mandataire est missionné n'aboutit pas, l'agent ne peut réclamer le versement de sa rémunération[64]. Contrairement au courtier, l'agent immobilier ne peut davantage le demander si la vente a été conclue puis en définitive annulée.

36. Si le courtier et l'agent immobilier sont des tiers intermédiaires habituellement chargés d'une mission de prospection et de négociation du contrat qui se noue entre deux parties, d'autres tiers intermédiaires ont pour mission de négocier le contrat mais également de le conclure pour le compte d'autrui. L'extension de la mission de l'intermédiaire prospecteur modifie-t-elle sa qualité de tiers ?

B- LA QUALIFICATION DE TIERS PROSPECTEUR CHARGÉ DE NÉGOCIER ET DE CONCLURE LE CONTRAT

37. Les principaux tiers intermédiaires chargés de négocier le contrat final mais aussi de le conclure peuvent être regroupés en deux catégories distinctes : les tiers intermédiaires agissant dans le cadre d'un contrat de commission ainsi que les tiers intervenant dans le cadre d'un contrat de travail. Leur mission s'étendant à la conclusion du contrat, leur qualité de tiers au contrat final peut être remise en cause.

38. L'essence du contrat de commission réside dans l'intervention du commissionnaire en son propre nom et pour le compte d'autrui. Il va être amené à conclure directement avec le tiers-cocontractant et être responsable personnellement de son entremise. Il semble donc difficile d'attribuer la qualité de tiers au commissionnaire. Pourtant, le tiers commissionnaire, s'il agit en son nom, agit *pour le compte* du commettant. Or, tirant partie de cette dichotomie, il est possible de soutenir qu'il existe un lien contractuel entre le tiers-cocontractant et le commettant auquel le commissionnaire est nécessairement tiers.

39. Le commissionnaire est un intermédiaire particulier en droit de la distribution. Toute son

63 MOYSE (J.-M.) et AMOYEL (G.), *L'agent immobilier – Statut juridique, achat, vente, location, gestion*, Delmas,17ème éd., Paris, 2016, p.327.

64 Cass. Civ. 1ère, 20 mars 2007, n°06-12.770, inédit.

activité va tendre vers la conclusion d'un contrat pour le compte de son commettant sans révéler l'identité de celui pour qui il conclut le contrat. *A contrario*, « s'il déclare le nom de celui pour lequel il agit, ce sont les règles du mandat, et non plus celle de la commission, qui trouvent à s'appliquer [65]». Défini par l'article L.132-1 du Code de commerce comme étant « celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant », « les devoirs et les droits du commissionnaire qui agit au nom d'un commettant sont déterminés par le titre XIII du livre III du code civil ». Le titre XIII du livre III du code civil renvoie aux dispositions régissant le contrat de mandat.

40. S'il est chargé de vendre, le commissionnaire doit alors logiquement rechercher et trouver des acheteurs ; s'il est chargé d'acheter, il a pour mission de trouver des fournisseurs[66]. Le commissionnaire a des domaines d'intervention de plus en plus variés et son champ d'intervention devient davantage spécialisé.

A la différence de l'agent commercial, le commissionnaire agit sous son propre nom ou sous un nom social qui n'est pas celui de son commettant[67]. Par conséquent, il est personnellement engagé par son entremise, il est donc tenu de respecter les obligations découlant du contrat conclu avec le tiers cocontractant.

Le commissionnaire ne doit pas être confondu avec le courtier qui a pour seule mission de mettre en rapport deux personnes qui choisiront ou non de conclure par la suite un contrat duquel il demeure totalement étranger. Le courtier ne supporte donc pas les charges afférentes à celui-ci et ne représente pas les parties.

Le commissionnaire doit également être distingué de l'acheteur pour revendre. En effet, l'achat pour revente est une succession de deux contrats indépendants dans lesquels l'acheteur-revendeur agit en son nom et, contrairement au commissionnaire, pour son compte.

Un amalgame avec le mandataire peut être fait mais le commissionnaire doit en être dissocié. Le mandataire agit pour le compte d'autrui mais au nom d'autrui tandis que le commissionnaire agit en son nom. Enfin, le contrat de commission ne doit pas être confondu avec un autre contrat faisant intervenir un tiers opaque : le prête-nom, qui est assimilable à un mandat dissimulé, agit pour le

---

65 HUET (J.), DECOCQ (G .), GRIMALDI (C.) et LÉCUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 3ème éd., Paris, 2012, p.1012.

66 « Sa mission, à l'instar de l'agent commercial ou du V.R.P., sera de rechercher des clients dans le dessein de prendre les commandes pour les transmettre, dans un second temps, à la Direction de l'entreprise des produits confiés à la représentation », GRIGNON (P.), *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce,* th., préf. Didier FERRIER et Jean-Marc MOUSSERON, Litec, coll. Bib. dr. entr., Montpellier, 2000, p.208.

67 Article 1154 alinéa 2 nouveau du Code civil : « lorsque le représentant déclare agir pour le compte d'autrui mais contracte en son propre nom, il est seul engagé à l'égard du cocontractant ».

compte d'autrui en son propre nom mais, ne révélant pas agir au nom d'autrui, il est censé agir pour son propre compte.

41. Le commissionnaire semble donc partie à la fois au contrat qu'il conclut avec son commettant et au contrat qu'il conclut avec le tiers-contractant si on nie l'existence d'une représentation imparfaite et, par là même, l'existence d'un lien entre le commettant et le tiers-contractant. Pourtant il semble, selon nous, que le commissionnaire soit tiers à la relation qui se noue entre les deux parties au contrat principal.

Starck est le premier auteur à avoir défendu l'idée qu'il existe une relation directe entre le commettant et le tiers-contractant, reconnaissant ainsi à l'intervention du commettant agissant en son nom propre la nature de représentation imparfaite. Selon l'auteur, la commission a toujours pour effet une représentation qui serait soit parfaite soit imparfaite. Si le commissionnaire choisit d'agir au nom du commettant, il s'agit d'une représentation parfaite, s'il agit en son propre nom, c'est alors une représentation imparfaite, il est solidairement engagé avec le commettant à l'égard du tiers-contractant.

Starck estime que la représentation est possible malgré l'incertitude sur l'identité réelle de la personne du représenté. La force de la *contemplatio domini* est moins importante dans la représentation imparfaite que dans la représentation parfaite puisque dans le cas d'un contrat de commission, le commissionnaire est personnellement engagé par les actes qu'il conclut. Pour l'auteur, « agir en son nom propre c'est vouloir être partie au contrat, et agir pour le compte d'autrui, c'est le représenter [68]».

42. Cette question a divisé la doctrine comme le montre le rapport des Travaux de l'Association Henri Capitant lors de la journée de Leyde en 1949. En effet, Rouast estime que représentation et commission ne peuvent être assimilées : « il y a une différence essentielle avec la situation d'un représentant ; le commissionnaire […] s'oblige personnellement vis-à-vis des tiers avec lesquels il traite, tandis que le représentant ne s'oblige pas, et un lien n'est pas immédiatement crée au profit du commettant […], tandis qu'un lien juridique est immédiatement établi entre le représenté et le tiers avec lequel le représentant a traité [69]». Au contraire, le Doyen Ripert analyse le contrat de commission comme une forme de représentation : « le commissionnaire agit en son nom personnel,

68 STARCK (B.), « Les rapports du commentant et du commissionnaire avec les tiers », *in Le contrat de commission*, Etudes de droit commercial, sous la direction de J. HAMEL, Dalloz, Paris, 1949, p.157.

mais il agit pour autrui, il agit dans l'intérêt d'autrui. Or, si la représentation est caractérisée par ce fait que les effets de l'acte juridique passeront de la tête du commissionnaire sur celle du commettant, c'est bien ce qui se produit. […] il y a là une forme de la représentation qui n'est pas la forme du mandat mais qui est une forme particulière. Au point que l'on s'est demandé si elle était purement commerciale ou bien si […] il faut admettre une commission civile qui serait une forme de représentation analogue au mandat, mais qui ne serait pas le mandat [70]».

De même, quelques années plus tard, Franck Auckenthaler affirme que « le caractère occulte issu de la nature imparfaite de la représentation ne saurait donc avoir d'effet dans les relations entre le commettant et le commissionnaire. En effet, leurs relations juridiques sont celles d'un mandant et d'un mandataire, l'article 94 du c.com renvoyant aux art. 1984 et s. c.civ. La mise en œuvre de la notion de représentation fait que le lien juridique véritable et non apparent, unit directement le tiers contractant et le commettant [71]»[72].

43. En admettant donc que le commissionnaire représente le commettant lorsqu'il conclut l'acte juridique dont les effets sont transférés par la suite dans le patrimoine de ce dernier, on peut alors admettre que le commissionnaire est partie à l'acte principal (celui qu'il conclut en son nom avec le tiers-contractant) mais il devient tiers au lien qui se noue entre le commettant et le tiers-contractant puisque les effets du contrat seront supportés par le commettant. On peut donc admettre que le commissionnaire est un tiers prospecteur pour le compte de son commettant, endossant par la même occasion la qualité de partie à l'acte qu'il conclut en son nom avec le tiers-cocontractant. Cette double qualité emporte-t-elle des conséquences sur sa rémunération ?

44. Tout comme pour le courtier, la rémunération du commissionnaire va dépendre de la conclusion du contrat entre les deux parties qu'il a rapprochées. Justifiée par « la peine que se donne le commissionnaire pour « gérer » les affaires d'autrui, et dans l'économie de temps et d'argent que

69 ROUAST (A.), « La représentation dans les actes juridiques », rapport présenté aux journées de droit civil de la Haye et de Leyde, 1948, Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, Paris, 1949, p.114.

70 RIPERT (G.), « La représentation dans les actes juridiques », Discussions suivant le rapport présenté aux journées de droit civil de la Haye et de Leyde, 1948, Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, Paris, 1949, p.150-151.

71 AUCKENTHALER (F.), « Commettant, commissionnaire à la vente : détermination du véritable titulaire de la créance envers le tiers contractant », *D.*, 1998, chron. p.53.

72 Voir aussi : IZORCHE (M.-L.), « A propos du « mandat sans représentation », *D.* 1999, p.369 ; FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, LexisNexis, 7ème éd., Paris, coll. Manuels, 2014, p.123 et suivantes ; HUET (J.), DECOCQ (G .), GRIMALDI (C.) et LÉCUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, *op.cit.*, p.1010 et suivantes.

le commissionnaire procure à son commettant [73]», parce qu'en tant que tiers il ne doit tirer aucun profit de l'opération, la commission est due au commissionnaire « dès que le contrat commissionné a été conclu, en cas de commission de marchandises, ou le transport exécuté, en cas de commission de transport, et que le commettant a approuvé les comptes du commissionnaire[74]». Par conséquent, si le commissionnaire n'a pas exécuté sa mission et n'a pas réussi à conclure le contrat escompté, il ne pourra, sauf usage contraire ou fait du commettant, prétendre à aucune commission.
Dès lors que le contrat est conclu ou l'opération réalisée, le commissionnaire peut percevoir sa rémunération, peu important que le contrat soit exécuté ou non, exception faite des cas où le commissionnaire s'est porté ducroire[75]. Dans le cas où le commissionnaire n'aurait exécuté sa mission que partiellement, il n'est en droit de recevoir sa commission que proportionnellement à la partie exécutée selon la doctrine. Si toutefois, le contrat n'a pu être conclu par le fait du commissionnaire, celui-ci perd logiquement son droit à rémunération, sauf cas de force majeure. *A contrario*, le commissionnaire qui n'a fait aucune faute dans l'exercice de sa mission mais qui ne peut parvenir à conclure l'opération par la faute du commettant, est en droit de réclamer des dommages et intérêts.

45. Outre la prospection de clientèle par un commissionnaire, celle-ci peut s'opérer encore différemment par le biais d'un contrat de travail, que le tiers soit salarié de droit de commun ou bénéficie du statut de VRP.
Le critère déterminant qui sert d'appui à la qualification de contrat de travail est la subordination juridique depuis la définition donnée par la jurisprudence à l'occasion du célèbre arrêt « Société Générale » du 13 novembre 1996 qui énonce que « le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail accompli sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné [76]». Création prétorienne également, la notion d'intégration dans un service organisé est un autre indice permettant de retenir l'existence d'un contrat de travail[77].

46. S'appuyant sur ces critères, la Cour de cassation a jugé que n'était pas considérée comme

---

73 DUMONT (M.-P.), *L'opération de commission*, *op. cit*., p.190.

74 DUMONT (M.-P.), *L'opération de commission*, *op. cit*. p.200.

75 Sur la convention de ducroire, voir *infra* n°76 et suivants.

76 Cass. Soc. 13 novembre 1996, n°94-13.187, Bull. 1996, V, n° 386, p. 275 ; *JCP E*, 1997, p.24, J. BARTHÉLÉMY ; *DS* 1996, p.1067, J.-J. DUPEYROUX ; *RDSS*, 1997, p.847, J.-C. DOSDAT.

77 Cass. Ass. Plén. 18 juin 1976, n°74-11.210, Bull. Cass. Ass. Plén., n°9, p.13 ; *D*. 1977, 173, A. JEAMMAUD.

salariée, une personne exerçant son travail en toute indépendance, déterminant seule ses objectifs commerciaux. *A contrario*, est qualifié de salarié le négociateur immobilier dont l'employeur a mis à sa disposition un local afin qu'il reçoive ses clients, qui doit transmettre immédiatement les documents relatifs à sa mission et ne peut prendre d'engagement au nom de l'employeur[78] ou encore celui qui est tenu à une obligation quotidienne de rendre des comptes[79].
Est également considéré comme salarié, le gérant de succursale qui a pour responsabilité la gérance d'une succursale pour une entreprise « mère » qui souhaite étendre son implantation. Il se trouve alors soumis entièrement au droit du travail. Longtemps, les entreprises ont souhaité se soustraire aux règles du droit social en ayant recours au contrat de mandat mais la jurisprudence, influencée par la doctrine, est intervenue afin d'éviter que soient exclus de l'application des règles de droit du travail tous ceux qui répondaient à la qualification de salariés.

47. Soumis à régime spécial, un autre salarié est également chargé de prospecter la clientèle pour le compte d'un employeur : c'est le cas du Voyageur-Représentant-Placier (VRP).
Intervenant au nom et pour le compte d'un fournisseur, les VRP ont pour mission de rechercher une clientèle et de passer des commandes dans un secteur géographique ou auprès d'une catégorie de clientèle déterminée.

48. Le statut de VRP a été encadré par la loi du 18 juillet 1937[80], modifiée par celle du 7 mars 1957[81] ; le régime de ce salarié particulier, relevant de l'ordre public, est aujourd'hui codifié aux articles L.7311-1 et suivants du Code du travail.
Le VRP, dont les contours sont précisés à l'article L.7311-3 du Code du travail[82] est défini par la doctrine comme étant celui qui développe une activité « qui consiste, dans un premier temps, en une circulation à l'extérieur de l'entreprise pour prospecter, rechercher la clientèle et se poursuit, dans un deuxième temps, par la négociation d'une ou plusieurs affaires avec cette clientèle[83] ».
La mission première du VRP est donc la recherche de clientèle, cette activié est la condition de

78 Cass. Soc. 19 janvier 1983, n° 81-10.483, Bull. Soc., n°22.

79 Cass. Soc. 19 décembre 1978, n°77-10933, Bull. Soc., n°889, p.670.

80 Loi du 18 juillet 1937 relative au statut légal des VRP, JORF 20 juillet 1937, p.8162.

81 Loi n°57-277 du 7 mars 1957 précisant le statut professionnel des voyageurs, representants et placiers, JORF du 8 mars 1957, p.2563.

82 L'article L.7311-3 du Code du travail : « toute personne qui : 1° Travaille pour le compte d'un ou plusieurs employeurs ; 2° Exerce en fait d'une façon exclusive et constante une profession de représentant ; 3° Ne fait aucune opération commerciale pour son compte personnel ; 4° Est liée à l'employeur par des engagements déterminant : a) La nature des prestations de services ou des marchandises offertes à la vente ou à l'achat ; b) La région dans laquelle il exerce son activité ou les catégories de clients qu'il est chargé de visiter ; c) Le taux des rémunérations ».

l'obtention de la qualité de VRP comme le confirme l'étude de la jurisprudence. A ainsi été jugé, à titre d'illustration, qu'un salarié chargé de recruter des agents sans chercher à prendre des ordres ne pouvait être qualifié de VRP et donc bénéficier d'une indemnité de clientèle[84] ; de même, un salarié dont la fonction « était limitee à visiter des clients et à leur faire valoir les services que pourrait leur rendre l'agence de publicité, sans qu'il ait lui-même à conclure aucun contrat et qu'ainsi il n'avait pas exercé l'activité essentielle du représentant statutaire qui consiste à prendre et à transmettre des ordres [85]» ne pouvait être considéré comme VRP ; enfin, l'attaché commercial qui se rend auprès des seuls clients ayant répondu favorablement à des publicités envoyées par la voie de mailing ne peut prétendre à la qualité de VRP[86]. Si la prospection de clientèle est donc une condition de reconnaissance de la qualification de VRP, la prospection d'un seul client peut suffire comme l'a rappelé la Cour de cassation dans l'arrêt du 5 mai 1977[87].

49. Dans sa mission de prospection, contrairement aux autres agents commerciaux, le VRP ne peut engager du personnel pour l'aider dans sa recherche, il doit réaliser cette dernière en personne[88]. Cette recherche doit s'effectuer hors des locaux de l'entreprise et se concrétiser par l'exercice de tournée de clientèles[89].

50. Enfin, le VRP doit jouir d'une certaine autonomie dans sa recherche de clients, ce qui le distingue du salarié de droit commun. En cela, il n'existe pas de « lien étroit de subordination[90] ». En raison de son activité itinérante, le VRP n'est donc pas soumis aux règles régissant le durée du travail (il ne peut réclamer le paiement d'heures supplémentaires), ni au salaire minimum de croissance.

---

83 De Theux (A.), *Le droit de la représentation commerciale. Étude comparative et critique du statut des représentants salariés et des agents commerciaux, Allemagne, Belgique, France, Italie, Pays-Bas, Luxembourg*, Tome I, C.I.DC., Bruxelles Centre interuniversitaire de droit comparé, Bruxelles, 1975, n°68, p.105.

84 Cass. Soc., 1er février 1978, n°77-40.124, Bull. Soc., n°81, p.60.

85 Cass. Soc., 8 juillet 1976, n°75-40.434, Bull. Soc., n°436, p.360.

86 Cass. Soc. 15 mars 2006, n°04-40.541, inédit.

87 Cass. Soc. 5 mai 1977, n°76-40.640, Bull. Soc., n°306, p.242.

88 Cass. Soc., 17 octobre 2000, n°98-43.474, Inédit.

89 Ainsi n'est pas reconnu comme VRP le salarié qui exercait ses fonctions à l'intérieur de l'entreprise selon un horaire fixe et ne travaillait à l'extérieur que pour y visiter les clients qui lui avaient été indiqués par son employeur : Cass. Soc. 20 mai 1966, Bull. Soc. n°479.

90 Grignon (P.), « VRP (Voyageurs, Représentant, Placiers) », *Rép. Dal. Com*., 2015, n°33.

51. Une fois que le VRP a trouvé un potentiel client, un autre travail s'annonce : « une fois le client éventuel découvert, un travail de persuasion commence. Il s'agit de le convaincre de l'utilité marginale du produit proposé ; de l'inciter à conclure le marché en stimulant ou créant son désir. Les modalités de l'opération future sont débattues. Le cas échéant, un devis est dressé. La commande obtenue est enregistrée…[91] ». Ainsi, selon la Cour de cassation, le salarié qui « ne travaill[e] pas sur un secteur géographique déterminé, ne pren[d] pas des ordres, exerç[e] en partie des tâches administratives et n'[a] pas développé une clientèle personnelle [92]» ne peut être reconnu comme VRP.

52. Le VRP, tout comme le salarié de droit commun sont tous deux liés à leur employeur par un lien de subordination (même si ce lien de subordination est davantage distendu concernant le VRP), critère important du contrat de travail. Sont-ils réellement tiers au contrat qui se noue entre le client et l'entreprise pour laquelle ils travaillent ou font-ils partie intégrante de celle-ci, l'entreprise pouvant être perçue comme un « tout », ses salariés ne pouvant en être détachés ? Le salarié est-il le représentant de son employeur ou simplement un des membres de la masse salariale avec laquelle l'entreprise ne fait qu'une.

53. La doctrine s'est demandée si le salarié d'une entreprise représente celle-ci lorsqu'il vend un produit à un client : « quand M. Rouast définit l'étendue de la représentation, il a dit tout d'abord qu'il faut distinguer avec soin ceux qui sont les commis, les préposés, de ceux qui sont les représentants. Théoriquement la distinction est parfaitement exacte, pratiquement elle est très difficile. Vous dites qu'un employé de commerce, un commis, dans une boutique, par exemple, est un employé, qu'il n'est pas un représentant. Pourtant, s'il vend des marchandises aux clients, au nom de qui les vend-il ? Au nom du patron, du commerçant.[93] ». Rouast, répondant à Ripert, estime que le contrat qui lie le salarié avec son employeur est un contrat mixte : il serait à la fois salarié et représentant. Plus récemment, un auteur affirme également que beaucoup de salariés ont une mission de représentation[94].

---

91 De Theux (A.), *Le droit de la représentation commerciale. Étude comparative et critique du statut des représentants salariés et des agents commerciaux*, Tome I, 1975, Centre interuniversitaire de droit comparé, Bruxelles, n°68, p.105.

92 Cass. Soc., 18 octobre 2006, n°04-48.025, Bull. Soc., 2006, V, n°308, p.294 ; *RDBF*, 2006, p.33, E. A. Caprioli ; *Gaz. Pal*., 2007, p.37, S. Hadjali et C. Fagot.

93 Ripert (G.), « La représentation dans les actes juridiques », Discussions suivant le rapport présenté aux journées de droit civil de la Haye et de Leyde, 1948, Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, Paris, 1949, p.150.

54. Est-il possible d'envisager de la représentation lorsqu'il est question de contrat de travail ? Le salarié n'agit-il pas au nom et pour le compte de son employeur tout comme le mandataire ? Bien que l'existence d'un lien de subordination dans le contrat de travail puisse permettre de distinguer ce dernier du mandat (il est *a priori* improbable de voir un quelconque lien de subordination dans un contrat de mandat), ces deux contrats semblent en réalité très proches[95]. Si le lien de subordination se caractérise par « l'exécution d'un travail accompli sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné [96]», n'est-il pas de même s'agissant le cadre du mandat ?

Le mandataire peut être amené à agir selon les instructions données par le mandant de manière impérative[97]. De plus, le mandataire a une obligation de reddition des comptes selon l'article 1993 du Code civil : le mandant exerce un pouvoir de contrôle sur lui à cette occasion. Et enfin, le mandataire peut être révoqué à tout moment, ce qui constitue en soit un pouvoir de sanction du mandant[98], assimilable à celui de l'employeur dans le cadre d'un licenciement.
Le critère du lien de subordination n'étant pas convaincant pour distinguer mandat et contrat de travail, le Professeur Nicolas Dissaux propose alors de chercher au-delà de la subordination et de prendre en compte l'objet du contrat de travail soit « le fait de mettre sa force de travail au service de l'employeur, c'est-à-dire abdiquer sa liberté d'entreprendre pour l'activité considérée [99]».

Il n'est donc pas impossible de constater une proximité entre contrat de travail et représentation : le VRP en est une bonne illustration. Cette catégorie de salariés particuliers seraient mandataires de leur employeur mais, pour des raisons sociales, l'encadrement de leur mission par un contrat de travail leur serait plus favorable : « on est donc en présence d'un phénomène d'absorption légale par le contrat de travail d'une activité de représentation [100]».

---

94 « De nombreux salariés ont le pouvoir de représenter leur employeur (ne serait-ce que le vendeur d'une boutique qui a bien le pouvoir de conclure une vente, dont c'est même l'objet du travail) » : DISSAUX (N.), « Mandat et contrat de travail » *in* DISSAUX (N.) (dir.), *Le mandat, un contrat en crise ?*, Economica, Paris, 2011, p.53.

95 L'agent commercial qui représente une entreprise en tant que mandataire en vue de vendre ses produits a une mission presque identique que le VRP, salarié, qui démarche une clientèle pour le compte d'un employeur.

96 Cass. Soc. 13 novembre 1996, n°94-13.187, précité.

97 L'employeur définit le secteur géographique ou la catégorie de clientèle pour lesquels le VRP exercera sa mission.

98 DISSAUX (N.), « Mandat et contrat de travail » *in* DISSAUX (N.) (dir.), *Le mandat, un contrat en crise ?*, Economica, Paris, 2011, p.55.

99 DISSAUX (N.), « Mandat et contrat de travail », *op.cit*., p.58.

100 TOMASIN (D.), « Mandat et contrat de travail » *in Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presses de l'Université des sciences sociales, Toulouse, 2002, p.212-213.

Il est donc concevable de reconnaître une forme de représentation dans le contrat de travail si toutefois l'activité ne se fait pas de manière totalement indépendante. Dès lors que le salarié devient indépendant et libre, il revêt la qualité de mandataire[101]. Il existerait une sorte de « combinaison » entre la représentation et le contrat de travail comme le suggèrent des auteurs[102]. En réalité, contrat de travail et représentation peuvent parfaitement se combiner de telle sorte qu'un salarié peut être le représentant de son employeur[103]. Le pouvoir de représentation trouverait sa source dans le contrat de travail, le salarié est alors habilité à négocier et conclure des contrats au nom de l'entreprise [104]. L'illustration la plus parlante d'une dilution du mandatement dans le contrat de travail (et réciproquement) est celle du mandataire social : à la fois mandataire social et salarié d'une même entreprise.

55. La distinction entre représentation et contrat de travail semble assez simple : le salarié est soumis à un lien de subordination alors que le représentant est, au contraire, indépendant. Cependant, cette distinction est bien délicate selon nous. Le flou de la frontière entre les deux notions tient au fait que le salarié conclut des actes juridiques au nom et pour le compte de l'entreprise. En ce sens, il représente son entreprise.

Si le salarié est un représentant de l'employeur, il est alors possible d'admettre qu'il est un tiers représentant à qui est donné un pouvoir de rechercher un contractant ou de négocier avec un client et par la suite, tiers au contrat dont il permet la conclusion puisque le contrat est conclu entre l'enseigne qu'il représente et le client qu'il a prospecté ou conseillé.

56. En matière de rémunération, le salarié bénéficie en principe d'un rémunération mensuelle. Afin de mieux « mobiliser les cerveaux [105]», l'employeur peut insérer au contrat de travail une clause d'objectifs[106] ou de résultats que ceux-ci devront atteindre moyennant une contrepartie financière. Il appartient au juge d'apprécier la faisabilité des objectifs à atteindre et la responsabilité

---

101 « Ce n'est donc pas tant parce que la loi présume le lien de subordination mais parce que le mandataire ne revendique pas son indépendance et sa liberté que joue l'article L.751-1 [modifié et codifié à l'article L.7311-3 du même code]du code du travail », TOMASIN (D.), « Mandat et contrat de travail », *op. cit.*, p.213.

102 HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LÉCUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, p.1007.

103 HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LÉCUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux, op.cit.*, p.1006.

104 CAMERLYNCK (G.H.), *Le contrat de travail*, t.1, 2ème éd., Dalloz, 1988, p.31.

105 LYON-CAEN (A.), « Actualité du droit du travail, brefs propos », *DS,* 1988, p. 542.

du salarié[107]. Dès lors qu'une clause d'objectifs est incluse dans son contrat de travail, il a un intérêt commun à l'entreprise quant à la conclusion de contrats avec la clientèle. Le même constat peut être fait pour le Voyageur Représentant Placier. Même si le Code du travail est silencieux sur ce point et sauf stipulation contraire, la commission est due au VRP dès lors que l'ordre transmis est accepté par l'employeur. Il importe peu que celui-ci soit décommandé suite à un retard de livraison des marchandises[108].

57. Enfin, l'article L.7311-3, 4° du Code du travail impose aux parties de déterminer le taux de rémunération du VRP. Ce taux de rémunération est laissé à la discrétion des parties et peut se décliner sous trois formes : le VRP peut percevoir une rémunération fixe, une commission ou encore un traitement liant ces deux formules. Le type de traitement le plus fréquemment utilisé reste néanmoins le choix d'une rémunération fixe à laquelle s'ajoutent des commissions. Le contrat de VRP étant soumis au régime du droit du travail, la rémunération de celui-ci étant un élément fondamental du contrat de travail, cette dernière ne peut être modifiée sans l'accord du VRP même si elle s'avérait plus favorable pour ce dernier.

58. Si le contrat de courtage ne permet au tiers intermédiaire que d'intervenir pour négocier le contrat sans le conclure, le tiers commissionnaire et le tiers salarié peuvent négocier et conclure le contrat pour le compte de l'entreprise. Il est néanmoins nécessaire de souligner que cette distinction présente des limites révélées par l'analyse du statut d'agent commercial.

C- LES LIMITES DE LA DISTINCTION : LE TIERS INTERMÉDIAIRE AGENT COMMERCIAL

59. Afin de gérer au mieux la distribution de leurs biens ou services, des fournisseurs choisissent d'utiliser diverses figures contractuelles selon les situations. Le contrat de mandat, est à ce titre, une des techniques contractuelles la plus utilisée dans le domaine de la distribution.

---

106 L'insertion d'une clause d'objectifs dans un contrat de travail concerne davantage les salariés ayant d'importantes responsabilités ou une plus large indépendance. Voir notamment sur ce sujet : WAQUET (P.), « Les objectifs », *DS*, 2001, p.120 ; ANTONMATTÉI (P.-H.), « Clauses d'objectifs », *Dr. et Pat.*, 2001, p.118 ; « Salaire et performance du salarié », *RF social*, 2014, p.29 ; FAVENNEC-HÉRY (F.) et VERKINDT (P.-Y.), *Droit du travail*, LGDJ, 5ème éd., 2016, p. 382, n°353.

107 Cass. Soc. 13 mars 2001, n°99-41.812, Bull. Soc. 2001, V, n°86, p.66 ; Cass. Soc., 18 juillet 2000, n° 98-41.222, Bull. 2000, V, n°288 p. 228 ; *DS*, 2000, p.1021, C.RADÉ ; Cass. Soc. 24 juin 2003, n° 01-41.921, inédit.

108 Cass. Soc. 8 juin 1966, JurisData n°1966-098558.

Le législateur, soucieux d'encadrer l'activité commerciale a défini le statut d'agent commercial comme étant « un mandataire qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services est chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux. Il peut être une personne physique ou une personne morale [109]».

60. L'agent commercial, agissant de manière indépendante[110] et permanente, est l'archétype même du mandataire d'intérêt commun[111], ce que rappelle l'article L.134-4 du Code de commerce. Pour qualifier un mandat d'intérêt commun, il est nécessaire de déterminer l'intérêt du mandataire, celui du mandant étant inhérent au contrat même de mandat : « il est nécessaire que le mandataire ait un intérêt dans la réalisation même de l'objet du mandat [112]». Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation a rappelé à cet effet que « la réalisation de l'objet du mandat présentait [pour les deux parties] l'intérêt d'un essor de l'entreprise par création et développement de la clientèle [113]».

61. Le mandat d'intérêt commun ne peut être révoqué librement : seul le consentement des deux parties ou une cause légitime reconnue judiciairement ou encore en vertu de clauses annexées au contrat permettent de révoquer le mandat. Le mandat est d'intérêt commun, notamment lorsqu'il a pour objet la prospection, la création ou le développement d'une clientèle[114]. La prospection est d'ailleurs ce qui constitue un élément majeur de l'activité de l'agent commercial, elle doit être

---

109 Article L.134-1 du Code de commerce qui fait suite à la codification de la loi n°91-593 du 25 juin 1991relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants, JORF n°148, 27 juin 1991, p. 8271.

110 La doctrine a affirmé à de nombreuses reprises l'indépendance de l'agent commercial : DISSAUX (N.), « Agent commercial », *JCl. Com*., fasc. 324, 2014, n°21 ; HANINE-ROUSSEL (J.-J.), « Agents commerciaux – Qualité d'agent », *JCl. Contr. Distrib.*, fasc. 3490, 2016, n°19 ; La jurisprudence a également affirmé l'indépendance de ce tiers : Cass. Com. 10 décembre 2003, n°01-11.923, Bull. 2003, IV, n°198, p.220 : « Mme X... Y... n'exerce pas ses activités de manière indépendante, [...] Mme X... Y... ne pouvait prétendre bénéficier du statut d'agent commercial » ; *CCC*, 2004, p., L. LEVENEUR ; *Rev. Lamy Dr. Civ*., 2004, p.9, S. DOIREAU.

111 Voir à ce sujet FOURNIER (F.), *L'agence commerciale. Dix ans après la mise en vigueur du nouveau statut*, th., préf. D. FERRIER, Litec, coll. Bib. dr. entr., Montpellier, 2005, 382p. ; HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LÉCUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, *op.cit.*, p.1154 et suivantes ; BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ-Lextenso, 11ème éd., Issy-les-Moulineaux, 2015, p.487.

112 COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, Paris, 10ème éd., 2015, p.597.

113 Cass. Com. 8 octobre 1969, n°68-11.482, Bull. n°284.

114 HANINE-ROUSSEL (J.-J.), « Agents commerciaux. Qualité d'agent », *JCl. Contr. Distrib.*, fasc. 3490, 2016, n°17 : « La création, le maintien, voire le développement de la clientèle constituent par excellence, le but que tout agent se doit d'atteindre ».

considérée comme une condition *sine qua non* de l'application du statut d'agent commercial[115].
La prospection de clientèle oblige l'agent à adopter une attitude de recherche active de potentiels clients sur le « terrain » : « la projection de la devanture de l'entreprise nécessite, par conséquent, que le représentant de commerce et l'agent remplissent ce rôle de chaînon entre l'entreprise et la clientèle ce qui suppose, de leur part, l'accomplissement de tournées [116]». Il a pour mission de susciter l'intérêt de futurs clients, en louant les produits de son mandant en ciblant une clientèle susceptible d'être intéressée, quitte à créer de nouveaux besoins. L'agent commercial est doté d'un pouvoir de négociation pour accomplir ses missions, ce pouvoir de négociation fait l'objet de débats doctrinaux et jurisprudentiels.

62. Parce que l'agent commercial a un pouvoir de négociation et *éventuellement* de conclusion d'actes juridiques au nom et pour le compte du mandant, la notion de contrat de mandat pour qualifier l'activité de l'agent commercial a longtemps suscité et suscite encore de nombreux débats doctrinaux. Certains auteurs[117] ont préféré la qualification de contrat d'entreprise ou encore de contrat *sui generis* : en effet, la prospection de clientèle et la négociation sont au cœur de la mission de l'agent, la conclusion d'actes juridiques en est l'accessoire. En optant pour la terminologie de contrat de mandat dans l'article 1er de la loi de 1991 puis l'article L.134-1 du code de commerce, le législateur a souhaité encadrer semble-t-il l'activité de l'agent qui négocie les contrats et ne les conclut pas au nom de son mandant. Sans cette qualification légale, il aurait sans doute été plus adéquat de parler de contrat d'entreprise ou de courtage comme le suggère le Professeur Philippe Pétel : « le législateur a consacré cette confusion en utilisant les mots de « mandat » et de « mandataire » à propos de deux intermédiaires qui ne sont souvent que des courtiers : (…) La loi du 25 juin 1991 définit l'agent commercial comme le " *mandataire qui, à titre de profession indépendante...est chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats* " (art. 1er) ; or l'agent commercial qui ne dispose pas de ce pouvoir éventuel de conclure n'est pas, à proprement parler, un mandataire[118] ».

---

115 « Dans le cadre de la promotion et de la négociation, l'agent ne se met en rapport qu'avec des prospects, c'est-à-dire avec des clients potentiels. Il ne fait que préparer le terrain où devra ensuite intervenir le mandant qui recevra les commandes », FOURNIER (F.), *L'agence commerciale. Dix ans après la mise en vigueur du nouveau statut*, th., préf. D. FERRIER, Litec, coll. Bib. dr entr., Montpellier, 2005, p.108.

116 GRIGNON (P.), *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, th., préf. D. FERRIER et J.-M. MOUSSERON, Litec, coll. Bib. dr entr., Montpellier, 2000, p.202.

117 Avant l'entrée en vigueur de la loi de 1991, Jean-Jacques Hanine-Roussel et Jean Catoni avaient opté pour la dénomination de contrat *sui generis* ; Chrystel Diloy et Serge Mégnin, contestant la qualification choisie par le législateur dans l'article L.134-1 du code de commerce, qualifient le contrat d'agence de contrat d'entreprise.

118 PÉTEL (P.), *Le contrat de mandat*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, Paris, 1994, p.10-11.

63. L'agent commercial, s'il n'est pas mandaté pour conclure des contrats, doit à tout le moins, prospecter, créer et développer une clientèle pour le mandant ce qui ne constitue pas en soit un acte juridique. C'est pourquoi, il semblerait que le simple pouvoir de négociation de l'agent commercial l'éloigne du statut de mandataire. Au contraire, pour un autre auteur[119], la démarche de négociation est déjà un acte juridique : « négocier, c'est-à-dire faire ou solliciter une offre, est un acte juridique accompli au nom et pour le compte du mandant ». Ces deux approches divergentes de la notion de négociation peuvent toutes deux se justifier : si la négociation, de la recherche d'un cocontractant à la stratégie de conviction de ce dernier, a pour seul but d'amener le mandant et le futur client à contracter, soit à la réalisation d'un acte juridique, la phase précédant la prospection n'entre pas dans le champ d'application du contrat de mandat puisqu'elle ne constitue pas en soi la réalisation d'un acte juridique. L'agent commercial revêt *in fine* la qualité de mandataire au moment de la formalisation d'une intention de contracter du mandant et du cocontractant.

64. Par ailleurs, plusieurs arrêts récents de la Cour de cassation ont redéfini la notion de négociation à la charge de l'agent commercial : la chambre commerciale de la Cour de cassation le 15 janvier 2008[120] notamment a refusé la qualité d'agent commercial à un distributeur d'abonnements de téléphonie mobile n'ayant pas de pouvoir de négociation. En l'espèce, la société SFR avait conclu un « contrat partenaire » avec un distributeur d'abonnements pour deux ans avec tacite reconduction. La société SFR a souhaité au bout de plusieurs années ne plus reconduire le contrat. Le distributeur a alors demandé une indemnité en se fondant sur son statut d'agence commerciale et sur l'existence d'un mandat d'intérêt commun.
La chambre commerciale de la Cour de cassation rejette ces deux qualifications aux motifs que le distributeur n'avait aucun pouvoir de négociation puisqu'il ne pouvait « apporter aucune modification, de quelque nature que ce soit, aux tarifs et conditions fixés par la société SFR pour la souscription des abonnements aux services » et de représentation au nom et pour le compte de la société SFR. La Cour de cassation vient donc encadrer et déterminer le contenu de la notion de négociation : le pouvoir de négociation s'accompagne du pouvoir de modifier le contenu du contrat. Comme le distributeur ne pouvait modifier les clauses du contrat qu'il proposait, il n'était pas en mesure de négocier celui-ci, la qualification d'agent commercial devait donc lui être refusée selon la

119 LELOUP (J.-M.), « La directive européenne sur les agents commerciaux », *JCP E*, 1987, 15024, n°10.

120 Cass.com. 15 janvier 2008, n°06-14.098, Bull. 2008, IV, n°4. Voir notamment : DISSAUX (N.), « En l'absence de pouvoir de négociation du contrat, le distributeur d'abonnements de téléphonie mobile ne bénéficie pas du statut d'agent commercial », *JCP G*, 2008, p.44-46 ; BOULOC (B.), « Agent commercial. statut égal. Exclusion », *RTD Com*, 2008, p.616 ; SAINTOUREINS (B.), « Le distributeur d'abonnements de téléphonie mobile ne relève pas du statut des agents commerciaux », *RTD Com*, 2008, p.495-496.

Haute juridiction.
De même, la Cour de cassation a pu juger que la possibilité pour l'agent commercial d'offrir des prestations aux clients n'est pas constitutif d'un pouvoir de négocier des contrats au nom et pour le compte du mandant dès lors que les prix et conditions de vente sont fixés par l'entreprise et que l'agent ne peut accorder de remise[121].

C'est une définition très stricte du pouvoir de négociation que retient la jurisprudence en défaveur de l'intermédiaire prospecteur. Mais en substance, le tiers prospecteur afin d'être reconnu agent commercial, doit exercer son activité en toute indépendance, de manière permanente, en négociant et, de manière subsidiaire, en concluant des contrats au nom et pour le compte de son mandant. A défaut de quoi il ne peut lui être reconnue la qualité d'agent commercial.

65. Enfin, l'attribution de la commission de l'agent commercial dépend également de la conclusion du contrat final comme le sous-entend l'article L.134-6 du Code de commerce : « pour toute opération commerciale conclue pendant la durée du contrat d'agence l'agent commercial a droit à la commission définie à l'article L 134-5 lorsqu'elle a été conclue grâce à son intervention ou lorsque l'opération a été conclue avec un tiers dont il a obtenu antérieurement la clientèle pour des opérations du même genre. Lorsqu'il est chargé d'un secteur géographique ou d'un groupe de personnes déterminé, l'agent commercial a également droit à la commission pour toute opération conclue pendant la durée du contrat d'agence avec une personne appartenant à ce secteur ou à ce groupe ». La lecture de l'article L.134-6 du Code de commerce permet donc de confirmer que l'agent commercial peut percevoir sa commission à condition qu'une opération ait été conclue. Seul un cas de force majeure peut justifier que la commission ne soit pas remise à l'agent commercial. 1es parties peuvent choisir de prévoir les modalités du commissionnement de l'agent de manière déterminée ou déterminable. Le taux de commission sera alors fixe ou variable selon le choix des parties au regard du prix du contrat conclu. Un taux flexible permettra d'optimiser l'action commerciale[122].

66. L'étude du statut d'agent commercial montre ici les limites de la distinction entre les intermédiaires qui négocient et ceux qui négocient et concluent pour le compte d'un donneur d'ordre, commettant ou employeur. En effet, si l'agent commercial correspond bien au statut de tiers intermédiaire chargé de rapprocher les contractants dont la rémunération dépend de la conclusion

121Cass. Com. 20 janvier 2015, n°13-24.231, inédit.

122 FOURNIER (F.), *L'agence commerciale*, *op. cit*., p.343.

du contrat final, sa mission hybride rend poreuse la frontière établie entre les deux types d'intermédiation.

67. Qu'il intervienne pour négocier le contrat ou le négocier et le conclure, l'intermédiaire conserve sa qualité de tiers au contrat dont il a favorisé la conclusion. Cette qualité de tiers de l'intermédiaire chargé de rechercher un contractant emporte une exonération de responsabilité.

II- LA RESPONSABILITÉ DU TIERS CHARGÉ DE RECHERCHER UN CONTRACTANT

68. La responsabilité du tiers intermédiaire doit être recherchée selon son implication dans la conclusion du contrat. Par conséquent, puisque l'intermédiaire chargé de rechercher un contractant est tiers au contrat qui se noue entre les parties qu'il a aidé à mettre en relation, il ne peut être responsable en cas de non-conclusion ou d'inexécution du contrat principal (A) excepté dans les cas où il s'est porté ducroire (B).

A- L'IRRESPONSABILITÉ DU TIERS INTERMÉDIAIRE EN CAS DE NON-CONCLUSION OU D'INEXÉCUTION DU CONTRAT PRINCIPAL

69. Selon le Professeur Philippe Pétel, « parce qu'il est un intermédiaire, le mandataire s'efface une fois sa mission accomplie, comme disparaît " un échafaudage devenu inutile ". Seul son donneur d'ordre a droit aux bénéfices de l'opération accomplie et seul il en supporte les charges et les risques [123]». Ce constat se vérifie également pour les autres tiers intermédiaires. Parce qu'il est tiers au contrat final, l'entremetteur n'en retire pas les bénéfices mais ne doit pas non plus être responsable de son inexécution ou de sa mauvaise exécution.

70. Cela semble tout à fait vérifié pour les courtiers, pour qui la jurisprudence constante estime que, « se bornant à mettre les parties en rapport pour la conclusion d'un contrat qui se forme directement entre elles, ils ne sauraient être rendus responsables des suites et de l'exécution de ce contrat [124]». Le courtier dont la fonction est de rapprocher les parties, de les mettre en relation, parce qu'il est tiers, ne saurait être tenu responsable d'une inexécution ou d'une mauvaise exécution du

123 PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, th., *op.cit*., p. 161.

124 C.A. Lyon, 4 mai 1936, Recueil des sommaires de la jurisprudence française, 1936, n° 1414, p. 293, cité par DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire*, *op. cit.,* p. 527.

contrat final sauf faute particulière de ce dernier. C'est ce qu'a rappelé très tôt la jurisprudence dans un arrêt rendu le 17 décembre 1929 par la Chambre des requêtes de la Cour de cassation selon lequel « est également légalement justifiée la décision qui, par une appréciation souveraine des circonstances de la cause et de la commune intention des parties, déclare que l'intermédiaire n'ayant agi dans l'affaire qu'en qualité de courtier ne pouvait être rendu responsable de la conclusion ou de l'inexécution des marchés simplement proposés par lui mais uniquement des fautes qu'il aurait commises au préjudice de ceux auxquels il avait servi d'intermédiaire et que ce n'était nullement de sa faute si le contrat ne s'était pas formé entre l'acheteur et le vendeur [125]». Ainsi, aucun recours n'est possible contre le courtier lorsque la marchandise livrée n'est pas dans l'état requis ou lorsqu'une des parties au contrat final n'est pas solvable en application de cette jurisprudence.

71. Cette absence de responsabilité peut connaître des exceptions et celle-ci peut être engagée si le courtier a commis une faute dans l'exercice de sa mission. C'est notamment ce que précise un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation daté du 17 novembre 1903[126] selon lequel « il est constaté, en fait, par l'arrêt attaqué, que la non-réalisation du marché intervenu entre le défendeur éventuel et son acheteur, par l'intermédiaire du courtier en marchandises, demandeur au pourvoi, était due à la faute lourde qu'a commise ce dernier, en négligeant, malgré la mise en demeure dont il était l'objet, de faire cesser la confusion à laquelle donnait lieu l'interprétation de l'une des clauses du contrat dont il avait rédigé les termes ; qu'en le déclarant, par suite, responsable de ce défaut de réalisation et en le condamnant à payer au vendeur, à titre de dommages intérêts, une somme égale à la différence des cours, les juges du fond n'ont fait qu'user de leur pouvoir souverain d'appréciation qui leur appartenait et ont donné une base légale à leur décision régulièrement motivée qui n'a, dès lors, violé ni textes de loi, ni les principes visés au moyen ».

72. Comme cela a déjà été mentionné, le courtier comme l'agent immobilier n'ont qu'une obligation de moyen. L'agent immobilier est souvent mandaté pour une fonction d'entremise et non dans le but de se substituer au mandant pour conclure la vente. Si par cas, l'agent immobilier a le pouvoir d'engager le processus de conclusion du marché, il a alors une obligation de résultat.

La responsabilité de l'agent immobilier sera retenue lors d'un manquement à ses obligations contractuelles et à son devoir de conseil. Toutefois, la Cour de cassation a estimé que le tiers entremetteur peut être exonéré de responsabilité lorsque le mandataire est un professionnel pouvant

125 Cass. Req., 17 décembre 1929 cité par Devésa (P.), *L'opération de courtage*, *op. cit*., p. 381-382.

126 Cass. Req., 17 novembre 1903 cité par Devésa (P.), *L'opération de courtage*, *op. cit*., p. 384-385.

se procurer le conseil par lui-même ou lorsque le vendeur commet un dol[127].
Il peut également être retenu une responsabilité délictuelle de l'agent immobilier en faveur du tiers-cocontractant lorsqu'il agit en dépassement de ses pouvoirs par exemple.
Pour le cas de l'agent immobilier comme pour celui du courtier, retenir une responsabilité contractuelle de ces derniers est logique puisqu'elle découle de leur statut de partie au contrat de courtage ou de mandat. Mais comme ils sont tiers au contrat final, en tant que prospecteurs, il ne peut être retenu qu'une responsabilité délictuelle en cas de faute de leur part, la nature de la responsabilité étant le reflet de leur extériorité au dit contrat.

73. La responsabilité du commissionnaire dans un contrat de commission ne semble pas poser de difficulté *a priori* puisque, suivant la doctrine et la jurisprudence, le commissionnaire est responsable personnellement envers le contractant avec lequel il traite en son nom pour le compte du commettant. Pourtant, si nous soutenons que le commissionnaire est un tiers au contrat final dont les bénéfices seront transférés sur la tête du commettant, le tiers entremetteur ne devrait pas supporter la responsabilité d'une éventuelle défaillance du commettant. Or, en l'état actuel du droit, le commissionnaire « demeure en principe seul tenu à l'égard de l'acheteur [128]» mais pourra se retourner contre le commettant. Mais en admettant qu'il existe une relation contractuelle entre le commettant et l'acheteur, le tiers entremetteur est exonéré de responsabilité, et l'acheteur peut alors agir directement contre le commettant[129].

74. Par ailleurs, l'exonération de responsabilité du tiers prospecteur se traduit par un remboursement des frais que le tiers a pu supporter au cours de sa mission. Puisqu'il agit pour le compte d'autrui, le tiers entremetteur ne tire aucun bénéfice du contrat conclu grâce à son entremise, et ne doit pas également prendre en charge la dépense de frais qui y ont participé.
Cette règle généralement applicable à tous les tiers intermédiaires tire sa source de l'article 1999[130] du Code civil : au delà de la rémunération, le mandant, donneur d'ordres, commettant a le devoir de rembourser le tiers auquel il a fait appel pour les frais que celui-ci a du débourser même en cas

---

127 Cass. Civ. 3ème, 25 mai 2004, n°03-12.169, inédit.

128 FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, *op. cit.*, p.131.

129 STARCK (B.), « Les rapports du commettant et du commissionnaire avec le tiers », *in Le contrat de commission*, J. HAMEL (dir.), Dalloz, 1949, p.166.

130 « Le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat, et lui payer ses salaires lorsqu'il en a été promis. S'il n'y a aucune faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de faire ces remboursements et paiement, lors même que l'affaire n'aurait pas réussi, ni faire réduire le montant des frais et avances sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres ».

d'inexécution du contrat final.
Même si l'article 1999 du Code civil s'applique avant tout au contrat de mandat, cette obligation de remboursement peut s'appliquer à tous les intermédiaires, quand bien même ils n'auraient pas participer directement à la conclusion du contrat final[131] comme le courtier par exemple. C'est alors aux parties de prévoir contractuellement que le remboursement ne sera pas effectué.
Ce n'est toutefois pas l'analyse adoptée par Monsieur Devésa pour qui le courtier n'est pas un mandataire : lorsque le contrat final pour lequel le courtier est intervenu n'est pas exécuté, ce dernier ne peut prétendre à une rémunération. Par là même, puisque le donneur d'ordres n'est pas satisfait, il n'est pas dans l'obligation de lui rembourser les frais qu'il a dépensé alors que sa mission se solde par un échec.

75. Si le tiers ne supporte pas de responsabilité en cas non-conclusion ou d'inexécution du contrat principal, sa responsabilité peut être retenue s'il s'est porté ducroire au contrat principal.

B- LA CLAUSE DE DUCROIRE COMME EXCEPTION À L'EXONÉRATION DE RESPONSABILITÉ DU TIERS ENTREMETTEUR

76. Le principe d'exonération de responsabilité du tiers entremetteur connaît deux exceptions : la responsabilité de l'intermédiaire est retenue en cas d'inexécution du contrat final lorsque celui-ci commet une faute au cours de sa mission et lorsqu'il se porte « ducroire ». La clause de ducroire peut être définie comme une garantie par laquelle le tiers intermédiaire s'engage à assurer la bonne exécution de l'opération ou « convention par laquelle une personne appelée ducroire se porte garant vis-à-vis de son contractant de la bonne fin d'une opération [132]». Elle est le plus souvent introduite dans les contrats pour lesquels un tiers prospecteur est amené à agir pour le compte d'autrui.

77. Bien que régulièrement utilisée dans le cadre des contrats de commission, la clause de ducroire peut être insérée dans tous les contrats faisant appel à un tiers prospecteur. Ainsi, le courtier comme l'agent immobilier peuvent s'engager à garantir la bonne exécution du marché par le tiers-cocontractant qu'ils ont prospecté et présenté à leur donneur d'ordres et mandant. En contrepartie d'un émolument spécial et d'une convention expresse, ils peuvent être responsables de l'insolvabilité du client cocontractant[133].

131 Voir en ce sens : DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, *op.cit.* p.540.

132 VIVANT (M.) et ROBIN (A.), « Convention de ducroire », *JCl. Contr. Distr.*, fasc. 2940, 2005, n°1.

133 Cass. Com. 26 mai 1982, n°80-10.418, Bull. Com., n°209.

Également, en matière d'agence commerciale, les parties peuvent choisir d'insérer une clause de ducroire par laquelle l'agent commercial s'engage à garantir la bonne exécution du contrat conclu grâce à son entremise en contrepartie d'une prime de ducroire.

78. C'est en matière d'opération de commission que la convention de ducroire se rencontre le plus fréquemment. Le ducroire peut avoir comme fondement la loi ou la volonté des parties. En effet, la loi impose parfois que le commissionnaire se porte ducroire, ce qui est notamment le cas en matière de transport. Les articles L.132-4 à L.132-6 du Code de commerce prévoient un régime de responsabilité contractuelle pouvant être assimilé « à un engagement légal de ducroire du commissionnaire [134]».
En dehors du régime légal, la clause de ducroire peut résulter de la volonté des parties ou encore des usages comme cela peut être le cas en matière de distribution de la presse : les distributeurs de presse ou, plus communément, les marchands de journaux ont un statut de mandataires commissionnaires ducroire selon les usages de la profession.

79. La clause de ducroire semble *a priori* incompatible avec le statut de salarié représentant comme a pu le juger la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt daté du 23 juin 1994[135] : « le contrat […] liant les parties comportait une clause "ducroire" par laquelle, moyennant une rémunération particulière, M. X... se portait garant du paiement par les clients des ordres qu'ils avaient pris, ce qui constituait une opération commerciale exécutée à titre personnel, incompatible avec la qualité de représentant salarié ». Toutefois, la chambre sociale avait déjà assoupli sa jurisprudence, la rendant ainsi plus libérale : ainsi, dans un arrêt du 12 février 1985[136] elle avait conclu que « à supposer même que certaines conditions pour bénéficier de ce statut n'eussent pas été remplies et bien que la clause ducroire soit en principe incompatible avec son application, la cour d'appel a, dès lors que les parties peuvent convenir de se référer à ce statut, justifié sa décision sur ce point ».

80. La convention de ducroire attachée au contrat d'un tiers prospecteur pose ici la question de la confirmation ou de l'infirmation de sa qualité de tiers au contrat. En effet, lorsque le tiers entremetteur se porte ducroire, il va prendre en charge la responsabilité d'une inexécution ou mauvaise exécution d'un contrat à la conclusion duquel il n'a pas participé (dans le cadre d'un

134 DUMONT (M.-P.), *L'opération de commission*, *op. cit.* p.121.

135 Cass. Soc. 23 juin 1994, n°89-44.418, inédit.

136 Cass. Soc. 12 février 1985, n°82-43.268, Bull. Soc. 1985, V, n°97, p.72.

courtage) et pour lequel les bénéfices sont transférés au commettant, donneur d'ordres, mandant. Or selon l'article 1199 nouveau du Code civil, le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties et les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter.
L'assimilation de la convention de ducroire au contrat d'assurance a pu sembler séduisante : le tiers ducroire tel l'assureur, couvre les risques du contrat garanti. Une telle analyse a été rejetée : à l'appui de cette critique, certains auteurs[137] ont avancé l'argument selon lequel l'assurance découlait d'une mutualité des assurés tandis que le ducroire était fondé uniquement sur un contrat conclu entre deux personnes. De plus, la contrepartie financière à la convention de ducroire reste facultative, tandis qu'il n'existe pas de contrat d'assurance à titre gratuit.
Enfin, analysée au prisme du contrat de commission, la convention de ducroire se distingue du contrat d'assurance en ce sens que le commissionnaire participe directement à la conclusion du contrat pour lequel il va garantir la bonne fin de l'opération tandis que l'assurance est « une technique de prise en charge des risques par un tiers » qui « n'est pas partie prenante aux opérations qu'il assure [138]». L'assureur est donc un tiers, le prospecteur devient partie au contrat qu'il garantit.

Si cette analyse peut être retenue pour le contrat de commission, elle est pourtant contestable pour les autres intermédiaires qui contractent au nom et pour le compte d'autrui comme le courtier par exemple. Leur mission se limite essentiellement à rapprocher deux parties qui ont le désir de contracter sans traiter directement l'opération. Leur qualité de tiers au contrat principal doit être réaffirmée, la convention de ducroire ne doit être analysée que sous l'angle d'une garantie assurant l'efficacité de leur mission.

81. Les tiers intermédiaires étudiés précédemment constituent les principaux tiers prospecteurs appréhendés par le droit positif. Mais l'avènement de l'économie collaborative ces dernières années s'est accompagné du développement de nouvelles formes d'intermédiation. En effet, l'étude des plateformes numériques va permettre de renouveler la catégorie des tiers entremetteurs.

137 LYON-CAEN (C.) et RENAULT (L.), *Traité de droit commercial,* LGDJ, Tome III, 1923, 5ème éd., p.451.

138 MAYAUX (L.), « Assurances terrestres », *Rép. Dal. Civ.,* 2014, n°1.

SECTION II- LA NOUVELLE APPROCHE DE LA NOTION DE TIERS PROSPECTEUR PAR LES PLATEFORMES NUMÉRIQUES

82. L'avènement des plateformes numériques et places de marché ou *market place* n'est pas nouvelle. Mais ces tiers entremetteurs se sont développés ces dernières années dans de multiples secteurs d'activités de plus en plus rapidement, aidés par l'évolution de l'internet. La qualification et l'encadrement juridique de ces nouvelles formes d'intermédiation dématérialisées font l'objet de beaucoup de débats au niveau européen et français (I). Il semble selon nous que la qualification de courtier peut être appliquée à ces tiers entremetteurs (II).

I- LES NOUVELLES FORMES D'INTERMÉDIATION AU REGARD DES DÉFINITIONS EUROPÉENNES ET FRANÇAISES

83. Le 22 septembre 2015[139], le Conseil Constitutionnel saisi par la Cour de cassation[140] d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) a interdit à la société UberPop de continuer son activité de mise en relation de personnes privées et de clients, présentée comme un système de covoiturage payant. Le contentieux naissant, comme l'illustre cette affaire, s'explique notamment par un cadre juridique flou entourant ces nouveaux intermédiaires.

84. Les plateformes numériques se sont construites autour d'une idée commune : développer une économie collaborative qui participerait à la résolution de problèmes environnementaux, écologiques et sociaux[141]. L'avènement de cette nouvelle économie alternative est née du constat, qu'ont pu faire certains décideurs ou citoyens que chaque individu peut être propriétaire d'un bien ou détenteur d'un savoir, d'une compétence qu'il peut mettre au service d'autrui dans un objectif de solidarité ou réalisation d'économies.

85. La mise en relation des individus, qui s'est tout d'abord développée dans un rayon géographique de proximité, s'est ensuite rapidement étendue. C'est alors que certains professionnels ont investi le champ des plateformes et *market place*. L'économie collaborative s'appuie sur une

139 Cons. Constit., 22 septembre 2015, n° 2015-484 QPC, Uber France SAS et autres, JO 25 septembre 2015, n°78, p.17083 ; *Rev Lamy Dr. Aff*., 2016, p.34, A. LECOURT ; *DS* , 2015, p.929, L. GAMET..

140 Cass. Com., 23 juin 2015, n°15-40.012, inédit.

141 Sur cette idée voir notamment l'avis du Comité économique et social européen sur le thème «La consommation collaborative ou participative: un modèle de développement durable pour le XXI e siècle», 21 janvier 2014, JOUE du 11 juin 2014, disponible sur http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2014.177.01.0001.01.FRA.

relation tripartite : un consommateur ou non-professionnel conclut un acte juridique avec un autre consommateur ou non-professionnel (relation dite « C to C », « *consumer to consumer* », de consommateur à consommateur) par le biais d'un tiers intermédiaire qui permet la mise en relation. Cette relation tripartite s'est étendue aux professionnels au travers de relations de type « B to C », « *business to consumers* », des entreprises aux particuliers.

86. S'il existe divers types d'intermédiaires numériques[142], ceux mettant en relation des professionnels avec des particuliers ne semblent pas poser de problème : ces professionnels sont soumis aux dispositions protectrices pour le consommateur ou non-professionnel du droit de la consommation et de la vente à distance. Mais lorsque les plateformes mettent en relation deux particuliers dans le but pour ces derniers, de vendre ou louer des biens ou de monnayer des services, ce n'est pas sans poser de difficulté sur le terrain du Droit.

Tout d'abord, puisque le contrat final n'est pas conclu avec la plateforme mais bien entre les particuliers (relation « C to C »), les règles protectrices du droit de la consommation ne s'appliquent pas[143]. Par conséquent, le particulier n'est pas davantage soumis aux dispositions de l'article 1127-1[144] nouveau du Code civil relatives aux contrats conclus par voie électronique puisque celles-ci sont applicables aux personnes exerçant à titre professionnel. Néanmoins, l'article 15 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) du 21 juin 2004[145] prévoit que la personne proposant ou assurant à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services est responsable de la bonne exécution des obligations qui découlent du contrat conclu à distance. L'article 19 de la même loi précise que cette personne physique ou morale est tenue d'une obligation d'information.

---

142 SÉNÉCHAL (J.), « La diversité des services fournis par les plates-formes en ligne et la spécificité de leur rémunération, un double défi pour le droit des contrats », *AJCCD,* 2016, p.79.

143 TI Dieppe, 7 février 2011, Igor D. c/Priceminister.

144 « -Quiconque propose à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, met à disposition les stipulations contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction. L'auteur d'une offre reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait. L'offre énonce en outre : 1° Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ; 2° Les moyens techniques permettant au destinataire de l'offre, avant la conclusion du contrat, d'identifier d'éventuelles erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ; 3° Les langues proposées pour la conclusion du contrat au nombre desquelles doit figurer la langue française ; 4° Le cas échéant, les modalités d'archivage du contrat par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ; 5° Les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre ».

145 Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JORF n°0143 du 22 juin 2004 p.11168, texte n° 2.

87. Ensuite, la relation entre la plateforme et le particulier, relation B to C, pose aussi la question de la nature du lien entre l'hébergeur et ce particulier. L'étude des conditions générales de certaines de ces plateformes nous apprend que ces dernières prétendent n'être que des entremetteurs voire des mandataires. Si Airbnb reprend le terme de « place de marché » ou « plateforme en ligne »[146], Blablacar estime faire de la « mise en relation de personne », la société étant tiers à la relation qui s'établit entre ses membres[147]. La société Amazon quant à elle se qualifie d'hébergeur facilitant les transactions sur une place de marché mais refuse la qualité de vendeur ou de mandataire des vendeurs[148]. Les conditions générales de Priceminister[149] nous apprennent que la plateforme reçoit mandat de la part des vendeurs et acheteurs pour qu'ils puissent être mis en relation. Enfin, le service de livraison à domicile Deliveroo[150] est une plateforme de mise en relation qui commercialise au nom et pour le compte de contractants les offres de ces derniers, elle est mandaté par les restaurateurs. La plupart des plateformes refusent toute responsabilité quant à la mauvaise exécution du contrat qui lie les deux contractants et notamment sur les plateformes de vente en ligne, ces dernières nient toute responsabilité notamment sur le contenu de leur site.

88. Il règne autour de la notion de plateforme numérique un manque de précision et de clarté certain malgré les efforts du législateur. Les plateformes et *market place* ont profité de ce flou juridique qui entourait leur statut pour se développer mais la crainte d'un risque de déséquilibre entre ces intermédiaires et les utilisateurs a poussé les législateurs européens et français à s'intéresser à ces nouveaux entremetteurs. Ainsi, la LCEN fait la distinction entre les intermédiaires techniques et les éditeurs : l'intermédiaire technique, qui comprend la catégorie des hébergeurs, correspond au tiers qui stocke des données afin de les communiquer au public. Ces tiers ne sont pas responsables des contenus qu'ils stockent dès lors qu'ils n'en ont pas connaissance ou s'ils ont tout

146 Voir la section « Frais de service » des conditions de service disponible sur https://www.airbnb.fr/terms.

147 Voir dans les conditions générales le paragraphe « II.2 Utilisation du Service à titre non professionnel et non commercial » dans lequel « il est rappelé que Comuto est un tiers à la relation entre les Membres et ne saurait avoir aucune obligation au titre de l'exécution par ces derniers de leurs obligations respectives au titre des Trajets ». disponible sur https://www.blablacar.fr/blog/conditions-generales.

148 Voir la section « 12.Rôle d'Amazon » des conditions d'utilisation et générales de vente disponible sur https://www.amazon.fr/gp/help/customer/display.html?nodeId=548524.

149 « L'acceptation des présentes Conditions générales d'utilisation de la Plateforme PriceMinister par les Membres vaut mandat donné à PriceMinister pour mettre en relation Vendeurs et Acheteurs et opérer les Transactions effectuées sur la Plateforme PriceMinister selon les modalités ci-après », Conditions générales disponibles sur http://www.priceminister.com/help/r_contract.

150 Voir la section « Objectifs » : « Notre Service a pour but la fourniture d'un service simple et pratique en vous mettant en relation avec le Restaurant partenaire et le menu de son choix et en vous permettant de lui passer commande de Repas. DELIVEROO commercialise des Repas pour le compte de ses Restaurants partenaires, prend les commandes pour leur compte et vous livre les Repas. » disponible sur https://deliveroo.fr/fr/legal.

mis en œuvre pour supprimer ou rendre l'accès impossible à des données interdites. L'éditeur a une responsabilité plus lourde et correspond au tiers qui contribue à la construction du contenu numérique. La frontière entre ces deux notions est ténue...

89. Les places de marché seraient alors des hébergeurs dont la fonction est la mise en relation de deux cocontractants. Elles reçoivent en contrepartie de cela une rémunération pour l'aide technique apportée. Dès lors qu'elles mettent en relation des particuliers en hébergeant des offres de vente ou de prestations de service, elles perçoivent alors un pourcentage du montant de la vente ou de la prestation de services. Mais qu'en est-il des places de marché interférant dans le contenu qu'elles diffusent pour le compte de particuliers ou professionnels ? Il semble moins évident de les qualifier alors d'hébergeur. C'est ce que nous enseigne un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne daté du 12 juillet 2011[151] ainsi qu'un arrêt de la Cour de cassation daté du 3 mai 2012[152]. Dans ces affaires, les juges ont décidé qu'eBay ne pouvait être exonéré de responsabilité au même titre que les intermédiaires techniques[153] puisqu'il « joue un rôle actif de nature à lui conférer la connaissance ou le contrôle des offres de vente illicites qu'il stocke ». Néanmoins, les plateformes telles qu'eBay ne semblent pas interférer sur le contenu même de l'annonce comme le ferait un éditeur. Déterminer leur qualification juridique s'avère donc délicat.

90. Pourtant, les plateformes électroniques interviennent dans la relation qui existe entre les deux contractants. Elles guident, en effet, les parties dans la rédaction des contrats qu'ils concluent : bien qu'elles déclinent toute responsabilité sur le contenu des annonces, elles dispensent des conseils aux utilisateurs sur la rédaction de leurs annonces tels que la vérification d'un numéro de téléphone, la mise en ligne d'une photo de profil et propose même, à l'image d'Airbnb, un service de photographie du bien par un professionnel choisi par leur soin[154]. Toutefois ces photographies « ne valent pas approbation par Airbnb de tout(e) Membre, Annonce ou Hébergement [155]». L'ambivalence de l'implication des plateformes tient également au fait qu'elles se réservent le droit de vérifier ou modifier et même supprimer le contenu des annonces diffusées sur leur site et peuvent supprimer tout compte d'utilisateur à leur seule discrétion.

151 CJUE, 12 juill. 2011, aff. C-324/09, L'Oréal SA e.a c/ eBay International AG e.a. : www.curia.europa.eu

152 Cass. com., 3 mai 2012, n° 11-10.505, FS-D, Sté eBay Inc. c/ SA Louis Vuitton Malletier : JurisData n° 2012-009758 ; *CCC*, 2012, p.25, C. Caron ; *JCP G*, 2012, p.1311, A. Debet ; *D.*, 2012, p.1684, L. Mauger-Vielpeau.

153 Voir Caron (C.), « Places de marché en ligne : l'harmonie des jurisprudences française et de l'Union européenne », *CCE*, 2012, p.25.

154 Voir le paragraphe 7 « Annonces des hébergements » dans les conditions générales de service d'Airbnb.

155 Voir le paragraphe 8 « Absence d'approbation » dans les conditions générales de service d'Airbnb.

De plus, lors de la location d'un bien, si l'hôte est amené à annuler une réservation qui a été confirmée, la plateforme se réserve le droit d'appliquer des pénalités ou autres conséquences et rendre indisponible ou bloquer dans le calendrier les dates correspondant à la réservation annulée[156].

Certaines plateformes comme Ouicar[157], site de mise en relation de particuliers pour des locations de véhicules ou Deliveroo interviennent en tant que mandataires du prestataire de service, propriétaire du véhicule ou restaurateur. Elles agissent, dans ces cas là, au nom et pour le compte de leur mandant comme le mentionnent, par exemple, les conditions générales de Ouicar : « OuiCar reçoit mandat de la part du propriétaire à ce titre, ainsi que pour ouvrir au nom du propriétaire et pour son compte, un compte de cantonnement des sommes perçues ».

91. Au regard de cette analyse des conditions générales de plateformes en ligne, un constat s'impose : les plateformes en ligne, et plus particulièrement celles revêtant la qualité de places de marché, ne peuvent être considérées comme étant des intermédiaires techniques dont la responsabilité ne peut être engagée. Bien qu'elles soient tiers au contrat qui se forment entre les utilisateurs, elles jouent un rôle important sur celui-ci. Même si les législateurs européens et français se sont saisis de la question, les définitions proposées[158] ne donnent guère d'indications sur la qualification juridique de ces intermédiaires. Il est donc nécessaire de rechercher si, parmi celles que notre droit appréhende déjà, la qualification de courtier ne serait pas celle qui peut être attribuée à ces tiers intermédiaires.

---

156 Voir le paragraphe 9 « Réservations et conditions financières » dans les conditions générales de service d'Airbnb.

157 Voir les conditions générales d'utilisation du service de Ouicar disponible sur http://support.ouicar.fr/hc/fr/articles/209052925-Conditions-G%C3%A9n%C3%A9rales-d-Utilisation-du-service.

158 Lors d'une consultation ouverte le 24 septembre 2015 et clôturée le 6 janvier 2016, la Commission européenne a proposé la définition économique de la plateforme suivante : « On entend par «plateforme en ligne» une entreprise active sur des marchés bifaces (ou multifaces), qui utilise Internet pour permettre des interactions entre au moins deux groupes distincts, mais interdépendants, d'utilisateurs de façon à créer de la valeur pour au moins l'un des groupes. Certaines plateformes sont aussi considérées comme des prestataires de services intermédiaire » disponible sur : ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/.../france_tlvisions_13961.docx.

Quant à la France, le législateur a inséré au Code la consommation, après l'adoption de la loi pour une république numérique, l'article 111-5-1 du Code de la consommation définissant les plateformes comme « les activités consistant à classer ou référencer des contenus, biens ou services proposés ou mis en ligne par des tiers, ou de mettre en relation, par voie électronique, plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service, y compris à titre non rémunéré, ou de l'échange ou du partage d'un bien ou d'un service. Sont qualifiées de plateformes en ligne les personnes exerçant cette activité à titre professionnel ».

II- LE COURTAGE COMME QUALIFICATION LA PLUS ADÉQUATE

92. Comme nous l'avons précisé, les plateformes électroniques, et notamment les places de marché, ont pour but de mettre en relation des cocontractants. Ces tiers oeuvrent dans le sens de la rencontre des contractants qui, par la suite, vont pouvoir conclure un contrat. Mais il est nécessaire de chercher quelle qualification juridique leur appliquer.

93. Il semblerait que parmi les tiers intervenant en droit de la distribution, le statut de courtier soit celui qui corresponde aux plateformes en ligne. La Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 25 mai 2012[159] a, à ce titre, reconnu que la société eBay avait la qualité de courtier en ligne : « considérant que le libre choix du cocontractant et la vente de gré à gré excluant la notion de vente aux enchères, c'est à bon droit que les premiers juges ont considéré la société eBay Europe comme un courtier ». Il semble, selon nous, que cette qualification peut être étendue aux autres plateformes en ligne dès lors qu'elles ont pour mission la mise en relation de deux futurs contractants.

94. En effet, le courtier est, selon un auteur, « un intermédiaire qui, au titre de sa profession et contre le versement d'une rémunération, met en rapport des personnes désireuses de contracter entre elles, de manière ponctuelle ou moins sporadique, des opérations pas obligatoirement commerciales[160] ». Le courtier rapproche les parties mais sans jamais conclure le contrat pour elles ou l'une d'elles. Le courtier demeure un tiers au contrat dont il permet la conclusion et reçoit une rémunération dès lors que le contrat est conclu. Peu important que l'opération pour laquelle il est intervenu soit de nature civile ou commerciale, l'activité du courtier s'adresse tant aux professionnels qu'aux particuliers pour des besoins ponctuels ou se déroulant sur la durée, « la limite du courtage n'apparaît que dans les besoins actuels à exaucer, par les ressorts de l'imagination humaine et l'état de l'économie[161] ».

95. Les juges ont eu à se prononcer sur les qualités d'hébergeur ou d'éditeur des plateformes électroniques auxquelles correspondent des régimes de responsabilité différentes. Il est nécessaire, selon nous, de dépasser cette dichotomie afin d'opter pour le régime du courtage dans la relation qui lie la plateforme et les utilisateurs. Le contrat qui se noue par la suite entre les deux parties, objet du courtage, est donc un contrat de vente ou contrat de prestation de service.

159 CA Paris, Pôle 5, Ch. 11, 25 mai 2012, RG n°10/13925.

160 *Duranton* (G.), « Courtiers », *Rép. Dal. Com.*, 2013, n°17.

161 *Duranton* (G.), « Courtiers », *op.cit*., n°15.

96. Puisque la plateforme en ligne est un tiers professionnel et que les particuliers utilisateurs sont consommateurs, il est donc important que le contrat qui les lie ne contienne pas de clause abusive entrainant un déséquilibre significatif au détriment du consommateur. De plus, la loi a mis à la charge de la plateforme une obligation d'information « loyale, claire et transparente sur les conditions générales d'utilisation du service d'intermédiation qu'elle propose et sur les modalités de référencement, de classement et de déréférencement des contenus, biens ou services auxquels ce service permet d'accéder[162] ». la plateforme a également l'obligation de fournir des informations sur la qualité de l'annonceur et sur les obligations des parties en matière civile et fiscale.

97. De plus, la plateforme numérique relevant du régime du courtage doit s'assurer qu'elle a mis tout en œuvre pour garantir l'efficacité du contrat dont elle favorise la conclusion[163] et ainsi créer toutes les conditions favorables pour l'éclosion d'un contrat *a priori* valable[164]. Cette obligation est néanmoins une obligation de moyens[165], la plateforme peut donc être reconnue responsable si elle ne met pas tout en œuvre pour que le contrat puisse s'exécuter normalement : elle pourrait notamment être contrainte de mener une vérification poussée sur l'identité des contractants qu'elle met en relation.

98. Comme tout courtier et en sa qualité de tiers, la plateforme en ligne ne saurait logiquement être responsable d'une mauvaise exécution du contrat ou d'une défaillance d'une des parties. Toutefois, elle pourrait être tenue responsable comme cela a été le cas pour la société eBay lorsque son intermédiation a pour objet la vente de produits contrefaits. De même, sa responsabilité sera engagée dès lors que, par sa faute, l'opération projetée n'a pas pu être exécutée.

99. Enfin, depuis l'explosion des plateformes collaboratives, des particuliers saisissant l'opportunité de ces nouveaux marchés ont eu recours à ces intermédiaires afin de se créer de véritables revenus. Un débat est alors né sur la qualification de la plateforme et sur le statut de ces nouveaux travailleurs atypiques. La plateforme doit-elle être considérée comme employeur ? Ces particuliers ayant le statut d'auto-entrepreneur doivent-ils être considérés comme des salariés et, par

---

162 Article L.111-7 nouveau du code de la consommation.

163 DISSAUX (N.) « Courtage », *Rép. Dal. Com*., 2016, n°133 et suivants.

164 DUONG-GODEFROY (L.), « Vers une régulation juridique des places de marché de commerce en ligne entre particuliers », *D.*, 2015, p.2513.

165 Cass. Civ. 1ère, 14 décembre 2004, n°01-17.563, Bull. 2004, I, n° 314, p. 263 ; *CCC*, 2005, p.17, L. LEVENEUR.

conséquent, être protégés par le droit du travail[166] ? A cet effet, l'URSSAF Ile-de-France, reconnaissant la qualité de salariés aux chauffeurs d'Uber, a engagé deux procédures contre cette société : la première procédure a été engagée devant le Tribunal des affaires de la sécurité sociale et la seconde au pénal pour travail dissimulé. Pour l'URSSAF, les chauffeurs sont formés par la société Uber qui les recrute. Les commissions accordées aux chauffeurs sont plafonnées par le tiers intermédiaire, la course des chauffeurs n'est donc pas libre. De plus, ces derniers sont dans l'obligation de rendre des comptes. Si un lien de subordination est reconnu par les tribunaux, cette jurisprudence pourraient être étendue à de nombreux autres intermédiaires tels que Deliveroo ou encore Airbnb.

Néanmoins, les juges devront tenir compte des dispositions de la loi El Khomri adoptée le 21 juillet 2016[167]. L'article 60 de cette loi prend en compte le développement de l'économie collaborative et la responsabilité sociale des plateformes envers les travailleurs indépendants puisque certaines dispositions du Code du travail ont été modifiées. De plus, la loi créée un titre IV intitulé « travailleurs utilisant une plateforme de mise en relation par voie électronique » au sein du livre III sur les Voyageurs, représentants ou placiers, gérants de succursales et entrepreneurs salariés associés d'une coopérative d'activité et d'emploi. Ce nouveau titre prévoit notamment que la plateforme a une responsabilité sociale dès lors qu'elle détermine les caractéristiques de la prestation de service fournie ou du bien vendu et fixe son prix[168]. Elle prend en charge le paiement de la cotisation en cas de souscription par le travailleur d'une assurance volontaire en matière d'accidents du travail[169] ainsi que la contribution pour l'accès à la formation professionnelle des travailleurs ou encore les frais d'accompagnement d'une demande de Validation des acquis de l'expérience[170]. De plus, la loi reconnaît aux travailleurs le droit de constituer une organisation syndicale, d'y adhérer et de faire valoir par son intermédiaire leurs intérêts collectifs[171].

100. La loi El Khomri écarte *a priori* l'existence d'un lien de subordination entre les plateformes électroniques et les travailleurs indépendants « malgré l'existence d'une responsabilité sociale de la

166 LOISEAU (G.) et MARTINON (A.), « L'homo-ubéricus est-il un salarié », *CSBP*, 2016, p.283.

167 Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n°3.

168 Article L.7342-1 du Code du travail.

169 Article L.7342-2 du même Code.

170 Article L.7342-3 du même Code.

171 Article L.7342-6 du même Code.

plateforme vis-à-vis du travailleur indépendant[172] ».

Conclusion du chapitre I : La première étape de la formation du contrat réside dans la mise en relation des deux futures parties au contrat. Dans un monde où il est nécessaire que tout aille plus vite, et où les échanges prennent souvent une forme dématérialisée, il est laissé le soin à des tiers professionnels de mettre en relation deux ou plusieurs cocontractants, dans tous les secteurs du droit. Si ces tiers ont des appellations et des fonctions diverses telles que le courtier, l'agent immobilier ou encore le commissionnaire, ils ont néanmoins pour mission commune de mettre en relation deux personnes qui souhaitent s'engager. Leur implication face au contrat principal dépend de l'étendue de leur mission puisqu'ils ne participent pas toujours à la conclusion du contrat principal. En sa qualité de tiers, le professionnel ne peut alors profiter des bénéfices du contrat dont il a permis l'existence et ne doit supporter, en principe, la charge d'aucune responsabilité. L'avènement des plateformes numériques dans la construction de la relation contractuelle a renouvelé la catégorie des intermédiaires commerciaux. Même si un flou juridique entoure cette nouvelle forme d'intermédiation, il apparaît que la qualification de courtier soit celle qui corresponde le mieux à ces nouveaux entremetteurs.

21. D'autres tiers interviennent en vue de la réalisation d'un acte juridique : ce sont les tiers facilitateurs de la rencontre de volontés dans le cadre d'un différend. Se posant en tiers impartiaux et neutres, leur rôle est de permettre le rétablissement du dialogue et de parvenir à la concrétisation d'une solution négociée.

172 http://www.senat.fr/rap/l15-661-1/l15-661-126.html.

CHAPITRE II- L'INTERVENTION DU TIERS DANS LA RECHERCHE DE L'ACCORD DES PARTIES À UN DIFFÉREND

22. Si le tiers peut intervenir en vue de faciliter la rencontre des contractants par une mission d'entremise, il peut également intervenir en tant que pacificateur des conflits dans le but de parvenir à l'établissement d'un accord. Idéalement, le droit doit être un outil de pacification des relations sociales, afin de sortir l'homme de son « état de nature », selon la pensée hobbesienne, pour l'amener vers la construction d'un contrat social. Si le droit peut être polémogène selon un auteur[173], pour Gurvitch, la première des fonctions de notre droit est d' « aplanir les conflits sociaux[174] » par la résolution des conflits.

23. Il peut être mis fin au conflit soit par une procédure contentieuse, le justiciable faisant appel à un juge pour trancher le litige, soit par un mode non juridictionnel ou mode alternatif de règlement des conflits (MARC) tel que la conciliation, la médiation ou encore la procédure participative assistée par avocat[175]. L'arbitrage est également un mode alternatif de règlement des litiges supposant l'intervention d'un tiers arbitre, il ne sera néanmoins pas analysé dans le cadre de cette étude car l'intervention de ce tiers donne lieu à une sentence arbitrale qui constitue un acte juridictionnel et non un acte contractuel.

24. Prenant conscience que « l'amiable rapproche les parties en les impliquant dans la résolution de leur conflit, et pacifie les relations [176]», le législateur a entrepris de nombreuses réformes ces dernières années ayant pour vocation la promotion des modes alternatifs de règlement des conflits. Bien que la figure du juge[177] soit souvent associée à l'image d'une sentence imposée, il est nécessaire de rappeler qu'il a avant tout pour mission de concilier les parties selon l'article 21 du Code de procédure civile. Il est alors le premier tiers conciliateur.

---

173 JEAMMAUD (A.), « Conflit, différend, litige », *Droits*, 2002, p.16.

174 GURVITCH (G.), *Traité de sociologie,* Tome II, PUF, Paris, 1960, p.173.

175 L'arbitrage ne sera pas inclus dans la présente étude puisque ce mode alternatif de règlement des conflits ne comprend pas l'intervention d'un tiers en vue d'obtenir la conclusion d'un contrat entre les parties.

176 GORCHS-GELZER (B.), « Le décret du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends. Une cote mal taillée entre changement des mentalités et continuité des pratiques », *Droit et procédures*, 2012, p.117.

177 Sur la figure du juge, voir notamment : OST (F.), « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice » in GÉRARD (P.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformations et déplacements*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1983, p.1-69.

25. Symptôme d'une crise de la justice, le développement des MARC s'est accompagné de la promotion de nouveaux tiers, véritables maîtres d'œuvre de la construction d'une solution négociée : le conciliateur de justice, le médiateur et plus récemment, l'avocat collaboratif.

L'engouement pour la conciliation n'est pas nouveau : en effet, il existait depuis la Révolution judiciaire de 1790[178] un préliminaire obligatoire de conciliation. Bien que décrié pour sa lenteur et le coût qu'il engendrait pour les citoyens, le préalable de conciliation est introduit dans le Code de procédure civile de 1806 aux articles 48 à 58[179] dans un champ plus restreint. Par la suite, la loi du 25 mai 1838 consacre la « petite conciliation » née de la pratique des juges de paix. Dans le même temps, le préliminaire obligatoire de conciliation devenu « grande conciliation » connaît un déclin tel que cette procédure est définitivement supprimée par la loi du 9 février 1949[180]. Si le tiers conciliateur a été institué par le décret du 20 mars 1978[181], c'est la loi du 8 février 1995[182] modifiée par le décret du 13 décembre 1996[183] qui donne à nouveau une place aux modes alternatifs de règlement des conflits en insérant au Code de procédure civile un chapitre intitulé « Conciliation et médiation judiciaire ».

26. Le législateur, par le décret du 20 janvier 2012[184] pris en application de l'ordonnance du 16 novembre 2011[185], crée dans le CPC un Livre V entièrement consacré aux MARC en dehors de toute instance judiciaire précisant notamment les règles applicables à la procédure participative, dernier né des modes amiables dont les dispositions ont été insérées au Code civil par la loi du 22

178 Loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire.

179 Article 48 du CPC de 1806 : « Aucune demande principale introductive d'instance entre parties capables de transiger et sur des objets qui peuvent être la matière d'une transaction ne sera reçue dans les tribunaux de première instance tant que le défendeur n'ait été préalablement appelé en conciliation devant le juge de paix et que les parties n'y aient volontairement comparu ».

180 Loi n°49-178 du 9 février 1949 supprimant la tentative de conciliation dans les affaires du ressort des tribunaux de première instance, JORF du 10 février 1949, p.1499.

181 Décret n°78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice, JORF du 23 mars 1978, p.1265.

182 Loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, JORF n°34 du 9 février 1995, p.2175 .

183 Décret n°96-1091 du 13 décembre 1996 modifiant le décret no 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs, JORF n°292 du 15 décembre 1996, p.18424.

184 Décret n°2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends, JORF n°0019 du 22 janvier 2012 page 1280.

185 Ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JORF n°0266 du 17 novembre 2011, p.19286.

décembre 2010[186].

27. Si tous les MARC n'exigent pas l'intervention d'un tiers[187], le mouvement de déjudiciarisation a pour conséquence la multiplication de ces derniers avec pour mission « d'écouter, apaiser les passions, éclairer les prétentions respectives, rétablir le dialogue autour de propositions, de solutions susceptibles de rapprocher les parties[188] ». Le rôle de ces tiers dans la résolution des litiges doit être analysé (Section I). Leur entremise dans les relations conflictuelles des deux parties doit avoir pour effet bénéfique la conclusion d'un accord négocié. L'accord devient alors un vecteur de paix sociale (Section II).

186 Loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires, JORF n°0297 du 23 décembre 2010, p.22552.

187 L'article 127 du CPC prévoit que les parties peuvent se concilier elles-mêmes.

188 TOPOR (L.), *La médiation familiale*, PUF, Que sais-je ?, Paris, 1992, p.108.

SECTION I- LE RÔLE DES TIERS INTERVENANT DANS LA RÉSOLUTION DES LITIGES

28. L'essor des MARC est tout d'abord un remède au désengorgement des tribunaux mais également une réponse au besoin exprimé par les justiciables d'une justice qui serait davantage proche d'eux, dans laquelle un tiers impartial et indépendant s'associerait à leur démarche afin de parvenir au rétablissement de la paix sociale. Si le juge avait des difficultés à mettre en œuvre une tentative de conciliation par manque de temps, c'est au tiers conciliateur, médiateur ou avocat de remplir cet office à présent.

29. Face aux défauts d'une justice étatique pouvant être perçue comme lente et onéreuse, la promotion des tiers conciliateur, médiateur et avocat collaboratif semble être le remède pour parvenir à une solution négociée, apaisée, tournée vers l'avenir. Leur intervention dans le litige va permettre de rapprocher les volontés des parties et ainsi d'aboutir à la conclusion d'un acte consenti (I).

Pour autant, il serait erroné de penser que le juge est totalement évincé de la justice alternative. La conciliation fait même partie intégrante de l'office du juge comme le précise l'article 21 du CPC. Son rôle n'est pas uniquement de dire le droit mais aussi de rechercher avec les parties la solution adéquate à la résolution du différend comme les rédacteurs du CPC ont pu le rappeler au sein des « Principes directeurs du procès civil » (II).

I- L'INTERVENTION DE TIERS INDÉPENDANTS ET IMPARTIAUX DANS LA PRATIQUE DES MARC

30. Afin de favoriser la recherche d'un accord négocié, différentes incitations ont pu être mises en place par le législateur tantôt imposées, tantôt proposées aux parties. Chacune de ces incitations sollicite l'intervention d'une tierce personne dont la mission est d'aider les parties à trouver une solution amiable dans le cadre ou en dehors d'une instance judiciaire. Les justiciables peuvent alors être accompagnés, soit par un conciliateur ou un médiateur (A), soit par un avocat dans le cadre d'une procédure participative (B).

A- LE CONCILIATEUR ET LE MÉDIATEUR AU SERVICE DU JUSTICIABLE

31. Les parties ne choisissent pas toujours de faire appel à un tiers afin de se concilier (ou ré-concilier), mais on ne peut nier que la majeure partie des procédures alternatives intègre la présence d'un tiers. Tantôt conciliateur, tantôt médiateur, il est nécessaire ici d'opérer une distinction entre ces deux tiers qui interviennent dans deux processus amiables répondant à des régimes spécifiques intégrés ou non à l'instance judiciaire (1).

32. Le législateur a, par ailleurs, créé ainsi de nouveaux tiers médiateurs institutionnels (2), totalement étrangers au monde la justice. Afin de pallier l'absence d'une tutelle judiciaire et de préserver les droits des justiciables, ces nouveaux tiers chargés d'une mission de conciliation se sont vus attribuer des pouvoirs coercitifs.

1) L'intervention de tiers conciliateur et médiateur, symptôme de la déjudiciarisation

33. Si la médiation peut être définie selon un auteur comme « un processus de communication éthique reposant sur la responsabilité et l'autonomie des participants, dans lequel un tiers - impartial, indépendant, et neutre (sans pouvoir décisionnel ou consultatif) avec la seule autorité que lui reconnaissent les médieurs, - favorise par des entretiens confidentiels l'établissement, le rétablissement du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause »[189], la conciliation, consiste dans l'intervention d'un juge ou d'un tiers – conciliateur - qui tente de rapprocher les parties afin de les amener vers une solution amiable.

189 GUILLAUME-HOFNUNG (M.), *La médiation*, PUF, 7ème éd., Paris, Que sais-je, 2015, p.70.

34. Si les tiers médiateurs et conciliateurs semblent remplir une mission identique, leur statut et leur rôle demeurent néanmoins différents. En effet, le tiers médiateur est un auxiliaire de justice indépendant dont les statuts sont prévus aux articles 131-4 et 131-5 du CPC concernant la médiation judiciaire et 1532 et 1533 du même code concernant la médiation conventionnelle. Le tiers conciliateur a été institué, quant à lui, par le décret du 20 mars 1978[190]. Contrairement au médiateur, le conciliateur ne peut percevoir de rémunération, il s'agit d'un bénévole. Ses fonctions sont incompatibles avec l'exercice d'officier public ou ministériel ou d'une profession participant au fonctionnement de la justice. Au delà de ces différences de statut, la distinction entre médiation et conciliation repose sur le rôle du tiers intervenant. En effet, il semblerait que le tiers médiateur soit davantage impliqué dans la recherche de l'accord négocié que le conciliateur puisque « le tiers intervenant en qualité de conciliateur aurait seulement pour mission d'inviter les parties au dialogue tandis que le médiateur leur proposerait une solution clés en main[191] ».
Le législateur a souhaité ces dernières années développer le recours aux MARC afin d'impliquer les justiciables dans la recherche d'un accord négocié, à l'image de la loi *Macron* du 6 août 2015[192] qui a étendu la médiation conventionnelle aux différends en matière prud'homale. Si les parties avaient le choix de recourir à l'assistance d'un tiers conciliateur ou médiateur, de leur propre vœu ou sur proposition du juge, les différentes réformes qui se sont succédées ces derniers temps, ont réduit le rôle de la volonté des parties et, par là même, leur liberté contractuelle.

35. Les parties peuvent tout d'abord faire le choix de recourir à un tiers en insérant *ab initio* au contrat qui les lie une clause de conciliation par laquelle celles-ci s'obligent à rechercher une solution amiable avant de saisir le juge, pour tout litige qui aurait trait à l'interprétation ou l'exécution du contrat. L'insertion de cette clause dans l'acte juridique est à la fois l'expression de la liberté contractuelle de recourir à un tiers afin de régler un litige et une restriction volontaire de cette liberté puisqu'il a été jugé que les parties ne peuvent renoncer à la procédure prévue par la clause[193].

36. Ce tiers médiateur ou conciliateur peut être un tiers personne physique ou personne morale

190 Décret n°78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice, JORF du 23 mars 1978, p.1265 .

191 GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et *alii*, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, 8ème éd., coll. Précis, Paris, 2015, p.1308.

192 Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JORF n°0181 du 7 août 2015, p.13537, texte n°1.

193 Cass. Com. 8 avril 2009, n°08-10866, Bull. 2009, I, n° 78 ; *Rev. Lamy Dr.* Civ., 2009, p.13, V. MAUGERI ; *JCP G,* 2009, p.20, O. CUPERLIER ; *RTD Civ*, 2009, p.774, P. THÉRY.

telle qu'un ordre professionnel[194], une association de médiation. Médiateurs et conciliateurs doivent cumuler plusieurs qualités telles que l'impartialité, la neutralité, l'indépendance, la loyauté[195] afin de mener à bien leur mission. Ils ne doivent à aucun moment imposer aux parties une solution qui leur semblerait préférable. Les parties doivent parvenir à un accord en toute autonomie et en toute liberté. A propos de l'impartialité du médiateur (qui peut tout aussi bien s'appliquer au conciliateur), un auteur rappelle que « la faculté de distanciation nécessite de la part du médiateur une profonde lucidité. Il doit se demander si un des éléments de la situation dans laquelle il intervient n'éveille pas en lui des résonances insoupçonnées, qui le conduisent à s'identifier à un des médieurs, ou à le rejeter et donc à n'être plus tiers [196]». Or, dans le cas où un ordre professionnel désigne un médiateur afin que ce dernier remplisse une mission de médiation, il est permis de se demander si celui-ci répond toujours aux exigences d'impartialité et de neutralité dont tout médiateur doit avoir la charge.

37. Si les parties peuvent volontairement restreindre leur liberté contractuelle en insérant une clause de conciliation ou médiation à leur contrat, les articles 56 et 58 du CPC modifiés par le décret du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends[197] marquent une volonté du législateur d'inciter fortement les parties de recourir à la négociation. L'action en justice n'est plus la solution naturelle de résolution d'un différend. En effet, l'article 56 prévoit désormais que « l'assignation précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige » sauf lorsqu'il existe un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière notamment lorsqu'elle entretient un lien avec l'ordre public. L'article 58, quant à lui, prévoit que « la requête ou la déclaration qui saisit la juridiction de première instance précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige » excepté les mêmes conditions posées par l'article 56.

Si aucune sanction n'est prévue en cas de non respect de ces obligations[198], la formule de ces articles semble faire injonction aux parties de rechercher une solution amiable au litige. Dans ce

194 A titre d'illustration l'ordre des experts-comptables peut nommer un médiateur lorsque survient un litige entre un client et un expert-comptable.

195 Voir notamment le Code de déontologie du médiateur de 2009 disponible sur le site de la Fédération Nationale des Centres de Médiation : http://www.fncmediation.fr/Un-code-de-deontologie-unique-pour-la-Mediation-en-France_a6.html.

196 GUILLAUME-HOFNUNG (M.), *La médiation*, PUF, 7ème éd., Paris, Que sais-je, 2015, p.71.

197 Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends, JORF n°0062 du 14 mars 2015, p.4851, texte n° 16.

cas, les contractants pourront faire appel à un tiers afin de les aider dans leur démarche. Mais si cette intervention est basée avant tout sur le caractère volontaire de la démarche, on peut douter que ce caractère volontaire persiste avec l'adoption de ces nouvelles dispositions. Il y a donc bien ici une restriction de la liberté contractuelle des parties puisque la négociation est presque imposée.

38. Cette incitation de recourir aux MARC est également présente en cours d'instance. En effet, avant l'adoption du décret du 11 mars 2015, les articles 830 et 831 du CPC prévoyaient l'hypothèse dans laquelle le demandeur et défendeur pouvaient s'opposer à ce que la conciliation soit déléguée à un tiers conciliateur de justice, la conciliation était alors assurée par le juge lui-même. Ces dispositions ont disparu avec le décret de 2015. La modification de ces deux articles et la suppression de la possibilité pour le demandeur et défendeur de s'opposer ce que la conciliation soit déléguée à un conciliateur de justice montre, selon nous, la volonté du législateur de faire une place de plus en plus importante aux tiers conciliateur. Si ces dispositions permettent un allègement de la charge du juge, elles viennent dans le même temps réduire la liberté contractuelle des justiciables et leur droit d'accès à un juge, puisque le juge peut imposer la délégation de la tentative préalable de conciliation à un conciliateur.

39. Enfin, il est permis de s'interroger sur l'opportunité de rendre obligatoire la tentative préalable de conciliation pour les petits litiges telle qu'elle est prévue par la loi de modernisation de la justice du 21ème siècle adoptée le 12 octobre 2016. En effet, cette loi prévoit à l'article 4 que « à peine d'irrecevabilité que le juge peut soulever d'office, la saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe doit être précédée d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice ». Certes, il existe dans notre système judiciaire des matières où il existe une procédure préalable de conciliation comme c'est le cas en matière prud'homale. Mais ce recours obligatoire aux MARC va à l'encontre de la nature même du processus de règlement amiable du conflit qui doit être basé sur la volonté claire et non équivoque des parties de donner pouvoir à un tiers d'intervenir dans leur différend. Un auteur souligne à ce propos justement que « la réussite du processus de médiation suppose que des parties soient d'abord convaincues de l'intérêt même de la médiation pour trouver un bon accord. Si l'audition est contrainte, ce ne sera qu'un passage obligatoire purement formel qui ne donnera pas plus de résultats que les tentatives préalables obligatoires de

198 Le nouvel article 127 du CPC dispose en effet que « s'il n'est pas justifié, lors de l'introduction de l'instance et conformément aux dispositions des articles 56 et 58, des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation ».

conciliation devant les conseils des prud'hommes ou le tribunal[199] ».

40. Il est légitime de s'interroger sur la portée d'une telle obligation. On peut, en effet, se demander si rendre obligatoire la tentative préalable de conciliation devant le tribunal d'instance ne risque pas d'être, finalement, une formalité inutile et chronophage pour les parties ne souhaitant pas se concilier. Même si le recours à un tiers pour éviter une procédure judiciaire trop longue et couteuse est louable, la rendre obligatoire revient à diminuer fortement le rôle de la liberté contractuelle des parties et de leur volonté.

41. Clef de voûte de ces deux modes alternatifs de règlement des conflits, le consensualisme est la condition *sine qua non* d'une résolution réussie du différend. Les parties ainsi que le tiers doivent œuvrer en toute autonomie afin de parvenir à un contrat répondant aux exigences de l'article 1128 nouveau du Code civil.

42. En parallèle de l'essor de la place des tiers conciliateur et médiateur accompagné d'une incitation de plus en plus importante à recourir aux MARC conventionnels, le législateur a également créé de nouveaux médiateurs spécialisés répondant à de nouveaux besoins.

2) La promotion et le renforcement de médiateurs spécialisés

43. La déjudiciarisation s'est accompagnée d'un mouvement de création de nouveaux médiateurs spécialisés extra-judiciaires. S'il est impossible dans le cadre de cette étude de recenser tous les tiers médiateurs spécialisés et institutionnels tant ils se caractérisent par leur hétérogénéité, les dernières réformes du droit de la consommation notamment ont renouvelé les fonctions de ces tiers entremetteurs et méritent une attention particulière.

44. L'ordonnance du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation[200], transposant la directive européenne du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation[201], a été suivie de deux décrets d'application afin d'en

199 VERT (F.), « La tentation de la médiation obligatoire », *Gaz. Pal.*, 2014, p.9.

200 Ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation JORF n°0192 du 21 août 2015, p.14721, texte n°43.

201 Directive 2013/11/UE du Parlement Européen et du Conseil, du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, JOUE L 165, 18 juin 2013.

déterminer les modalités pratiques : le décret du 30 octobre 2015[202] et le décret du 7 décembre 2015[203]. Cette ordonnance généralise le processus de médiation à tous les secteurs de la consommation.

45. Les nouvelles dispositions du Code de la consommation donnent le droit à tout consommateur de recourir gratuitement à un tiers médiateur de la consommation dès lors qu'un litige l'oppose à un professionnel[204]. Le consommateur doit pouvoir justifier qu'il a tenté au préalable de résoudre son litige directement avec le professionnel notamment[205]. Afin de garantir ce droit de recourir à un tiers médiateur, le législateur fait obligation aux professionnels de proposer un dispositif de médiation de la consommation. Pour cela, il peut créer une médiation interne ou médiation d'entreprise, faire appel à un médiateur sectoriel ou encore à un médiateur public lorsque la loi le prévoit.

46. Lorsque l'entreprise décide de mettre en place une médiation d'entreprise[206], la question du respect de l'impartialité du tiers, qui doit être inhérente à la qualité de celui-ci, peut faire débat. Outre les conditions posées par l'article L.613-1 nouveau du Code de la consommation[207] qui rappelle, comme pour tout médiateur, que celui-ci doit mener sa mission en toute indépendance et

---

202 Décret n° 2015-1382 du 30 octobre 2015 relatif à la médiation des litiges de la consommation, JORF n°0253 du 31 octobre 2015, p.20408, texte n°42.

203 Décret n° 2015-1607 du 7 décembre 2015 relatif aux conditions de désignation des médiateurs d'entreprises, JORF n°0285 du 9 décembre 2015, p.22702, texte n°66.

204 Article L.612-1 nouveau du Code de la consommation.

205 Article L.612-2 nouveau du Code de la consommation : « Un litige ne peut être examiné par le médiateur de la consommation lorsque : 1° Le consommateur ne justifie pas avoir tenté, au préalable, de résoudre son litige directement auprès du professionnel par une réclamation écrite selon les modalités prévues, le cas échéant, dans le contrat ; 2° La demande est manifestement infondée ou abusive ; 3° Le litige a été précédemment examiné ou est en cours d'examen par un autre médiateur ou par un tribunal ; 4° Le consommateur a introduit sa demande auprès du médiateur dans un délai supérieur à un an à compter de sa réclamation écrite auprès du professionnel ; 5° Le litige n'entre pas dans son champ de compétence. Le consommateur est informé par le médiateur, dans un délai de trois semaines à compter de la réception de son dossier, du rejet de sa demande de médiation ».

206 De grandes entreprises publiques se sont dotées de médiateurs de la consommation internes comme notamment le médiateur du groupe ENGIE (http://www.mediateur-engie.com/qui-sommes-nous/la-mediation-du-groupe-engie) ou encore le médiateur de la SNCF (http://aide.voyages-sncf.com/le-service-de-mediation-sncf). Le groupe Canal +, entreprise privée, s'est également doté d'un service de médiation interne.

207 Le médiateur de la consommation accomplit sa mission avec diligence et compétence, en toute indépendance et impartialité, dans le cadre d'une procédure transparente, efficace et équitable. Il établit chaque année un rapport sur son activité. Il satisfait aux conditions suivantes : 1° Posséder des aptitudes dans le domaine de la médiation ainsi que de bonnes connaissances juridiques, notamment dans le domaine de la consommation ; 2° Etre nommé pour une durée minimale de trois années ; 3° Etre rémunéré sans considération du résultat de la médiation ; 4° Ne pas être en situation de conflit d'intérêts et le cas échéant le signaler. Il est inscrit sur la liste des médiateurs notifiée à la Commission européenne. Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

impartialité, l'article L.613-2 nouveau ajoute des conditions supplémentaires dès lors que l'entreprise choisit de recourir à un tiers médiateur interne à l'entreprise. Ainsi, si le médiateur d'entreprise est employé ou rémunéré par celle-ci, il doit être « désigné, selon une procédure transparente, par un organe collégial mis en place par l'entreprise, comprenant des représentants d'associations de défense des consommateurs agréées et des représentants du professionnel, ou relevant d'une instance nationale consultative dans le domaine de la consommation ou propre à un secteur d'activité dans des conditions fixées par décret » ; lorsque sa mission arrive à son terme, il ne peut travailler pour l'entreprise ou la fédération à laquelle il est affilié pendant au moins trois ans et enfin, il ne peut y avoir de lien hiérarchique ou fonctionnel entre le médiateur et l'entreprise durant la mission du tiers, ce dernier disposant d'un budget distinct et suffisant pour mener à bien son objectif.

47. Malgré ces dispositions, il est permis de douter de l'impartialité et de la neutralité du tiers médiateur d'entreprise dès lors qu'il est employé ou rémunéré par la société. En effet, s'il est salarié de l'entreprise, il est donc lié par un lien de subordination, critère majeur du contrat de travail. Or, un salarié doit, par définition, se soumettre aux directives de son employeur. Il est possible de craindre un risque important, selon nous, d'impartialité et une absence d'indépendance lorsque le tiers s'adressera aux parties. De plus, lorsqu'il permet à l'entreprise qui l'emploie et au consommateur insatisfait de parvenir à un accord, doit-il toujours être considéré comme tiers au contrat ou partie ? Nous avons soutenu que le salarié était un représentant de l'entreprise[208] et en cela, il doit être considéré comme un tiers à la relation contractuelle qui se noue entre la société et le consommateur puisqu'il ne supporte ni les émoluments ni les charges du contrat négocié. Mais bien qu'il soit tiers au contrat, il est regrettable que le législateur français ait laissé la possibilité aux entreprises – certes pour un gain de temps – de recourir à leur propre système de médiation. Il est nécessaire selon nous, que le tiers bénéficie d'une réelle indépendance tant au niveau de son statut que de sa rémunération, ce qui ne peut être totalement le cas lorsqu'il est salarié de l'entreprise.

48. Outre le médiateur d'entreprise, les professionnels en litige avec un consommateur peuvent également s'adresser à un médiateur sectoriel comme le médiateur de l'eau, par exemple, qui règle les litiges nés entre les consommateurs et les entités chargées de la gestion et de l'approvisionnement de l'eau. Enfin, les parties peuvent également avoir recours à des médiateurs

208 Voir *supra* n°32 et suivants.

publics. Cela est notamment le cas du Médiateur de la République[209] dont les fonctions ont été absorbées par le Défenseur des droits, institution créée par la loi du 23 juillet 2008[210], fortement inspiré par l'*ombudsman* suédois. Le Défenseur des droits, en se substituant au Médiateur de la République, a vu ses pouvoirs et ses compétences s'amplifier puisque ce dernier « dispos[ait] essentiellement de pouvoirs de proposition et de recommandation et son existence n'[était] pas inscrite dans la Constitution [211]». La nouvelle Autorité peut être saisie maintenant « dans les conditions prévues par la loi organique, par toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'un service public ou d'un organisme visé au premier alinéa. Il peut se saisir d'office [212]»[213]. La force de ce nouveau tiers trouve son essence dans son indépendance comme l'a rappelé le Conseil Constitutionnel pour qui il est une « autorité administrative dont l'indépendance trouve son fondement dans la Constitution ; que cette disposition n'a pas pour effet de faire figurer le Défenseur des droits au nombre des pouvoirs publics constitutionnels[214] ». Selon l'article 26 de la loi organique du 29 mars 2011[215], le Défenseur des droits peut procéder au règlement amiable de conflits qui se présentent devant lui par voie de médiation. Il doit respecter une obligation de confidentialité sauf si la mise en œuvre de l'accord nécessite sa divulgation ou si des raisons d'ordre public l'imposent.

49. Par son pouvoir d'investigation et son influence sur le domaine législatif, son statut de tiers s'inspire davantage du juge que du simple tiers entremetteur. Un auteur soulignait à propos du Médiateur de la république (cela peut s'appliquer également au Défenseur des droits) que l'« on s'éloigne de plus en plus de l'image d'un personnage de bonne volonté simplement chargé de s'entremettre entre personnes en litige pour faciliter leur accord : il serait plus exact de voir aujourd'hui dans le médiateur une autorité investie d'un rôle quasi-décisoire exercé dans le cadre d'une mission de caractère éventuellement très directif[216] ».

---

209 Autorité administrative indépendante instituée par la loi n°73-6 du 3 janvier 1973 (modifiée par la suite par la loi n°76-1211 du 24 décembre 1976 et par les décrets n°73-253, 73-254 et 73-255 du 9 mars 1973).

210 Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Cinquième République, JORF, 24 juillet 2008, p.11890, art. 41.

211 ZARKA (J.-C.), « Le « Défenseur des droits » », *D.*, 2011, p.1027.

212 Article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958.

213 Contrairement au Médiateur qui ne pouvait être saisi que par un parlementaire.

214 Cons. Constit., décision n°2011-626 du 29 mars 2011, considérant n°5.

215 Loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des Droits

216 OPPETIT (B.), *Théorie de l'arbitrage*, PUF, Paris, 1998, p.58.

50. En matière financière, le médiateur de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) quant à lui, peut être saisi par toute personne physique ou morale, épargnant ou investisseur, consommateur, professionnel se trouvant en situation de litige avec un intermédiaire financier ou un émetteur. Ce tiers est directement rattaché depuis 2011 au Président de l'AMF. Relevant du service public, le recours au médiateur de l'AMF est gratuit. Ce tiers doit respecter un devoir de confidentialité et d'impartialité, confirmant ainsi sa position de tiers à la solution trouvée par les parties en conflit. N'étant pas une institution juridictionnelle, il ne dispose pas de pouvoir contraignant mais émet des recommandations que les parties peuvent choisir de suivre ou non.

51. Le médiateur du MINEFI[217], enfin, est un tiers rattaché au Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie qui peut être saisi par toute personne physique ou morale ayant un conflit relatif au fonctionnement de ce ministère.
Le médiateur de Bercy « intervient pour trancher, après une analyse juridique sur le fond et sur la forme quand il y a un différend entre l'Administration, notamment fiscale, et ses usagers [218]». Il instruit l'affaire qui lui est présenté et, si la demande est recevable, il propose une « recommandation » qui est alors mise en œuvre par l'administration si elle est acceptée par les deux parties.

52. Ces nouveaux tiers institutionnels montrent la volonté de l'Etat, sur certains conflits ciblés, de protéger des personnes qui seraient en situation de faiblesse, comme peut l'être le contribuable face à l'administration par exemple ou le consommateur face au professionnel. Ces institutions ont en effet pour finalité de « protéger des catégories de personnes à l'égard desquelles la procédure juridictionnelle étatique s'avère insatisfaisante car trop complexe ou disproportionnée par rapport à l'enjeu économique du litige, autrement dit, des institutions qui favorisent effectivement l'accès au droit [219]».

53. Si le législateur s'est intéressé très tôt aux organes de conciliation que sont les conciliateurs de justice puis les médiateurs, tentant progressivement de poser un cadre légal aux procédures amiables de règlement des conflits, les dernières réformes en la matière ont permis de donner un rôle nouveau à l'avocat.

---

217 Institué par le décret n°2002-612 du 26 avril 2002, JORF n°100 du 28 avril 2002, p.7702, n°7.

218 PANDO (A.), « Médiateur du MINEFI : Bilan 2013 », *LPA*, 2014, p.3.

219 JOLY-HURARD (J.), *Conciliation et médiation judiciaires*, th., préf. S. GUINCHARD, PUAM, Institut de droit des affaires, Aix-en-Provence, 2003, p.195.

B- L'AVOCAT DANS LA PROCÉDURE PARTICIPATIVE

54. Cherchant à limiter le recours au juge, le législateur a multiplié les procédures amiables de règlement des conflits comme le démontre la création de la procédure participative fondée sur le « rôle central d'impulsion et d'assistance des avocats [220]». La procédure participative trouve sa source dans le Droit collaboratif nord-américain dont il va se démarquer (1). Contrairement aux MARC connus jusqu'ici, c'est l'avocat qui est le centre d'impulsion de ce nouveau moyen de résolution des différends (2).

1) Un MARC issu du Droit collaboratif

55. La procédure participative française s'est inspirée en partie du Droit collaboratif qui s'est développé dans certains pays d'Europe comme la Belgique et dans les pays anglo-saxons depuis une trentaine d'années. Le Droit collaboratif est né aux États-Unis dans les années 1990 sous l'impulsion d'un avocat, Stuart Webb, puis s'est étendu au Canada, en Australie, Nouvelle-Zélande, en Belgique... Processus volontaire et confidentiel de règlement des conflits par la négociation entre les parties assistées par leurs avocats[221], le Droit collaboratif s'est d'abord largement développé en droit de la famille, domaine dans lequel « le coût social et humain de séparations mal gérées est colossal à une époque où elles tendent pourtant à représenter la norme [222]».

56. Ce mode de résolution amiable du différend, tel qu'il est utilisé dans les pays anglo-saxons et dans certains pays européens, repose avant tout sur l'implication des parties assistées par leurs avocats respectifs afin de parvenir à une solution favorisant la construction voire la reconstruction des relations. L'avocat joue un rôle central dans ce processus : formé au droit collaboratif, il doit conseiller et représenter son client afin de rechercher une solution négociée, consensuelle. En Belgique, les parties s'engagent, au sein d'une Charte collaborative à ne pas recourir au juge et à communiquer de manière constructive.

---

220 GUICHARD (S.), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport au Garde des Sceaux, La Documentation Française, 2008, p.169.

221 Charte du Droit familial collaboratif approuvée en 2008 par le conseil de l'Ordre français des avocats du Barreau de Bruxelles disponible sur : http://www.barreaudebruxelles.be/PDF/documents/CHARTEDROITFAMILIALCOLLABORATIF.pdf.

222 BUTRUILLE-CARDEW (C.), « Le droit de la famille collaboratif (Collaborative Law), *AJ Fam*., 2007, p.29.

57. Les avocats prévoient une entente de désistement, marque d'une mutation de l'essence de leur profession dans ces pays et qui fait la spécificité du processus du droit collaboratif. Lorsque l'une des deux parties décide, de manière non consensuelle, de saisir le juge, les avocats s'engagent à se décharger du dossier. Dans ce cas, l'avocat ne peut plus intervenir afin de défendre les intérêts de son client comme il est précisé dans l'article 4 de la Charte de droit familial collaboratif belge[223] : « Dès lors que l'accord de participation au processus de droit familial collaboratif est signé, le rôle des conseils s'inscrira uniquement dans le contexte de ce processus en manière telle qu'en aucun cas, ils ne pourront représenter l'une ou l'autre des parties au cours d'une procédure judiciaire opposant celles-ci ». Les avocats n'ont guère davantage le droit de communiquer aux conseils leur succédant les pièces dont ils ont eu connaissance, même celles communiquées par leur client. Le droit collaboratif prévoit un véritable respect de la confidentialité des entretiens.

58. Le succès du droit collaboratif s'explique par le fait que les parties, ayant conscience qu'elles ont tout à perdre en cas d'échec du processus, sont davantage encouragées à participer à la négociation comme le souligne un auteur : « La clef de voûte du processus, garantie déontologique essentielle, est que dans l'hypothèse où le processus collaboratif est utilisé de manière abusive par l'une des parties, ou que l'une d'elle saisit de manière unilatérale une juridiction, l'ensemble des intervenants, y inclus les deux avocats, doit se décharger du dossier. Jane Simpson, associée sénior de l'un des plus grands cabinets de droit de la famille à Londres constatait récemment que si cette idée lui est apparue au début insensée, elle s'est aperçue que cette nécessité de mandater de nouveaux avocats avant de commencer un processus contentieux traditionnel était un outil puissant pour encourager les deux clients et leurs avocats à rester à la table des négociations et trouver une solution constructive [224]».

59. Si la convention de procédure participative française s'inspire en grande partie du droit collaboratif anglo-saxon, le législateur français n'a pas pour autant tout retenu du système originel notamment sur le déport de l'avocat en cas d'échec de la négociation. La place de l'avocat dans le règlement amiable des différends est encore amenée à évoluer dans l'avenir avec l'adoption de la loi sur la modernisation de la justice du 21ème siècle.

---

223 Charte du Droit familial collaboratif approuvée en 2008 par le conseil de l'Ordre français des avocats du Barreau de Bruxelles disponible sur : http://www.barreaudebruxelles.be/PDF/documents/CHARTEDROITFAMILIALCOLLABORATIF.pdf.

224 BUTRUILLE-CARDEW (C.), « Le droit de la famille du XXIème siècle : collaboratif ou pas ? », *Gaz. Pal.*, 2008, p.25.

2) La place du tiers avocat au sein de la procédure participative française

60. Gagnée par la ferveur du droit collaboratif dans les pays anglo-saxons et l'expérience réussie en Europe, la France n'a pas tardé à introduire dans sa législation une procédure de « justice participative » qui se démarque néanmoins du droit collaboratif. A la demande de la Garde des Sceaux de l'époque, la Commission Guinchard en 2008 préconise dans son rapport[225] l'introduction en France d'une « procédure participative de négociation assistée par avocat[226]». Suivant les propositions de la commission, le législateur a donc adopté une loi le 22 décembre 2010[227] dont l'article 37 modifie le Code Civil, et y introduit le titre XVII : « De la convention de procédure participative » en y intégrant les articles 2062 à 2068.

Les parties précisent à l'intérieur d'une convention de procédure participative l'objet de leur différend afin de poser un cadre à leur négociation pour laquelle elles doivent obligatoirement être assistées d'un avocat. Elles s'engagent, par ailleurs, à renoncer à leur droit de saisir la justice pendant la durée du contrat participatif.

61. Bien qu'il ait toujours été préconisé aux avocats d'être tant défenseurs que conciliateurs[228], la procédure participative vient consacrer la fonction de tiers « arbitre » de l'avocat au travers de ce nouveau mode alternatif de résolution des différends comme le souligne un auteur : « Les avocats collaboratifs ne sont plus les adversaires d'un procès classique. Ils ne cherchent pas non plus à se positionner de manière compétitive dans la confrontation, avec la menace permanente de recourir au juge, ou la prise d'avantages par des chantages divers. L'avocat collaboratif est avant tout un animateur actif des discussions dans lesquelles il implique directement son client, mais sans se substituer à lui [...] Il doit trouver le juste, mais difficile, équilibre entre son rôle de conseil et celui d'animateur facilitateur de la négociation devant conduire son client à rechercher, par lui-même, les moyens de parvenir à un accord équitable [229] ».

---

225 GUINCHARD (S.), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, Rapport au Garde des Sceaux*, La Documentation Française, 2008, 342p.

226 GUINCHARD (S.), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, Rapport au Garde des Sceaux, op.cit.,* p.169.

227 Loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010, relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires dite « Loi Béteille », JORF n°0297, 23 décembre 2010, p.22552, n°1.

228 Voir notamment l'article 6.2 du Règlement Intérieur national de la Profession d'Avocat selon lequel l'avocat «peut également être investi d'une mission d'arbitre, d'expert, de médiateur, de conciliateur, [...] ».

229 RIVIÈRE-MARIETTE (S.) et MOLLARD-COURTAU (C.), « Le droit collaboratif : une alternative efficace à l'intervention d'un tiers impartial dans le règlement amiable d'un litige ? », *Gaz. Pal*., 2013, p.15.

62. Mais si la profession d'avocat prend une nouvelle teinte en ce que ce dernier devient davantage un tiers dont l'activité est tournée vers l'apaisement des relations, la figure du tiers conciliateur n'efface pas entièrement celle de tiers défenseur qui se nourrit d'une situation conflictuelle et qui, par conséquent, rend plus difficile la contractualisation d'une solution amiable.
En effet, la Commission Guinchard n'a pas retenu dans ses propositions l'obligation pour l'avocat de se déporter en cas d'échec de la négociation, obligation qui existe dans le droit collaboratif comme cela a été vu précédemment. L'avocat français est donc l'avocat de l'amiable mais nous ne sommes pas dans le cadre du droit collaboratif.
Pour la commission, cette obligation présente un danger non négligeable pour le justiciable : « ceux qui n'auront pu aboutir à une solution négociée n'auront plus les moyens, financiers et probatoires, de se lancer dans une procédure judiciaire qui demeure alors pourtant leur seule issue. Lorsque l'accès à la justice est en jeu, il paraît difficilement acceptable de raisonner en termes de « tout ou rien » et de placer en situation d'échec insurmontable tous ceux qui ne sont pas parvenus à un accord total [230]».

63. Les mêmes avocats qui ont accompagné leurs clients durant la procédure participative peuvent donc, si les négociations échouent, les suivre devant le juge avec les informations qu'ils ont pu recueillir : « contrairement au droit collaboratif qui implique une clause de désistement empêchant de poursuivre en cas d'échec des négociations, l'avocat demeure dans le droit participatif un avocat contentieux en puissance[231] ».
Certains auteurs ont souligné le risque de stratégie que présente cette possibilité laissée à l'avocat : « un changement sensible qui doit être noté en ce qu'il transforme une bulle de confiance en pré-procès potentiel, un mode de résolution des litiges à part entière, en simple mode de prévention. Une prévention louable, certes, mais qui ne devra pas servir de stratégie supplémentaire dans l'optique d'un procès classique...[232] ». La figure de l'avocat, tiers de confiance à qui le client fait appel afin de l'aider, par son entremise, à résoudre un conflit peut être biaisée. La faculté laissée à l'avocat de représenter ses clients en cas d'échec de la procédure amiable lors de la phase

230 GUINCHARD (S.), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, Rapport au Garde des Sceaux*, La Documentation Française, 2008, p.169.

231 AMRANI-MEKKI (S.), « L'avocat du 21 siècle . - Projet J21, procédure participative et acte de procédure d'avocats », *JCP G*, n°41, 2015, p.1774.

232 BOCCARA (E.), « Un nouveau-né chez les MARL », *Gaz. Pal.*, n°18, 18 janvier 2011, p.3. Voir également SAUPHANOR (S.), « La convention de procédure participative : aspects pratiques (À propos de la loi du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires) », *Gaz. Pal.*, 2001, p.10 ; DUPRÉ (M.), « Un processus en vue de la conclusion d'un Marl : la convention de procédure participative », *LPA*, 2012, p.3.

contentieuse laisse la voie ouverte à de possibles dérives, et permet de douter sur l'efficacité de la phase amiable.

64. Il est nécessaire ici de nuancer quelque peu nos propos : la circulaire du 25 juin 2012[233] a modifié la procédure de rémunération des avocats au titre de l'aide juridictionnelle concernant la procédure participative. En effet, en cas d'accord total à l'issue de la procédure participative assistée par avocat, ce dernier peut percevoir une rétribution « égale à celle qu'il aurait perçue si le différend avait fait l'objet d'une décision juridictionnelle ». Par contre, si les parties assistées de leurs avocats ne parviennent qu'à un accord partiel, le tiers professionnel perçoit la rétribution réduite de moitié.
Le versement de la rétribution de l'avocat dans son entièreté étant conditionnée à l'obtention d'un accord total entre les parties, il est permis de penser que la crainte d'un risque de stratégie doit être tempérée.

65. De plus, la logique voudrait que le principe de confidentialité qui s'impose au médiateur comme le précise l'article 21-2 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative soit appliqué à tous les tiers intervenant dans le cadre d'un mode alternatif de règlement des litiges. Cependant, il semble évident que l'avocat en est exempté puisqu'il lui est permis de se servir des informations divulguées par les parties au cours de la phase amiable, au moment de la procédure contentieuse. L'absence d'obligation de respecter ce principe pour l'avocat peut, selon nous, être un frein à la résolution amiable du différend puisque les parties doivent attendre du tiers entremetteur, la figure du tiers de confiance.

Si l'avocat est un tiers facilitateur de la rencontre des volontés lorsque le processus aboutit à une solution transactionnelle, il ne peut guère être considéré comme tiers lorsque la convention de procédure participative est un échec et que l'issue est d'ordre judiciaire.

66. Enfin, la loi de modernisation de la justice du 21ème siècle, adoptée le 12 octobre 2016 étend le domaine et le champ d'application de la convention de procédure participative et consacre encore

233 Circulaire du 25 juin 2012 portant présentation des principales dispositions des décrets n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends et modifiant le code de procédure civile, n°2012-349 du 12 mars 2012 relatif aux rétributions des missions d'aide juridictionnelle accomplies par les avoués et les avocats devant la cour d'appel, n° 2012-350 du 12 mars 2012 portant diverses dispositions en matière d'aide juridictionnelle et d'aide à l'intervention de l'avocat. Modification des attestations de mission, de la table des natures de procédure et des logiciel, BOMJ n°2012-06 du 29 juin 2012.

davantage la figure de l'avocat tiers « conciliateur »[234]. Face à un échec relatif de cet outil qui s'explique notamment par le fait qu'il est difficile pour les parties de s'accorder sur les modalités de la négociation avant la saisine du juge selon la Professeure Soraya Amrani-Mekki[235], le législateur a prévu que l'avocat puisse proposer de procéder à un règlement amiable même une fois le juge saisi. Recourir à une procédure amiable de règlement du différend est donc à présent possible à tous les stades de la procédure. L'article 9 de la loi emporte modification notamment l'article 2063 du Code civil afin de permettre à la convention de procédure négociée de procéder à la mise en état du litige.

67. Ces « nouveaux » tiers que sont le médiateur, le conciliateur et l' « avocat de l'amiable [236]» ont pour mission de trouver avec les parties une solution, de manière pacifique, à un différend.
Bien que leur présence réponde à la nécessité de moins solliciter la justice étatique, la mission de conciliation est intrinsèque à la figure du juge selon l'article 21 du Code de procédure civile.

II- LE RENOUVEAU DU RÔLE DU JUGE DANS LA RÉSOLUTION NÉGOCIÉE DES CONFLITS

68. Il ne fait aucun doute que, dans la pensée populaire, la mission traditionnelle du juge est associée à celle de « dire le droit », de « trancher les litiges » lorsqu'une contestation se présente à lui. Pourtant, tel un « signe-éclair [237]» dans le Code de procédure civile, l'article 21 énonce qu' « il entre dans la mission du juge de concilier les parties ». Cette participation du juge à la procédure amiable n'est pas nouvelle. Celui-ci, investi par l'Etat, intervient en tant que tiers. Alexandre Kojève, à ce propos, rappelle que le juge est bien un tiers impartial et désintéressé : en effet, ce dernier est tiers car il ne peut être à la fois juge et partie[238]. Si cette figure du juge-conciliateur a connu une mutation (A), son intervention se décline actuellement sous différentes formes (B).

A- UNE MUTATION DU RÔLE DU JUGE DANS LES MARC

234 La loi n°2015-990 du 6 août 2015 dite loi *Macron* a déjà étendu la convention de procédure participative aux litiges relevant du droit du travail.

235 Amrani-Mekki (S.), « L'avocat du 21 siècle . - Projet J21, procédure participative et acte de procédure d'avocats », *JCP G*, 2015, p.1774.

236 *Ibid.*

237 Cette métaphore est justement utilisée par Emmanuelle Jeammin-Petit dans sa thèse : *La mission de conciliation du juge. Réflexions sur l'office du juge*, th., ANRT, Nantes, 2006, p.6.

238 Kojève (A.), *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, 1981, p.69 et suivantes. Voir également, Héron (J.) et Le Bars (T.), *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 6ème éd., 2015, p.270 et suivantes.

69. Si historiquement, l'idée d'une solution consensuelle obtenue sous la tutelle du juge n'est pas nouvelle (1), il est important de préciser les contours actuels de sa mission (2).

1) Rappel historique de la conciliation sous la tutelle du juge[239]

70. En droit français, l'idée de résolution amiable des conflits n'est pas nouvelle. Entre le dixième et le douzième siècles, le juge intervient pour rapprocher par un processus amiable les parties, étant qualifié ainsi de « mediator [240]». Le décret des 16-24 août 1790 prévoit une phase préliminaire obligatoire de conciliation devant les tribunaux de paix pour toutes affaires concernant les tribunaux de district. Cette phase préliminaire est couplée d'une obligation de comparaître en personne. Les juges de paix deviennent alors « des conciliateurs, des pacificateurs de conflits et des hommes de proximité [241]». Au cours des années 1840, leur activité contentieuse s'affaiblit, « la conciliation caractérise l'activité des « faiseurs de paix » cantonaux [242]».

71. Toutefois, cette mesure n'a pas eu l'effet escompté, la conciliation demeurant assez rare, en dehors des affaires de moindre importance pour lesquelles cette procédure est davantage adaptée. C'est pourquoi la loi du 9 février 1949[243] est venue supprimer la « grande conciliation [244]» en abrogeant le titre Ier du livre II du Code intitulé "de la conciliation". La conciliation n'a donc plus sa place au sein du Code de procédure civile. Toutefois, cette même loi permet au juge « chargé de suivre la procédure de tenter de concilier les parties en tout état de cause [245]».

72. Le décret du 17 décembre 1973[246] qui est un des quatre décrets à l'origine du Nouveau Code de Procédure Civile, prévoit des dispositions spécifiques relatives à la conciliation. Selon l'article

239 Voir notamment ROYER (J.-P.), *Histoire de la justice en France*, PUF, Paris, 1995, 788p.

240 FAUCHER (B.), *La conciliation judiciaire*, th, Paris II, 1980, p.218.

241 COUVRAT (P.) et GIUDICELLI-DELAGE (G.), « Conciliation et médiation », *JCl. Proc. Civ.*, 2003, n°43, p.10.

242 PETIT (J.-G.), « Une justice de proximité : la justice de paix (1790-1958) », Note de synthèse, décembre 2002, p.4.

243 Loi n°49-178 du 9 février 1949 supprimant la tentative de conciliation dans les affaires du ressort des tribunaux de première instance, JORF du 10 février 1949 page 1499.

244 « La grande conciliation » concernait les affaires relevant de la compétence du tribunal civil par opposition à la « petite conciliation » relevant de la compétence du juge de paix.

245 COUVRAT (P.) et GIUDICELLI-DELAGE (G.), « Conciliation et médiation », *JCl Proc. Civ.*, 2003, n°51, p.11.

246 Décret du 17 décembre 1973 n°73-1122 instituant une quatrième série de dispositions destinées à s'intégrer dans le nouveau code de procédure civile, JORF, 22 décembre 1973, p.13660.

19-II « il entre dans la mission du juge de concilier les parties ». Ce décret en matière de conciliation est très important puisque cette dernière tient une place à part entière dans les principes directeurs du procès. Le décret du 5 décembre 1975[247], instituant le Nouveau Code de Procédure Civile (NCPC), modifie la numérotation de ce dernier. L'article 19-II devient alors l'article 21 du CPC[248] tel que nous le connaissons aujourd'hui. Le décret du 5 décembre intègre également au code un titre consacré à la conciliation. Apparaissent alors les articles 127 à 131 venant compléter l'article 21 ainsi que l'article 829 qui « pose nettement le principe selon lequel la demande en justice est dorénavant formée à toutes fins c'est-à-dire à fin de conciliation ou à défaut de jugement [249]».

73. Les différentes réformes législatives ont consacré la mission de conciliation du juge. La formulation de l'article 21 du CPC, brève et succincte, ne rend pas compte de l'office du juge. Il est donc nécessaire d'en définir les contours et le contenu.

2) Les contours de la mission de conciliation du juge

74. La formule lapidaire choisie par les rédacteurs du code dans l'article 21 du Code de procédure civile lui donne des allures de maxime. Pour Cornu, « c'est leur forme lapidaire (jamais plus de douze mots) qui les grave dans la mémoire [250]». L'article 21 semble donc indiquer qu'il entre dans la mission générale de chacun des juges de concilier les parties. A ce titre, chaque acteur de la procédure – juge, parties, avocats - se doit de participer activement à l'élaboration d'un accord. Tout juge doit rechercher si un accord entre les parties est possible puisque la fonction du juge conciliateur est aussi importante que celle de trancher les litiges. Pour cela, « il faut que le juge aime la justice au point de vouloir rectifier plutôt que de trancher, qu'il préfère la balance au glaive [251]».

75. Dans ce contexte, la conciliation apparaît comme un espace de discussion dans lequel le juge mène les débats, favorise les échanges afin de dégager une solution favorable pour

247 Décret du 5 décembre 1975 n°75-1123 instituant un nouveau code de procédure civile, JORF, 9 décembre 1975, p.12521.

248 Article 21 du CPC : « Il entre dans la mission du juge de concilier les parties ».

249 COUVRAT (P.) et GIUDICELLI-DELAGE (G.), *op. cit.,* p. 12.

250 CORNU (G.), *L'apport des réformes récentes du code civil à la théorie du droit civil,* Cours de doctorat, Les cours de droit, 1970-1971, p.40.

251 DRAI (P.), « Le délibéré et l'imagination du juge » in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot,* Dalloz, 1996, p.108.

tous puisqu'il serait impensable dans la mission qui est la sienne de laisser les parties signer un accord auquel elles n'ont pas entièrement adhéré [252]. Il s'agit de « ne plus seulement voir, dans le juge, un bon ouvrier attaché à une œuvre de sévère et exacte logique juridique formelle, mais aussi – et en même temps – l'artisan soucieux d'apporter aux parties qui ont décidé de s'adresser à lui et de lui faire confiance, une solution d'apaisement acceptable, parce que raisonnable et équitable[253] ».

76. Si la conciliation est prévue de manière générale à l'article 21 du CPC, le principe formulé par ce texte est précisé aux articles 127 à 131 du même code. Ils développent l'idée selon laquelle le magistrat est juge de la pertinence d'une conciliation ainsi que du meilleur moment à laquelle elle peut être proposée.

L'intervention du juge dans la résolution amiable des différends ne doit pas se manifester par sa simple présence physique. Le juge doit participer activement à la conciliation. Lorsque la conciliation se déroule « sous l'égide du juge », c'est le législateur qui délègue au juge un pouvoir général d'appréciation [254]. Le législateur soucieux de protéger les parties ainsi que le service public de la justice laisse au juge le soin de les concilier, lui laissant la latitude nécessaire pour y parvenir.
L'intervention du juge peut être à l'initiative de la procédure amiable ou si, en cours de procédure, les parties lui en font la demande. Quel que soit le mode d'intervention, le juge doit prendre part avec diligence au processus de conciliation.

77. D'initiateur de la conciliation, il devient le « maître d'œuvre [255]» de la conciliation. Il n'est plus seulement le juge autoritaire, il est aussi le juge-conciliateur.
Si l'article 21 du CPC pose le cadre général de la mission de conciliation du juge, les modalités de son intervention doivent être précisées.

B- LES DIFFÉRENTES MANIFESTATIONS DE L'INTERVENTION DU JUGE

78. L'interventionnisme du juge, qu'il se manifeste par sa participation personnelle dans la recherche d'une solution négociée ou par la délégation de sa mission à un tiers dont il contrôle

252 GORCHS (B.), « Le contrôle judiciaire des accords de règlement amiable », *Revue de l'arbitrage*, 2008, p.47.

253 DRAI (P.), « Le délibéré et l'imagination du juge », *op. cit*., p.108.

254 JOLY-HURARD (J.), *Conciliation et médiation judiciaires*, *op. cit.*, p. 64.

255 NORMAND (J.), « Conclusions » *in* ANCEL (P.) et RIVIER (M.-C.), *Le juridictionnel et le conventionnel dans le règlement des différends*, Economica, Paris, 2001, p.142.

étroitement l'activité peut se manifester de trois façons. Le juge peut exercer sa tutelle de sa propre initiative (1), à l'initiative des parties elles-mêmes (2) ou encore lorsque le législateur le lui impose (3).

1) Le juge à l'initiative de la conciliation

79. Lorsque le juge est saisi d'un litige et dans les cas où la loi ne lui impose pas, celui-ci peut proposer aux parties de mettre en place une conciliation ou une médiation judiciaires. Le juge peut choisir de concilier personnellement les parties ou de déléguer cette fonction à un tiers médiateur ou conciliateur. S'il choisit de confier sa mission à un tiers, il supervise[256] le déroulement de la procédure. Le juge se mue alors en chef d'orchestre en désignant avec l'accord des parties un tiers conciliateur ou médiateur. Parce qu'il confie le soin à un tiers de remplir *sa* mission, il supervise alors la procédure en tant que « juge-contrôleur[257] » : à ce titre, il vérifie scrupuleusement la manière dont le tiers à qui il a confié la mission remplit sa tâche[258].

80. Pour un auteur, l'intervention du juge dans le règlement des différends « apparaît alors tout à la fois comme une application de l'article 21 du nouveau code procédure civile qui donne pour mission générale au juge de tenter de concilier les parties, que comme une application du principe directeur inscrit à l'article 3 du même code […] il appartient au juge d'assurer le bon fonctionnement en vue de parvenir à une solution la plus juste possible [259]». Il a, à ce titre, le pouvoir de définir la mission du tiers médiateur ainsi que sa durée[260]. Bien qu'il confie le soin à un tiers de mener à bien les pourparlers, il a « en quelque sorte, droit de vie et de mort sur la conciliation ou la médiation judiciaire déléguée[261] ».

81. Qu'il soit juge-conciliateur ou juge-superviseur, il est alors maître de l'opportunité, du moment et du lieu adéquats de la conciliation. Selon l'article 127 du CPC, « les parties peuvent se concilier, d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge tout au long de l'instance ». C'est donc au nom de

256 « La tutelle de ce juge-superviseur se manifeste donc tout à la fois par l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire quant à la détermination d'une grande partie des modalités d'exécution de la procédure de médiation qui s'imposeront alors au tiers et aux parties, ainsi que par l'exercice d'un contrôle étroit, tant sur l'activité du tiers que sur celle des parties », JOLY-HURARD (J.), *Conciliation et médiation judiciaires*, *op. cit*., p.67.

257 JOLY-HURARD (J.), *Conciliation et médiation judiciaires*, *op. cit*., p.146.

258 JOLY-HURARD (J.), *Conciliation et médiation judiciaires*, *op. cit*., p.147.

259 JOLY-HURARD (J.), *Conciliation et médiation judiciaires, op. cit*., p.65.

260 Article 131-6 CPC.

261 JOLY-HURARD (J.), *Conciliation et médiation judiciaires*, *op. cit*., p.68.

la liberté contractuelle que les parties ont la faculté de se concilier ou non. Elles ont, en effet, le pouvoir de mettre fin à l'instance de manière unilatérale ou conventionnelle avant que leur différend ne soit tranché par un jugement. La conciliation apparaît donc avant tout comme « la chose » des parties. Mais le juge peut également proposer aux parties de tenter une conciliation. Suivant le droit à un procès équitable et le droit au juge, c'est aux parties d'accepter cette procédure, le juge ne peut en aucun cas leur imposer.

82. Le juge, parce qu'il a « le sens de l'écoute, du dialogue et de la conviction, un savoir-faire, une volonté de rapprochement et une compréhension des intérêts bien compris de chacun des litigeants[262] », est celui qui parviendra à déterminer l'opportunité ou non d'une tentative de conciliation comme semble le préciser l'article 128 du CPC : « La conciliation est tentée, sauf dispositions particulières, au lieu et au moment que le juge estime favorables ».

S'il lui semble qu'une solution judiciaire est inappropriée et qu'elle aurait des conséquences néfastes pour l'une des parties, le juge proposera naturellement un rapprochement de ces dernières. *A contrario*, si le juge pressent que la conciliation est impossible et que la seule voie raisonnable est l'application de la règle juridique, alors il choisira de trancher directement le litige.
Le magistrat doit donc évaluer parmi les affaires qui se présentent à lui celles pour lesquelles la conciliation serait bénéfique puisqu'il « sait d'expérience que certaines affaires se prêtent mieux que d'autres à la conciliation, compte tenu de leur nature et, plus précisément, selon qu'elles présentent ou non des aspects juridiques prépondérants. Parfois, le droit prévaut sur toute autre considération, et le litige est alors essentiellement d'ordre juridique, soit qu'un plaideur en fasse une question de principe, soit simplement qu'il mette en œuvre, comme par essence, une argumentation juridique importante[263] ». C'est donc au juge que revient la tâche d'évaluer l'opportunité d'une conciliation.

83. Il serait donc inutile de rendre la conciliation obligatoire et systématique estime Pierre Estoup : « ce serait une erreur de vouloir imposer la conciliation comme mode ordinaire de règlement des litiges et de modifier le code en conséquence […]. Ce n'est pas en instaurant des circuits spécifiques ou des passages obligés que l'on acclimatera la conciliation, mais c'est en créant des conditions propices à son utilisation, et en amenant progressivement les parties à y recourir dans les domaines où elle a une vocation naturelle à s'appliquer, c'est-à-dire là où les

262 CANIVET (G.), « Le juge et la recherche de la solution du conflit », *SSL*, 2002, p.6.

263 ESTOUP (P.), « La conciliation judiciaire : avantages, obstacles et perspectives », *Gaz. Pal.*, 1989, p.302.

plaideurs n'ont pas de bonnes raisons de la refuser [264]». Cette affirmation mérite d'être soulignée puisque c'est en effet ce que prévoit la loi de modernisation de la Justice du 21ème siècle. Rendre obligatoire la conciliation revient à nier le droit à l'accès à un juge des parties. De plus, il est nécessaire que ces dernières adhèrent pleinement au mécanisme de conciliation, que leurs volontés s'expriment car l'accord des parties est la base de tout mode amiable de règlement des conflits.

84. C'est également au juge, toujours en vertu de l'article 128, d'apprécier le moment qu'il estime le plus adéquat pour tenter la conciliation. La formulation semble très générale mais elle laisse l'opportunité au juge de recourir à la conciliation à tout moment, tout au long de l'instance : depuis sa naissance jusqu'à son extinction.

85. Comme le rappelle Philippe Boulisset « le moment idéal est naturellement une conciliation antéjudiciaire, avant toute demande, avant que le litige ne soit scellé [265]», « favoriser la recherche de la conciliation le plus rapidement possible après la survenance du litige a toujours semblé préférable [266]». En effet, l'intérêt d'une conciliation s'amenuise au fur et à mesure de l'instance, bien que le « cheminement du procès […] révèle aux parties qu'elles ont tout intérêt à y mettre un terme rapidement au lieu d'attendre une solution plus incertaine ou plus lointaine qu'elles ne le croyaient au départ [267]». C'est pour cela que le législateur a modifié l'article 56 du CPC par le décret du 11 mars 2015[268] en prévoyant que « sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, l'assignation précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige ». Le décret de 2015 encourage donc les parties à s'engager dans la voie de l'amiable avant toute saisine du juge[269]. Si l'absence de diligences constatée n'est pas frappée par la nullité, le nouvel article 127 du CPC prévoit que le juge peut alors proposer aux parties une conciliation ou médiation[270]. C'est

---

264 ESTOUP (P.), *loc.cit*.

265 BOULISSET (P.), « Tentative de conciliation par le juge », *Annales des loyers*, 2002, p.616.

266 DESDEVISES (Y.), « Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents de procédure civile », *D.*, 1981, chron., p.244.

267 *Ibid*.

268 Décret n°2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends, JORF n°0062 du 14 mars 2015, p.4851, texte n°16.

269 BLÉRY (C.) et TEBOUL (J.-P.), « Une nouvelle ère pour la procédure civile (suite mais sans doute pas fin) », *Gaz. Pal*., 2015, p.7.

270 Article 127 CPC : « S'il n'est pas justifié, lors de l'introduction de l'instance et conformément aux dispositions des articles 56 et 58, des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation. »

pour cela que l'article 252 du code civil précise que la tentative de conciliation « peut être renouvelée pendant l'instance ». Malgré l'échec de tentatives de rapprochement, le juge peut tout à fait en proposer de nouvelles selon l'évolution des mentalités des parties, notamment en matière de divorce.

86. Le juge est le premier tiers conciliateur. Il s'efforce en effet de concilier les parties comme l'y incite l'article 21 du CPC. S'il peut le faire de sa propre initiative, les parties peuvent également volontairement lui demander d'intervenir.

2) Le juge conciliateur sur demande des parties

87. Les parties ont de nombreuses occasions de solliciter elles-mêmes le juge aux fins de conciliation. En effet, elles peuvent le faire conformément à l'article 830 CPC ou encore lorsque l'instance est démarrée selon l'article 127 du même code. Le juge peut également à cette occasion choisir de mener lui-même la conciliation ou désigner un tiers si les parties sont d'accord.
Lorsque les parties choisissent elles-mêmes de faire appel au juge pour tenter une conciliation, il semble que la figure du tiers, juge, change. En effet, puisque ce sont les parties qui prennent l'initiative de solliciter son intervention, le juge devient davantage un tiers de confiance qu'une figure d'autorité. Le juge vient alors aider à consacrer la volonté des parties de parvenir à un accord amiable.

88. Mais la question de l'impartialité vient bousculer quelque peu cette image du juge. En effet, lorsque le même juge se préoccupe de concilier les parties et, en cas d'échec de la conciliation, de trancher le litige, la succession de ces deux figures du juge (juge qui concilie et juge qui tranche) peut être de nature à poser problème.
Est-il possible pour un même tiers de concilier les parties sans que soit nécessairement remise en cause son impartialité lorsqu'il exerce son rôle dans le cadre processuel classique ? Certains auteurs en doutent à l'image de Béatrice Gorchs : « L'on doute que le juge soit bien placé pour suggérer une solution transactionnelle puisqu'à défaut d'être acceptée, il jugera l'affaire avec en mémoire l'attitude et les dires des parties en séance de conciliation [271]».

Les textes ne semblent pas encadrer le cumul des deux fonctions du juge, c'est-à-dire celle

271 GORCHS (B.), « La conciliation comme « enjeu » dans la transformation du système judiciaire », *Droit et Société*, 2006, p.226.

de conciliateur et celle de juge comme l'illustre l'exemple du Conseil des prud'hommes dont la formation en bureau de conciliation et d'orientation tente de concilier et, en cas d'échec, le bureau de jugement tranche le litige né d'un contrat de travail. *A priori* rien ne s'oppose à ce que les mêmes juges qui tentent la conciliation se déportent au bureau de jugement.

Pourtant, si la volonté du législateur est celle de favoriser la conciliation par le juge lui-même, l'absence de déport de celui-ci lors de la phase de jugement peut être à l'origine d'une méfiance de la part du justiciable. Il n'est plus possible de voir en lui un tiers de confiance. Les justiciables peuvent y voir un obstacle au bon déroulement de la procédure et ne plus prendre l'initiative de faire appel à lui.
Dans ce cas, la désignation d'un tiers médiateur ou conciliateur semble être une solution satisfaisante et un gage d'impartialité, ce qu'encouragent les réformes récentes et à venir.

3) L'obligation faite au juge de concilier les parties

89. Bien que les réformes récentes aient consacré l'obligation pour les parties de tenter de se concilier avant toute instance[272], il existe peu de domaine pour lesquels le législateur impose une phase de conciliation obligatoire devant le juge[273]. Toutefois, la procédure obligatoire de conciliation est conservée en matière prud'homale notamment[274]. En effet, il est fait obligation au juge par la loi de concilier les parties.

90. Historiquement, la loi du 18 mars 1806 institue un Conseil de prud'hommes à Lyon et prévoyait la réunion journalière d'un « bureau de conciliation composé d'un prud'homme fabricant et d'un prud'homme chef d'atelier [275]». Par la suite, la loi du 27 mars 1907 concernant les Conseils de prud'hommes prévoit dans son article premier que « les Conseils de prud'hommes sont institués pour terminer par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion du contrat de louage dans le commerce et l'industrie entre les patrons ou leurs représentants et les employés, ouvriers et apprentis de l'un ou l'autre sexe qu'ils emploient ». Ce principe reste inchangé comme le démontre l'alinéa 1er de l'article L.1411-1 du code du travail au visa duquel le conseil des

272 Article 56 et 58 nouveau du CPC.

273 Une tentative de conciliation est toujours obligatoire en matière de divorce comme il est précisé à l'article 252 du Code civil : « Une tentative de conciliation est obligatoire avant l'instance judiciaire. Elle peut être renouvelée pendant l'instance. Le juge cherche à concilier les époux tant sur le principe du divorce que sur ses conséquences ».

274 L.1411-1 et suivants du Code du travail.

275 Article 6 de la Loi du 18 mars 1806 portant établissement d'un Conseil de prud'hommes à Lyon.

prud'hommes[276] « règle par voie de conciliation les différents qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient ». Il a pour mission de juger « les litiges lorsque la conciliation n'a pas abouti » (alinéa 2 du même article).

91. Le décret du 20 mai 2016[277] portant application des dispositions de la loi du 6 août 2015 dite loi *Macron*[278], a réformé en profondeur la procédure de conciliation en matière prud'homale. Les nouveaux textes imposent désormais que les parties tentent de négocier un accord amiable avant toute procédure contentieuse en utilisant les outils du livre V du code de procédure civile. Le bureau de conciliation et d'orientation[279] homologue l'accord des parties issu de ces négociations[280]. Lorsque les négociations ont abouti à un échec, ces dernières ont tout de même l'obligation de se soumettre à la phase de conciliation propre à la matière prud'homale[281]. Dans ce cas, le bureau de conciliation et d'orientation est chargé de concilier les parties en les entendant ensemble ou chacune séparément[282]. Le bureau de conciliation et d'orientation peut également désigner un médiateur après accord des parties ou les enjoindre d'en rencontrer un, afin qu'il les informe sur l'objet et le déroulement de la mesure[283]. Quelle que soit la formule choisie, le bureau de conciliation et d'orientation homologue l'accord des parties[284].
Les conseillers prud'homaux sont donc avant tout des conciliateurs puisque toute affaire portée devant le Conseil de prud'hommes débute obligatoirement devant le bureau de conciliation et d'orientation[285].

92. D'ailleurs, « le caractère préliminaire et obligatoire de la phase de conciliation a longtemps

276 Notons que sur un plan étymologique, le terme « Prud'homme » vient du latin *homo prudens* qui signifie « homme sage ».

277 Décret n°2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail, JORF n°0120 du 25 mai 2016, texte n°30.

278 Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JORF n°0181 du 7 août 2015, p.13537, texte n°1.

279 Cette nouvelle appellation est issue de la loi *Macron*.

280 Article R.1471-1 du Code du travail.

281 Article 2066 du Code civil et 1529 du Code de procédure civile.

282 Article L.1454-1 du Code du travail.

283 Article R.1471-2 1° et 2° du Code du travail.

284 Article R.1471-2 alinéa 2 du Code du travail.

été considéré comme un élément majeur de la spécificité prud'homale [286]». Le Code du travail, dans sa partie réglementaire[287], rappelle que « le bureau de conciliation et d'orientation entend les explications des parties et s'efforce de les concilier. Un procès-verbal est établi. [288]». Par cette formule, il est presque fait injonction au bureau de conciliation et d'orientation de concilier les parties, ce que rappelle un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 28 mars 2000 : « Qu'il en résulte que la conciliation, préliminaire obligatoire de l'instance prud'homale, est un acte judiciaire qui implique une participation active du bureau de conciliation à la recherche d'un accord des parties préservant le droit de chacune d'elles ; qu'en conséquence, cet acte, ne peut être valable que si le bureau a rempli son office en ayant, notamment, vérifié que les parties étaient informées de leurs droits respectifs[289] ».

93. Contrairement aux anciennes dispositions, les parties sont maintenant invitées à se présenter, personnellement ou représentées, au bureau de conciliation et d'orientation[290]. La possibilité pour les parties d'être représentées présentent selon nous un danger : cela peut constituer une perte d'efficacité pour la mission des conseillers prud'homaux puisque la réussite d'une solution négociée est souvent subordonnée à la présence des parties.

Le conseiller prud'homal doit faire preuve d'écoute envers les parties lorsqu'elles se présentent à lui : il doit en effet écouter le fond afin de comprendre les faits vécus par les deux parties. Il devra par la suite, soulever des interrogations, proposer des solutions et encourager les deux parties dans leur démarche en évitant toujours qu'une des deux ne soit lésée. Une attitude passive du juge est donc à proscrire, le juge doit adopter une « attitude active, et non pas seulement une constatation résignée du désaccord [291]».

285 De nombreux travaux sur la conciliation prud'homale ont été publiés. Voir notamment : CLÉMENT (P.), JEAMMAUD (A.), SERVERIN (E.) et VENNIN (F.), « Les règlements non juridictionnels des litiges prud'homaux », *DS* 1987, p.55 ; ZAVARO (M.), « La conciliation dans le contentieux prud'homal », *in Mélanges en l'honneur de Pierre Julien*, Edilaix, 2004 ; BOULMIER (D.), « Le bureau de conciliation », *Droit ouvrie*r, 2004, p.98 ; SUPIOT (A.), « Déclin de la conciliation prud'homale », *DS*, 1985, p.225 ; DOUDET (S.), « La fin du juge conciliateur », *SSL*, 2013, p.94 ; PIAU (D.), « Nouvelle procédure prud'homale : un simple ravalement de façade plutôt qu'une vrai rénovation », *Gaz. Pal*., 2016, p.17 ; BOULEAU (K.) et DIDIER (P.), « Réforme de la justice prud'homale issue de la loi "*Macron*" : le décret d'application est enfin publié », *Lexbase Hebdo Ed. Soc*., 2016, n°659.

286 DESDEVISES (Y.), « Le particularisme de la procédure prud'homale », *Justices*, 1997/4, p.27.

287 Les articles R.1452-1 à R.1452-5 sont relatifs à la saisine, les articles R.1454-7 à R.1454-18 sont relatifs au bureau de conciliation.

288 Art. R.1454-10 du Code du travail.

289 Cass. Soc. 28 mars 2000, n°97-42.419, Bull. 2000, V, n° 135 p. 103 ; *DS*, 2000, p.661, M. KELLER ; *SSL*, 2000, p.12.

290 Art. R.1453-1 du Code du travail.

291 SUPIOT (A.), *Droit du travail*, CAMERLYNCK (G.-H.) (dir.) *Les juridictions du travail*, Dalloz, Paris, 1987 n°529.

94. Malgré cette exigence de conciliation, cette dernière est en déclin depuis plusieurs années. En effet, en 2004, 9,7% des affaires terminées devant le CPH l'étaient par un procès-verbal de conciliation[292]. Le taux de réussite de la conciliation prud'homale est descendu à 5,5% en 2013[293]. Cela s'explique par le fait que la phase préliminaire de conciliation n'est actuellement perçue que comme un obstacle de plus, « un facteur inutile de ralentissement de la procédure [294]». La possibilité de recourir à un processus de règlement amiable avant toute saisine du CPH peut limiter le nombre de justiciables se présentant devant le bureau de conciliation et d'orientation et, par conséquent, réduire le taux d'échec de conciliation.

95. Un auteur[295] a également soulevé le risque potentiel que présentait le barème d'indemnisation de référence[296], disposition passée presque inaperçue, introduite à l'article L.1235-1 du Code du travail par la loi du 14 juin 2013[297]. Lorsqu'un litige oppose un salarié à son employeur à la suite d'un licenciement pour motif personnel ou motif économique, la loi prévoit qu' « en cas de litige, lors de la conciliation prévue à l'article L. 1411-1, l'employeur et le salarié peuvent convenir ou le bureau de conciliation et d'orientation proposer d'y mettre un terme par accord. Cet accord prévoit le versement par l'employeur au salarié d'une indemnité forfaitaire dont le montant est déterminé, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles, en référence à un barème fixé par décret en fonction de l'ancienneté du salarié. Le procès-verbal constatant l'accord vaut renonciation des parties à toutes réclamations et indemnités relatives à la rupture du contrat de travail prévues au présent chapitre ». Le décret d'application est entré en vigueur le 2 août 2013[298] mais devrait faire l'objet de modifications dans les prochains mois.

---

292 PEREZ (M.) et SERVERIN (E.), *Le droit du travail en perspective contentieuse 1993-2004*, DACS-2, novembre 2005, p.46.

293 Ministère des finances et des comptes publics et ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique, « Le traitement des litiges en droit du travail : constats et perspectives économiques », Trésor-Eco, 2014, p.1.

294 VAN COMPERNOLLE (J.), « Le juge et la conciliation en droit judiciaire belge », *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p.523.

295 DOUDET (S.), « La fin du juge conciliateur », *SSL*, 2013, p.94.

296 Voir également FABRE (A.), « Loi "*Macron*" : barème, référentiel, grille - l'indemnisation des licenciements injustifiés en quête de prévisibilité », *Lexbase Hebdo Ed. Soc*., 2015, n°623.

297 Article 21 de la loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, JORF n°0138, 16 juin 2013, p.9958, n°1.

298 Décret n° 2013-721 du 2 août 2013 portant fixation du montant du barème de l'indemnité forfaitaire prévue à l'article L. 1235-1 du code du travail, JORF n°0182 du 7 août 2013, p.13498, texte n° 30. Ce décret prévoit notamment que l'indemnité forfaitaire sera de :

- deux mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté inférieure à deux ans ;
- quatre mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté comprise entre deux ans et moins de huit ans ;

Depuis la loi *Macron* du 6 août 2015, le juge a également la possibilité de prendre en compte un référentiel indicatif qui fixe le montant de l'indemnité susceptible d'être allouée, en fonction notamment de l'ancienneté, de l'âge et de la situation du demandeur par rapport à l'emploi, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles. Si les parties en font conjointement la demande, l'indemnité est fixée par la seule application de ce référentiel[299].

Le barème d'indemnité forfaitaire, tel qu'il a été prévu, a été fortement critiqué par une partie de la doctrine. En effet, parmi les principaux reproches faits à ce dispositif, le faible montant de l'indemnisation doit être souligné, ce qui ne permet pas une négociation équilibrée. De plus, il semblerait que les parties ne puissent négocier autrement que sur la base de ce barème. Ce dernier constitue un frein encore à la négociation. Enfin, l'instauration d'un barème d'indemnité forfaitaire au niveau de l'audience de conciliation peut amoindrir considérablement le rôle du juge, tiers conciliateur. Selon ce même auteur, « le conseiller prud'hommes est désormais en retrait, relégué au rang d'ouvreur de salle[300] » puisque les conseillers n'auront pas à examiner le dossier des parties. Il semble que cette disposition va à l'encontre de l'essence de la fonction des juges conciliateurs prescrite par l'article R.1454-10 du Code du travail qui enjoint au juge de concilier les parties, présente un danger certain pour les salariés. Si ce barème d'indemnisation peut être perçu un outil d'aide pour les parties à la négociation, il tend davantage selon nous à nier les droits spécifiques de chaque salarié en laissant penser que chaque rupture se vaut avec un « alignement vers le bas [301]». La liberté contractuelle des parties et le rôle du juge tiers facilitateur sont largement réduits.

96. L'intervention de tiers en matière de modes alternatifs de règlement des conflits, qu'il soit conciliateur, médiateur, avocat ou juge, a pour but de contourner le caractère trop rigide et parfois perçu par les citoyens comme injuste d'une décision judiciaire. Conciliation, médiation et procédure participative sont autant de moyens « en vérité irremplaçable, de trouver rapidement et sans formalisme, une solution à un différend à chaque fois que l'équité peut l'emporter sur les aspects purement juridiques[302] ». Le contrat né de la négociation des parties sous l'égide du tiers, résultat de

- huit mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté comprise entre huit ans et moins de quinze ans ;
- dix mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté comprise entre quinze ans et vingt-cinq ans ;
- quatorze mois de salaire si le salarié justifie chez l'employeur d'une ancienneté supérieure à vingt-cinq ans.

299 Article L.1235-1 alinéa 5, 6, 7 du Code du travail.

300 DOUDET (S.), « La fin du juge conciliateur », *SSL*, 2013, p.94-96.

301 BOULMIER (D.) « Faciliter la conciliation prud'homale... mais pour qui ? », *DS*, 2013., 837.

302 ESTOUP (P.), *La justice française, acteurs, fonctionnement et médias*, Paris, Litec, 1989, p.173.

compromis, va alors devenir un vecteur de paix social.

SECTION II- L'ACCORD RÉSULTANT DE L'INTERVENTION DU TIERS : UN VECTEUR DE PAIX SOCIALE

97. « Accord vaut mieux que plaid ». L'intervention d'un tiers, que ce soit dans le cadre d'une conciliation, d'une médiation ou d'une procédure participative, a pour but la conclusion d'un accord négocié entre les parties. Le contrat est l'outil privilégié pour parvenir au résultat amiable. Les MARC s'inscrivent directement dans le mouvement de contractualisation qui est en marche aujourd'hui dans notre Droit. Le phénomène du « tout imposé » au « tout négocié » semble se développer de plus en plus, faisant appel à l'accord comme vecteur de paix. Si les moyens de parvenir à une solution consensuelle sont divers, les accords résultant de ceux-ci se caractérisent par leur pluralisme. Une analyse juridique de la nature de ces accords à la lumière de l'implication des tiers s'impose (I) avant de s'intéresser aux effets de la conclusion de ces accords sur le différend qui oppose les parties (II).

I- L'IMPLICATION DU TIERS DANS LA CONSTRUCTION DE L'ACCORD

98. Les MARC présentent comme point commun l'intervention d'un tiers neutre et impartial. Cependant, leur implication dans la construction de l'acte diffère selon les tiers. En effet, dès lors que la conciliation est menée par le juge, l'acte juridique conclu en sa présence est source d'une importante sécurité juridique puisque l'accord bénéficie directement de la force exécutoire (A). La procédure participative assistée par avocat peut avoir pour finalité la négociation d'un accord dont les termes ont été négociés et acceptés par les parties avec l'aide de leur conseil. Cet accord peut prendre la forme d'un acte d'avocat (B). Enfin, la question de la nature de l'accord établi avec l'assistance d'un tiers conciliateur ou médiateur devra être analysée (C).

A- LA SÉCURITÉ JURIDIQUE DE L'ACCORD CONCLU SOUS L'ÉGIDE DU JUGE

99. Lorsque le juge intervient directement en tant que tiers conciliateur, les termes de l'accord négocié par les parties sont contenus totalement ou partiellement dans un procès-verbal de conciliation dont le juge est l'auteur (ou le greffier). Cette procédure est prévue par le Code de procédure civile aux articles 130 et suivants. L'article 131 du CPC dispose que le juge peut délivrer des extraits du procès-verbal de conciliation, ces extraits valent titres exécutoires[303].

100. Le procès-verbal de conciliation doit être signé par les parties (ou leur avocat) et le juge selon l'article 130 du Code de procédure civile. Il est par la suite déposé au range des minutes du greffe tout comme le sont les jugements. La Cour de cassation a par ailleurs rappelé que le procès-verbal ne doit pas être confondu avec le jugement au sens de l'article 605 du CPC dans un arrêt de la chambre sociale daté du 23 octobre 1991[304] : il n'est donc pas susceptible de faire l'objet d'un pourvoi en cassation ni d'un appel.

101. Lorsque le juge constate la conciliation dans le procès-verbal, a-t-il l'obligation de prononcer une décision de dessaisissement[305] ? En principe, l'article 384 du CPC prévoit que le juge

303 Article L.111-3 du Code des procédures civiles d'exécution.

304 Cass. Soc. 23 octobre 1991, n°90-60.452, Bull. 1991, V, n° 420, p.261.

305 Article 384 CPC : « En dehors des cas où cet effet résulte du jugement, l'instance s'éteint accessoirement à l'action par l'effet de la transaction, de l'acquiescement, du désistement d'action ou, dans les actions non transmissibles, par le décès d'une partie. L'extinction de l'instance est constatée par une décision de dessaisissement. Il appartient au juge de donner force exécutoire à l'acte constatant l'accord des parties, que celui-ci intervienne devant lui ou ait été conclu hors sa présence ».

constate l'extinction de l'instance par une décision de dessaisissement. De même, en appel le juge peut être amené à constater la conciliation et l'extinction de l'instance. Or, comme le font remarquer deux auteurs[306], le procès-verbal de conciliation étant un titre exécutoire, assimilable à un jugement, il a pour effet de mettre fin de lui-même à l'instance et de dessaisir le juge. Le prononcé d'une décision de dessaisissement ferait donc double emploi.
Le juge doit vérifier que le consentement des parties est bien réel et que ces dernières acceptent les conséquences de la signature de l'accord contenu dans le procès-verbal. A ce titre, il doit rappeler que le procès-verbal met fin à l'instance ; il n'a pas à prononcer, en sus, de décision de dessaisissement.

102. Une distinction doit être faite en ce qui concerne le procès-verbal de conciliation établi en matière prud'homale. En effet, l'article R.1454-11 du Code du travail prévoit qu' « en cas de conciliation, un extrait du procès-verbal, qui mentionne s'il y a lieu l'exécution immédiate totale ou partielle de l'accord intervenu, peut être délivré. Il vaut titre exécutoire ». Cet article peut être logiquement rapproché de l'alinéa 1er de l'article 131[307] du CPC auquel il semble faire écho.
Pourtant, pour être valable le procès-verbal établi par le juge des prud'hommes implique une participation active du bureau de conciliation et d'orientation et notamment l'obligation pour ce dernier de vérifier que les parties sont informées de leurs droits, ce que rappelle un arrêt de la chambre sociale du 28 mars 2000[308]. Par conséquent, si le bureau de conciliation et d'orientation ne remplit pas ses obligations, le procès-verbal de conciliation n'est pas valide, la juridiction prud'homale peut alors être saisie.
De plus, il a été jugé qu'une transaction qui a été constatée dans un procès-verbal de conciliation peut également être contestée selon un arrêt de la chambre sociale du 29 septembre 2010[309].

103. Une seconde exception apparaît en matière familiale : en effet, en matière de divorce[310], il est prévu par les articles 252 et suivants du Code civil une tentative de conciliation obligatoire. Or, seul un jugement de divorce prononcé par le juge aux affaires familiales, sur la base de la

306 FOULON (M.) et STRICKLER (Y.), « Accords et force exécutoire en France », *Gaz. Pal.*, 2013, p.8.

307 Article 131 CPC : « Des extraits du procès-verbal dressé par le juge peuvent être délivrés. Ils valent titre exécutoire ».

308 Cass. Soc. 28 mars 2000, n°97-42.419, Bull. 2000, V, n° 135, p.103.

309 Cass. Soc. 29 septembre 2010, n°09-42.084 et n°09-42.085, Bull. 2010, V, n° 207 ; *RJS*, 2010, p.867 ; *JCP S*, 2010, p.40, L. SÉBILLE.

310 Dans le cas d'un divorce accepté, pour altération définitive du lien conjugal ou pour faute.

conciliation, pourra régler l'organisation du divorce ainsi que ces effets. Il y a donc là contradiction avec le procès-verbal de conciliation de droit commun puisqu'en matière familiale et notamment en matière de divorce, l'intervention du juge tiers à la conciliation ne met pas fin à l'instance, son intervention se poursuivant par le prononcé du divorce lors de la phase contentieuse.

104. Les accords obtenus sous la tutelle du juge possèdent force exécutoire du fait de leur constatation dans le procès-verbal de conciliation. L'accord passé avec l'assistance du juge demeure l'accord présentant un caractère plus avantageux en terme de rapidité et de sécurité juridique pour les parties. En effet, la partie qui ne respecterait pas l'accord s'expose au risque que son cocontractant procède à une mesure d'exécution forcée. L'automaticité de l'attribution de la force exécutoire attribuée aux actes rédigés par le tiers juge prouve que le procès-verbal de conciliation conclu devant le juge est supérieur aux accords passés hors de la présence de celui-ci. Néanmoins, cet acte n'est susceptible ni d'appel ni d'un pourvoi en cassation.

105. Depuis la reconnaissance de l'acte d'avocat par le législateur, il est permis de penser que cet acte sera l'instrument privilégié des avocats pour constater l'accord des parties.

B- L'ACTE D'AVOCAT, ABOUTISSEMENT DE LA PROCÉDURE PARTICIPATIVE ASSISTÉE PAR AVOCAT

106. L'intervention du tiers avocat lors d'une procédure participative doit avoir pour objectif la conclusion d'un accord. Selon l'article 1544 du CPC, « les parties, assistées de leurs avocats, recherchent conjointement, dans les conditions fixées par convention, un accord mettant un terme au différend qui les oppose » Néanmoins, rien n'a été dit ou presque sur la nature de cet accord final ! Selon un auteur, cet accord pourrait donc tout à fait être qualifié de « contrat innomé doté de la force obligatoire [311]». Or, si l'on analyse l'intervention du tiers avocat dans la formation de ce contrat, nous pouvons soulever deux possibilités : il est en effet possible que les parties négocient simplement leur accord avec l'assistance de leurs avocats respectifs ou bien que ces derniers rédigent et signent l'acte auquel les contractants sont parvenus. Dans ce cas, le rôle du tiers est bien plus important puisqu'il s'engage davantage dans la conclusion de l'acte juridique. Afin d'encadrer ces hypothèses, le législateur a adopté certaines dispositions.

311 DUPRÉ (M.), « Un processus en vue de la conclusion d'un MARL : la convention de procédure participative », *LPA*, 2012, p.3.

107. L'acte d'avocat a été officiellement reconnu par le législateur lors de l'adoption de l'ordonnance du 10 février 2016[312]. En effet, le législateur a inséré au Code civil l'article 1374 selon lequel « l'acte sous signature privée contresigné par les avocats de chacune des parties ou par l'avocat de toutes les parties fait foi de l'écriture et de la signature des parties, tant à leur égard qu'à celui de leurs héritiers ou ayants cause. La procédure de faux prévue par le code de procédure civile lui est applicable. Cet acte est dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi ». L'intervention du tiers lors de la conclusion de l'acte d'avocat va permettre aux parties de s'assurer d'avoir les qualités du rédacteur d'acte, professionnel juridique. Elles vont bénéficier des conseils éclairés du juriste afin d'assurer la sécurité juridique de leur accord et ainsi réduire le risque de contentieux. De plus, l'immixtion du tiers, bien qu'elle ne permette pas l'octroi de la force exécutoire comme c'est le cas pour l'acte notarié, permet à l'acte de bénéficier de la force probante.

108. Pour davantage de sécurité, les parties pourront s'adresser au juge afin d'obtenir de ce dernier l'homologation de l'acte. A l'issue de la procédure d'homologation, l'acte contresigné par avocat sera doté alors de la force exécutoire au même titre que l'acte notarié.

109. Les textes restent silencieux sur la nature de l'accord obtenu après une procédure participative assistée par avocat mais il est permis de penser que les justiciables se tourneront vers l'acte d'avocat. La nature de l'accord issu de l'intervention du tiers à la suite d'une médiation ou d'une conciliation est encore à définir.

C- L'INFLUENCE DE L'INTERVENTION DU TIERS MÉDIATEUR OU CONCILIATEUR SUR LA CONCLUSION DE L'ACCORD

110. Les tiers médiateur ou conciliateur n'étant pas, dans la plupart des cas, des juristes professionnels, leur rôle principal est donc de rapprocher les parties, de les amener à une solution négociée et apaisée. Les tiers médiateur ou conciliateur s'effacent donc souvent au moment de la conclusion du contrat laissé à l'appréciation des parties et de leurs avocats. Comment alors analyser la nature de l'acte conclu avec l'aide d'un tiers conciliateur ou médiateur ?
Ni les textes ni la doctrine ne sont réellement parvenues à qualifier la nature de l'accord final résultant d'un MARC, ce qui semble regrettable. Les textes parlent ici d'accord, là de convention.

312 Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n°26.

Peuvent-ils être qualifiés de transaction ou se détachent-ils de ce contrat particulier ?

111. Pour mettre fin à un litige, sans passer par l'autorité du juge, le tiers va être à l'initiative de l'acte juridique négocié dont on peut affirmer que « l'archétype de l'acte conventionnel de règlement, c'est, bien sûr, la transaction [313]». Il est commun, pour qualifier les accords issus des processus de règlement des litiges, de parler de transaction[314]. La transaction, régie par les articles 2044 à 2058 du code civil, est actuellement présente dans toutes les branches du droit, la matière ayant donné la jurisprudence la plus fournie étant surtout celle en Droit social.

112. La transaction peut se définir comme le contrat par lequel les parties « terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître [315]» par le biais de concessions réciproques[316]. A ce propos un auteur souligne qu'il « est aujourd'hui acquis que les concessions réciproques soient un élément déterminant de la qualification de la transaction [317]». Il n'est pas nécessaire qu'elles soient équivalentes mais il a été jugé qu'elles ne devaient pas être dérisoires[318] bien que cela ne soit pas précisé dans les textes. Leur absence dans le contrat de transaction est systématiquement sanctionnée par la nullité de celui-ci[319]. A titre d'exemple, ont pu être qualifiées de concessions réciproques le fait pour un employeur de verser, outre les indemnités de rupture conventionnelles, une somme correspondant à environ 2 mois de salaire, et pour le salarié d'accepter une clause de non-concurrence[320]. Constituaient également des concessions réciproques

313 RIVIER (M.-C.), « L'efficacité de la solution contractuelle », *in* CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.) (dir.), La contractualisation de la production normative, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Paris, 2008, p.223.

314 Pour une approche générale sur la transaction, voir notamment : DROSS (W.) et MALLET-BRICOURT (B.), (dir.), *La transaction : propositions en vue de la réforme du Titre XV Livre troisième du Code civil "Des transactions"*, la Documentation française, Paris, 2014, 475p.

315 Article 2044 alinéa 1er du Code civil.

316 Sur l'exigence de concessions réciproques : Voir JARROSSON (C.), « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.*, chron. 1997, p.267-273 ; Cass. Soc., 27 mars 1996, n°92-40.448, Bull. 1996, V, n°124, p.85 ; *JCP E*, 1996, p.186, F.TAQUET ; Cass. Civ. 1ère, 3 mai 2000, n°98-12.819, Bull. 2000, I, n°130, p.87 ; Cass. Com. 27 novembre 2012, n°11-17.185, Bull. 2012, IV, n°213 ; *RDC*, 2013, p.495, C. PÉRÈS.

317 LAGARDE (X.), « Transaction et ordre public », *D.*, 2000, p.217.

318 Cass. Soc. 18 mai 1999, n°96-44.628, Bull. 1999, V, n°223, p.164 : « l'indemnité transactionnelle revêtait un caractère dérisoire et, partant, ne constituait pas une véritable concession de la part de l'employeur, ce dont il résultait que la transaction était nulle » ; *JSL*, 1999, p.15, M.-C. HALLER.

319 Voir notamment : Cass. Soc. 18 février 1998, n°95-42.500, Bull., 1998, V, n°95, p.68 ; *JCP E*, 1999, p.379, H. DUVAL ; Cass. Soc. 21 mai 1997, n°95-45.038, Bull., 1997, V, n°185, p.132 ; *JCP E*, 1997, p.205, F. TAQUET ; Cass. Soc. 19 février 1997, n°95-41.207, Bull. 1997, V, n°74, p.51.

320 Cass. Soc. 5 janvier 1994, n°89-40.961, Bull. 1994, V, n°1, p.1.

l'acception par les parties de limiter leur liberté d'expression[321]. C'est un contrat écrit dont le contenu doit porter sur des objets dont les parties ont la libre disposition, sans contrevenir à l'ordre public[322]. Ainsi il a pu être jugé que les parties n'étaient pas autorisées à transiger en matière de filiation[323], en matière de séparation des époux lorsqu'aucune procédure n'a encore été introduite[324] ou encore en matière de nationalité[325] .

113. Mais la qualification de transaction ne semble pas adaptée à tous les accords conclus entre les parties, la transaction n'étant plus « l'étalon modèle » et cédant « la place à une variété d'accords possibles [326]». C'est en effet le cas en matière familiale par exemple : « en pratique, on observe que les parties n'ont que rarement recours à la transaction en matière familiale. Les conditions auxquelles sa validité est soumise peuvent sembler rébarbatives, voire impossibles à respecter dans certains cas[327] ». Il est en effet nécessaire pour que le contrat soit qualifié de transaction, qu'il y ait des concessions réciproques entre les parties. Or, en matière familiale les obligations des époux sont souvent imposées par la loi. Il peut arriver également qu'une seule partie fasse des concessions que le partie adverse accepte. Comment qualifier dès lors l'accord résultant d'un procédé de règlement amiable et quelle force a-t-il ?

114. Lors d'une médiation conventionnelle, l'article 1534 du CPC prévoit que les parties peuvent parvenir à un accord issu de cette médiation. Un constat d'accord est signé entre les parties et le conciliateur en cas de conciliation conventionnelle (article 1540 du CPC).
Il semblerait *a priori* que l'accord survenu entre les parties grâce à l'intervention d'un tiers soit avant tout un acte juridique[328] tel qu'il est prévu à l'article 1101 nouveau du Code civil répondant aux règles générales du Code civil et notamment aux exigences de l'article 1128 nouveau du même

321 Cass. Soc. 14 janvier 2014, n°12-27.284, Bull. 2014, V, n°6 : dans cette affaire, un journaliste renommé avait, à la suite de son licenciement, conclu une transaction avec son employeur dans laquelle les deux parties « s'interdisaient de se critiquer et de se dénigrer ». La Cour de cassation avait, à cette occasion, reconnu la possibilité de limiter la liberté d'expression de l'ancien salarié si elle est justifiée et proportionnée au but recherché ; *Rev. Lamy Dr. Aff*., 2014, p.60, A. DONNETTE.

322 Article 2045 du Code civil alinéa 1er : « Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction ».

323 Cass. req., 26 février 1924, DP 1925, 1, p. 124.

324 Cass. Civ. 1ère, 14 décembre 2004, n°02-20.334, Bull. 2004, I, n° 325, p.270 ; *RTD Civ*, 2005, p.111, J. HAUSER ; *D*., 2005, p.1985, C. MATHIEU.

325 Cass. ch. réunies, 2 février 1921, DP 1921, 1, p. 1.

326 AMRANI-MEKKI (S.), « Les "nouveaux" titres exécutoires : les accords amiables homologués », *Dr. et Pat*., 2013, p.55.

327 MOULON (E.), « Formes et forces des accords en matière familiale », *Gaz. Pal*., 2011, p.10.

code.
Cet acte constatant la volonté des parties est le plus souvent bilatéral comme le souligne un auteur[329] : par exemple, en matière de médiation, le juge peut homologuer l'accord que les parties lui soumettent selon l'article 131-12 alinéa 1er du CPC, de même l'article 281 alinéa 2 du même code prévoit que les parties peuvent demander au juge de donner force exécutoire à l'acte exprimant leur accord.

115. Bien que l'intervention du tiers conciliateur ou médiateur favorise la conclusion d'un accord amiable, négocié et consenti, cette immixtion du tiers dans l'acte des parties n'apporte pas une sécurité juridique supplémentaire à l'acte. En effet, la présence du tiers n'évite pas les mauvaises surprises car ce serait « sans doute s'illusionner sur la nature humaine que de penser que les accords perdurent [330]». L'accord issu du processus tripartite ayant la valeur d'un acte sous seing privé, afin qu'une partie puisse en demander l'exécution forcée en cas de défaillance de l'autre partie, il est nécessaire que l'accord convenu entre elles revête la formule exécutoire.

116. Le décret du 20 janvier 2012 a eu pour intérêt d'élargir la catégorie des titres exécutoires, intégrant notamment l'accord qui fait suite à l'intervention d'un tiers (autre que le juge conciliateur) dans le cadre d'une médiation, d'une conciliation ou d'une procédure participative.
Avant l'adoption du décret de 2012, seules les transactions mentionnées à l'article 1441-4 du CPC ont force exécutoire lorsqu'elles ont été soumises au président du Tribunal de grande instance. Suite à l'adoption de ce même décret qui crée un livre entier relatif à la résolution amiable des différends[331] et à la disparition de l'article 1441-4[332] (sauf en ce qui concerne Wallis et Futuna), la transaction mais également tous les accords obtenus en présence d'un tiers peuvent être soumis à homologation du juge aux fins de les rendre exécutoires. Les dispositions relatives aux accords issus de la médiation, conciliation et procédure participative sont contenues dans l'article 1565 du CPC[333] tandis que celles relatives à la transaction sont contenues dans l'article 1567[334]. Le juge a ici

---

328 L'acte juridique peut être défini comme étant « une manifestation de volonté ayant pour but de produire un effet juridique ».

329 ZATARA (A.-F.), « L'homologation en droit privé », *RRJ*, 2004, p.85.

330 CROZE (H.) et FRADIN (O.), « Transaction et force exécutoire » *in* MALLET-BRICOUT (B.) et NOURISSAT (C.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Paris, 2006, p.95.

331 Articles 1528 et suivants du CPC.

332 Voir à ce sujet : CROZE (H.) et LAPORTE (C.), « Mais où est donc passé l'article 1441-4 du Code de procédure civile ? », *Gaz. Pal*., 2012, p.16.

le choix d'homologuer[335] ou non l'accord qui lui est présenté mais il n'a en aucun cas la possibilité de modifier le teneur de celui-ci.
Les parties étant parvenues à trouver une solution amiable à leur conflit avec l'aide d'un tiers, quels effets cet accord a sur le différend qui les oppose ?

II- LES EFFETS DE LA CONCLUSION D'UN ACCORD SUR LE DIFFÉREND

117. Si la justice étatique attire encore beaucoup de citoyens, c'est notamment grâce à la sécurité juridique qui est attachée aux décisions de justice. Par là même, si l'accord des parties négocié sous la tutelle d'un tiers ne peut être exécuté ou peut être trop facilement remis en cause, ce mode alternatif perd alors son intérêt qui est celui de mettre fin au litige en se passant de l'office du juge (dans son rôle contentieux). Il est nécessaire, par conséquent, que le contrat négocié soit doté des « garanties d'efficacité » sinon équivalentes, au moins suffisantes [336]» au jugement.
Quels effets la conclusion d'une transaction négociée avec l'aide d'un tiers a-t-elle ? (A) Ses effets sont-ils différents des autres accords conclus (B) ?

A- LES EFFETS DE LA TRANSACTION

118. Si la transaction a un effet extinctif de l'instance (1), en est-il de même dans le cas d'une transaction inexécutée (2) ?

1) Effet extinctif de la transaction

119. La transaction a, selon l'article 2052 du Code civil, autorité de la chose jugée entre les parties en dernier ressort. Il ne faut pas pour autant confondre transaction et jugement puisque celle-ci est avant tout un contrat, et ne peut bénéficier des voies de recours disponibles pour les décisions de justice. Ainsi, si les parties souhaitent saisir le juge, elles devront en contester la validité ou les

333 « L'accord auquel sont parvenues les parties à une médiation, une conciliation ou une procédure participative peut être soumis, aux fins de le rendre exécutoire, à l'homologation du juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée ».

334 « Les dispositions des articles 1565 et 1566 sont applicables à la transaction conclue sans qu'il ait été recouru à une médiation, une conciliation ou une procédure participative. Le juge est alors saisi par la partie la plus diligente ou l'ensemble des parties à la transaction ».

335 Le rôle du juge en matière d'homologation sera davantage développé dans le Chapitre I du Titre II de la seconde partie.

336 KERNALEGUEN (F.), « La solution conventionnelle des litiges civils », *in* CADIET (L.) (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Économica, 1987, p.65.

modalités d'exécution. L'effet principal de la transaction réside dans l'extinction du litige. Lorsqu'une transaction est conclue en cours d'instance, le juge se trouvera alors dessaisi.

120. L'effet extinctif se manifeste par l'exception de transaction. L'exception de transaction rend impossible l'engagement d'un procès ou sa reprise. Toutefois, lorsqu'il a été exclu de la transaction certaines créances, ces dernières n'ont évidemment pas autorité de la chose jugée [337] et peuvent alors faire l'objet d'une contestation.

121. Pour cette raison, il est important que la transaction ne soit pas rédigée dans des termes trop généraux comme l'illustre un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation[338]. En l'espèce, un salarié avait engagé par une société en 1976. Durant plusieurs années celui-ci tente à plusieurs reprises d'accéder à un poste de sous-directeur en vain bien qu'ayant obtenu les qualifications adéquates pour y prétendre. Il est licencié en 2005. Par la suite, une transaction est conclue entre le salarié et l'employeur en des termes généraux afin de régler le litige intervenu consécutivement à la rupture du contrat de travail. Le salarié saisit le Conseil des prud'hommes en vue d'obtenir réparation du préjudice de discrimination qu'il avait subi en raison de son orientation sexuelle. L'employeur conteste cette réclamation en raison de la transaction. La Cour d'appel de Paris le 10 mars 2011 accueille pourtant favorablement la demande du salarié. L'employeur forme alors un pourvoi en cassation au motif que la transaction avait pour but de mettre fin à tout conflit né ou à naître ayant trait à l'exécution du contrat.
En se basant sur l'article 2048 du Code civil[339], la chambre sociale de la Cour de cassation a néanmoins rejeté le pourvoi de l'employeur par un arrêt du 23 avril 2013 suivant ainsi sa position traditionnelle. En effet, « ayant relevé qu'en dépit de l'insertion d'une formule très générale, la transaction ne faisait état que d'un litige portant sur la rupture du contrat de travail, la cour d'appel a estimé que la discrimination alléguée par le salarié n'était pas incluse dans cette transaction ».

122. De même, en matière civile, il a pu être jugé que la transaction conclue entre un bailleur et son locataire sur les droits et obligations de celui-ci ne pouvait pas inclure la non-reprise du logement par la bailleresse puisque cette situation n'existait pas encore au moment de la conclusion

337 RADÉ (C.), « Les effets de la transaction », *in* MALLET-BRICOUT (B.) et NOURISSAT (C.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Paris, 2006, p.90.

338 Cass. Soc. 23 avril 2013, n°11-15.204, Bull. 2013, V, n° 116 ; *CSBP*, 2013, p.218, J. ICARD ; *RJS*, 2013, p.455 ; *Gaz. Pal.*, 2013, p.244, V. ORIF.

339 « Les transactions ne se renferment que dans leur objet : la renonciation qui y est faite à tous droits, actions et prétentions ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu ».

de l'accord[340].

2) Le sort de la transaction en cas d'inexécution

123. Bien que l'article 2052 du Code civil attribue à la transaction l'autorité de chose jugée, celle-ci est-elle toujours valable dans les cas où la transaction n'est pas exécutée ? Un arrêt important du 12 juillet 2012[341] a eu le mérite de donner des éléments de réponse sur ce point. En l'espèce, les eaux usées d'un fonds se déversent sur le fonds de son voisin. Les deux parties parviennent à conclure une transaction obligeant le premier voisin à entreprendre des travaux en vue de mettre fin à ce désagrément, le second voisin renonce à son droit d'action. Les travaux ne sont toutefois pas réalisés. Le cocontractant assigne alors le voisin fautif en responsabilité contractuelle avec demande de dommages-intérêts.

La Cour d'appel d'Aix-en-Provence accueille favorablement sa demande par un arrêt du 18 décembre 2008, le voisin fautif forme alors un pourvoi. Invoquant l'autorité de la chose jugée attachée à la transaction, ce dernier estime que l'autre partie n'ayant pas réclamé la résolution du contrat, il ne peut alors effectuer une nouvelle demande en justice au sujet du même objet.
La première chambre civile de la Cour de cassation rejette le pourvoi par un arrêt en date du 12 juillet 2012 puisque « la transaction, qui ne met fin au litige que sous réserve de son exécution, ne peut être opposée par l'une des parties que si celle-ci en a respecté les conditions ; qu'ayant constaté que Mme Y... n'avait pas réalisé, dans le délai convenu, les travaux qu'elle s'était engagée à effectuer et ainsi caractérisé l'inexécution de la transaction, la cour d'appel en a exactement déduit que la demande indemnitaire des époux X...était recevable ».
La Cour de cassation fait l'application ici de la notion d'exception d'inexécution : si une partie n'exécute pas son obligation de faire dont elle est tributaire par la transaction, son cocontractant peut refuser d'exécuter son obligation de ne pas faire c'est-à-dire dans le cas présent, de ne pas faire appel au juge.

124. En cas d'inexécution de la transaction, la partie lésée retrouve son droit de saisir le juge. Il

340 Cass. Civ. 3ème 29 mars 2000, n° 98-17.036, Bull. 2000, III, n° 70, p. 47.

341 Cass. Civ. 1ère 12 juillet 2012, n°09-11.582, Bull. 2012, I, n° 173. Voir à propos de cet arrêt : LAITHIER (Y.-M.), « L'inopposabilité du contrat serait-elle une sanction de son inexécution ? », *RDC*, 2013, p.83 ; GAUTHIER (P.-Y.), « Où la Cour de cassation applique la règle « Qui peut le plus, peut le moins » pour la sanction de l'inexécution d'une transaction », *RTD Civ*, 2013, p.138 ; PAILLER (P.), « Une transaction inexécutée n'a pas autorité de la chose jugée », *D.*, 2011, p.2577.

y a donc résurgence de l'instance. Cette solution jurisprudentielle avait déjà été consacrée par la Haute cour[342].

La même solution a été adoptée par le législateur concernant la convention de procédure participative : l'inexécution de la convention par l'une des parties autorise l'autre à recourir au juge pour qu'il statue sur le litige[343].

L'exception d'inexécution peut « s'analyser comme une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique » selon un auteur[344]. Ici, la Cour de cassation ne tient pas compte de la gravité de l'inexécution : le simple constat de l'inexécution de la transaction appelle une sanction qui est le droit pour la partie lésée d'agir en justice.

125. En conditionnant l'effet extinctif du litige à l'exécution de la transaction, la Cour, jugeant que la transaction « ne met fin au litige que sous réserve de son exécution », les juges font prévaloir la nature conventionnelle de la transaction sur son « efficacité processuelle [345]».

126. La nature hybride de la transaction consacrée dans l'alinéa premier de l'article 2052 du Code civil fait de la transaction un contrat doté de l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. La transaction aurait donc les mêmes effets qu'un jugement. Cette affirmation a souvent été mise en doute par la doctrine[346], l'autorité de la chose jugée a « un caractère essentiellement emblématique et évocateur[347] », ce qui explique donc que la transaction aura un effet extinctif si les parties exécutent les obligations qu'elles ont contractées.

127. La transaction est avant tout un contrat dont l'exécution éteint le litige : la nature processuelle de celle-ci doit donc être minorée puisque « l'autorité de la chose jugée est bien un trompe-l'œil, en ce sens qu'elle suppose nécessairement l'exécution préalable de la convention, et ne présente définitivement que la force obligatoire de la chose convenue [348]».

---

342 Cass. Soc. 7 juin 1989, n°86-43.012, Bull. 1989, V, n°428, p.259.

343 Article 2065 du Code civil.

344 PAILLER (P.), « Une transaction inexécutée n'a pas autorité de la chose jugée », *D.*, 2012, p.2577.

345 PAILLER (P.), *op.cit.*, p.2580.

346 Voir notamment CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI-MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, PUF, 2ème éd., 2013, p.509 et suivantes ; CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 9ème éd., 2016, p.359.

347 PAILLER (P.), *loc. cit.*

348 *Ibid.*

128. Si l'accord conclu entre les parties présente les caractéristiques d'une transaction, ce qualificatif n'est pourtant pas toujours retenu. Quel est alors l'effet des actes constatant l'accord des parties et qui ne sont pas qualifiés de transaction ?

B- LES EFFETS DES ACCORDS OBTENUS EN DEHORS DU JUGE

129. Afin de renforcer le mouvement de déjudiciarisation, le législateur a souhaité doter de la force exécutoire les accords issus des modes alternatifs de règlement des conflits passés en dehors du juge sous l'égide d'un tiers médiateur, conciliateur ou avocat dans le cadre d'une procédure participative.

130. Si les extraits de procès-verbaux de conciliation sont considérés comme des titres exécutoires, les récentes réformes[349] en matière de justice alternative ont élargi le champ des titres exécutoires de l'article L.111-3, 1° du Code des procédures civiles d'exécution.
Ainsi, il est maintenant prévu que sont considérées comme des titres exécutoires « les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif lorsqu'elles ont force exécutoire, ainsi que les accords auxquels ces juridictions ont conféré force exécutoire ». Il faut donc compter parmi ces accords : la transaction mais également ceux issus d'une médiation ou conciliation déléguée ou encore d'une procédure participative.

131. Comme le souligne un auteur[350], l'article L.111-3 1° doit être mis en lien directement avec le livre V du Code procédure civile qui traite spécifiquement des modes alternatifs de résolution des conflits. Les procédures permettant de conférer force exécutoire aux divers accords amiables sont multiples, ce qui, malgré les efforts du législateur pour réformer la matière, semble déroutant. Elles sont, en effet, très hétérogènes.
A titre d'illustration, l'alinéa 2 de l'article 131 du CPC prévoit que le juge peut homologuer l'accord des parties auquel elles sont parvenues sous la tutelle du conciliateur ; l'article 131-12 du même code prévoit également la même procédure en cas de médiation. Il est précisé que ces deux homologations relèvent de la matière gracieuse.

132. Par ailleurs, l'alinéa 2 de l'article 768 du CPC énonce que le juge de la mise en état peut

349 Notamment l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

350 AMRANI-MEKKI (S.), « Les « nouveaux » titres exécutoires : les accords amiables homologués », *Dr. et Pat.*, 2013, p.55.

homologuer l'accord des parties ; l'article 1565 du CPC énonce sans beaucoup de précision que le juge peut homologuer l'accord des parties afin de le rendre exécutoire. Si l'homologation est refusée, la décision peut faire l'objet d'un appel dans le cadre de la procédure gracieuse selon l'alinéa 3 de l'article 1566 du code précité.
Si la procédure d'appel est gracieuse, rien n'est dit en revanche sur la procédure d'homologation au premier degrés dans le cadre de l'article 1565.

133. L'ancien article 1441-4 avait fait réagir la doctrine puisqu'il permettait à une seule partie de saisir le juge par voie de requête afin de conférer force exécutoire à la transaction. En 2007[351], un arrêt de la Cour de cassation qualifie la décision du juge d' « ordonnance sur requête » au sens de l'alinéa 1er de l'article 812 du CPC lorsqu'il confère force exécutoire à la transaction. Cet arrêt a eu pour intérêt de préciser quel était le recours possible contre l'ordonnance attribuant force exécutoire à la transaction : l'ordonnance étant une ordonnance sur requête, elle ne peut faire l'objet que d'un recours en rétractation.

134. La réforme de 2012 ayant inséré au Code de procédure civile le Livre V relatif à la résolution amiable des différends a tenté de rénover les procédures permettant d'attribuer la force exécutoire à l'ensemble des accords obtenus par le biais d'un tiers. L'homologation peut maintenant être demandée par les deux parties ou l'une d'elles mais dans ce cas, elle doit requérir l'accord exprès des autres[352].
La procédure d'homologation en cas de conciliation devant un conciliateur de justice diffère : en effet, la saisine du juge pour l'homologation peut être demandée par l'une des parties sous réserve de l'opposition de l'autre[353].
Enfin, en matière de procédure participative, la règle est encore plus souple puisqu'une seule des parties (ou l'ensemble des parties) peut demander l'homologation[354]. On peut donc supposer qu'une des parties peut faire la demande d'homologation même sans l'accord de l'autre voire en cas d'opposition de l'autre partie.

---

351 Cass. Civ. 2ème, 24 mai 2007, n°06-11.259, Bull. 2007, II, n°133 ; *Procédures*, 2007, p.62, R. PERROT ; *JCP G*, 2007, p.28, E. DERIEUX ; *D.*, 2008, p.129, P. JULIEN et J.-B. RACINE.

352 Article 1534 du CPC : « La demande tendant à l'homologation de l'accord issu de la médiation est présentée au juge par requête de l'ensemble des parties à la médiation ou de l'une d'elles, avec l'accord exprès des autres ».

353 Article 1541 alinéa 1er du CPC.

354 Article 1557 alinéa 1er du CPC.

135. Le législateur en rendant les procédures tendant à la demande d'homologation plus flexibles en matière de conciliation et de procédure participative semble faire davantage confiance au conciliateur et à l'avocat collaboratif, leur présence lors de la phase de règlement amiable et de la conclusion de l'accord étant un gage de sécurité pour les cocontractants.

136. Une fois la demande d'homologation faite et l'homologation obtenue, la question largement débattue en doctrine est celle de l'autorité de chose jugée attachée à la décision du juge.
Pour certains auteurs[355], l'homologation si elle relève de la matière gracieuse, n'en a pas moins une nature juridictionnelle, « sauf à dissocier l'accord, qui demeurerait contractuel, et la décision d'homologation, qui serait juridictionnelle [356]». Une fois homologué, l'accord cesserait d'avoir une nature conventionnelle pour revêtir la nature juridictionnelle et bénéficie de l'autorité de la chose jugée.

137. Pour une autre partie de la doctrine, l'homologation relevant de la matière gracieuse, le juge ne tranchant aucun litige et n'étant pas tenu à une vérification « soumise à tous les impératifs de la contradiction [357]», l'acte d'homologation doit être qualifié d'acte judiciaire non juridictionnel auquel n'est pas rattachée l'autorité de chose jugée.

138. Quelques auteurs traçant une voie médiane entre ces deux courants de pensée estiment que l'acte homologué est un acte juridictionnel mais auquel n'est pas rattachée l'autorité de chose jugée. Il semble que l'acte d'homologation soit en réalité « un acte juridictionnel gracieux *sui generis* [358]».

139. **Conclusion du Chapitre II** : Le rôle du tiers dans la pratique des MARC est essentiel puisque c'est lui qui va bien souvent être à l'initiative du rapprochement des parties. C'est au tiers de conduire les pourparlers, les négociations. Il facilite la reconstruction du lien social. Qu'il soit tiers médiateur, conciliateur, avocat ou juge, c'est à lui que revient la mission de renouer le dialogue entre les contractants et de les aider à parvenir à un accord satisfaisant pour tous. Le résultat de son

---

355 Voir notamment CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 9ème éd., Paris, Manuels, 2016, p.96.

356 CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI-MEKKI (S.), *Théorie générale du procè*s, PUF, 2ème éd., 2013, p.525.

357 PERROT (R.), « Ordonnance sur requête. Nature juridique (absence de chose jugée) », *RTD Civ*, 1999, p.464.

358 ZATARA (A.-F.), « L'homologation en droit privé », *RRJ*, n°2004-1, p.133.

intervention devient alors un instrument de régulation des relations sociales.

140. **Conclusion du Titre I** : La formation du contrat en tant qu'elle suppose la manifestation de deux volontés n'est pas toujours chose aisée. L'intervention d'un tiers est parfois nécessaire afin de faciliter la rencontre des consentements. Leur qualité de tiers est justifiée par leur position par rapport au contrat principal : leur rôle doit se retreindre à la mise en relation des deux parties. Ils ne sauraient alors tirer bénéfice des effets du contrat ou en supporter les charges. Une fois les parties mises en relation, il est alors nécessaire que le consentement, condition de validité indispensable à la formation de l'acte juridique, puisse être exprimé. Là encore, l'intervention de tiers peut s'avérer utile tant pour pallier la défaillance ou l'absence de la partie au contrat que pour s'assurer de la qualité de son consentement.

TITRE II- LE TIERS PARTICIPANT À LA QUALITÉ DU CONSENTEMENT

141. Le tiers lors de la formation de l'acte juridique va jouer le rôle de garant du consentement des parties. Le consentement peut être défini communément par l' « action de donner son accord à une action, à un projet », il est synonyme d' « acquiescement, approbation assentiment » selon le Dictionnaire Larousse. Selon le Dictionnaire du Droit privé, une personne qui donne son consentement à un acte a « la volonté d'engager sa personne ou ses bien, ou les deux à la fois ». Classiquement, pour être partie au contrat il est nécessaire de donner son consentement, de s'engager, d'accepter les droits et les obligations qui vont découler de son exécution. Un tiers est donc, par opposition, celui qui ne consent pas, qui ne souhaite pas s'engager.

142. Mais la notion de consentement cristallise autour d'elle une question importante en droit : comment faire lorsqu'une partie souhaite s'engager alors que l'expression de son consentement est rendu impossible soit par la maladie, soit par des contraintes l'empêchant d'exprimer physiquement sa volonté ? Il est alors fait appel à un tiers qui, fictivement, va consentir au nom de la partie empêchée. Il est alors nécessaire d'analyser les cas de figure de cette intervention et si la distinction qui est faite entre tiers et partie n'est pas quelque peu malmenée lorsque le tiers intervient dans l'expression du consentement (Chapitre I).

143. Le consentement, une fois exprimé, il est impératif qu'il soit éclairé et non vicié. Le recours à des tiers, détenteurs d'un savoir professionnel, va permettre aux parties de recevoir des conseils et informations afin de donner leur consentement de manière avisé. Il s'agira ici de comprendre le devoir de conseil comme étant une obligation s'imposant aux tiers impliquant l'orientation dans les choix des parties, la recommandation de la solution la plus adaptée pour elles tandis que l'obligation d'information réside dans la traduction par le tiers de données juridiques afin que celles-ci soient davantage accessibles pour les parties.

144. L'intervention du tiers sera nécessaire également par la suite pour vérifier la qualité et l'existence du consentement. Le tiers va s'assurer que l'une ou l'autre partie, qui peut naturellement

se trouver en situation de faiblesse, a bien la volonté de contracter et d'assumer les obligations qui vont s'imposer à elle. L'immixtion du tiers tendant à la vérification du consentement se manifeste souvent dans des domaines où un risque d'inégalité est patent et bien souvent, c'est la loi elle-même qui va prévoir ce contrôle.

Qu'il intervienne pour éclairer les parties ou s'assurer de l'effectivité de leur volonté, le tiers se meut alors en garant de leur consentement (Chapitre II).

CHAPITRE I- LE TIERS INTERVENANT DANS L'EXPRESSION DU CONSENTEMENT

145. Avec l'adoption de l'ordonnance du 10 février 2016[359], le Code civil prévoit désormais trois conditions essentielles pour assurer la validité de l'acte juridique. Outre l'exigence d'un contenu licite et certain, les parties doivent avoir la capacité de contracter, elles doivent également être en mesure d'exprimer leur consentement[360].

146. Il n'est pourtant pas toujours possible pour une partie à un contrat d'exprimer son assentiment : la personne peut en effet être dans l'impossibilité de le faire pour des raisons d'ordre médical ou pour des raisons personnelles l'empêchant d'être physiquement présente lors de la conclusion du contrat. Afin de pallier à ces difficultés, le droit utilise le mécanisme de la représentation par lequel un tiers représentant contracte au nom et pour le compte du représenté.

147. Bien que cette « institution fondamentale de notre droit [361]» ne soit pas nouvelle, elle n'a été appréhendée que de manière indirecte et tardive par le droit romain. En effet, lorsque deux personnes souhaitent être liées par un rapport d'obligation, elles doivent obligatoirement être mises en présence l'une de l'autre. Le droit romain permet cependant aux personnes dépendant du chef de famille de conclure un contrat de vente pour lui. Ce système juridique tend à intégrer l'idée de représentation sous l'autorité du jurisconsulte Papinien qui permet à un tiers d'exercer une action contre le mandant ou le géré[362]. Cependant, pour Girard, « il n'y a pas là une véritable représentation ayant pour résultat de faire considérer l'acte du représentant comme ayant été accompli par le représenté ; car, si désormais celui pour lequel a été fait l'acte est soumis aux poursuites, celui qui y

359 Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n°26.

360 Article 1128 nouveau du Code civil (ancien article 1108 du Code civil) : « Sont nécessaires à la validité d'un contrat :
« 1° Le consentement des parties ;
« 2° Leur capacité de contracter ;
« 3° Un contenu licite et certain. ».

361 STORCK (M.), *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, th., préf. D. HUET-WEILLER, Paris, 1982, p.7.

362« Papinien fit admettre que, quand un tiers aurait traité avec un mandataire, on lui donnerait contre le mandant une action utile […] A partir de là donc aussi le mandant fut tenu envers les tiers de mandat civil. Il devait en être exactement de même au cas non plus de mandat, mais de gestion d'affaires, quand les actes du gérant avaient été ratifiés par le géré : le tiers devait avoir encore alors, en vertu de la ratification, à côté de l'action directe contre le gérant, une action utile contre le géré » in, GIRARD (P.-F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, Rousseau, Paris, 1906, p.669.

a figuré y est toujours soumis : une véritable représentation impliquerait, d'une part, que le représenté fut soumis aux poursuites, quoique n'ayant pas figuré à l'acte, et, d'autre part, que le représentant ne fût pas soumis aux poursuites, quoique ayant figuré à l'acte [363]».

148. L'évolution du droit romain est concomitante au passage de la société agricole vers une société davantage axée sur les affaires, la conclusion de contrats entre absents s'accroissant.
Le mécanisme de la représentation n'a été reconnue réellement qu'au XIII[ème] siècle, les canonistes façonnant la théorie jusqu'au XVII[ème] siècle.
Contrairement aux Codes allemand et suisse, le Code Napoléonien n'a pas intégré de dispositions particulières relatives à la représentation exceptées celles correspondant à la représentation en matière successorale, en matière de mandat et de tutelle.

149. La notion de représentation n'a cessé par la suite d'évoluer au cours du XIX[ème] siècle. Le développement des échanges commerciaux et sociaux s'est accompagné notamment d'un élargissement du domaine de la représentation conventionnelle.

150. L'ordonnance du 10 février 2016, enfin, a consacré un régime autonome de la représentation par rapport au contrat de mandat. La réforme du droit des contrats a en effet créé un paragraphe entier comprenant neuf articles relatifs à la représentation inséré dans une sous-section 2 (« la capacité et la représentation ») du chapitre II relatif à la formation du contrat du sous-titre I relatif au contrat du titre III sur les sources d'obligations. L'on peut néanmoins regretter l'absence de définition de la représentation, puisqu'aucun des articles 1153 à 1161 n'y fait référence. La doctrine la définit comme étant l'« action consistant pour une personne investie à cet effet d'un pouvoir légal, judiciaire ou conventionnel (le représentant), d'accomplir au nom et pour le compte d'une autre - incapable ou empêchée (le représenté) - un acte juridique dont les effets se produisent directement sur la tête du représenté [364]».

151. Le tiers représentant ou « tiers contractant [365]» permet de « rendre présent le représenté[366] »

---

363 GIRARD (P.-F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, Rousseau, Paris, 1906, p.670.

364 CORNU (G.)(dir.), *Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant*, V° *Représentation*, 11[ème] éd., PUF, 2016, p.904 et suivantes.

365 DIDIER (P.), *De la représentation en droit privé*, th., préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, coll. Bib. Dr. Privé, Paris, 2000, p.45.

366 TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil. Les obligations*, 11[ème] éd., Dalloz, Paris, coll. Précis, 2013, n°167, p.161.

en agissant au nom et pour le compte de ce dernier. La qualité de tiers représentant intervenant dans un cadre légal (Section I) ou dans le cadre d'une représentation conventionnelle (Section II) soulève différentes interrogations.

SECTION I- LE TIERS REPRÉSENTANT DE L'INCAPABLE

152. Outre les cas de protection juridique par un système de représentation légale bien connus par notre droit (curatelle, tutelle, sauvegarde de justice), le législateur, incité par le phénomène de vieillissement de la population française, a récemment étoffé les offres de représentation à l'égard des personnes vulnérables. Ainsi a été mis en place un nouveau dispositif de représentation conventionnelle, le mandat de protection future[367], mais également un nouveau dispositif de représentation légale, à mi-chemin entre les mesures judiciaires existantes et le mandat de protection future : l'habilitation familiale[368].
De même, l'appréhension de la fin de vie des personnes malades sous l'impulsion d'affaires médiatisées telles que celle de Vincent Humbert a poussé le législateur à modifier le Droit médical en donnant corps au fil des réformes à la personne de confiance.

153. Dans les cas où la personne n'est pas en mesure d'exprimer une volonté saine d'esprit ou ne peut même exprimer une quelconque volonté, le droit se doit de protéger les intérêts de cette personne, tant son être que son patrimoine.
L'intervention d'un tiers peut être alors rendue indispensable dans le cas où une personne majeure (ou une personne mineure) n'est pas en état de donner de manière éclairée son consentement. Ce tiers représentant de l'incapable (l'incapable étant entendu comme celui qui ne peut pourvoir à ses propres intérêts) va donc jouer un rôle très important en ce qu'il va, par une fiction et de manière indirecte, exprimer la volonté de la personne qu'il représente.

154. Si pour être tiers à un contrat, il suffit de ne pas consentir personnellement à l'acte, la qualité de tiers représentant, personne de confiance de l'incapable peut néanmoins être discutée (I). Une fois la qualité de tiers du représentant démontrée, il est nécessaire de déterminer la responsabilité de celui-ci quant aux actes passés au nom de l'incapable (II).

---

367 Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, JORF n°56 du 7 mars 2007 p. 4325, texte n°12.

368 Ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, JORF n°0240 du 16 octobre 2015 p.19304, texte n°10.

I- LE TIERS REPRÉSENTANT, PERSONNE DE CONFIANCE DE L'INCAPABLE

155. Selon l'opinion générale, il est admis que le représenté est partie au contrat que le tiers représentant a conclu en son nom et pour son compte. Mais il est des situations où cette affirmation peut être nuancée, notamment lors d'une représentation légale : la qualité de partie au contrat – dont est déduite celle de tiers - découle de la volonté du sujet de droit. Ce qui n'est pas sans poser de problème dans le cas d'une représentation légale (A).

156. Par ailleurs, afin de ne pas imposer un système légal, parfois mal accepté par le majeur devant être protégé, le législateur a laissé le soin aux individus d'anticiper leur avenir. Depuis la loi du 5 mars 2007[369], le majeur peut désigner lui-même un tiers qui se chargera, quand cela sera devenu nécessaire, de son patrimoine ainsi que de sa personne, domaine de protection qu'il était encore jusque très récemment difficile d'insérer dans le champ contractuel (B).

A- LA QUALITÉ DE TIERS DU REPRÉSENTANT LÉGAL REMISE EN CAUSE

157. De manière générale, la qualité de partie doit être reconnue aux « personnes qui ont conclu le contrat, c'est-à-dire qui ont donné elles-mêmes leur consentement ou qui ont été représentées à sa conclusion [370]». Logiquement et par déduction, le représentant serait donc tiers à la formation du contrat qu'il a permis, par sa présence, de conclure.

158. La reconnaissance de la qualité de tiers du représentant légal est induite par la reconnaissance de la qualité de partie du représenté. La qualité de partie est liée classiquement à la volonté de la personne au moment de la formation du contrat. Si la personne émet la volonté de conclure le contrat, elle est qualifiée de partie, même si sa volonté est exprimée par le biais de son représentant. Par conséquent, le représentant est donc tiers au contrat qu'il a conclu pour le représenté. Toutefois, cette volonté est absente lors de la formation du contrat dans le cadre d'une représentation légale, davantage encore lorsque le représenté est dans l'incapacité d'exprimer cette volonté. Le représenté, incapable majeur ou mineur, peut-il toujours être qualifié de partie, et par conséquent, son représentant est-il toujours tiers au contrat ?

369 Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, JORF n°56 du 7 mars 2007 p. 4325, texte n° 12.

370 MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil. Les obligations*, Tome I, 2ème éd., Sirey, Paris, 1988, p.272.

159. Selon la doctrine classique[371], le représenté est partie au contrat dans le contrat conclu par son représentant. La partie est bien celle sur qui repose les obligations contenues dans le contrat résultant de l'expression de la volonté du représentant qui a reçu le pouvoir par la loi d'agir pour le compte du représenté. Or, qualifier le représenté de partie et *a fortiori* le représentant de tiers dans le cadre de la représentation d'un incapable revient à nier tout rôle à la volonté et à prendre en compte avant tout celui qui bénéficie des droits et subit les devoirs nés du contrat.

Accepter alors de reconnaître la qualité de partie à un contractant en prenant en compte les effets du contrats sur celui-ci et non l'expression de sa volonté, va à l'encontre de la théorie qui sous-tend encore le droit des contrats : la théorie de l'autonomie de la volonté[372]. En considération du dogme de l'autonomie de la volonté, le représenté serait alors le tiers tandis que le représentant, véritable auteur de la volonté, serait la partie au contrat.

160. Le Professeur Philippe Delmas Saint-Hilaire rappelle que les incapables représentés ne peuvent exprimer leur volonté lors de la conclusion du contrat du fait de leur incapacité. Ils ne peuvent donc guère être considérés comme des parties contractantes[373]. Ils sont « tiers par « nécessité » » au moment de la formation du contrat et deviendront parties lors de l'exécution du contrat par le mécanisme de transmission prévu par la loi. Leur reconnaître la qualité de partie serait alors pour l'auteur « nier le rôle de la volonté effective du sujet dans l'attribution de la qualité de partie à la conclusion d'un contrat[374] ».

161. Cette dernière analyse ne convient pas selon nous puisqu'elle fait de la volonté le seul et unique critère devant être pris en compte pour qualifier un contractant de partie à une convention. Or, cette conception ne reflète pas en soit la réalité et la nécessaire adaptation du droit face à celle-ci. La reconnaissance de la qualité de partie de l'incapable relève, comme le dit justement le Professeur Jacques Ghestin de l'utilité sociale. Le représentant est tiers dès la formation du contrat et demeure par la suite un tiers par l'effet de transmission des effets de celui-ci. Même si la volonté

---

371 Voir notamment GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, 3ème éd., LGDJ, 2001, p.748 et suivantes.

372 La théorie de l'autonomie de la volonté devant être entendue comme la liberté individuelle au travers de la volonté des individus seule source de la force du contrat. A propos de la théorie de l'autonomie de la volonté, voir notamment RANOUIL (V.), *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, PUF, Paris, Travaux et recherches de la Faculté de droit et des sciences économiques de Paris – Série "Sciences historiques", 1980, 165 p.

373 DELMAS SAINT-HILAIRE (P.), *Le tiers à l'acte juridique*, th., préf. J. HAUSER, LGDJ, coll. Bib. Dr. Privé, 2000, Paris, p.26.

374 *Id*., p.60.

exprimée lors de la conclusion du contrat est celle du représentant, il reste tiers à ce dernier puisqu'il ne tire aucun profit de la convention qu'il a conclu pour le compte du représenté, ni n'en supporte les devoirs. C'est d'ailleurs ce que le législateur a souhaité rappeler dans l'article 1154 de l'ordonnance du 10 février 2016 selon lequel « lorsque le représentant agit dans la limite de ses pouvoirs au nom et pour le compte du représenté, celui-ci est seul tenu de l'engagement ainsi contracté ». Il agit toujours dans l'intérêt de l'incapable, la volonté qu'il exprime étant indirectement celle du représenté.

162. Une analyse de la doctrine majoritaire confirme ainsi que l'incapable représenté est bien partie au contrat par le jeu de la représentation légale. Le représenté est partie à un contrat parce que la loi elle-même permet à une personne d'être qualifiée de partie alors qu'elle n'est pas contractante au sens propre du terme. Le Professeur Jacques Ghestin utilise alors le mécanisme de la fiction, pour qui « il est permis de considérer que cette absence de volonté propre du représenté peut, dans ce cas particulier, autoriser le recours à une fiction, légale, qui est justifiée par son utilité sociale [375]».

163. Le Professeur Jean-Luc Aubert voit dans la reconnaissance du représenté comme partie, « une utilité *individuelle* du représenté qui bénéficie […] d'une véritable *prothèse psychologique*- constituée par la volonté du représentant, encadrée par la loi- destiné à empêcher qu'il soit exclu du commerce juridique[376] ». Les incapables sont donc parties au contrat par la volonté de leur représentant légal qui agit dans les limites que la loi lui impose afin de préserver avant tout les intérêts du représenté. Comme le représentant n'est pas obligé par les effets du contrat qu'il conclut pour le compte de l'incapable, il est donc tiers au contrat.

164. La Professeure Catherine Thibierge, reprenant l'analyse du Professeur Jacques Ghestin, propose de se détacher du critère de la volonté du représenté pour reconnaître la qualité de partie à une personne. Elle estime en effet que « la qualité de partie [peut] provenir de l'effet cumulé de la loi et de la volonté du représentant. Par la jeu de la représentation, le représentant émet la volonté d'agir au nom d'autrui, ce qui aura pour effet d'imputer les effets obligatoires de l'acte au représenté [377]».

---

375 GHESTIN (J.), « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *JCP N*, 1993, p.259.

376 AUBERT (J.-L.), « A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD civ*, 1993, p.269.

377 THIBIERGE (C.), « De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *RTD civ*, 1994, p.278.

165. De même, pour le Professeur Nicolas Dissaux, la loi peut également être le critère permettant l'attribution de la qualité de partie au stade de la formation du contrat. Il est nécessaire de distinguer le moment de la conclusion du contrat et l'imputation des effets de ce dernier. Dans le cadre d'une représentation légale, même si la loi attribue la qualité de partie au représenté incapable, cela n'empêche aucunement que ce contrat soit le fruit de la rencontre des volontés du représentant et du cocontractant. Cet auteur propose ainsi de retenir deux critères alternatifs pour attribuer la qualité de partie à un contractant : « soit un accord de deux volontés acceptant d'être juridiquement liées l'une à l'autre par un contrat, soit la loi, qui, sur la base de considérations d'utilité et de justice, permet qu'une personne soit engagée par les actes d'une autre [378]». La loi attribuant la qualité de partie au représenté, le représentant est donc tiers au contrat principal.

166. En parallèle de la représentation légale, la représentation par un tiers peut également s'accomplir dans un cadre conventionnel au sein duquel le tiers représentant, désigné par le représenté, est chargé de la bonne gestion du patrimoine mais également de la personne elle-même.

B- LA QUALITÉ DE TIERS REPRÉSENTANT CONVENTIONNEL : DE LA GESTION DE PATRIMOINE À LA GESTION DE PERSONNE

167. La notion de confiance est une notion très présente de nos jours, elle traverse toutes les branches du droit. Pour ne citer que quelques exemples, la loi du 21 juin 2004[379] s'intéresse à la confiance dans l'économie numérique, la loi du 28 janvier 2005[380] est relative à la confiance et la protection du consommateur, et enfin, la loi du 26 juillet 2005[381] est relative à la confiance et la modernisation de l'économie. Le tiers de confiance est une institution juridique récente fréquente notamment en matière d'autorité parentale et en droit médical : en effet, l'article 375-3 du Code civil prévoit que le juge des enfants peut décider de confier l'enfant à un tiers digne de confiance si sa protection l'exige ; de même la loi Kouchner[382] a créé une nouvelle institution connue sous le nom

---

378 DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, th., préf. C. JAMIN, LGDJ, coll. Bib. Dr. Privé , 2007, Paris, p.188.

379 Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JORF n°0143, 22 juin 2004, p.11168, texte n°2.

380 Loi n°2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur, JORF n°26, 1er févier 2005, p.1658, texte n°1.

381 Loi n°2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, JORF n°173, 27 juillet 2005, p.12160, texte n°2.

382 Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002 p.4118, n°1.

de « personne de confiance ». L'idée d'une personne de confiance « constitue la réponse du droit médical aux insuffisantes ressources que lui offrent les dispositifs actuels de représentation des incapables, modifiant quelque peu le schéma classique de la représentation légale [383]». La relation entre le tiers personne de confiance et le malade n'étant pas juridiquement clairement établie, elle peut être qualifiée de « mandat de fait » (1). Par ailleurs, la loi du 5 mars 2007[384] a crée une nouvelle figure contractuelle : le mandat de protection future. Un mandant peut alors par anticipation désigner la personne de son choix qui est investie d'une mission de protection du patrimoine et de la personne devenue vulnérable (2). Enfin, le législateur a récemment institué une nouvelle forme de représentation du majeur incapable par un tiers dans le cadre de l'habilitation familiale, à mi-chemin entre les procédures légales connues et le mandat (3).

1) Le tiers personne de confiance par la mise en place d'un « mandat de fait »[385]

168. En matière familiale, le tiers de confiance représente le relais entre la famille et l'État. Lorsque les circonstances l'exigent, les parents peuvent ensemble ou séparément déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un « tiers, membre de la famille, proche digne de confiance[386] ».

169. En droit de la santé, l'institution de la personne de confiance a été créée par la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades[387]. Le législateur a souhaité par cette disposition mettre en place un « représentant » de la personne malade, notamment dans les cas où cette dernière ne peut plus exprimer sa volonté et consentir à l'acte médical sans pour autant avoir à recourir à une mesure de protection légale[388]. Ainsi, l'alinéa 4 de l'article L.1111-4 du Code de la santé publique énonce que « Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou

---

383 LOKIEC (P.), « La personne de confiance. Contribution à l'élaboration d'une théorie de la décision en droit médical », *RDSS*, 2006, p.866.

384 Loi n°2007-308 du 5 mars 2007, JORF n°56 du 7 mars 2007, p.4325, texte n°12.

385 Voir notamment GABRIEL (A.), *La personne de confiance dans la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades*, PUAM, Aix-Marseille, 2004, 159 p.

386 Article 377 du Code civil.

387 Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002 p.4118, n°1.

388 Article L.1111-6 du Code de la santé publique alinéa 1 et 2 : « Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Cette désignation est faite par écrit. Elle est révocable à tout moment. Si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions ».

investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté ». De même, si une décision concernant la limitation ou l'arrêt des traitements de la personne malade doit être prise alors que le patient est hors d'état d'exprimer sa volonté, la personne de confiance ou la famille ou, à défaut, un des proches doit être consultée.

170. Au regard du droit, il est tentant de voir dans la personne de confiance un tiers représentant du malade hors d'état d'exprimer sa volonté afin d'émettre à sa place un consentement. C'est notamment dans ce sens que l'a entendu le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) dans son avis n°58 du 12 juin 1998[389]. Si les personnes incapables, mineurs non émancipés ou majeurs protégés, bénéficient bien souvent de l'assistance d'un représentant légal, les difficultés interviennent lorsqu'une personne capable se trouve de manière provisoire incompétente et incapable d'exprimer sa volonté pour diverses raisons (la personne est sous anesthésie, dans un coma, en phase de délire...) alors même que des décisions importantes pour sa santé ou sa vie doivent être prises.
Le CCNE a alors proposé dès 1998 la mise en place d'un **représentant** ou **mandataire** chargé de représenter le malade, en tant qu'interlocuteur privilégié des médecins lorsque le patient ne peut exprimer lui-même ses choix, laissant le choix de l'importance de ce rôle : un rôle simplement consultatif ou un rôle décisionnaire.

171. Il est nécessaire de rechercher le fondement du statut du tiers personne de confiance. La première chambre civile de la Cour de cassation avait déjà donné un indice dans un arrêt du 8 novembre 1955 : « le médecin est tenu, hors des cas de nécessité, d'obtenir le consentement libre et éclairé du malade ou dans les cas où il serait hors d'état de le donner, celui des personnes qui sont investies à son égard d'une autorité légale ou que leurs liens de parenté avec lui désignent comme *protecteurs naturels* ». Ce protecteur naturel serait une « quasi-tutelle [390]», répondant à une « incapacité extra-légale [391]» selon Savatier. Toutefois, pour le Professeur Pascal Lokiec cette théorie, purement prétorienne, présente des limites puisque son fondement est incertain[392].

---

389 Rapport disponible sur le site du CCNE à l'adresse : http://www.ccne-ethique.fr/fr/publications/consentement-eclaire-et-information-des-personnes-qui-se-pretent-des-actes-de-soin-ou#.VDao__kqi9Q.

390 SAVATIER (R.), « Un attribut essentiel de l'état des personnes : la santé humaine », *D.*, 1958, chron., p.98.

391 SAVATIER (R.), AUBY (J.-M.) et SAVATIER (J.), *Traité de droit médical*, Librairies techniques, 1956, p.226.

392 LOKIEC (P.), « La personne de confiance. Contribution à l'élaboration d'une théorie de la décision en droit médical », *RDSS*, 2006, p.866.

De plus, il ne faut en aucun cas confondre la mission de la personne de confiance avec la tutelle puisque le tiers de confiance ne peut être désigné lorsqu'une tutelle a déjà été mise en place selon l'alinéa 3 de l'article L.1111-6 du Code de la santé publique[393].

172. Est-il possible alors d'admettre qu'il existe un « contrat de mandat » entre le malade en matière médicale ou les parents en droit de la famille et le tiers personne de confiance ? Si tel était le cas, il serait nécessaire d'admettre qu'un contrat soit conclu sur des matières intéressant l'ordre public. Or, le législateur a autorisé ce type de contrat puisque depuis la loi du 23 juin 2006[394] a mis en place le mandat à effet posthume : ce contrat permet en effet à une personne de désigner un mandataire qui est en charge de gérer ou d'administrer ses biens pour le compte et dans l'intérêt d'un ou plusieurs héritiers. Le législateur étend donc les domaines pour lesquels il souhaite laisser une place à la liberté contractuelle.

Sur un plan plus technique, admettre qu'il existe un mandat en matière personnelle[395] induit l'existence d'une représentation accompagnée de la réalisation par le mandataire d'actes juridiques au nom et pour le compte d'autrui. Or la plupart du temps, la personne de confiance ne va pas réaliser (ou très exceptionnellement) d'actes juridiques. En effet, en matière d'autorité parentale, le tiers de confiance accomplit des actes que le droit n'appréhende pas clairement : c'est le cas notamment de tous ces actes ayant trait à l'éducation de l'enfant (lui inculquer les règles de vie en société, la politesse...). Il en est de même en matière médicale lorsque le tiers accompagne la personne malade. Ces actes ne peuvent être qualifiés d'actes juridiques exigés pour le contrat de mandat.

173. Cependant, la figure du mandat a été retenue dans la loi du 5 mars 2007[396] concernant le mandat d'anticipation qu'est le mandat de protection future[397]. En matière familiale, la Commission

---

393 Article L.1111-6 alinéa 3 du CSP : « Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas lorsqu'une mesure de tutelle est ordonnée. Toutefois, le juge des tutelles peut, dans cette hypothèse, soit confirmer la mission de la personne de confiance antérieurement désignée, soit révoquer la désignation de celle-ci ».

394 Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, JORF n°145 du 24 juin 2006 p. 9513, texte n° 1.

395 BENSAMOUN (A.), « La personne de confiance (Réflexions sur une institution émergente en matière familiale et médicale) », *RRJ*, 2007, p.1669.

396 Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, JORF n°56 du 7 mars 2007 p. 4325, texte n° 12.

397 Voir *infra* n°301 et suivants.

Dekeuwer-Défossez[398] qui a été à l'origine de la loi de 2002 avait prévu de créer un mandat dans lequel un des parents ou les deux mandataient un tiers de confiance afin qu'il accomplisse des actes usuels ou non relatifs à la personne de l'enfant[399].
Afin de prendre en compte la volonté des patients et de reconnaître un véritable statut aux tiers de confiance, il serait alors judicieux de voir dans le contrat liant la personne malade à son représentant ou les parents au tiers de confiance, un « mandat particulier [400]»[401]. Ce contrat de mandat pourrait faire l'objet d'un contrat écrit sous forme d'acte authentique ou sous seing privé, permettant de vérifier le consentement des parties et de faire prendre conscience notamment au mandant de l'importance de la mesure mise en place. Le contenu de ce mandat délimiterait les pouvoirs du mandant en distinguant notamment les actes graves des actes usuels.

174. De plus, si l'on considère que la personne de confiance représente le malade, est-on en présence d'une représentation fiduciaire ou objective ?
Lorsque le représenté doit faire confiance à son représentant en raison d'une incertitude quant à la décision adéquate à prendre, il s'agit d'une représentation *fiduciaire*. C'est la forme de représentation la plus courante et notamment celle utilisée dans le cadre d'un mandat.

Le Professeur Philippe Didier a souligné également l'existence d'une seconde forme de représentation dite *objective*. Dans ce cas, une seule décision idoine existe et doit être prise par le représentant. La représentation objective a selon l'auteur deux fonctions : elle intervient comme technique de consolidation de plusieurs liens juridiques[402] ainsi que comme technique de conservation des affaires d'autrui[403]. Ainsi, dans le cas de l'intervention d'une personne de confiance, peut-on parler de représentation fiduciaire ou objective ?
En cas de représentation objective, « on substitue ainsi les *circonstances* à la *volonté* comme source

---

398 DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps : rapport au Garde des sceaux, ministre de la justice*, La Documentation Française, Paris, 1999, 255p.

399 DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps : rapport au Garde des sceaux, ministre de la justice,* La Documentation Française, Paris, 1999, p.75.

400 PANSIER (F.-J.) et CHARBONNEAU (C.), « Commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades », *LPA*, 2002, p.5.

401 Un mandat qui ne serait pas un mandat de protection future pour autant.

402 DIDIER (P.), *De la représentation en droit privé*, *op. cit.,* p.274 et suivantes.

403 *id.,* p.317 et suivantes.

de la protection du représenté. La place accordée à la volonté est alors bien moindre[404]». Dans le cadre d'un tiers intervenant pour suppléer la volonté d'une personne hors d'état d'exprimer la sienne, la représentation a une forme hybride. Elle mêle à la fois l'idée d'une représentation fiduciaire dans laquelle le représenté donne toute confiance à la personne de confiance puisqu'il est dans l'incertitude des événements à venir et donc du choix adéquat ; mais également l'idée d'une représentation objective puisque lorsque le représenté est hors d'état d'exprimer sa volonté, c'est donc moins cette volonté qui prime que la protection des intérêts du majeur en fonction des circonstances.

175. Si le fondement de la qualité de personne de confiance est encore incertaine et demande de la part du législateur davantage de précision, un pas a été franchi en matière de contractualisation de la protection des personnes et des biens puisque la qualification de mandat a été retenue pour caractériser l'acte par lequel un individu organise à l'avance sa protection et celle de ses biens ou celle de son enfant majeur incapable.

2) Le tiers mandataire dans la mise en place d'un mandat de protection future

176. Perçu comme la « figure emblématique de l'autonomie de la volonté [405]», le mandat de protection future répond à la nécessité d'aménager contractuellement la protection de la personne dans un contexte de vieillissement de la population. Ce mandat est l'acte par lequel une personne soucieuse de son avenir désigne un tiers de confiance afin de la représenter dans le cas où celle-ci ne pourrait plus gérer seule ses intérêts en raison de défaillance de ses facultés personnelles. Ce mandat se décline sous deux formes : le mandat dit « pour soi » dans le cadre duquel le mandant prévoit sa propre protection future ainsi que le mandat dit « pour autrui » dans le cadre duquel des parents organisent la protection de leur enfant qui ne pourrait subvenir seul à ses intérêts et où eux mêmes seraient hors d'état de pouvoir le faire.
Le mandat de protection future est régi par les articles 477 à 494 du Code civil. Ces dispositions sont issues de la loi du 5 mars 2007[406], complétée par un décret du 30 novembre 2007 relatif au mandat sous seing privé[407].

404 DIDIER (P.), *De la représentation en droit privé, op. cit.,* p.255.

405 MALAURIE (P.), « La réforme de la protection juridique des majeurs », *Defrénois*, 2007, p.557.

406 Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, JORF n°56 du 7 mars 2007 p. 4325, texte n° 12.

407 Décret n° 2007-1702 du 30 novembre 2007 relatif au modèle de mandat de protection future sous seing privé, JORF n°0280 du 2 décembre 2007 p. 19537, texte n° 7.

177. Le mandat de protection future, fortement inspiré de dispositions existantes en droit québécois[408] et allemand[409] permet de mettre en exergue la volonté de la personne majeure qui souhaite anticiper son avenir en mettant la gestion de ses biens et la protection de sa personne entre les mains d'un tiers mandataire.

178. Dans le cadre d'un mandat classique, toute personne peut être choisie, même un incapable qu'il soit mineur non émancipé[410] ou majeur incapable, pour exercer le rôle de mandataire, à condition que cette personne ait la faculté de discernement afin de conclure des actes juridiques. *A contrario*, dans le cadre d'un mandat de protection future, la protection de la personne fragilisée l'emporte sur la liberté contractuelle. En effet, les personnes frappées d'une incapacité, ne peuvent remplir le rôle de tiers mandataire[411]. Par conséquent, le tiers mandataire ne peut être placé sous tutelle, curatelle ou sauvegarde de justice ou bénéficier lui-même d'un mandat de protection future.
De même, ne peuvent être mandataires les personnes à qui l'autorité parentale a été retirée ainsi que les personnes à qui l'exercice des charges tutélaires a été interdit en application de l'article 131-26 du Code pénal[412]. Les personnes des professions médicales et de la pharmacie, les auxiliaires médicaux ainsi que le fiduciaire désigné par le contrat de fiducie sont également exclus[413].
Il s'agit là d'une mesure visant à protéger le mandant d'éventuels abus face à sa situation de vulnérabilité.

179. Le mandant ou le juge peuvent choisir de faire appel à un professionnel comme tiers mandataire. La loi du 5 mars 2007 innove sur ce point puisqu'elle crée un mandataire judiciaire à la protection des majeurs. Cette nouveauté a pour but d'éviter les dérives sectaires. Ce nouveau

---

408 Le droit québécois connaît depuis le milieu du vingtième siècle le dispositif du « curateur public ». Le curateur public était chargé de s'occuper de la personne et d'administrer ses biens pour un temps déterminé ou pour toujours dès lors que la personne était admise dans un établissement psychiatrique. Le système de santé québécois subissant une remise en question, le rôle du curateur public s'est effacé avant de se voir attribuer un statut particulier à partir de 1982. Le début des années 1990, le législateur québécois apporte des précisions à la mission du curateur public. Il intervient notamment pour contrôler le mandataire dans le cadre du « mandat en prévision d'inaptitude ». Ce mandat permet à une personne en possession de ses facultés, de désigner une ou plusieurs personnes pour prendre soin d'elle ou de ses biens, en cas d'incapacité à le faire elle-même de façon temporaire ou permanente.

409 L'Allemagne prévoit également un mandat ou *Vollmacht* sous la forme notariée s'il est besoin de faire des actes de disposition ou sous seing privé pour les actes d'administration. Une procédure d'enregistrement est prévue au service public des tutelles.

410 Article 1990 du Code civil.

411 Article 480 alinéa 2 du Code civil : « Le mandataire doit, pendant toute l'exécution du mandat, jouir de la capacité civile ».

412 Article 395 3° et 4° du Code civil.

413 Article 480 du Code civil par renvoi à l'article 445 alinéa 2 et 3 du même code.

mandataire est un auxiliaire de justice, dont les prérogatives sont dictées par le juge qui peut le désigner. Le mandant quant à lui peut désigner tous les professionnels de son choix, y compris le mandataire judiciaire à la protection des majeurs.

180. Le mandant peut également faire le choix de désigner une personne au sein de sa famille. Cela peut tout aussi bien être un conjoint comme un concubin. Le lien familial est alors contractualisé et caractéristique d'une proximité entre le mandant et le mandataire. Bien qu'il soit offert au mandataire professionnel une information et un soutien[414], il n'en est pas de même pour le mandataire choisi dans l'entourage familial. Pourtant il semble nécessaire que ce service soit accessible à tout mandataire qu'il soit judiciaire ou conventionnel.

181. La doctrine s'est montrée critique à l'égard des pouvoirs du mandataire de protection future[415]. En effet, plaçant le mandat sous l'étendard de la liberté contractuelle, le législateur a laissé le soin aux parties de déterminer l'étendue des pouvoirs du mandataire. Lorsque le mandat est passé devant notaire, le mandataire peut accomplir tous les actes patrimoniaux que le tuteur peut effectuer seul ou avec une autorisation[416]. Ainsi, tous les actes nécessitant normalement une autorisation du juge dans un système de protection juridique, peuvent être passés par le mandataire sans autorisation dans un système conventionnel. Ce qui n'est pas sans poser un problème de sécurité pour le mandant même si ce dernier peut restreindre conventionnellement les pouvoirs du mandataire relativement à la gestion de ses biens.

182. Enfin, le Code civil prévoit que la tutelle et la curatelle sont des charges personnelles. Il n'est pas alors possible de se substituer un tiers. Le tuteur ou le curateur peuvent seulement faire appel à un tiers, sous leur responsabilité, et uniquement « pour l'accomplissement de certains actes dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat [417]». Or, en matière de mandat de protection future, le mandataire peut se substituer un tiers[418], à titre spécial, « pour les actes de gestion du patrimoine [419]». Cette disposition est regrettable puisque le contrat de mandat de protection future

414 Article L.215-4 et R.215-14 à R.215-17 du Code de l'action sociale et des familles.

415 Voir notamment : FENOUILLET (D.), « Le mandat de protection future ou la double illusion », *Defrénois*, 2009, p.142.

416 Article 490 du Code civil.

417 Article 452 alinéa 2 du Code civil.

418 Le mandataire répond alors du tiers qu'il s'est substitué dans les conditions de l'article 1994 du Code civil.

419 Article 482 du Code civil.

est conclu, *intuitu personae*[420], tout comme lors de la désignation de la personne de confiance en droit médical. Dès lors, la substitution d'un tiers devrait être interdite, ou à tout le moins, prévue expressément dans le contrat de mandat.

3) Le tiers dans la mise en place d'une habilitation familiale

183. Dernière née des mesures de protection du majeur incapable, l'habilitation familiale a été instaurée par l'ordonnance du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille[421]. Cette procédure autonome à mi-chemin entre les mesures de protection judiciaire et le mandat de protection future fait l'objet de dispositions propres auxquelles viennent s'ajouter celles relatives au mandat[422]. Le juge habilite un tiers chargé de représenter ou de passer des actes au nom de l'incapable dans les conditions prévues par le titre XIII du livre III du Code civil. Ce tiers est un « proche » du majeur incapable dont la liste est définie par la loi du 16 février 2015[423].

184. Cette nouvelle technique de préservation des intérêts du majeur incapable peut faire douter de l'objectif présenté par le législateur de « simplification » du droit de la famille. En effet, les dispositions de l'article 494-1 du Code civil prévoient que le tiers habilité représente et passe des actes au nom du majeur : la distinction est selon nous étonnante. La représentation ne consiste-t-elle pas en la passation d'actes au nom d'autrui par un tiers ? Cette distinction est surprenante au regard de la nouvelle définition de la notion de représentation que donnent les articles 1153 nouveau et suivants du Code civil issus de la réforme du droit des obligations. En réalité, l'habilitation familiale emporte certaines règles du mandat mais ne constitue pas une représentation conventionnelle comme c'est le cas du mandat de protection future. Cette technique emprunte donc à la représentation mais sa mise en oeuvre dépend du juge puisque le tiers est désigné par ce dernier qui intervient pour prononcer son habilitation, nouvelle forme de représentation judiciaire[424].

---

420 Voir notamment à ce propos : LOISEAU (G.), « Contrats de confiance et contrats conclus *intuitu personae* », *in* BÉNABOU (V.-L.) et CHAGNY (M.) (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, Actes, 2008, p.97 et suivantes.

421 Ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, JORF n°0240 du 16 octobre 2015, p.19304, texte n° 10.

422 Article 494-1 nouveau et suivants du Code civil.

423 Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, JORF n°0040 du 17 février 2015, p.2961, texte n°1.

424 MALLET-BRICOUT (B.), « La nouvelle « habilitation familiale », ou le millefeuille de la représentation des majeurs protégés », *RTD civ.*, 2016, p.190.

185. Le tiers représentant, que cette représentation soit d'origine légale ou bien conventionnelle, reçoit de son mandant ou de la loi des pouvoirs afin de gérer au mieux le patrimoine ou la protection de la personne qu'il représente dans le respect de sa volonté et de ses intérêts. Le tiers peut être tenu responsable dans certains cas quant aux actes juridiques passés au nom de l'incapable.

II- LA RESPONSABILITÉ DU TIERS REPRÉSENTANT QUANT AUX ACTES JURIDIQUES PASSÉS AU NOM DE L'INCAPABLE

186. La position de tiers au contrat induit que celui-ci ne tire de l'acte juridique pour lequel il intervient aucun bénéfice et ne supporte aucune charge puisqu'il n'a pas émis de consentement. Néanmoins, puisque le tiers représentant exprime la volonté du majeur incapable par le biais d'une fiction légale, le législateur a du adopter des mesures visant à protéger la personne vulnérable et ses biens. Le tiers protecteur légal est soumis à différents devoirs et peut voir sa responsabilité engagée lorsqu'il ne respecte pas les exigences imposées par son statut (A). La personne de confiance et le mandataire de protection future ont tous deux des devoirs et une responsabilité différents (B).

A- LES POUVOIRS ET LA RESPONSABILITÉ DU TIERS REPRÉSENTANT LÉGAL DE L'INCAPABLE

187. Plusieurs personnes peuvent être chargées d'intervenir dans le cadre de la protection du majeur protégé. La loi du 5 mars 2007 a souhaité apporter un soin particulier à l'ordonnancement du traitement des tiers chargés de protéger les personnes vulnérables. La curatelle et la tutelle sont des charges personnelles[425] et sont réparties par ordre de priorité.

La volonté de la personne protégée prime dans le choix du curateur ou tuteur puisque celui-ci sera désigné par le majeur lorsqu'il est encore en possession de toutes ses capacités. Le conjoint est prioritaire lors de la désignation. Il en est de même pour le partenaire de pacs ou le concubin à condition que l'exercice d'une vie commune soit constatée. *A contrario*, le juge des tutelles ou le conseil de famille peut désigner un tiers parmi les parents, alliés ou *in fine* les co-résidents entretenant un lien étroit et stable avec le majeur protégé, dans le cas où celui-ci demeure dans une maison de retraite. La famille et les proches ont bien souvent la charge en réalité de la protection de la personne vulnérable.

425 Article 452 alinéa 1er du Code civil.

Enfin, un mandataire judiciaire à la protection des majeurs peut être désigné par le juge.

188. Le tiers curateur ou tuteur remplit sa mission de protection à titre gratuit[426] puisque selon le législateur, le principe de gratuité répond à un « devoir des familles et de la collectivité publique[427] ». Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs ne sont toutefois pas soumis à ce principe.

189. Le tiers protecteur, parce qu'il a en charge la préservation tant de l'intérêt des tiers que de l'organisation des intérêts du représenté, est soumis à différents devoirs. Le Code civil rappelle notamment que le tuteur se doit « d'apporter, dans celle-ci, des soins prudents, diligents et avisés, dans le seul intérêt de la personne protégée [428]». La responsabilité civile du tiers protecteur trouve donc sa source dans sa gestion « en bon père de famille » des affaires du majeur protégé[429].
Le tiers représentant est également soumis à une obligation de reddition annuelle des comptes[430]. Un récent arrêt de la Cour d'appel de Rennes[431] illustre la responsabilité du tiers protecteur qui viole son devoir de diligence. En l'espèce, une ancienne tutrice voit sa responsabilité engagée n'ayant pas rempli son obligation de reddition des comptes de sa gestion et ayant utilisé certains biens du majeur protégé sans autorisation du juge et sans expliquer leur affectation. Elle a en effet acquis avec l'argent de son tutélaire un véhicule (qu'elle a ensuite gardé en sa possession), qui constitue un acte de disposition qu'elle a conclu sans autorisation du juge. La Cour d'appel de Rennes reconnaît alors que la tutrice a commis une faute engageant sa responsabilité.
De même, un arrêt de la Cour d'appel de Paris reconnaît que commet une faute le curateur qui ne désigne pas un administrateur provisoire afin de gérer la SCI gérée par le majeur protégé. Le tiers protecteur doit faire preuve de vigilance en nommant un tiers administrateur lorsque le protégé ne peut plus gérer lui-même sa société. Un récent arrêt remarqué de la Haute juridiction a en effet affirmé que « le tuteur d'une personne protégée à laquelle a été dévolue la fonction de gérant d'une société n'est pas investi du pouvoir de représenter celle-ci [432]».

---

426 Article 419 du Code civil.

427 Article 415 alinéa 4 du Code civil.

428 Article 496 alinéa 2 du Code civil.

429 Ancien article 450 du Code civil modifié par la suite par la loi du 5 mars 2007 n°2007-308 portant réforme de la protection juridique des majeurs, JORF n°56 du 7 mars 2007 p.4325, texte n°12.

430 Article 511 du Code civil.

431 CA Rennes 2ème chambre, 11 avril 2014, n°011/04564, JurisData n°2014-008909.

190. Le droit de la responsabilité des tiers protecteurs des majeurs incapables trouve sa source directement dans celui des mineurs comme l'illustre l'article 421 du Code civil qui est une copie de l'article 412 du même code[433]. Certaines dispositions restent spécifiques au droit des majeurs protégés notamment pour le curateur ou le subrogé curateur qui ne sont responsables des actes qu'ils ont accomplis qu'en cas de dol ou de faute lourde[434].

Les contours de la responsabilité du tuteur sont difficiles à cerner tant l'idée d'une « faute quelconque » semble floue, et cela dans un but de protection maximale de la personne vulnérable face à des protecteurs pouvant s'avérer peu scrupuleux. Toutefois, le tuteur sera tenu responsable s'il ne communique pas au majeur protégé l'information qu'il doit dispenser[435] ou encore si le tiers protecteur se substitue au consentement du majeur pour des actes strictement personnels, par exemple.

Le curateur, quant à lui, ne pourra être responsable qu'en cas de dol ou faute lourde : c'est notamment le cas lorsque le curateur, en possession de certaines informations, aurait du être amené à refuser le contreseing pour des actes de disposition souhaités par le majeur mais qu'il contresigne tout de même.

Le protecteur légal, bien qu'il soit tiers quant aux actes qu'il conclut pour le compte du majeur protégé, a le devoir de respecter la mission qui lui a été confiée dans l'intérêt de la personne vulnérable.

B- LES POUVOIRS ET LA RESPONSABILITÉ DU TIERS, PERSONNE DE CONFIANCE ET MANDATAIRE

191. Si les pouvoirs et la responsabilité de la personne de confiance au sens du Code de la santé publique sont limités du fait de l'absence de contrat la liant au malade (1), il en va autrement lorsque le tiers de confiance tire ses pouvoirs d'un mandat de protection future (2).

1) Pouvoir et responsabilité du tiers, personne de confiance au sens du Code de la santé publique

192. La personne de confiance permet d'établir ou de conserver un lien entre le patient et le

---

432 Cass. Civ. 1ère, 12 juillet 2012, n°11-13.161, Bull. Civ. 2012, I, n°163 ; *Lexbase Hebdo Ed. Aff*., 2012, n°309, D. GIBIRILA ; *Rev. Lamy Dr. Civ*., 2012, p.43, G. CHAUCHAT-ROZIER ; *RTD Civ*, 2012, p.711, J. HAUSER ; *JCP E*, 2012, p.32, H. HOVASSE.

433 « Tous les organes de la mesure de protection judiciaire sont responsables du dommage résultant d'une faute quelconque qu'ils commettent dans l'exercice de leur fonction ».

434 Article 421 du Code civil.

435 Article 457-1 du Code civil.

corps médical en droit de la santé. Elle doit être distinguée de la « personne à prévenir » qui est une notion purement administrative et du tiers mandataire de protection future, bien que ce dernier puisse être amené à remplir les fonctions de la personne de confiance.
Lorsque le patient est conscient, la personne de confiance a pour rôle de l'accompagner dans ses démarches, de l'aider dans ses prises de décisions[436]. Lorsque le patient n'est pas conscient et donc hors d'état d'exprimer sa volonté, la personne de confiance reçoit l'information relative à l'état de santé du patient. Son rôle est de donner un avis, elle est le relais de la volonté du patient. Aucune investigation ou intervention ne peut être faite, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance n'ait été consultée préalablement[437].

Lorsque le malade n'a pas laissé de directives anticipées, et qu'il se trouve dans une phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, l'avis de la personne de confiance prévaut, sauf urgence ou impossibilité, sur tout autre avis non médical pour toutes les décisions d'investigation, d'intervention ou de traitement du médecin[438]. L'avis de la personne de confiance n'a qu'une valeur consultative et le médecin n'est pas tenu par cet avis[439].

193. Le législateur, pour l'heure, n'a pas souhaité formaliser la relation patient-personne de confiance par la mise en place d'un mandat. La personne de confiance n'exerce donc pas un mandat au nom et pour le compte du patient. Il ne peut donc *a priori* être mis à la charge de celle-ci une responsabilité contractuelle.
Toutefois, il est tout à fait imaginable que sa responsabilité délictuelle puisse être recherchée sur la base de l'article 1382 du Code civil. En effet, la personne de confiance est, selon l'article 1110-4 du Code la santé publique, tenue au secret médical. Le devoir du respect du secret médical se justifie également par l'article 226-13 du Code pénal qui rappelle que « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ». La personne de confiance peut donc être responsable pénalement.
La personne de confiance peut également engager sa responsabilité délictuelle en cas de violation

436 Article L.1111-6 du CSP.

437 Article L.1111-4 du CSP.

438 Article L.1111-12 du CSP.

439 Notons toutefois que dans la proposition de loi d'Alain Claeys et Jean Léonétti, remise au Président de la République le 12 décembre 2014, les deux députés préconisent que, lorsque le patient a donné à la personne de confiance des directives anticipées, celles-ci s'imposeront au médecin. Rapport disponible sur le site de la Documentation française.

de son obligation de loyauté, de discrétion ou de respect due à autrui.

194. Dans l'hypothèse où il existe un contrat liant la personne de confiance au patient, la responsabilité contractuelle du tiers peut être recherchée dans l'hypothèse où elle n'exécuterait pas ses obligations contractuelles, comme cela est le cas dans le cadre d'un mandat de protection future.

2) Devoirs et responsabilité du tiers de confiance, mandataire dans le cadre du mandat de protection future

195. Lorsque le mandataire de protection future agit dans le cadre d'un mandat pour soi-même, il a pour obligation de rendre des comptes. Il doit en effet tenir un inventaire des biens du mandant au début de sa mission, doit procéder à son actualisation et enfin, selon l'article 486 du Code civil, tenir des comptes de sa gestion.
Logiquement le mandataire ne peut rendre de compte à son mandant puisque celui-ci n'est pas en mesure pour des raisons évidentes de gérer ses intérêts. Dans ce cas, il est nécessaire de prévoir un contrôle du mandataire : lorsque le mandat de protection future a été passé devant notaire, les comptes seront remis à ce dernier qui aura pour responsabilité de les conserver et de saisir le juge lorsqu'un mouvement de fonds ou un acte lui semblent injustifiés[440].
Si le mandat est passé sous seing privé, le mandataire doit alors conserver l'inventaire et les cinq derniers compte de gestion qu'il devra fournir sur demande du juge des tutelles ou du Procureur.

196. Les différences de contrôle du mandataire sont donc à souligner selon la forme du mandat. Le mandat sous forme authentique apporte davantage de sécurité et de protection au mandant puisqu'aucun contrôle régulier n'est prévu par les textes. Le mandant peut par mesure de précaution désigner dans le mandat un tiers à qui est confiée la charge de contrôler les comptes de gestion. Selon un auteur, « l'instauration d'un tel contrôle par un tiers semble utile en matière patrimoniale pour compléter les contrôles prévus selon la forme du mandant, mais elle apparaît surtout indispensable en matière personnelle, car, dans ce domaine, la loi n'a instauré aucun contrôle obligatoire[441]».

197. L'absence de contrôle est regrettable d'autant que le mandataire peut se voir confier des pouvoirs importants. Dans le cadre d'un mandat notarié, le mandataire peut conclure tous les actes

440 Article 491 du Code civil.

441 BERRY (E.), « L'exemple du mandat de protection future », *in* RÉMY (B.) (dir.), *Le mandat en question*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p.161.

patrimoniaux que le tuteur peut passer seul ou avec une autorisation[442]. Il ne peut toutefois accomplir un acte de disposition à titre gratuit qu'avec l'autorisation du juge des tutelles[443].

198. En cas de dépassement de pouvoir, le droit commun du mandat prévoit que le mandataire est responsable des actes qu'il a passés. En matière de mandat de protection future, si le mandataire outrepasse les pouvoirs que lui a conféré le mandant, les mêmes règles s'appliquent. Le mandataire sera responsable notamment s'il passe un acte de disposition à titre gratuit sans en demander l'autorisation au juge des tutelles.

199. Il peut arriver que le mandataire passe un acte qui soit contraire à un de ceux passés par le mandant lui-même[444]. Dans le cadre du mandat de droit commun, une telle situation emporte révocation du mandat. *A contrario*, dans le cadre d'un mandat de protection future, le mandat est maintenu puisque ce dernier n'est plus révocable une fois qu'il a commencé à produire ses effets[445].

Si l'exécution du mandat porte atteinte à l'intérêt du mandant, le juge des tutelles peut toutefois le révoquer à condition qu'il soit saisi par toute personne intéressée. La sanction disponible pour le mandant classique n'est donc pas offerte au mandant dans le mandat de protection future. Cela peut présenter une certaine dangerosité puisque si un tiers n'est pas désigné pour contrôler la gestion des comptes, la dénonciation auprès du juge des tutelles se présente plus incertaine.

200. Les textes ne font aucunement mention de la responsabilité du tiers mandataire de protection future[446]. La recherche de la responsabilité de celui-ci s'effectue par renvoi à l'article 1992 du Code civil : le mandataire est alors responsable pour les fautes qu'il commet dans sa gestion. L'alinéa 2 du même article précise que la responsabilité pour faute sera appliquée moins vigoureusement pour le mandataire exerçant à titre gratuit. A ce titre, les juges sont davantage indulgents avec le mandataire bénévole quant à son obligation de moyens[447]. Toutefois, lorsque le mandataire est tenu d'une obligation de résultat même s'il exécute son mandat bénévolement, les juges apprécient strictement sa responsabilité.

442 Article 490 alinéa 1er du Code civil.

443 Article 490 alinéa 2 du Code civil.

444 Il faut rappeler que l'exécution du mandat de protection future ne rend pas le mandant incapable.

445 Sauf si l'une des conditions de l'article 483 du Code civil est remplie.

446 A titre gratuit.

447 Voir notamment l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 8 juillet 2008, n°07-17.013, inédit.

201. En réalité, quelle que soit l'obligation, de moyen ou de résultat, à la charge du mandataire, il est nécessaire de rechercher finalement si ce dernier a exécuté ou non sa mission. Dans le cadre d'un mandat de protection future, le juge appréciera avec davantage d'indulgence l'étendue de sa responsabilité si le mandataire exerce sa mission à titre bénévole.
Cette disposition peut paraître regrettable : en effet, alors que les personnes assurent l'exercice d'une mesure de protection judiciaire de manière bénévole, ils sont responsables « du dommage résultant d'une faute quelconque qu'ils commettent dans l'exercice de leur fonction [448]». La responsabilité dans le cadre d'une mesure de protection judiciaire est donc plus lourde alors même que le tiers chargé de cette mission de protection est soumis à davantage de contrôle que le mandataire de protection future. La protection conventionnelle devient alors plus dangereuse.

202. Le tiers dans la représentation de l'incapable désigne tous les tiers intervenant dans les mesures de protection juridique des personnes vulnérables, ainsi que le tiers mandataire de protection future. Il règne encore un certain flou autour de la personne de confiance accompagnant les malades en fin de vie malgré les tentatives du législateur d'apporter des retouches à son statut. La loi du 2 février 2016[449], qui a modifié l'article L.1111-6 du Code de la santé publique relatif à la désignation de la personne de confiance n'a pas davantage donné d'indication sur les devoirs et la responsabilité de ce tiers.

203. Dans le cas où une personne, saine d'esprit, ne peut ou ne souhaite être présente lors de la conclusion d'un contrat, elle peut désigner un tiers pour la représenter dans le cadre d'un contrat de représentation conventionnelle.

448 Article 421 du Code civil.

449 Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, JORF n°0028 du 3 février 2016, texte n°1.

SECTION II- LE TIERS REPRÉSENTANT DU CAPABLE

204. Au delà de la nécessité de représenter les personnes dans l'incapacité d'exprimer leur volonté, le mécanisme de la représentation est aussi devenu indispensable à la vie des affaires. Le mandat, dont la représentation est un élément fondamental, innerve aujourd'hui toutes les branches du droit[450]. Le mécanisme de représentation permet à une personne – le représenté – de donner pouvoir de conclure un acte en son nom et pour son compte à un tiers – le représentant, les effets de cet acte se produisant directement dans le patrimoine du représenté.

205. La technique de la représentation n'est pas sans susciter de questions : comment une personne, qui est présente lors de la formation et de la conclusion d'un contrat dont elle vient en partie limiter les contours n'est-elle pas obligée par cet acte dont les effets vont se produire uniquement sur la tête d'autrui ? Le « mécanisme d'imputation dérogatoire [451]» des effets de l'acte prouve la qualité de tiers du représentant, ce que l'article 1152 nouveau du Code civil rappelle à propos de la représentation parfaite : « lorsque le représentant agit dans la limite de ses pouvoirs au nom et pour le compte du représenté, celui-ci est seul tenu de l'engagement ainsi contracté ».

206. Si l'entremise du tiers représentant lors de la formation du contrat a donc pour but la conclusion d'un acte au nom et pour le compte d'autrui (I), cette intervention emporte nécessairement des conséquences sur la formation du contrat (II).

450 Bien que l'ordonnance du 10 février 2016 ait procédé à l'insertion de règles particulières sur la représentation dans le code civil, nous ne ferons pas ici la distinction entre mandat et représentation, les deux étant étroitement liés, la notion de mandat étant souvent utilisée pour parler de représentation et inversement. Le mandat nous semble être l'illustration la plus caractéristique de la représentation. Pour approfondir l'ensemble de la question sur les rapports qu'entretiennent mandat et représentation, voir notamment : DIDIER (P.), De la représentation en droit privé, *op.cit.,* spéc. p.28 et suivantes ; DISSAUX (N.), *Le mandat : un contrat en crise ?*, Economica, Paris, 2011, 164p. ; GENICON (T.), « Mandat et représentation », *in* RÉMY (B.) (dir.), *Le mandat en question*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p.33 et suivantes.

451 GENICON (T.), « Mandat et représentation », *in* RÉMY (B.) (dir.), *Le mandat en question*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p.33.

I- L'INTERVENTION DU TIERS REPRÉSENTANT TENDANT À LA RÉALISATION D'UN ACTE POUR AUTRUI

207. Le développement des affaires conduit indubitablement à la nécessité de recourir à la technique de la représentation. Cependant, confier à un tiers le soin de conclure un acte en engageant son propre patrimoine peut être perçu comme dangereux pour la liberté humaine et par là même source d'abus[452]. Il est donc nécessaire de poser des limites, de s'assurer de la réunion de certains critères afin que le personnalité du tiers représentant n'aboutisse pas à occulter celle du représenté (A). Une fois ces critères réunis et le rapport de représentation établi, le tiers représentant doit alors exercer sa mission l'intérêt et pour le compte du représenté, les effets s'imputant directement dans le patrimoine de ce dernier (B).

A- LES CONDITIONS NÉCESSAIRES À LA REPRÉSENTATION EN VUE DE LA RÉALISATION D'UN ACTE JURIDIQUE

208. Lors de l'exercice de la représentation, le tiers représentant doit exprimer sa volonté de représenter les intérêts d'autrui dans la limite des pouvoirs qui lui sont conférés (1). Le domaine d'intervention du tiers représentant exclut la réalisation d'actes matériels (2).

1) L'expression de la volonté et la délimitation du pouvoir du tiers représentant

209. La question de l'expression de la volonté du représentant a pour corollaire sa capacité. En effet, pour que le tiers représentant puisse mener à bien sa mission, celui-ci doit être capable d'exercer les droits du représenté. Toutefois, le Code civil prévoit qu'un mineur non émancipé peut être désigné comme mandataire[453]. La doctrine considère que la capacité civile n'est pas une condition de la représentation et que la jurisprudence étend le pouvoir de représenter aux incapables majeurs[454]. En effet, selon ces auteurs, il n'y a pas d'obstacle à ce qu'un incapable soit désigné

452 « C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser : il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites » : Montesquieu, L'esprit des Lois, T1, Titre XI, Ch. IV, Genève, 1748, p.242.

453 Article 1990 du Code civil.

454 ROUAST (A.), « La représentation dans les actes juridiques », *in* Travaux de l'Association H. Capitant, Dalloz, 1949, p.48 ; TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil. Les obligations*, 11ème éd., 2013, n° 179, p.197.

comme représentant puisqu'il est tiers au contrat : il ne contracte pas pour lui mais au nom et pour le compte d'autrui, il n'exerce donc pas ses propres droits et les effets de l'acte conclu par le tiers représentant se produiront dans le patrimoine du représenté[455]. La capacité de ce dernier, quant à elle, est requise dans le cadre d'une représentation conventionnelle.

Toutefois, le représentant doit émettre le consentement de représenter les droits d'autrui. Son consentement doit être libre et éclairé. Cela semble incompatible avec la possibilité pour un majeur protégé de représenter un mandant. Le Code civil étant jusqu'ici silencieux sur ce point, la réforme du droit des contrats adoptée en février 2016, a permis la création de l'article 1160 nouveau du Code civil. Cet article prévoit que les pouvoirs du représentant cessent s'il est atteint d'une incapacité ou frappé d'une interdiction. Cette nouvelle disposition est bienvenue selon nous puisque, même si en tant que tiers le représentant ne contracte pas pour lui mais au nom et pour le compte du représenté, il est en charge d'exprimer les intérêts d'autrui, ce qui demande une certaine responsabilité et la nécessité d'être totalement sain d'esprit : comment être autorisé à conclure pour une tierce personne, lorsqu'on ne peut guère plus le faire pour soi.

210. Par ailleurs, la question de l'intention de représentation doit être soulevée. Est-il nécessaire que le représentant ait l'intention d'exercer une mission de représentation ? Pour le Professeur Philippe Didier, « il ne semble pas que la représentation nécessite une composante intentionnelle [456]». En effet en dehors de l'hypothèse de la gestion d'affaire, l'élément intentionnel ne semble pas requis pour engager une représentation. Dans le cas de la représentation des ayants-cause par leur auteur, l'intention est inexistante.

L'efficacité de la représentation ne dépend pas selon l'auteur de l'intention de représenter. Une volonté ne suffit pas à elle seule à assurer l'efficacité d'une bonne représentation et par ailleurs, « l'efficacité d'une gestion [peut] exister en dehors d'une démarche volontaire ».

211. Le représentant agit au nom et pour le compte d'un représenté : ce que l'on qualifie de *contemplatio domini*. Celle-ci est l'intention commune du représentant et du représenté de faire naître les effets de la convention conclue par le premier dans le patrimoine du second[457]. Pour cela, le représentant doit agir dans ce sens, la représentation peut « résulter non seulement d'une

---

455 GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILLAU (M.), *Traité de droit civil. Les effets du contrat,* LGDJ, 3ème éd., 2001, p.749 et suivantes.

456 DIDIER (P.), *De la représentation en droit privé*, *op. cit*. p.96.

457 Article 1154 alinéa 1er nouveau du Code civil : « Lorsque le représentant agit dans la limite de ses pouvoirs au nom et pour le compte du représenté, celui-ci est seul tenu de l'engagement ainsi contracté ».

déclaration mais aussi d'une attitude lorsqu'elle ne prête à aucune ambiguïté[458] ». Le cocontractant ne doit pas pouvoir se méprendre sur la qualité du représentant, même s'il reste possible qu'il ne connaisse jamais l'identité du représenté. Sur ce point, la réforme du droit des contrats a introduit l'article 1158 au Code civil prévoyant que « le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte ». La *contemplatio domini* constitue, selon nous, une véritable garantie de sa qualité de tiers au contrat lors de sa formation.

212. Philippe Didier souligne une exception à cela : il y a absence de *contemplatio domini* dans le cadre d'un contrat de commission et d'une convention de prête-nom. Au contraire pour Starck, « la *contemplatio domini* est …l'un des éléments constitutifs du contrat de commission [459]». Pour l'auteur, il y a *contemplatio domini* dans un contrat de commission puisque le commissionnaire agit pour le compte du commettant. Or agir pour le compte d'autrui, c'est le représenter.

213. Enfin, pour que les effets de la représentation se produisent dans le patrimoine du représenté, le représentant doit avoir agi dans les limites des pouvoirs conférés par le représenté et dans l'intérêt de celui-ci[460]. Dans le cas où le représentant agit dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés, il ne se trouve pas engagé par l'acte conclu par son intervention. Seul le représenté peut réclamer l'exécution de l'acte et être celui auprès duquel le cocontractant peut en demander l'exécution. La réforme du droit des contrats ajoute une précision à ce titre concernant la représentation imparfaite : dès lors que le représentant agit pour le compte d'autrui mais contracte en son nom propre, il est alors seul engagé à l'égard du cocontractant[461]. Sur ce point, il faut noter que l'ordonnance de 2016 n'apporte pas d'innovation majeure mais reprend la distinction classique qui existait déjà en pratique, dégagée par la jurisprudence.

214. L'article 1155 nouveau du Code civil prévoit que le pouvoir de représentation peut être général ou spécial. Cette distinction existait déjà en matière de mandat. L'ordonnance de 2016 a pris

458 ROUAST (A.), « La représentation dans les actes juridiques », *op.cit*., p.64.

459 STARCK (B.), « Les rapports du commettant avec les tiers », *in* HAMEL (J.) (dir.), *Le contrat de commission*, Paris, 1949, p.157.

460 Article 1154 alinéa 1 nouveau du Code civil.

461 Article 1154 alinéa 2 nouveau du Code civil.

soin de l'appliquer à tous les contrats impliquant une représentation quelle qu'en soit la source. Lorsque le représentant a un pouvoir général de représentation, il est admis à passer des actes de conservation et d'administration[462] [463] pour le compte du représenté. *A contrario*, lorsqu'il doit conclure un acte de disposition le mandat doit être exprès[464]. Lorsqu'un pouvoir spécial lui est conféré, le représentant n'aura le pouvoir de passer que les actes permis par le contrat de représentation ainsi que « ceux qui en sont l'accessoire »[465]. Cette formule est pour le moins ambigüe : il semble que ces accessoires sont ceux dont dépend la réalisation des actes pour lesquels le représentant est habilité[466]. Mais deux auteurs ont souligné le risque que pose cette formulation : il est permis de penser que « la référence brute à la notion d'accessoire permet en effet au représentant de réaliser, très au-delà des actes spécialement visés, tous ceux qui se rattachent à eux par un simple rapport d'utilité ; ce qui peut conduire à dépasser, et de loin, les intentions de celui qui a investi le représentant de sa mission[467] ». La règle de l'alinéa 2 de l'article 1155 laisse à penser que « pour ces derniers [actes accessoires] le représentant est dépourvu d'habilitation[468] ».

215. La représentation suppose la conclusion d'un acte juridique au nom et pour le compte d'autrui. Toutefois, cette affirmation a fait l'objet de débats au sein de la doctrine.

2) La réalisation d'un acte juridique

216. Traditionnellement, la doctrine majoritaire estime[469] que la représentation est caractérisée par la réalisation d'actes juridiques par le représentant. L'exigence de l'accomplissement d'actes juridiques permet de distinguer le contrat de mandat du contrat d'entreprise qui serait principalement l'accomplissement d'actes matériels.

462 Article 1155 alinéa 1er nouveau du Code civil : « Lorsque le pouvoir du représentant est défini en termes généraux, il ne couvre que les actes conservatoires et d'administration ».

463 Article 1988 alinéa 1er du Code civil concernant le contrat de mandat.

464 Article 1988 alinéa 2 du Code civil.

465 Article 1155 alinéa 2 nouveau du Code civil.

466 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 25.

467 WICKER (G.) et FERRIER (N.), « La représentation », *JCP G 2015*, p.29.

468 *Ibid.*

469 Voir notamment : STORCK (M.), *Essai sur le mécanisme de représentation dans les actes juridiques*, 1982, th., préf. D. HUET-WEILLER, LGDJ, n°259-271 ; SEUBE (J.-B.) et RAYNARD (J.), *Droit civil. Contrats spéciaux*, LexisNexis, 8ème éd., Paris, 2015, p.399 et suivantes ; BÉNABENT (A.), *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestion, coll. Domat droit privé, 11ème éd., Paris, p.440 et suivantes ; MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 8ème éd., Issy-les-Moulineaux, coll. Droit civil, 2016, p.289.

La Cour de cassation a également pu le confirmer à plusieurs reprises : en effet, la première chambre civile de la Cour de cassation affirme dans un arrêt rendu le 19 février 1968[470] que « le contrat d'entreprise est la convention par laquelle une personne charge un entrepreneur d'exécuter, en toute indépendance, un ouvrage ; qu'il en résulte que ce contrat, relatif à de simples actes matériels, ne confère à l'entrepreneur aucun pouvoir de représentation ». La haute Cour rappelle encore que « le mandat, qui est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose en son nom, ne peut porter que sur des actes juridiques et non des actes matériels [471]».

Ainsi, le courtier qui se borne à rapprocher deux parties en vue de la conclusion d'un contrat ne peut être qualifié de mandataire puisqu'il ne conclut pas l'acte juridique lui-même par le biais du système de représentation[472].

Tous les actes peuvent être conclus par représentation *a priori*. Il existe toutefois des exceptions : certains actes sont tellement personnels qu'ils ne peuvent être conclus que par la personne qui en supportera les conséquences : cela est notamment le cas en matière de testament, seul le testateur a le pouvoir de signer l'acte.

217. Pour autant, la doctrine admet qu'il n'est pas interdit au tiers représentant de réaliser des actes matériels. Sa mission peut parfois l'y obliger mais c'est avant tout parce qu'ils sont rattachés à l'acte juridique lui-même : par exemple, lorsqu'un mandataire est chargé d'acheter un bien pour son mandant, il peut avoir l'obligation de rechercher le bien, de négocier le prix, d'en assurer la livraison... Ces actes matériels doivent constituer l'accessoire de la mission principale du représentant. A cette condition, ils n'en modifient pas la qualification. S'ils ne deviennent plus accessoires mais principaux, le contrat d'entreprise vient se substituer au contrat de mandat. « Cette manière de faire permet, par un effet répulsif, de maintenir intacte la distinction entre contrat de mandat et contrat d'entreprise à l'aune de la nature des aces accomplis [473]».

218. Une partie de la doctrine moderne[474] préconise d'abandonner le critère de la distinction entre acte juridique et acte matériel, parlant d'une « distinction malvenue [475]». En effet, réduire la représentation à l'accomplissement d'actes juridiques semble pour cette doctrine injustifié. Ces

---

470 Cass. Civ. 1ère, 19 février 1968, n°64-14.315, Bull. Civ. 1 n° 69 p.54.

471 Cass. Civ.1ère, 28 novembre 2008, n°05-13.153, inédit.

472 Voir *supra* n°11 et suivants.

473 MEKKI (M.), « La distinction entre acte juridique et acte matériel à l'aune du contrat de mandat », *in* Rémy (B.), Le *mandat en question*, *op. cit.*, p.19.

auteurs se fondent sur l'étendue du pouvoir confié au tiers représentant : le représentant doit agir dans l'intérêt d'autrui et a pour cela, une obligation de « faire ». Cette obligation englobe à la fois des actes juridiques et des actes matériels puisque l'article 1984 du Code civil ne donne guère plus de précision dans la formulation « le pouvoir de faire quelque chose ». De plus, la notion même d'acte juridique semble être assez floue, et certaines situations ne sauraient être départagées entre acte juridique, fait juridique, acte matériel, fait matériel.
Enfin, la notion d'acte juridique semble être source de complications là où le législateur tente de mettre davantage de cohérence dans le Droit. Ainsi, la jurisprudence ne sachant pour quelle qualification opter peut être amenée à parler de « mandat d'entremise », de contrat d'entremise, de contrat *sui generis*...Ce qui peut laisser le juriste devant encore davantage de perplexité et d'interrogations.

219. Afin de pallier les difficultés soulevées par l'exigence de l'acte juridique, un auteur propose de dépasser la distinction des notions pour proposer une notion nouvelle caractérisant un tiers représentant accomplissant à le fois des actes juridiques et matériels : la notion d'intermédiaire[476]. Cette notion « pallie[rait] efficacement les insuffisances de la distinction des actes juridiques et matériels [477]». L'important ici est non la nature de l'acte conclu mais la mission du tiers représentant : le mandataire a « pour mission de participer, au nom et pour le compte du mandant, à la procédure de conclusion d'un contrat. C'est donc parce qu'il est un intermédiaire que le mandataire doit être distingué de l'entrepreneur [478]». Il est alors nécessaire de s'intéresser à la volonté des parties pour opérer une distinction entre le contrat de mandat et le contrat d'entreprise. Le contrat de mandat serait « ouvert sur l'extérieur alors que le contrat d'entreprise est renfermé sur les parties [479]». Le critère de l'intention des parties permettrait de déterminer « si le contractant auquel s'adresse le maître d'ouvrage apparaît, dans l'intention commune des parties et d'après les circonstances de la cause, commun simple intermédiaire ou comme la cheville ouvrière de

474 Voir notamment MEKKI (M.), « La distinction entre acte juridique et acte matériel à l'aune du contrat de mandat », *in* Rémy (B.) (dir.), *Le mandat en question*, *op. cit.*, p.13 ; MEKKI (M.) « Article 1991 à 2002 : Mandat », fasc. 20, *JCl. Civ*., 2012 ; DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, *op. cit.,* p.125 et suivantes et p.153 et suivantes.

475 MEKKI (M.) « La distinction entre acte juridique et acte matériel à l'aune du contrat de mandat », *op. cit*., p.13 et suivantes.

476 DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, *op. cit.*

477 *Id*., p.121, n°261.

478 *Id*., p.131, n°283.

479 MEKKI (M.), « La distinction entre acte juridique et acte matériel à l'aune du contrat de mandat », *op. cit*., p.28.

l'opération [480]».

220. Pourtant, évincer le critère de l'acte juridique pour retenir la qualification de mandat n'est pas si évident. En effet, aux termes de l'article 1984 du Code civil le mandant donne le pouvoir à son mandataire de l'engager par la conclusion d'un acte juridique. Or, l'accomplissement d'acte matériels n'engage pas autrui. Enfin, il faut noter l'ordonnance du 10 février 2016, en faisant une place à part entière à la représentation, a inséré les articles 1153 et suivants au sein d'un paragraphe 2, contenu dans une sous-section intitulée « La capacité et la représentation », elle-même contenue dans une section 2 sur la validité du contrat, section intégrée au sein d'un chapitre premier sur la formation du contrat d'un titre III sur les sources d'obligations. La référence à cette généalogie démontre encore que seuls les actes juridiques sont visés dans l'accomplissement d'une représentation.

221. Si l'acte juridique comme critère de l'intervention du tiers représentant est encore sujet à discussion, l'action pour le compte d'autrui confirme la qualité de tiers du mandataire.

B- L'ACTION POUR LE COMPTE D'AUTRUI : LA RAISON D'ÊTRE DE LA MISSION DU TIERS REPRÉSENTANT

222. Suivant les évolutions et les besoins de la société contemporaine, « le mandat qui était essentiellement, jusqu'ici, un palliatif permettant de remédier à l'absence physique d'une personne, est, alors, devenu une technique permettant de se décharger sur un spécialiste d'une tache devenue trop complexe [481]».

223. Une des conditions de la représentation suppose la « dissociation entre celui qui agit et celui qui supporte les effets juridiques [482]». Ainsi, les effets de l'acte conclu par le représentant qui a agi dans les limites de son pouvoir vont alors s'imputer sur la tête du représenté. Par conséquent, « faire un contrat pour le compte d'autrui, c'est conclure une convention dont certains effets, au moins, sont destinés à une personne absente à sa conclusion[483] ». Pour autant, un contrat n'est pas

480 CORNU (G.), note sous Cass. Civ. 1ère, 19 février 1968, *RTD civ*, 1968, p.559.

481 PETEL (P.), *Le contrat de mandat*, Dalloz, Paris, 1994, p.4.

482 DIDIER (P.), *De la représentation en droit privé*, *op. cit.,* p.117.

483 FLATTET (G.), *Les contrats pour le compte d'autrui. Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en droit français*, th., préf. J. Hamel, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1950, p.1.

conclu pour le compte d'autrui dès que les effets de ce contrat se produisent dans le patrimoine de la personne tierce. Il n'y a pas d'automaticité.

224. Le Professeur Nicolas Dissaux ajoute une nuance puisque selon lui, la production d'effets dans le patrimoine d'autrui n'est pas une condition *sine qua non* de l'action pour le compte d'autrui. Il faut à tout le moins que les actes effectués par le tiers représentant *aient vocation* à bénéficier à autrui[484].

Quant au Professeur Michel Storck, agir pour le compte d'autrui correspond à une situation dans laquelle une personne agit dans l'intérêt d'une autre, les effets de cette action étant directement imputés à cette personne[485]. Un auteur précise que « la personne pour le compte de laquelle un acte a été accompli n'est pas simplement celle qui y trouve intérêt, ni même celle qui en récolte les conséquences, qu'elles soient directes ou indirectes, économiques ou juridiques : en effet, les contrats produisent toujours de multiples effets dans le patrimoine de plusieurs personnes. Or, il serait absurde de prétendre que l'auteur de l'acte a agi pour le compte de toutes ces personnes. En réalité, celle pour le compte de qui l'opération est réalisée est celle dont l'intérêt a motivé l'accomplissement de l'acte. Elle n'est donc pas simplement un bénéficiaire des effets de l'opération, mais le destinataire final de ces effets [486]».

225. Dans ce cas, si le représenté est le bénéficiaire et le destinataire des effets du contrat conclu dans son intérêt, le tiers représentant n'est qu'un outil tendant vers la réalisation de l'intérêt d'autrui.

226. L'action pour le compte d'autrui au moment de la formation du contrat est la raison d'être de la qualité de tiers du représentant. C'est parce qu'il n'a pas la volonté de s'engager personnellement, qu'il ne souhaite pas supporter les devoirs ni acquérir les droits découlant de ce contrat qu'il est tiers à ce dernier. Il remplace la personne qui l'a mandaté, il agit comme l'aurait fait le mandataire s'il avait lui-même conclu le contrat : au moment de la formation du contrat « il l'a rendu présent, il l'a représenté [487]».

Comme le représenté est partie au contrat et le représentant est nécessairement tiers, le représenté

---

484 « Les actes accomplis par une personne pour le compte d'une autre *ont vocation* à bénéficier à cette dernière, la personne agissant pour le compte d'autrui renonçant pour sa part à en bénéficier » DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles, op. cit.,* p.284.

485 STORCK (M.), *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, *op. cit*., n° 162, p. 123.

486 L'HÔTE (D.), *Essai d'une théorie générale de l'interposition de personne, De l'action en nom propre pour le compte d'autrui*, th. dactyl., Nancy II, 2002, n° 99, p. 119-120.

487 FLATTET (G.), *op. cit*. p.67.

est maître du contrat par le biais du tiers qui agit pour son compte.

227. Il existe toutefois une exception (en tant que tiers qui s'engage personnellement) qu'il est nécessaire d'intégrer dans la catégorie des tiers agissant pour le compte d'autrui dans le cadre d'une représentation imparfaite : c'est le cas du commissionnaire[488].

228. Une fois les critères de l'intervention du tiers établis et réunis, celle-ci implique des conséquences qu'il convient maintenant d'étudier.

488 Voir *supra* n°37 et suivants.

II- LES CONSÉQUENCES DE L'INTERVENTION DU TIERS REPRÉSENTANT SUR L'ACTE JURIDIQUE CONCLU POUR AUTRUI

229. Afin d'assurer la légitimité de l'action du tiers représentant, le droit met sa charge différentes obligations venant encadrer sa mission (A). La responsabilité du représentant peut être recherchée en cas de transgression de ses obligations (B).

A- LES OBLIGATIONS A LA CHARGE DU TIERS REPRÉSENTANT

230. Si les obligations du représentant envers son donneur d'ordre sont diverses, elles peuvent être regroupées en deux obligations principales : le tiers a l'obligation d'exécuter sa mission avec diligence et loyauté (1) et a, de plus, l'obligation de rendre compte de sa gestion (2).

1) Respect du devoir de diligence et de loyauté envers le représenté

231. Le tiers représentant a tout d'abord un **devoir de loyauté** envers la personne qu'il représente. Cela signifie que le tiers doit exercer les pouvoirs qui lui ont été confiés en conformité avec sa mission dans l'intérêt du représenté. Ainsi, « toutes les fois que par la convention ou par la loi, les intérêts d'une personne sont confiés à autrui, surgit une obligation de loyauté intense, qui constitue même l'obligation principale du dépositaire de la confiance ; celui-ci doit, bien sûr, exécuter sa mission : faire, ne pas faire, donner ; mais plus encore conformer sa conduite aux exigences de l'intérêt d'autrui[489] ».

232. Bien qu'il n'existe pas de règles en matière de représentation relatives à l'obligation de loyauté du représentant dans le Code civil français[490], l'idée de loyauté est pourtant ancienne. La jurisprudence ne s'est que très récemment intéressée à cette notion en droit des sociétés retenant notamment un devoir de loyauté à la charge du dirigeant d'une société envers tous les associés[491].

---

489 AYNÈS (L.), « L'obligation de loyauté », *in L'obligation*, APD, tome 44, 2000, p. 195-204, spéc., p.199.

490 Il existe une obligation de loyauté posée de manière expresse dans certains droits étrangers comme par exemple dans le Code civil québécois dans le mandat : article 2138 CCQ : le mandataire « doit agir avec honnêteté et loyauté dans le meilleur intérêt du mandat ».

233. Le tiers représentant remplit son devoir de loyauté toutes les fois où il agit dans l'intérêt d'autrui qu'il représente. La représentation « se manifeste par l'exigence qui pèse sur le représentant d'agir intentionnellement pour le bien du représenté [492]».
C'est alors au moment de la formation de l'acte que se manifeste l'obligation de loyauté du tiers représentant : en effet face aux différentes options qui se présentent à lui, le représentant doit faire un choix en adéquation avec les intérêts du représenté, il est nécessaire que « celui-ci prenne la recherche du bien de représenté comme motif déterminant [493]».

234. Lorsque le tiers représentant se présente comme tel, c'est-à-dire en toute transparence, son devoir de loyauté lui impose de révéler au tiers-cocontractant sa qualité de représentant ainsi que le nom de la personne qu'il représente. Ainsi, la transparence établie implique-t-elle que seul le représenté puisse exiger du tiers-cocontractant l'exécution du contrat : « un lien direct va se créer entre le donneur d'ordre et le tiers avec qui le mandataire aura traité [494]».
A contrario, lorsque le tiers représentant agit sans dévoiler sa véritable qualité, dans le cas d'une convention de prête-nom ou dans un contrat de commission, le tiers intermédiaire devra remplir de manière loyale son « rôle d'écran [495]». : il ne doit alors pas dévoiler sa qualité de tiers représentant dans une convention de prête-nom et dans le cas d'un contrat de commission il doit agir en qualité de tiers représentant mais sans dévoiler le nom du représenté pour lequel il contracte.

235. Le devoir de loyauté constitue l'obligation pour le tiers représentant de remplir les prérogatives dont le représenté lui a confié la charge en conformité avec le but de sa mission. Le représentant ne respecte pas son devoir de loyauté lorsqu'il favorise son intérêt avant celui du représenté. Ainsi, certains actes sont interdits par le législateur au représentant afin d'éviter tout conflit d'intérêts avec le représenté. C'est notamment le cas, en matière de mandat, de l'article 1596 du Code civil qui interdit au mandataire de se rendre adjudicataire d'un bien qu'il est chargé de vendre. Le législateur a également souhaité encadrer certains actes conclus entre le représentant directeur général et la société en soumettant la convention à l'autorisation préalable du conseil

---

491 Cass. Com. 27 février 1996, n°94-11.241, Bull. Civ. 1996, IV, n° 65, p. 50 ; *D.*, 1996, p.518, P. MALAURIE ; *LPA*, 1997, p.7, M. DIDIER.

492 DIDIER (P.), *De la représentation en droit privé*, *op. cit.* p.173.

493 *Id*., p.174.

494 PETEL (P.), *Les obligations du mandataire*, th., préf. M. CABRILLAC, Litec, coll. Bib. dr. entr., Paris, 1988, p.115.

495 *Id*., p.122.

d'administration[496].

L'ordonnance de 2016 a réglé le risque de conflits dans le cas où le représentant souhaiterait agir pour le compte des deux parties ou pour son propre compte avec le représenté. Ces deux situations présentant un risque certain de lésion des intérêts du représenté, les actes accomplis en pareil cas seraient frappés de nullité sauf si la loi ou le représenté ont autorisé le représentant[497].

236. Par ailleurs, le tiers mandataire a également une **obligation de diligence** envers son mandant. Selon un auteur[498], elle se divise en deux obligations : une obligation d'agir avec soin et une obligation d'agir avec compétence. Le tiers représentant ne doit pas agir avec légèreté. Il doit « déployer une diligence suffisante en vue de réunir les conditions qui permettront de l'accomplir » et de plus, il doit « déployer une diligence suffisante en vue d'assurer l'efficacité technique des actes dont il est chargé et la satisfaction du mandant [499]». Il devra par exemple, respecter certaines formalités, vérifier l'identité et la qualité du tiers-contractant, s'assurer également de la qualité du bien objet du contrat.

Afin de remplir correctement son devoir de diligence, le mandataire doit être qualifié pour mener à bien la mission pour laquelle il a été désigné. Ainsi, il ne pourra lui être reproché une prise de décision malchanceuse mais, par contre, il sera tenu responsable de cette décision s'il ne l'a pas prise avec diligence, en « bon père de famille » ou s'il a négligé certaines obligations inhérentes à sa mission.

237. Le Professeur Philippe Didier propose de fusionner les deux obligations à la charge du mandataire : en effet, selon l'auteur, la frontière est assez floue entre ces deux obligations. Ainsi, il semblerait que lorsque le représentant manque de diligence dans la conduite de sa mission, cela s'accompagne d'une absence de loyauté. Pour l'auteur, « si la loyauté n'est pas réduite à sa seule dimension d'intention, mais qu'elle est appréciée *in abstracto*, la grave négligence est une déloyauté [500]».

238. Le tiers représentant a par ailleurs une obligation de reddition des comptes permettant de contrôler la bonne conduite de son activité.

496 Article L.225-38 du Code de commerce.

497 Article 1161 nouveau du Code civil.

498 DIDIER (P.), *De la représentation en droit privé, op. cit.,* p.180 et suivantes.

499 PÉTEL (P.), *Le contrat de mandat*, Dalloz, Paris, p.52.

500 DIDIER (P.), *De la représentation en droit privé, op. cit*., p.184.

2) Obligation de reddition des comptes

239. Parce qu'il est tiers au contrat qu'il forme pour le compte d'autrui, le représentant a une obligation de rendre des comptes permettant un contrôle de l'action de ce dernier. Cette obligation est un corollaire à son obligation de diligence comme le souligne Philippe le Tourneau : « Comment le mandant saurait-il si son mandataire a fait preuve des diligences que lui impose la loi, s'il y n'avait pas reddition de compte, et même reddition détaillée ? [501]».

240. La reddition peut être définie comme « l'opération consistant de la part d'un mandataire, d'un administrateur du patrimoine d'autrui, d'un comptable, à présenter à l'amiable ou en justice son compte de gestion (sommes dépensées, sommes encaissées, indemnités, etc.), afin que celui-ci soit vérifié, réglé et arrêté [502]».

241. Le Professeur Philippe Pétel a souligné l'existence d'une double facette de l'obligation de reddition de comptes indirectement issue de l'article 1993[503] du Code civil. En effet, selon lui, il existerait la reddition des comptes telle qu'elle est entendue dans son sens comptable mais également l'obligation d'un compte rendu assimilable à une obligation d'information. En effet, tout au long de sa mission, le représentant doit tenir informé le représenté de l'évolution de sa mission et de sa finalité. Aucun texte ne prévoit expressément cette obligation. Cependant, l'obligation d'informer le mandant semble presque évidente. Certains contrats de représentation commerciale le prévoient d'ailleurs expressément.

Le mandataire n'a pas une obligation spontanée d'informer systématiquement le mandant de son exercice mais il semble tout à fait probable qu'il le fasse dès lors qu'un événement important intervient et qu'il est susceptible d'amener le mandant à réagir[504]. Le mandant est toujours en droit de demander des informations sur l'évolution de sa mission au mandataire et sur la gestion par ce dernier de ses intérêts.

---

501 LE TOURNEAU (P.), « Mandat », *Rép. Civ. Dal*., 2013, n°266.

502 CORNU (G.), (dir.), *Vocabulaire juridique* ,V°*Reddition,* P.U.F., 11ème éd., 2016, p. 870.

503 Article 1993 du Code civil : « Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant ».

504 PETEL (P.), *Les obligations du mandataire*, *op. cit*., n°369, p.236-237.

De plus, dès lors qu'il a exécuté sa mission, le tiers mandataire informe logiquement le mandant du résultat de sa mission que celui-ci soit positif ou négatif. Comme le souligne Le Professeur Nicolas Dissaux, « quelle que soit sa périodicité, le compte rendu mis à la charge des intermédiaires est justifié par leur qualité de tiers à l'émolument des contrats qu'ils négocient ou concluent pour autrui [505]». L'auteur cite à ce propos Beudant et Lerebours Pigeonnière : « la « prescription liminaire de l'article 1993 exprime une obligation inhérente au contrat. La personnalité du mandataire devant s'effacer, le mandant devant seul profiter de l'activité déployée par son auxiliaire, comment ses effets pourraient-ils ne pas s'accompagner d'une reddition de comptes [506]».

242. Dans un second temps, le tiers représentant a une obligation de reddition des comptes au sens comptable du terme et de l'article 1993 du Code civil[507]. Cette obligation est commune à tous les tiers intermédiaires en charge de la gestion des affaires d'autrui. Le tiers représentant doit présenter une comptabilité faisant apparaître les sommes présentes à l'actif et au passif au représenté ainsi que tous les éléments nécessaires pour justifier ces dépenses. Le tiers représentant a également l'obligation de restituer les sommes dues au représenté si cela est nécessaire.

243. La reddition des comptes est un gage et une illustration de l'extériorité du tiers représentant[508]. En effet, parce qu'il est tiers au contrat principal, il ne supporte les devoirs ni ne bénéficie des droits issus de ce contrat. Ainsi, la reddition des comptes prépare le transfert des émoluments sur la tête du représenté.

La jurisprudence est très attachée à cette obligation. Elle admet malgré tout que dans certaines situations, il existe une dispense tacite au regard de la situation de confiance qui lie le mandataire et son mandant[509].

Lorsque le tiers représentant a rempli sa mission, il doit donner au mandant ce qui lui revient.

505 DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles, op. cit.,* p.502.

506 BEUDANT (C.). et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.), *Cours de droit civil français*, Paris, 2nde éd., Tome XII, *Contrats civils divers*, 1947, n° 314, p. 352.

507 Lors des travaux préparatoires, le tribun Tarrible précisait dans son rapport au Tribunat que « le mandataire doit rendre compte de sa gestion, et faire raison à son commettant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration. Ce devoir [est] commun à tous ceux qui administrent les affaires d'autrui » in Recueil des lois composant le Code civil avec les discours des orateurs du gouvernement, les rapports de la commission du Tribunat, et les opinions émises pendant le cours de la discussion, tant au Tribunat qu'au corps législatif, et dont on a ordonné l'impression. Huitième volume. Suite du Livre III, An 12, Paris, Rondonneau, p.70.

508 A propos des intermédiaires en général : « Quel que soit le type d'intermédiaire considéré, l'obligation de reddition de comptes est bien le moyen par lequel l'ensemble des profits du contrat principal est transmis au bénéficiaire de leur intervention. Elle traduit efficacement leur qualité de tiers à l'émolument du contrat principal », DISSAUX (N.), *op. cit*. p.498.

509 Cass. Civ. 1ère, 7 janvier 1982, n°80-11.870, Bull. Civ. I, n°6.

244. Lorsque les différentes obligations du tiers représentant ne sont pas respectées, la responsabilité de ce dernier peut être recherchée.

B- LA RESPONSABILITÉ DU REPRÉSENTANT : LA QUALITÉ DE TIERS DU REPRÉSENTANT REMISE EN CAUSE

245. Si le tiers représentant engage sa responsabilité envers le représenté dès lors qu'un dommage est commis par sa faute (1), l'absence de lien entre le tiers représentant et le tiers-cocontractant empêche de retenir la responsabilité du premier *a priori*. Il peut cependant être engagée envers le tiers-cocontractant dans certains cas notamment lorsque le représentant est un professionnel (2). L'insertion dans le contrat de représentation modifie-t-elle les rapports entre le tiers représentant et le tiers-cocontractant ? (3)

1) La responsabilité du représentant dans son rapport avec le représenté

246. En matière de responsabilité dans le cadre du contrat de mandat, ce sont les articles 1991[510] et 1992[511] du Code civil qui régissent la responsabilité du tiers mandataire. Nul doute que selon l'article 1992 du Code le mandataire est responsable à l'égard du mandant du dommage qu'il a causé par sa faute[512]. La nature de la responsabilité dépend de l'exécution ou de l'inexécution de son obligation. La Cour de cassation a tout d'abord estimé que « hors le cas de force majeure, le mandataire est présumé en faute s'il n'exécute pas ses obligations [513]». Il semble que par cette solution, la Cour de cassation consacre une obligation de résultat à la charge du mandataire. Par la suite, un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 24 juin 1964[514] semble plutôt retenir une obligation de moyen à la charge du mandataire. Plus récemment encore, la Cour de cassation a estimé que « si le mandataire est, sauf cas de fortuit, présumé en faute du seul fait de l'inexécution de son mandat, cette présomption ne saurait être étendue à l'hypothèse d'une mauvaise

---

510 « Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé, et répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter de son inexécution. Il est tenu de même d'achever la chose commencée au décès du mandant, s'il y a péril en la demeure ».

511 « Le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. Néanmoins, la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire ».

512 Voir notamment Cass. Com. 4 février 2004, n°01-13.516, Bull. Civ. 2004, IV, n° 23, p. 22 ; *CCC*, 2004, p.22, L. LEVENEUR ; *Dr. des Soc*., 2004, p.31, H. HOVASSE ; *RTD Civ*., 2004, p.110, P.-Y. GAUTIER ; *JCP E*, 2004, p.660, J.-J. CAUSSIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; *BMIS*, 2004, p.814, H. LE NABASQUE.

513 Cass. Soc. 30 novembre 1945, *D*.1945, p.155.

514 Cass. Civ. 1ère, 24 juin 1964, Bull. n°341.

exécution de ce dernier [515]». Par conséquent, il y aurait donc une obligation de résultat en cas d'inexécution du mandat et de moyen dans le cas d'une exécution défaillante[516]. Cette distinction a été contestée par une partie de la doctrine[517] : la diversité des tiers mandataires et de leurs missions ne permet plus de les classer dans des obligations de moyens ou de résultats. Il est davantage nécessaire de rechercher si le mandataire a bien exécuté sa mission en fonction du contenu du contrat de mandat ainsi que des circonstances entourant son exécution mais également selon que le mandataire est un professionnel ou un non professionnel.

247. L'ordonnance du 10 février 2016 est venue poser certaines règles en matière de détournement de pouvoirs puisque se posait la question du sort de l'acte en cas de détournement de pouvoirs par le tiers représentant. En effet, rechercher la responsabilité du tiers représentant n'est pas toujours suffisant et repose sur des données incertaines notamment sur sa solvabilité. Outre retenir la responsabilité du tiers représentant, il est nécessaire également de réfléchir au sort du contrat principal. Le représenté doit pouvoir trouver une solution afin de ne pas subir les effets de l'acte déloyal. La solution la plus efficace est alors pour lui d'obtenir l'annulation du contrat entaché de détournement de pouvoirs. A ce titre, le Professeur Nicolas Dissaux proposait de faire appel à la théorie des vices du consentement afin de justifier la nullité du contrat principal : « en mésusant des pouvoirs qui lui ont été reconnus, l'intermédiaire trompe la personne pour le compte de laquelle il était censé agir [518]». Le représenté n'aurait sans doute pas contracté s'il avait su que le tiers représentant détournait les pouvoirs qui lui avaient été confiés. Il semble donc légitime à demander la nullité de l'acte.

248. Si certains auteurs regrettaient l'absence de disposition générale en pareil cas[519], l'ordonnance du 10 février 2016 est venue remédier à ce vide législatif et confirme désormais la nullité de l'acte en cas de détournement de pouvoirs du représentant : en effet, l'article 1157 nouveau du Code civil dispose que « lorsque le représentant détourne ses pouvoirs au détriment du représenté, ce dernier peut invoquer la nullité de l'acte accompli » ajoutant une condition, puisque la

---

515 Cass. Civ. 1ère, 18 janvier 1989, n°87-16.530, Bull. Civ., 1989, I, n° 26, p.18.

516 PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, n°10, p.24-25.

517 PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, n°11, p.26.

518 DISSAUX (D.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles, op.cit*., p.513.

519 « Alors qu'en droit public le détournement de pouvoirs est en tant que tel constitutif d'un excès de pouvoirs entraînant l'annulation de l'acte passé, en droit privé aucune disposition générale ne prévoit de sanction spécifique au cas de détournement de pouvoirs commis par l'auteur d'un acte » : STORCK (M.), *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, *op. cit.,* p.156, n°210.

nullité ne peut être prononcée que « si le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer ».

249. Puisque c'est bien la volonté du représenté qui est exprimée par l'entremise du représentant, c'est donc son consentement qui est biaisé par un vice de son représentant qui reste tiers au contrat principal. La nullité du contrat principal peut donc tout à fait se justifier.

250. De même, le tiers représentant voit ses pouvoirs cantonnés, limités par le représenté au sein du contrat qui les lie[520]. Il engage donc sa responsabilité civile lorsqu'il dépasse ses pouvoirs. La question du sort de l'acte accompli en dépassement des pouvoirs du tiers représentant se pose ici également. Il est donc intéressant selon nous d'analyser la position de la jurisprudence et de la doctrine sur ce point. Antérieurement à l'adoption de l'ordonnance de février 2016, la jurisprudence estimait que, dans le cadre d'une représentation conventionnelle, le mandataire qui agissait au delà de ses pouvoirs ne pouvait engager son mandant conformément à l'article 1998 du Code civil. L'acte conclu par le mandataire était sanctionné par la nullité. Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 9 juillet 2009 qualifie de relative la nullité du contrat[521]. Néanmoins, les juges ont pu décider également que l'acte passé en dépassement de pouvoir ou sans pouvoir était inopposable[522].

251. La doctrine était également divisée quant à la sanction à retenir en cas de dépassement de pouvoir. Pour une partie de la doctrine[523], l'acte passé en dépassement des pouvoirs du représentant devait être rendu inopposable au représenté. L'acte conclu ne correspondant pas à la volonté du représenté, les effets de cet acte ne devaient pas lui être imputés. Si le contrat reste valide entre le tiers représentant et le cocontractant, c'est donc au tiers représentant de supporter la charge du contrat qu'il a conclu en dépassement des pouvoirs qui lui étaient conférés.

252. Cette thèse n'est pas défendue par le Professeur Nicolas Dissaux qui l'estime inopportune.

---

520 Article 1153 nouveau du Code civil : « Le représentant légal, judiciaire ou conventionnel n'est fondé à agir quand dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés ».

521 Cass. Civ. 1ère, 9 juillet 2009, n°08-15.413, inédit ; voir également : Cass. Civ. 1ère, 2 juillet 2014, n°13-19.626, Bull. 2014, I, n°118 ; *Procédures*, 2014, p.33, C. LAPORTE ; *Defrénois*, 2015, p.1105, Y. DAGORNE-LABBE ; *CCC*, 2014, p.11, L. LEVENEUR.

522 Cass. Civ. 3ème, 6 octobre 2004, n°03-13.133, Bull. 2004, III, n°165, p.151.

523 Voir notamment STORCK (M.), *Essai sur le mécanisme de représentation dans les actes juridiques*, *op. cit.*, n°231, p.170.

En effet, cela oblige le maintien du contrat principal entre le tiers représentant et le cocontractant. Or les règles du jeu du contrat sont biaisées : le cocontractant n'est pas partie au contrat avec la personne initialement prévue, soit le représenté. Il n'a pas émis la volonté d'être lié contractuellement avec le tiers représentant. De plus, le représentant devient partie au contrat sans justification alors que « issu d'un excès de pouvoir, le contrat principal n'en a pas moins été conclu au nom d'autrui. Dès lors, sauf stipulation contraire, l'intermédiaire ne peut être lié par ses effets juridiques. Le respect de la liberté contractuelle impose de ne pas l'y contraindre [524]».

253. La sanction de l'inopposabilité de l'acte étant inadéquate, le Professeur Nicolas Dissaux proposait de retenir, à l'instar du sort du contrat passé en détournement de pouvoirs, la nullité de l'acte. En effet, comme a pu le souligner l'auteur, lorsque le tiers représentant conclut le contrat au nom du représenté en dépassement des pouvoirs il le fait sans le consentement du dit représenté. Or, afin de remplir les conditions essentielles de validité du contrat[525], le consentement de la partie qui assume les effets de l'acte est requis. Dans le cas contraire, la nullité du contrat s'impose[526] comme le confirme la Cour de cassation[527].

254. L'ordonnance, dont les auteurs attendaient qu'elle réponde notamment à ce flou juridique règle, à l'article 1156 nouveau du Code civil, la question de la sanction en cas de dépassement de pouvoir par le représentant. A cet effet, l'article prévoit dans son premier alinéa que l'acte est inopposable au représenté[528] mais qu'il est annulable sur demande du cocontractant dans son deuxième alinéa[529]. Il est étonnant que le législateur n'ait pas suivi la jurisprudence sur la nullité de l'acte par le représenté : l'acte conclu en l'absence de pouvoir ou en dépassement de pouvoir contrevient à l'interdiction de s'engager pour autrui sans représentation, la sanction qui doit s'appliquer devrait être la nullité.

---

524 DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, p. 379.

525 Article 1128 nouveau du Code civil

526 MALAURIE (P.), AYNES (L.) et GAUTHIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux,* Defrénois, 6ème éd., 2004, p.320 : « L'acte conclu par un mandataire sans pouvoir est nul. La nullité est relative ».

527 Voir notamment : Cass. Civ. 1ère, 9 juillet 2009, précité.

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

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

255. Le texte prévoit également au titre des effets du pouvoir apparent que la représentation produira ses effets dès lors que le cocontractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté. L'adverbe notamment laisse entrevoir que la liste énoncée ici n'est pas exhaustive.

256. Le législateur prévoit enfin, alinéa 3 de l'article précité, que le représenté puisse être amené à ratifier l'acte en cas d'absence ou de dépassement de pouvoir de son représentant. La ratification peut être définie comme « l'expression de volonté par laquelle une personne, déclare s'obliger à exécuter les engagements pris en son nom par une autre alors que cette dernière a agi sans mandat ou sans pouvoirs suffisants[530] ». Le choix est donc laissé au cocontractant : soit il estime que l'acte est valable en vertu du pouvoir apparent, soit il peut en demander la nullité s'il ignorait que l'acte était accompli sans pouvoir ou au-delà des pouvoirs du représentant.

257. Lorsque le représentant commet un dol dans sa gestion, les conséquences de ce vice du consentement brouille la qualité de tiers du représentant.
Contrairement à l'interprétation classique de l'alinéa 1er de l'ancien article 1116 du Code civil[531] selon laquelle le dol d'un tiers n'emporte pas la nullité de l'acte[532] puisqu'il ne saurait être une cause de nullité que s'il émane de la partie qui est liée par les effets du contrat, l'analyse croisée des nouveaux articles 1130[533], 1131[534] et 1138[535] du Code civil vient confirmer la position de la jurisprudence selon laquelle le dol d'un tiers représentant a pour conséquence la nullité de l'acte[536]. Pourtant, le représentant est bien un tiers au contrat principal dont il a permis la conclusion par son entremise. C'est le représenté qui est en effet partie à l'acte. Or, pour admettre que le dol d'un représentant entraîne la nullité du contrat principal (celui qui lie le représenté avec le tiers-

---

530 BRAUDO (S.), *Dictionnaire du droit privé*, disponible sur : http://www.dictionnaire-juridique.com/

531 « Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté ».

532 Ce que confirmait la Cour de cassation dans un arrêt de principe rendu le 1er avril 1952 selon lequel « le dol n'est une cause de nullité de la convention que s'il émane de la partie envers laquelle l'obligation est contractée » : Civ, sect. com, 1er avril 1952, *D.*, 1953, J., p. 685 et s., note COPPER-ROYER (J.).

533 « L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné ».

534 « Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat ».

535 « Le dol est également constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du contractant. « Il l'est encore lorsqu'il émane d'un tiers de connivence ».

536 Voir notamment : Cass. Com. 27 novembre 1972, n°70.12-609, Bull. Com., n°308, p.287.

contractant), il est nécessaire de reconnaître au représentant la qualité de partie[537]. Dans ce cas, le représentant n'est plus un tiers au contrat mais la partie qui contracte et dont les manœuvres dolosives entraînent la nullité de l'acte.

258. La difficulté soulevée par la question de la responsabilité du tiers représentant en cas de dol « met en évidence les lacunes de la présentation monolithique des concepts de partie et de tiers à un contrat [538]». Il est alors nécessaire d'admettre que le représentant, « auteur des manœuvres n'est ni tout à fait tiers ni tout à fait partie au sens classique de ces termes [539]». Les qualifications de tiers et de partie se trouvent alors bouleversées dans ce cas de figure : la sanction de la nullité prévue par les nouveaux articles du Code civil semble faire basculer le tiers représentant dans la catégorie des parties au contrat. Mais cette sanction reste logique puisque le tiers représente le cocontractant, le dol du tiers doit être assimilé à celui du représenté et entraîner la nullité relative de l'acte juridique[540].

259. En matière de mandat, le mandataire a la possibilité de s'exonérer de sa responsabilité en présence d'un cas fortuit ou d'une force majeure ou encore lorsque le mandant rend difficile voire impossible l'exécution du mandat par le représentant[541].

260. Si le tiers est susceptible d'engager sa responsabilité envers le représenté en vertu du contrat qui les lie, l'imputation dérogatoire emporte *a priori* une absence de responsabilité envers le tiers-cocontractant.

2) La responsabilité du représentant dans son rapport avec le tiers-contractant

261. En principe, lorsque le mandataire révèle sa qualité de représentant (en vertu de la *contemplatio domini*) et qu'il a agi dans la limite de ses pouvoirs, il n'est pas lié par l'acte dont il a permis la conclusion par son entremise. L'opération pour laquelle il est intervenu ne peut ni lui

537 Voir en ce sens, DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, *op.cit*., p.341 : « il n'est en réalité qu'une seule possibilité : considérer que le dol d'un représentant émane bien d'une partie au sens de l'article 1116 du Code civil ».

538 DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, *op. cit*., p.341.

539 *Ibid.*

540 Néanmoins, le gouvernement a pris soin de distinguer le dol émanant d'une partie à l'acte de celui émanant du représentant d'une partie en prévoyant une disposition spécifique pour ce second cas de figure.

541 Cass. Com. 5 octobre 1999, n°97-16.020, inédit ; Cass. Civ. 1ère 7 février 2006, n°04-12.609, Bull. Civ. 2006, I, n° 55, p.56 ; *RTD Com*., 2006, p.383, F. POLLAUD-DULIAN.

profiter ni lui nuire. Seul le représenté est lié envers les tiers[542]. Par conséquent, le tiers représentant, étranger au contrat entre le représenté et le cocontractant, ne peut agir contre ce dernier en vertu de l'acte.

262. Le principe selon lequel seul le représenté est créancier et débiteur du contrat principal est toutefois atténué notamment pour les mandataires professionnels.
En effet, la responsabilité quasi délictuelle du mandataire professionnel peut être retenue s'il ne conseille pas utilement le cocontractant comme cela a été jugé par la Haute Cour le 18 avril 1989[543].
Même si le tiers représentant est un intermédiaire au contrat principal, son rôle est déterminant lors de la formation du contrat et il ne peut s'exonérer totalement des fautes qu'il a commises.
Plus encore, à l'image du commissionnaire, un mouvement se produit vers un engagement personnel donc contractuel du tiers mandataire professionnel à l'égard du cocontractant, troublant par là même la qualité de tiers du représentant.

263. Lorsque le tiers représentant n'a pas fait connaître aux cocontractants sa qualité de représentant, il est responsable personnellement à leur égard[544]. Il ne perd pas pour autant le lien établi avec le représenté contre qui il peut exercer une action prévue par le mandat.

264. Par ailleurs, le mandataire engage sa responsabilité délictuelle envers les tiers des délits et quasi-délits qu'il commet dans l'exécution de sa mission sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Ce que confirme la Cour de cassation dans un arrêt en date du 18 mai 2004[545] selon lequel « la faute commise dans l'exécution du contrat était susceptible d'engager la responsabilité délictuelle de son auteur à l'égard des tiers à ce contrat ».
Dans le cas d'un dépassement de pouvoirs, le mandataire engage également sa responsabilité

---

542 Les juges ont rendu à ce sujet une jurisprudence constante : Cass. Com. 14 décembre 1999, n°98-14.027, Bull. 1999, IV, n° 226, p.189 ; Cass. Com. 9 mai 1985, n°83-15.603, Bull. Civ. 1985, IV, n°143, p.123 : En l'espèce, la société Calberson est le mandataire la société du canal de Suez. Cette dernière après avoir commandé des marchandises, les fait embarquer avec du retard. La société Calberson demande alors le remboursement des frais. La Cour de cassation casse la décision des juges du fond qui refusent ce remboursement. Selon la Haute Cour, « l'exécution des obligations contractées par un mandataire au nom et pour le compte de son mandant n'incombe qu'à ce dernier ».

543 Cass. Civ. 1ère, 18 avril 1989, n°87-12.053, Bull. Civ. 1989, I, n°150, p.99.

544 Cass. Civ. 1ère, 17 novembre 1993, n°91-16.733, Bull. Civ. 1993, I, n°329, p.228.

545 Cass. Civ. 1ère, 18 mai 2004, n°01-13.844, Bull. Civ. 2004, I, n°141, p.117 ; *Lexbase Hebdo Ed. Priv*., 2004, n°125, D. BAKOUCHE ; *RTD Civ*, 2004, p.516, P. JOURDAIN ; *CCC*, 2004, p.10, L. LEVENEUR. Voir également Cass. Ass. Plen. 9 octobre 2006, n°06-11.056, Bull. A.P. 2006, n° 11, p.27 ; *D*., 2006, p.2525, X. DELPECH ; *JCP G*, 2006, p.2009, T. BONNEAU ; *Rev. Lamy Dr. Civ*., 2006, p.25, C. KLEITZ-BACHELET ; *JCP E*, 2006, p.1924, A. VIANDIER ; *D*., 2006, p.2933, D. HOUTCIEFF.

délictuelle à l'égard du cocontractant ainsi qu'à l'égard de tout tiers ayant un intérêt au contrat[546]. Toutefois, cette responsabilité ne peut être retenue que si le cocontractant ignore que le mandataire dépasse ses pouvoirs. A défaut, si le tiers-contractant connaît l'étendue des pouvoirs du mandataire, il ne saurait se prévaloir du dépassement des pouvoirs de ce dernier car il a « accepté un risque, ce qui aurait pour effet de rompre le lien de causalité entre son préjudice et la faute du mandataire [547]». Cette règle est notamment confirmée à l'article 1997 du Code civil selon lequel « Le mandataire qui a donné à la partie avec laquelle il contracte en cette qualité une suffisante connaissance de ses pouvoirs n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au-delà, s'il ne s'y est personnellement soumis ». Dans le cas contraire, le tiers-contractant peut envisager une action.

3) La convention de ducroire

265. Parce qu'il est tiers, le représentant n'a aucun lien avec le contrat qui se noue entre le représenté et le tiers-cocontractant, il disparaît comme « un échafaudage devenu inutile ». L'insertion dans le contrat de représentation d'une clause de ducroire remet-elle en cause la qualité de tiers au contrat du représentant puisque la raison d'être du mandat est l'extériorité du représentant au contrat principal qui se noue entre le représenté et le tiers-contractant ?
Le ducroire[548] peut se définir comme la « convention par laquelle un intermédiaire, mandataire, commissionnaire ou autre, garantit à son cocontractant l'exécution du contrat [549]». Se pose alors la question de savoir si la nature de l'opération n'est pas bouleversée[550] et le tiers représentant qui se porte ducroire peut toujours être qualifié de tiers ou s'il glisse vers la catégorie de partie.

266. Un auteur[551], à propos du contrat de commission, a analysé ce dernier comme étant une double vente ou une succession de ventes. La commission serait alors la première vente entre le commissionnaire et le commettant dont la condition est la conclusion d'une seconde vente avec un tiers-cocontractant. Dans ce cas, le commissionnaire n'est plus un tiers mais l'acheteur : « le commissionnaire cesserait donc d'être un intermédiaire pour devenir purement et simplement un

---

546 Cass. Civ. 1ère, 11 avril 1995, n°91-21.137 et n°92-12.086, Bull. Civ. 1995, I, n°171, p.122.

547 PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire,* th., préf. M. CABRILLAC, Litec, coll. Bib. dr. entr. Paris, 1988, p.80.

548 Voir *supra* chapitre I Titre I Partie I

549 VIVANt (M.) et ROBIN (A.), « Convention de ducroire », *JCl. Contr. Distr.*, fasc. n° 2940, n°1.

550 PETEL (P.), *Les obligations du mandataire, op. cit*., n°276, p.177.

551 LOCRÉ, *Esprit du code de commerce,* 1811, Tome I, p.241, cité par PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, *op.cit*., p.177.

acheteur. Il serait la véritable contrepartie du donneur d'ordre [552]».

267. La qualité de tiers représentant au contrat principal semble en contradiction avec la qualité de représentant ducroire. Néanmoins, la thèse de Locré ne peut être justifiée. En admettant que la convention de ducroire modifie la qualité de tiers du représentant, cela revient à nier la volonté des parties. En effet, même en se portant ducroire le représentant reste tiers au contrat qui lie le représenté au tiers-cocontractant comme le souligne le Professeur Nicolas Dissaux : « l'intermédiaire ducroire a beau supporter les risques de l'inexécution du contrat principal, il demeure tiers aux profits qu'engendrerait son exécution [553]». Tout au plus, la convention de ducroire permet au représenté de s'assurer des bons services de son représentant dans l'exercice de sa mission ainsi que de son sérieux dans le choix du tiers-cocontractant.
Le tiers représentant qui se porte ducroire n'est à aucun moment propriétaire des biens dont il a la charge de la vente. Il reste néanmoins tenu de ses obligations en tant que représentant.
En tant que représentant ducroire, ce dernier garantit à son représenté, l'exécution du contrat par le tiers-cocontractant. Lorsque il s'agit d'un mandat de vente par exemple, le mandataire ducroire garantit à son mandant le paiement du prix par le tiers-cocontractant[554].

268. La convention de ducroire rattachée n'est toutefois pas une cause d'intensification de la responsabilité du tiers représentant. Le tiers intermédiaire doit remplir certaines actions afin de parvenir à la conclusion d'un contrat avec le tiers-cocontractant. En qualité de tiers ducroire, il ne saurait être tenu responsable de l'exécution du contrat principal mais en cas d'inexécution par le tiers-cocontractant.

269. Le tiers représentant n'est pas davantage un assureur. Ce dernier traite directement avec le tiers-cocontractant, qu'il a choisi lui-même, avec qui il a fixé le prix et déterminé le contenu du contrat principal. Ce qui n'est pas le cas d'une assurance puisque dans cette hypothèse, il est fait appel au tiers assureur spécialement dans ce but.

270. **Conclusion du chapitre I** : En conclusion de sa thèse sur le mécanisme de la

552 PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, *op.cit.,* n°276, p.177.

553 DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, *op. cit.*, p.534.

554 HENNEBELLE (D.), « La spécificité de la nature juridique du ducroire d'intermédiaire », *JCP E*, 2000, p.1366 : « La convention de ducroire a pour objet de garantir à un créancier l'exécution d'une obligation souscrite par une autre personne, dans le cas où celle-ci viendrait à défaillir ».

représentation, le Professeur Michel Storck se demandait s'il était souhaitable que le législateur intervienne afin d'exposer une théorie de la représentation. Trente ans plus tard, l'ordonnance du 10 février 2016 a enfin inséré dans le Code civil des dispositions spécifiques relatives à la représentation. Néanmoins ces dispositions n'apportent pas d'innovation majeure : le tiers représentant a pour rôle de conclure un acte juridique au nom et pour le compte du représenté dans la limite de ses pouvoirs. Le tiers permet de rendre présent celui qui ne peut être apte à contracter ou être physiquement présent pour le faire. Et c'est bien parce qu'il représente autrui en tant que tiers qu'il ne supporte pas les charges du contrat pour lequel son intervention est nécessaire. Sa présence lors de la formation du contrat permet donc d'assurer l'expression du consentement de la partie représentée.

Lorsque le consentement a été donné et que le contrat peut alors se former, il est toutefois nécessaire qu'un tiers s'intéresse à la qualité et l'effectivité de ce consentement et en contrôle l'authenticité, il en devient le garant (Chapitre II).

CHAPITRE II- LE TIERS GARANT DE LA QUALITÉ DU CONSENTEMENT

271. Si la représentation est un mécanisme permettant dans un cadre légal ou conventionnel d'exprimer le consentement de la partie absente ou empêchée par l'intervention d'un tiers, il est toutefois nécessaire que ce consentement soit réel, éclairé et non vicié. Ces dernières années, le législateur a manifesté son souhait de protéger le consentement des individus dans divers domaines. En matière de droit de la consommation notamment, face à un environnement économique de plus en plus impitoyable, aux stratégies commerciales toujours plus sophistiquées, le législateur a légiféré en faveur d'une protection accrue du consentement du consommateur. C'est pourquoi il a multiplié ces dernières années les mesures visant à assurer l'information des consommateurs, ou encore en instaurant un délai de réflexion, un droit de rétractation... Le droit commercial tend à être un rempart contre les pratiques déloyales ou illicites dans un but de protection des concurrents.
De même, les différentes réformes en droit médical ont permis de prendre davantage en compte le consentement des patients leur permettant d'exprimer leur volonté tout au long des soins.
Le Code de déontologie médical énonce clairement à ce sujet que « le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension[555] « mais également que "le consentement de la personne examinée ou soignée doit être à rechercher dans tous les cas[556]" ».

272. Afin de protéger les parties au contrat, le droit a, à maintes reprises, prévu l'intervention d'un tiers afin qu'il s'assure de la qualité du consentement des cocontractants. Ce dernier peut intervenir en amont de la conclusion définitive de l'acte juridique dans le but de délivrer aux parties cocontractantes une information, un conseil, afin que ces dernières contractent de manière éclairée, en toute connaissance de cause. « Le devoir de conseil a pour objet la fourniture d'une information orientée, adaptée aux besoins précis du cocontractant et suppose une appréciation en termes d'opportunité[557] ». En aval, le tiers intervient afin de vérifier la qualité du consentement des parties dans un but de protection de l'intérêt des parties et plus généralement de l'intérêt général mais aussi dans un but d'évitement du contentieux.

555 Article 35 du Code de déontologie médicale.

556 Article 36 du Code de déontologie médicale.

557 DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, *op. cit*., p.442.

273. Lorsque le tiers intermédiaire intervient à la conclusion du contrat, son intervention doit comprendre la délivrance d'une information, d'un conseil afin d'éclairer les parties dans leur volonté de contracter (Section I). Le tiers peut également exercer son influence sur la formation du contrat en vérifiant la qualité et l'existence du consentement des parties par le mécanisme de l'homologation (Section II).

SECTION I- LE TIERS INTERMÉDIAIRE DÉLIVRANT UNE INFORMATION

274. Afin de s'assurer que le consentement des parties à l'acte juridique est libre et éclairé, le tiers doit, lorsqu'il intervient en vue de la formation du contrat, délivrer un conseil et une information. Ces obligations accessoires à la charge des professionnels, « découvertes » par la jurisprudence se fondent sur l'obligation de bonne foi posée par l'ancien article 1134 du Code civil, dont les termes de l'alinéa 3 ont été repris en substance au nouvel article 1104 selon lequel « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ».

275. Si ces deux obligations ont un contenu variable selon les parties conseillées et l'objet du contrat principal et sont souvent confondues, il est nécessaire de les distinguer. Si « l'information vise à fournir un renseignement neutre, objectif », « le conseil s'entend davantage d'une information pertinente, adaptée aux besoins exprimés par le cocontractant, et suppose une appréciation en termes d'opportunité orientant la décision de ce dernier. La distinction est toutefois délicate dans la mesure où les magistrats emploient fréquemment et simultanément les deux expressions[558] ». Le tiers intervenant à la formation de l'acte juridique, afin d'en assurer la validité et l'efficacité, a le devoir d'informer et de conseiller de la manière la plus juste les parties qui s'adressent à lui.

276. Tout comme le rédacteur d'acte, le professionnel qui intervient en qualité d'intermédiaire à la formation d'un contrat, a, à sa charge, une obligation d'information et de conseil (A). En cas de manquement à cette obligation, sa responsabilité pourra être recherchée. Le fondement de cette responsabilité étant toutefois encore incertaine (B).

558 MALEVILLE (M.-H.), « La responsabilité civile des intermédiaires professionnels au titre du devoir de conseil », *JCP G*, 2000, p.731.

I- LE CONTENU DE L'OBLIGATION DE CONSEIL ET D'INFORMATION DES INTERMÉDIAIRES PROFESSIONNELS

277. Au-delà de l'obligation faite au tiers **courtier** de rechercher un cocontractant pour son donneur d'ordre et de permettre la conclusion du contrat escompté, le courtier a également une obligation d'information et de conseil à respecter.
Cette obligation recouvre pour le tiers intermédiaire le devoir de vérifier la capacité du cocontractant ainsi que son identité. De plus, le courtier a le devoir « d'assurer l'exactitude des renseignements et le sérieux des conditions concernant l'opération financière envisagée [559] ». Le courtier ayant l'obligation de permettre la conclusion du contrat principal, il doit vérifier l'exactitude des renseignements qu'il transmet aux parties.

278. Par ailleurs, le courtier a la charge de remplir son obligation de conseil : cette obligation est particulièrement importante dans le courtage en matière d'assurance : « face à une législation de plus en plus complexe et à la problématique de conclure un contrat correspondant à ses besoins, l'assuré a besoin d'être conseillé par un professionnel, un guide sûr et un conseiller expérimenté [560]».
Le devoir pesant sur le courtier répond avant tout à la nécessité de protéger la personne novice qui se tourne vers un tiers professionnel. Ce dernier doit présenter à son client les réponses qui correspondent à ses besoins : « de même qu'un vendeur est tenu de donner des renseignements ayant pour but de permettre à l'utilisateur de faire du produit vendu un usage conforme à sa destination, le courtier d'assurances a un devoir de conseil vis-à-vis du client lui imposant de veiller à ce que le contrat conclu soit conforme aux besoins réels de celui-ci [561]».
Il a été toutefois jugé que le préjudice de clients ne pouvaient résulter du manquement à son devoir de conseil du courtier lorsque ceux-ci choisissaient de se soumettre aux aléas d'opérations boursières[562]. De même, l'étendue des devoirs de conseil et d'information du courtier doit être apprécié au regard du contenu du contrat ainsi que de l'expérience du client[563].

559 Cass. Civ. 1ère, 15 mars 2005, n°03-17.835, Bull. Civ. 2005, I, n° 129, p.111.

560 DEVÉSA, (P.), *L'opération de courtage*,th, préf. J.-M. MOUSSERON, Litec, coll. Bib .dr.entre., n°30, 1993, Paris, p.147.

561 *Id*., p.151.

562 Cass. Civ. 2ème, 30 juin 2004, n°03-14.614, inédit.

563 CA Paris 18 octobre 2012, pôle 5, chambre 6, n°10/24774, JurisData n°2012-025947.

279. Une telle obligation est également mise à la charge du tiers **commissionnaire** qui ne doit pas être un « simple messager transparent[564] ». Il doit communiquer au commettant toutes les informations utiles pour les opérations qu'il compte mener. Cette obligation permet alors au commettant de prendre toutes les mesures qu'il juge nécessaires en modifiant ses directives voire même en abandonnant la poursuite de l'opération.
Le commissionnaire doit notamment renseigner le commettant de toutes les difficultés auxquelles il peut être confrontées ainsi que de l'avancement de sa mission.
Le devoir d'information du tiers commissionnaire s'étend également au devoir de conseil du au commettant. Ce devoir, reconnu par la jurisprudence, impose au tiers commissionnaire en assurance de conseiller son donneur d'ordre sur le choix de l'assurance et ses limites ou encore pour le commissionnaire spécialisé dans le transport international de conseiller son commettant sur l'opération envisagée en fonction des réglementations. Il a également été jugé que le tiers commissionnaire doit avertir son commettant des aléas de l'importation de marchandises vers un pays étranger[565].

280. L'extension du devoir d'information en devoir de conseil s'applique également au tiers commissionnaire en matière financière. Ce dernier est débiteur d'une obligation de conseil comme le confirme un arrêt de la Cour de cassation daté du 2 décembre 1997[566]. Pour Hubert De Vauplane et Jean-Pierre Bornet, « il apparaît que l'épargnant est en droit d'attendre de l'intermédiaire financier une information et dans une certaine mesure, des conseils quelle que soit la nature juridique du lien qui les lie [567]».

281. Le devoir d'information et de conseil comporte cependant des limites : la Cour d'appel de Versailles a ainsi jugé que le devoir de conseil du commissionnaire de transport ne peut être étendu au contrat de vente à l'origine de la commission[568].

282. Ce devoir de conseil trouve également une limite dans la compétence du client du commissionnaire : l'obligation dont le tiers a la charge varie selon la compétence de ce dernier mais

564 DUMONT (M.-P.), *L'opération de commission*, th., préf. J.-M. MOUSSERON, Litec, coll. Bib. dr. entr., 2000, Paris, p.136-137.

565 Cass. Com. 18 juin 1980, n°77-13.613, Bull. Com., n°265.

566 Cass. Com. 2 décembre 1997, n°95-17.594, Bull. 1997, IV, n° 314, p.270**.**

567 DE VAUPLANE (H.) et BORNET (J.-P.), *Droit de la bourse*, Litec, Paris, 1994, n°378.

568 CA Versailles 1 avril 1987, JurisData n°1987-601204.

aussi selon celle de son client. Ainsi, lorsque le commettant est un client fréquent du commissionnaire, le devoir de conseil de ce dernier doit être apprécié avec plus de souplesse[569].

283. *In fine*, c'est parce que le commettant s'adresse à un intermédiaire professionnel spécialisé (en transport de marchandise, en opérations financières, en assurances,...) qu'il est en droit de recevoir une information précise. Parce qu'il agit pour le compte d'autrui, le commissionnaire a le devoir de rendre compte de l'avancée de sa mission ainsi que des difficultés qu'il rencontre avant l'exécution du contrat, cette obligation s'étendant à la dispense de conseils avisés.

284. La Cour de cassation a également rappelé dans son rapport annuel en 2001 « qu'il (l'assureur ou son agent général) est tenu d'une obligation particulière d'information et de conseil à l'égard de la personne qui souhaite souscrire un contrat d'assurance ou y adhérer [570]». C'est pourquoi l'**assureur** a lui aussi, en tant qu'intermédiaire professionnel, une obligation de conseil envers le futur souscripteur, cette obligation devant s'apprécier à la lumière des capacités du créancier de celle-ci. Le devoir de conseil de l'assureur implique que ce dernier est débiteur envers son client d'une « information précontractuelle adaptée à sa situation personnelle dont il avait connaissance [571]».

285. Dans un arrêt récent[572], la Cour de cassation vient réaffirmer que l'assureur ne peut se contenter de remettre une documentation au souscripteur en estimant ainsi remplir son devoir de conseil. Il lui appartient de fournir une information et un conseil adaptés à la situation et au besoin du futur client. Si le devoir de conseil devient de plus en plus lourd pour les assureurs, la Haute cour justifie cette exigence par la complexité grandissante des règles en matière d'assurance.

286. Le devoir de conseil du tiers intermédiaire a pour but de fournir une information, un conseil « adapté aux besoins précis du cocontractant et suppose une appréciation en termes d'opportunité [573]». La lecture des différentes jurisprudences invite à analyser l'obligation de conseil comme une obligation faite aux tiers professionnels d'éclairer les clients sur les engagements qu'ils

569 Cass. Com. 31 janvier 1979, JCP 1979, II, 19142.

570 Rapport de la Cour de cassation, La Documentation française, Paris, 2001.

571 Cass. Civ. 2ème, 7 juillet 2011, n°10-16.267, inédit.

572 Cass. Civ. 1ère, 4 juin 2014, n° 13-12.770, Bull. 2014, I, n°98 ; *Gaz.Pal*., 2014, p.31, B. BURY ; *Gaz.Pal*., 2014, p.22, M. JAOUL ; *RDC*, 2015, p.30, S. CARVAL.

573 DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, *op. cit*., p.442.

sont prêts à prendre.

Ce devoir, de plus en plus important, permet de protéger le client novice, le tiers intermédiaire devant parfois convaincre ce dernier de renoncer à contracter[574], ce qui semble contraire à la logique commerciale de prime abord. L'intensité du devoir « correspond à la logique du contrat et le recours à l'intention supposée des parties ne nous paraît ici nullement artificiel. Il est de fait que le mandant faisant appel aux services d'un professionnel pour s'entremettre dans les relations avec les tiers attend beaucoup de cet intermédiaire...le devoir de conseil fait partie du service le plus complet possible attendu d'un professionnel rémunéré qu'il a choisi par préférence à ses concurrents [575]».

287. Le tiers intermédiaire professionnel intervenant à la formation du contrat manquant à son devoir de conseil, engage sa responsabilité auprès de son client mais également auprès des tiers-cocontractants.

II- LA RESPONSABILITÉ DU PROFESSIONNEL MANQUANT À SON DEVOIR D'INFORMATION ET DE CONSEIL

288. Le tiers professionnel manquant à son devoir de conseil étant lié par un contrat à son client est responsable contractuellement. A l'égard du cocontractant, la responsabilité du tiers professionnel trouve sa source sur le terrain délictuel ou quasi-délictuel puisqu'aucun contrat ne lie le tiers professionnel et le cocontractant. Comment expliquer alors que la jurisprudence ait admis la possibilité pour un cocontractant de rechercher la responsabilité délictuelle du tiers professionnel en invoquant un manquement contractuel à une convention à laquelle il n'est pas partie ? Comment un cocontractant peut-il invoquer un manquement au devoir de conseil contenu dans un contrat sur lequel il n'a aucun regard ?

289. Depuis l'arrêt très discuté du 6 octobre 2006[576], la Cour de cassation a permis à un tiers-cocontractant d'agir en tant que victime par ricochet du manquement contractuel d'un débiteur en posant comme principe que « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un

574 Voir par exemple : une banque est fautive lorsqu'elle permet à son client « de poursuivre des opérations spéculatives inconsidérées sans le renseigner suffisamment comme elle en avait le devoir, sur les risques qu'il encourait ». : Cass.Com. 28 octobre 1974, n°72-14.397, Bull. Com. n°264, p.214.

575 PETEL, (P.), *Les obligations du mandataire*, *op. cit.*, n°233, p.151.

576 Cass. Ass. Plen., 6 octobre 2006, n°05-13.255, Bull. 2006, Ass. plén, n°9, p.23 ; *Rev. Lamy Dr. Civ*., 2006, p.10, S. DOIREAU ; *RDI*, 2006, p.504, P. MALINVAUD ; *JCP G*, 2006, 2111, M. BILLIAU ; *Rev. Lamy Dr. Aff.*, 2006, p.70, p. JACQUES.

dommage » . Encore faut-il que ce tiers-cocontractant prouve que ce manquement contractuel lui cause un dommage sur le fondement de la responsabilité délictuelle.
Cette solution jurisprudentielle a largement alourdi le domaine de la responsabilité du tiers professionnel : en effet, l'analyse de la jurisprudence de 2006 invite à penser que le tiers professionnel est responsable envers le cocontractant de son client dès lors qu'il manque à ses obligations contractuelles. L'arrêt s'est attiré les foudres d'une partie de la doctrine puisque la Cour de cassation décide que le tiers-cocontractant n'a pas à prouver nécessairement la faute délictuelle causée par un manquement contractuel pour s'en prévaloir.

290. Or, si l'on se réfère à la théorie de la responsabilité, le tiers-cocontractant est en droit d'agir sur le fondement de la responsabilité délictuelle lorsque le débiteur d'un contrat lui cause un dommage lorsque celui-ci n'exécute pas ses obligations contractuelles. Mais cette faculté laissée au tiers-cocontractant ne revient pas à lui reconnaître la possibilité d'agir en qualité de créancier contractuel[577]. Puisque sa relation au contrat est nécessairement différente de celle du créancier, il doit « démontrer que son préjudice a été causé par une faute quasi-délictuelle de négligence ou d'imprudence, indépendante de la seule faute contractuelle que peut exclusivement invoquer le cocontractant, victime de l'inexécution de l'obligation contractuelle dont il était créancier, au soutien de son action [578]».
Or, suivant l'arrêt de la Cour de cassation, « admettre que l'inexécution d'une obligation « strictement contractuelle » constitue nécessairement une faute délictuelle dont un tiers peut se prévaloir pour agir en responsabilité extra-contractuelle contre le débiteur contractuel, conduit à lui permettre d'obtenir l'exécution par équivalent d'un contrat auquel il n'est pas partie et à le faire profiter ainsi d'un avantage qui avait été consenti au seul créancier[579] ».

291. Un arrêt de la première chambre civile du 15 décembre 2011[580], non publié au bulletin et pourtant riche d'enseignements, vient bouleverser la règle jurisprudentielle de 2006. En l'espèce, des membres d'une famille vendent à un couple un bien immobilier par l'intermédiaire d'un agent immobilier. Lors de travaux sur le bien, le couple constate « l'état désastreux » de la maison que les vendeurs leur avaient dissimulé. Les acquéreurs assignent donc les vendeurs ainsi que l'agent

577 MAZEAUD (D.), « Le régime de l'indemnisation du tiers victime d'un préjudice causé par l'inexécution d'un contrat », *RDC,* 2007, p.269.

578 *Ibid.*

579 MAZEAUD (D.), « La responsabilité du débiteur contractuel à l'égard des tiers : évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation ? », *D.*, 2012, p.659.

580 Cass. Civ. 1ère, 15 décembre 2011, n°10-17.691, inédit.

immobilier en résolution de la vente et en paiement de dommages-intérêts ainsi que la banque en résolution des contrats de prêt ayant servi au financement de l'acquisition. La vente fut annulée pour réticence dolosive et les contrats de prêt résolus.
Les juges du fond condamnent *in solidum* l'agent immobilier et les vendeurs à verser à la banque la somme de 33 022, 80 euros correspondant aux intérêts conventionnels stipulés aux contrats de prêt résolus, outre l'indemnité contractuelle due en cas de remboursement anticipé, au motif que l'agent immobilier est tenu d'une obligation d'information et de conseil tant envers les vendeurs que les acquéreurs. N'ayant pas respecté son obligation, il est donc responsable envers les acheteurs et les acquéreurs et devait donc être condamné envers eux et la banque. La Cour de cassation censure l'arrêt de la Cour d'appel, cette dernière n'ayant pas recherché en quoi le manquement contractuel qu'elle relevait constituait une faute quasi délictuelle à l'égard de la banque. De plus, la Cour d'appel condamne l'agent immobilier à garantir les vendeurs des condamnations prononcées contre eux. La Haute cour vient limiter la responsabilité du tiers agent immobilier puisqu'un « vendeur, auteur d'une réticence dolosive pour avoir tu l'état réel de l'immeuble vendu, ne saurait être intégralement garanti par un agent immobilier ayant failli à son devoir d'information et de conseil, des condamnations prononcées au bénéfice de l'acquéreur ».

292. Cette solution nuance étonnamment la solution de l'Assemblée plénière. Le rapport de la Cour de cassation de 2006 énonçait alors que « l'arrêt permet de prendre en considération la portée à l'égard des tiers de l'obligation transgressée par le contractant. Il est, en effet, des obligations souscrites au profit du seul contractant dont le tiers n'a pas vocation à bénéficier et tel est le cas de l'obligation de non concurrence qui ne profite en principe qu'au créancier de cette obligation. Mais cette même obligation peut, dans certains cas particuliers, concerner un tiers qui devient ainsi « tiers intéressé » et tel était le cas dans l'espèce soumise à l'assemblée plénière où le locataire-gérant exploitait son fond de commerce dans des locaux appartenant au bailleur de sorte qu'il pouvait se prévaloir des défaillances de celui-ci dans l'entretien de l'immeuble. Enfin, il est des obligations qui, en raison de leur objet, dépassent le seul enjeu contractuel et qui, en tant que telles, sont susceptibles d'intéresser tous les tiers dès lors qu'ils ont eu à souffrir de leur transgression. Tel est le cas d'une obligation de sécurité de résultat. Il en résulte que la portée de l'obligation transgressée conditionnera l'existence du fait générateur de responsabilité à l'égard des tiers[581] ».

293. Certains auteurs se sont étonnés que la Cour n'applique pas la solution de l'Assemblée

581 Rapport de la Cour de cassation disponible sur : https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/cour_cassation-rapport_2006.pdf

plénière de 2006, surtout si l'on s'appuie sur le rapport de 2006. En effet, dans l'arrêt de 2011, la faute reprochée à l'agent immobilier est un manquement à son obligation d'information et de conseil. Or, ce devoir fait sans nul doute partie de ces « obligations qui, en raison de leur objet, dépassent le seul enjeu contractuel et qui, en tant que telles, sont susceptibles d'intéresser tous les tiers dès lors qu'ils ont eu à souffrir de leur transgression ». Par conséquent, reconnaître le droit au cocontractant de rechercher la responsabilité délictuelle du tiers intermédiaire sur le fondement d'un manquement contractuel a, selon nous, l'avantage de responsabiliser d'autant plus le professionnel et a une fonction dissuasive.

294. Il est nécessaire de démontrer les difficultés soulevées par la mise en cause de la responsabilité des professionnels au titre de leur devoir de conseil. En effet, la nature de la responsabilité de ces derniers varient selon des justifications dont les fondements peuvent parfois questionner le juriste. Une partie de la doctrine a souhaité que le régime de responsabilité des professionnels soit à ce titre uniformisé afin de dépasser les contraintes imposées par la *summa divisio* des responsabilités civiles. Il serait alors possible de considérer d'une part, que la responsabilité professionnelle est toujours de nature délictuelle se fondant sur les articles 1382 du Code civil exceptés les cas où l'obligation est strictement contractuelle (paiement du prix, livraison de la chose,...). D'autre part, certains auteurs préconisent de reconnaître à la responsabilité professionnelle un régime autonome qui ne soit ni contractuelle, ni délictuelle, créant ainsi une responsabilité professionnelle indépendante.
Si cette seconde proposition semble pouvoir être mise en pratique pour les professions réglementées par la loi, elle pose des difficultés pour celles non réglementées où la distinction responsabilité contractuelle et délictuelle semble indispensable.

295. Sécuriser l'acte juridique en faisant appel à un tiers lors de la formation du contrat permet de s'assurer de la qualité de l'acte conclu mais aussi d'anticiper et de diminuer les contestations potentielles. Le tiers délivre une information, un conseil afin d'éclairer les parties, de les orienter au mieux dans leurs choix. Toutefois, un deuxième « verrou de sécurité » a été mis en place par le législateur : ce dernier a souhaité que pour certains contrats « sensibles » un tiers intervienne afin de vérifier le consentement des parties à l'acte.

SECTION II- LE TIERS VÉRIFIANT LA QUALITÉ DU CONSENTEMENT

296. La validité d'un contrat peut parfois dépendre de l'intervention d'un tiers. L'acte juridique qui est l'objet des parties, nécessite le contrôle d'un tiers afin que ce dernier procède à la vérification de la réalité de leur consentement. Cette vérification existe dans des domaines où le rapport entre les parties peut être déséquilibré afin de déceler les « consentements de façade ». Parce qu'il est totalement extérieur et neutre par rapport au contrat, le tiers peut vérifier que la volonté de contracter des parties est libre.

297. Ainsi, l'enregistrement d'un pacte civil de solidarité fait intervenir le greffe du Tribunal d'instance (TI) ou le notaire afin qu'ils vérifient le consentement des futurs partenaires (I). En droit civil, bien que les réformes successives tendent à limiter le recours au juge, ce tiers homologateur est amené à vérifier le consentement des époux lors d'un changement de régime matrimonial dans certaines circonstances ou encore à l'occasion d'un divorce par consentement mutuel (II).
Enfin, en créant la rupture conventionnelle, le législateur a tenté d'entourer cette procédure de garanties en exigeant notamment l'intervention d'une autorité administrative afin que cette dernière contrôle la qualité des consentements (III).

I- LE TIERS VÉRIFIANT LA QUALITÉ DU CONSENTEMENT LORS DE LA CONCLUSION D'UN PACTE CIVIL DE SOLIDARITÉ

298. L'union de deux personnes relève de leur liberté[582] et de leur volonté. Elle peut se concrétiser dans le cadre d'un simple concubinage, par la signature d'un Pacte civil de solidarité (PACS)[583] ou encore par l'échange des consentements devant le maire.

299. Participant d'un véritable mouvement de contractualisation de la vie de couple, la nature juridique du PACS n'est plus à démontrer[584] : l'article 515-1 du Code civil énonce à cet effet qu'« un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ». De nombreuses formalités doivent être remplies afin que ce contrat soit valide. Mais pour qu'il prenne effet, la loi de 1999 prévoit que lorsque les futurs partenaires choisissent d'établir leur convention sous la forme d'acte sous seing privé. Ils doivent se présenter au greffe du TI du ressort de leur domicile afin qu'un greffier enregistre leur demande[585].

300. Le greffier du Tribunal en tant que tiers à la formation du PACS a en charge de vérifier certaines formalités. Il vérifie notamment la capacité des parties, que la prohibition de l'inceste et de la polygamie est respectée par les parties, les deux partenaires devant produire lors de l'enregistrement de leur convention certains documents de l'état civil.

301. Comme tout contrat, le PACS doit respecter les conditions de validité du nouvel article 1128 du Code civil. Les parties doivent avoir la capacité pour contracter (ce que vérifie le greffier), le contenu du contrat doit être certain et licite (organiser une vie commune), et doivent consentir à contracter.

302. Sur ce dernier point, le rôle attribué au greffier par les textes manque de clarté : il n'est pas

582 Voir à ce propos l'article de Philippe MALAURIE : « Le mariage à la française », *LPA*, 2009, p.6.

583 Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, JORF n°265, 16 novembre 1999, p.16959, texte n° 1.

584 Voir à ce propos la décision du Conseil constitutionnel : Décision 99-419 DC, 9 novembre 1999, JO 16 novembre 1999, p.16962.

585 La loi de modernisation de la justice du 21ème siècle transfère ce pouvoir au maire : Article 48 de la loi de modernisation de la justice du 21ème siècle adoptée le 12 octobre 2016.

dit que le greffier assume la charge de vérifier l'existence du consentement des futurs partenaires ou que celui-ci n'est pas vicié. Comment, dans ce cas, se prémunir contre les « PACS blancs » ? Selon une auteur, « sa pleine efficacité est douteuse, mise à part l'indéniable prise de conscience que constitue la confrontation avec un membre de l'autorité judiciaire [586]».

303. Pour certains auteurs, « le greffier du tribunal d'instance se borne à enregistrer un acte sous seing privé conclu par les deux partenaires[587]». Guy Raymond ajoute : « Certes, il a mission de vérifier les conditions de validité mais son rôle ne va pas au-delà[588]». Le consentement est pourtant une des conditions de validité du contrat ! Le Conseil constitutionnel précise d'ailleurs que les règles des anciens articles 1109 et suivants du Code civil relatifs au consentement sont applicables au PACS[589].

304. L'importance de l'intervention d'un tiers dans la conclusion d'un PACS doit être soulignée. Un exemple a été donné par la jurisprudence administrative à l'occasion d'un contentieux où une personne s'est vu rejeter la demande d'enregistrement de sa convention[590]. Un ressortissant français vivant en Thaïlande avait déjà porté devant le Conseil d'Etat une requête contre le refus de l'ambassade de France en Thaïlande de célébrer son mariage avec une femme de nationalité thaïlandaise[591]. Souhaitant par la suite conclure un PACS, il se tourne vers l'ambassade de France afin que cette dernière lui fournisse des renseignements relatifs aux formalités à remplir pour y parvenir. L'ambassade accède à sa demande en lui fournissant les informations contenues dans la circulaire du 10 novembre 1999 tout en lui précisant que si sa future partenaire ne pouvait comprendre les termes de la convention écrite en français, il devait, à ses frais, la faire traduire en thaïlandais et annexer la traduction à la convention. Le ressortissant français exerce alors un recours gracieux afin que l'ambassade de France procède à la traduction en langue thaï de la liste des pièces d'état civil à fournir par sa partenaire, demande qui lui est implicitement refusée. Il saisit alors le Conseil d'Etat afin que soit annulée cette décision implicite de refus.
Bien que cette affaire concerne l'enregistrement d'un PACS par les agents diplomatiques, elle pose

586 ATTUEL-MENDES (L.), *Consentement et actes juridiques*, th., préf. Eric LOQUIN, Litec, Paris, coll. Bib. dr. entr., 2008, p.286.

587 RAYMOND (G.), « PACS et droit des contrats », *CCC*, 2000, p.4.

588 *Ibid.*

589 Décision 99-419 DC, 9 novembre 1999, JO 16 novembre 1999, p.16962, considérant n°28.

590 Conseil d'Etat 2ème et 1ère sous-sections réunies, 23 mai 2003, n°248982.

591 Conseil d'Etat 1ère sous-section, 29 mars 2002, n°235808.

la question plus générale du rôle du tiers lors de l'enregistrement de ladite convention.
En réalité, le commissaire du gouvernement à l'occasion de cette affaire souligne le rôle important du greffier lors de l'enregistrement du pacte. Comme le souligne un auteur : « s'appuyant sur les dispositions du décret du 21 décembre 1999 et sur ses circulaires d'application, les conclusions en déduisent que le greffier détient un plus grand pouvoir d'appréciation que celui d'autres services d'enregistrement (recette des impôts, conservation des hypothèques, etc..), pouvant le conduire, le cas échéant, à s'opposer à une demande d'enregistrement d'un PACS s'il constate, par exemple, qu'il y a vice du consentement [592]».
Le rôle du greffier reste flou. Le Conseil d'État estime dans son considérant que celui-ci doit vérifier « les conditions d'inscription » mais il n'est pas précisé ce que recouvre cette notion. On peut imaginer que l'auxiliaire de justice puisse refuser un dossier incomplet lorsqu'il ne comporte pas toutes les pièces que la loi exige. Mais est-il en mesure de refuser une inscription lorsqu'il a un doute sur l'existence du consentement d'un des partenaires notamment s'il suppose qu'il s'agit d'un « PACS de complaisance ».

305. Les circulaires d'application de la loi de 1999[593] semblent limiter le rôle du greffier à l'enregistrement de la convention sans en vérifier le contenu. Il n'a *a priori* pas de pouvoir de refuser l'enregistrement du pacte, la circulaire du 11 octobre 2000 précisant que « si la convention contient des dispositions manifestement illicites comme contraires à l'ordre public et susceptibles d'être annulées à ce titre, le greffier informe les personnes lui ayant présenté le document du risque d'annulation de celui-ci. Si les intéressés maintiennent ces dispositions, le greffier doit néanmoins viser la convention et l'enregistrer. Mais, s'agissant de nullité absolue, il lui appartient d'informer immédiatement le procureur de la République des constatations effectuées. Il en informe verbalement les partenaires ».
A la lecture de ces textes, le greffier n'est donc pas en mesure de refuser une convention pour laquelle il soupçonnerait un défaut de consentement ou un consentement vicié qui entraînerait la nullité absolue de l'acte juridique.

306. Le législateur a procédé à une nouvelle réforme du PACS en adoptant la loi du 23 juin

592 GOURDOU (J.) et LEMOULAND (J.-J.), « Contentieux à l'occasion de la déclaration d'un PACS : les juridictions administratives ne sont pas compétentes », *D.*, 2004, p.295.

593 Circulaire CIV 99-02 du 10 novembre 1999 relative aux modalités de l'enregistrement des déclarations de pacte civil de solidarité dès la promulgation de la loi , BO du ministère de la justice 1999/76, abrogée par la circulaire Circulaire CIV 2000-02 du 11 octobre 2000 d'application de la loi et des décrets relatifs au pacte civil de solidarité, BO du ministère de la justice 2000/80 p. 10-45.

2006[594]. Cette loi ne touche pas à la définition du PACS donnée par l'article 515-1 du Code civil mais modifie les dispositions relatives à la procédure d'enregistrement. La circulaire du 5 février 2007[595] vient éclairer les dispositions de la loi de 2006. Elle précise notamment que « la production des pièces d'état civil doit permettre au greffier de déterminer qu'il n'existe pas d'empêchement légal à la conclusion du pacte civil de solidarité au regard des articles 506-1, 515-1 et 515-2 du code civil ». Rien n'empêche alors de penser que le greffier pourra procéder à la vérification de l'existence du consentement des partenaires à ce moment. La circulaire précise à nouveau que le greffier doit informer les partenaires du risque d'annulation si la convention contient des dispositions contraires à l'ordre public et saisit le Procureur de la République.
Il paraît donc que ce dernier n'est pas une simple chambre d'enregistrement, il a le devoir implicite de s'assurer du consentement des contractants même si son pouvoir d'action est limité.

307. Jusqu'à la loi du 28 mars 2011[596], le greffier du Tribunal d'instance était le seul compétent à enregistrer les conventions de PACS quelle que soit leur forme. Depuis l'entrée en vigueur de la loi, le notaire qui a instrumenté la convention de PACS doit l'enregistrer et procéder aux formalités de publicité. Le notaire qui rédige la convention de PACS est soumis au devoir de conseil de tout rédacteur d'acte mais la loi de 2011 ne dit rien sur le rôle de ce tiers en matière de consentement des parties à la convention de PACS. Certes, il est plus facilement imaginable que celui-ci, en instrumentant l'acte avec les parties, puisse contrôler l'existence du consentement des partenaires. Il peut refuser, le cas échéant, d'enregistrer la convention par une décision motivée lorsque les parties ne respectent pas les conditions fixées par la loi (qui sont les mêmes que celles exigées pour un enregistrement par le greffier) notamment en cas d'absence de consentement d'un des partenaires comme cela peut se produire à l'occasion d'un PACS blanc.
De surcroit, l'intervention du tiers greffier ou notaire permet de conférer date certaine à l'acte qui leur est présenté. Ainsi l'acte n'aura d'effet entre les partenaires qu'à compter de cette date. Il ne pourra être opposable au tiers que lorsque les mesures de publicité seront remplies[597].

308. Le rôle du tiers en matière de PACS doit être rapproché de celui de l'officier d'état civil qui célèbre le mariage. Il ne saurait être question ici de se prononcer sur la nature du mariage, contrat

594 Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, JORF n°145 du 24 juin 2006 p.9513, texte n° 1.

595 Circulaire CIV 2007-03 du 5 février 2007 relative à la présentation de la réforme du pacte civil de solidarité.

596 Loi n°2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées, JORF n°0074 du 29 mars 2011, p.5447, texte n° 1.

597 Article 515-3-1 du Code civil.

ou institution, question qui a déjà été largement débattue par la doctrine. L'officier d'état civil, « lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer, le cas échéant au vu de l'audition prévue par l'article 63, que le mariage envisagé est susceptible d'être annulé au titre de l'article 146 ou de l'article 180[598] », doit saisir sans délai le Procureur de la république et en informe les futurs époux. Il ne peut refuser toutefois de célébrer le mariage. Il reste malgré tout le garant de l'existence du consentement des époux, ses moyens d'action étant, lui aussi, limités.

309. Si le maire est le garant de l'existence du consentement du époux lors du mariage, le juge quant à lui intervient, au cours de l'exécution de celui-ci, par la procédure d'homologation afin de vérifier que le consentement des époux a été donné sans contrainte en cas de changement de régime matrimonial ou au stade de la rupture de la vie conjugale lorsqu'un divorce par consentement mutuel lui est soumis.

II- LE JUGE VÉRIFIANT L'INTÉGRITÉ DU CONSENTEMENT LORS DE L'HOMOLOGATION

310. Afin que le contrat puisse produire pleinement ses effets, les parties doivent exprimer leur consentement à la création de l'acte et à ses effets. Le juge, lors de l'homologation doit vérifier la persistance du consentement (A). Le jugement d'homologation transforme-t-il à cette occasion l'acte homologué ? (B).

A- LES MODALITÉS DE LA VÉRIFICATION DU CONSENTEMENT DES PARTIES

311. L'homologation est l' « approbation judiciaire à laquelle la loi subordonne certains actes et qui, supposant du juge un contrôle de légalité et souvent un contrôle d'opportunité, confère à l'acte homologué la force exécutoire d'une décision de justice [599]». L'acte juridique qui n'est pas homologué n'est donc pas efficace, malgré l'existence du consentement des deux parties. Il convient ici de souligner une des dérogations à la théorie de l'autonomie de la volonté.

312. En matière de divorce par consentement mutuel ou de changement de régime matrimonial, ce sont bien les époux qui sont parties à l'acte qu'ils soumettent à homologation. Le juge, en tant que tiers, ne peut modifier ou homologuer de manière partielle l'accord des parties sans leur

598 Article 175-2 du Code civil alinéa 1er.

599 CORNU (G.)(dir.), *Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant*, V°*Homologation*, PUF, 11ème éd., 2016, p.511.

consentement. Afin que le juge homologue l'accord, il est nécessaire que le consentement qui a permis aux époux de fonder l'acte, soit toujours présent au moment de la procédure d'homologation. A titre d'illustration, deux époux souhaitaient demander l'homologation d'un changement de régime matrimonial. A l'annonce d'une prochaine action en paternité à son encontre, l'époux ne souhaite plus poursuivre la procédure estimant que le changement serait contraire aux intérêts de l'enfant. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence[600] a annulé le jugement d'homologation au motif notamment que l'époux n'était plus consentant.

313. Si le mariage nécessite la présence d'un témoin dans la personne du tiers officier d'état civil, la désunion de deux époux ne peut être valable que par l'unique échange de leur consentement. En effet, l'article 268 du Code civil modifié par la loi du 26 mai 2004[601] permet aux époux de soumettre à homologation du juge au cours de l'instance des conventions réglant tout ou partie du divorce.

314. En cas de divorce par consentement mutuel, il est également prévu que « le juge homologue la convention et prononce le divorce s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé[602] » . Quant aux conséquences du divorce, l'article 373-2-7 du Code civil créé par la loi du 4 mars 2002[603] prévoit que les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Le juge de l'homologation vérifie notamment à cette occasion que le consentement des parents a été donné librement.

315. En matière de régime matrimonial, suivant le phénomène de déjudiciarisation, la modification du régime des époux s'engage vers un allègement de la procédure au profit des conjoints.
La loi du 13 juillet 1965[604] avait permis aux époux de changer de régime matrimonial lorsque celui-ci n'était plus adapté à la situation du couple sous le contrôle du juge. Néanmoins, le notariat a appelé de ses vœux la suppression du contrôle judiciaire estimant qu'il était devenu trop coûteux et

600 CA Aix-en-Provence, 27 septembre 2001, Devin contre Bodieu.

601 Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, JORF n°122, 27 mai 2004, p.9319, texte n° 1.

602 Article 268 du Code civil.

603 Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, JORF, 5 mars 2002, p.4161, texte n° 3.

604 Loi n°65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, JORF du 14 juillet 1965, p.6044.

trop lent[605].

316. Certains auteurs (minoritaires) ont estimé que « « l'intrusion » du juge dans le couple conjugal demeure un mal nécessaire », mettant en avant que « la liberté totale de changement de régime matrimonial n'est pas souhaitable en raison de la possibilité de fraudes. Celles-ci ne peuvent être recherchées, décelées et sanctionnées que par les tribunaux : il faut donc maintenir le contrôle judiciaire [606] ». La majorité de la doctrine[607] s'est toutefois exprimée favorablement pour la suppression de l'intervention du juge lors du changement de régime matrimonial.

La réforme des successions et des libéralités, entérinée par la loi du 23 juin 2006[608], a modifié les dispositions relatives à l'homologation en matière de régime matrimonial. Le législateur répond aux vœux du notariat et supprime l'homologation judiciaire en cas de changement de régime matrimonial et soumet la modification aux formalités de l'acte notarié. L'homologation de l'acte notarié, qui relève de la matière gracieuse[609], reste toutefois requise dans deux cas : en cas d'opposition[610] et lorsqu'au moins un des époux a un enfant mineur[611]. Dans ce cas, le juge vérifie que le consentement des époux est persistant et que la convention de changement de régime matrimonial respecte bien les intérêts des époux, des enfants et des créanciers.

De facto, même si l'intérêt de la famille reste l'affaire des époux puisqu'ils sont les mieux habilités pour en connaître les besoins, le tiers notaire doit néanmoins remplir son devoir de conseil et d'information : il va devoir conseiller les époux, leur proposer différentes possibilités, évaluer avec eux les conséquences de chaque changement envisageable.

Le notaire, à qui la loi fait l'obligation d'instrumenter l'acte pour lequel il est sollicité, aura-t-

605 Voir notamment 101ème Congrès des notaires de France, *Les familles sans frontière en Europe, mythe ou réalité* ?, Nantes, 1er au 4 mai 2005, *Defrénois,* 2005, Actualités, p.98.

606 THIERRY (J.), « Faut-il supprimer le contrôle judiciaire du changement de régime matrimonial ? », *D.*, 2000, p.68.

607 Voir par exemple, LANGLADE-O'SUGHRUE (J.-P.), « Pour la liberté totale de changer de régime matrimonial . - A propos de deux arrêts rendus par la Cour de cassation le 9 juillet 1991 », *JCP N*, 1992, p.251.

608 Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités, JORF n°145 du 24 juin 2006, p.9513, texte n°1.

609 Article 1301 du CPC.

610 Article 1397 alinéa 4 du Code civil : « En cas d'opposition, l'acte notarié est soumis à l'homologation du tribunal du domicile des époux. La demande et la décision d'homologation sont publiées dans les conditions et sous les sanctions prévues au code de procédure civile »

611 Article 1397 alinéa 5 : « Lorsque l'un ou l'autre des époux a des enfants mineurs, l'acte notarié est obligatoirement soumis à l'homologation du tribunal du domicile des époux »

il la possibilité de refuser d'instrumenter la convention de changement dans le cas où un des époux n'est pas consentant ou, si un doute subsiste sur l'existence du consentement ? La loi ne dit rien à ce sujet, mais l'article 3.2.3 du règlement national du notariat[612] précise bien que « le notaire est tenu de prêter son ministère lorsqu'il en est requis, sauf à le refuser pour l'établissement d'actes ou de conventions impliquant des personnes ne paraissant pas jouir de leur libre arbitre ».

317. Le juge homologateur a également pour fonction de vérifier l'intégrité du consentement lors de l'homologation d'un accord issu d'un MARC. Le consentement des parties est normalement au cœur de ces procédures amiables puisqu'elles ont pour caractéristique d'être des modes *volontaires* de règlement des différends. Au nom de la liberté contractuelle, les contractants doivent pouvoir exprimer librement leur volonté de résoudre le litige par la conclusion d'un accord négocié. Le juge de homologation doit alors en tout état de cause vérifier que le consentement des parties est effectif et persistant lorsqu'elles se présentent devant lui même si l'intervention du tiers conciliateur ou médiateur est l'assurance que le consentement des parties est clair et libre.

318. En cas d'acceptation de l'homologation de la convention par le juge, quels effets son intervention a-t-elle sur l'accord des parties ?

B- LES EFFETS DE L'INTERVENTION DU JUGE HOMOLOGATEUR SUR LA CONVENTION

319. Quels effets l'homologation peut-elle avoir sur l'acte des parties ? L'acte des parties, acte conventionnel, se mute-t-il en acte à caractère juridictionnel par l'intervention du juge ? L'homologation purge-t-elle la convention des parties des vices du consentement ? La convention homologuée est-elle dissociable du jugement d'homologation ?

320. Dans un arrêt important du 14 janvier 1997 (dit arrêt Nombel)[613], la Cour de cassation donne des éléments de réponse à l'occasion d'un changement de régime matrimonial : en l'espèce, un couple change son régime matrimonial pour le régime de la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale à l'époux survivant. Ce changement est homologué par jugement. Le fils naturel de l'époux invoque une fraude à ses droits d'héritier réservataire et demande l'annulation de la convention. Les juges du fond accèdent à sa demande et annule la convention ainsi que le jugement l'ayant homologué. L'épouse survivante et les enfants issus du mariage forment un

612 Règlement national du notariat approuvé par arrêté de Madame la Garde des Sceaux, Ministre de la justice en date du 22 juillet 2014, J.O. du 1er août 2014.

613 Cass. Civ. 1ère, 14 janvier 1997, n°94-20.276, Bull. Civ. 1997, I, n°20, p.12.

pourvoi en cassation. La Haute cour rejette le pourvoi reconnaissant ainsi la possibilité d'agir en nullité contre une convention homologuée. Ainsi, « la nature de la convention n'est pas transformée par son homologation. Elle reste un acte dont la validité est régie par la théorie générale des obligations de sorte que, pour produire ses effets, elle doit être valable. Conservant sa nature contractuelle, elle pourrait être annulée pour les causes qui lui sont propres [614]».

321. En matière de contestation en cas de vices du consentement, la jurisprudence a connu une évolution. Tout d'abord, la Cour de cassation, dans un arrêt du 2 novembre 1977[615] rejette la demande de nullité de la convention de changement de régime matrimonial d'un époux pour dol. Le rejet de la Cour est motivé cependant par un défaut de preuve.

322. La Cour balaye tous les doutes dans l'arrêt précité du 14 janvier 1997 : elle estime en effet que la demande en nullité de la convention par l'enfant naturel peut être accueillie au motif qu'il y avait eu fraude ayant consisté à dissimuler son existence devant le tribunal.

323. Le dol est donc un vice du consentement pouvant être utilisé pour contester l'intégrité du consentement d'une partie lors de la modification du régime matrimonial par les époux. Par cet arrêt la Cour reconnaît à la victime d'une fraude la possibilité d'exercer une action en nullité contre la convention homologuée. La procédure de contestation -action en nullité contre la convention portant modification du régime matrimonial- est donc admise pour « des causes qui lui sont propres[616] » séparément du jugement d'homologation. En réalité, « le juge en homologuant la convention examine la validité de celle-ci, mais il ne la purge pas de l'ensemble des vices[617] ».

324. Cette solution a été confirmée dans un arrêt de la Cour d'appel de Pau le 15 mai 2000[618]. en l'espèce, une épouse engage une procédure de divorce pour faute à l'encontre de son mari. Elle conclut par la suite « un marché » avec lui, conditionnant son retour au domicile conjugal à l'adoption du régime de la communauté universelle. L'époux accepte, la modification du régime matrimonial est homologuée par le Tribunal de grande instance de Bayonne. Toutefois l'épouse ne

614 SAVATIER (X.), « La recevabilité de l'action en nullité de la convention de changement de régime matrimonial malgré son homologation judiciaire », *D.*, 1997, p.273.

615 Cass. Civ. 1ère, 2 novembre 1977, n°75-15.539, Bull. Civ., I, n°397, p.318.

616 Cass. Civ.1ère, 14 janvier 1997, n°94-20.276, Bull. Civ. 1997, I, n°20, p.12.

617 SAVATIER (X.), « La recevabilité de l'action en nullité de la convention de changement de régime matrimonial malgré son homologation judiciaire », *D.*, 1997, p.273.

618 CA Pau, 15 mai 2000, Chambre 2, section 2, n°96/02109, JurisData 2000-122449.

regagne pas son domicile. Le mari demande alors l'annulation de la convention pour dol, la Cour d'appel de Pau accueille sa demande et prononce la nullité de l'acte se fondant sur « l'existence de manœuvres dolosives telles que sans elles [le mari] n'aurait jamais consenti à l'acte litigieux ».
Un auteur critique cette solution soulignant la contradiction entre les deux fondements de la solution de la Cour d'appel, c'est-à-dire la non persistance du consentement des époux le jour de l'homologation par le juge d'une part et le consentement vicié d'autre part, que l'on « conçoit mal comment un consentement inexistant pourrait être vicié[619] ». Si cette remarque est juste, il semble que les juges du fond aient souhaité avant tout sanctionner les manœuvres dolosives de l'épouse en faisant une stricte application de la jurisprudence Nombel. Ainsi que le souligne une auteur, « l'homologation ne fait pas écran à l'exercice d'une action en nullité contre l'acte conventionnel. Elle apparaît tel un voile qui se pose sur l'acte de sorte que celui-ci survit par transparence avec ou sans ses vices. De cette affirmation découle deux observations. L'acte d'homologation n'est pas annulé. L'acte homologué est anéanti. Et l'homologation de ne pas purger les vices de ce dernier [620]».

325. Les conséquences de l'intervention du juge tiers à la convention homologuée diffèrent en matière de divorce par consentement mutuel. La doctrine semble divisée sur la question : en effet, une partie des auteurs estime que la convention homologuée conserve avant tout sa nature contractuelle à l'instar d'Yvan Balensi[621]. L'intervention du juge ne permettant pas un contrôle de la convention dans son ensemble, elle ne peut avoir pour conséquence d'interdire toute action en raison d'un dol, d'une erreur ou d'une lésion. Puisque « l'acte homologué est à la fois une convention et une décision judiciaire, ou plus exactement, une convention *plus* une décision judiciaire [622]», il est possible de contester l'acte des parties par une action en nullité si la convention est viciée ou en exerçant les voies de recours si le jugement d'homologation du tiers est irrégulier. C'est pourquoi certains auteurs[623] préconisent de supprimer le contrôle du juge afin de conserver le caractère purement contractuel de la convention de divorce.

326. La seconde partie de la doctrine estime que la convention des époux et le jugement du juge

619 CASEY (J.), « Annulation pour dol d'une convention de changement de régime matrimonial », *JCP N*, 2003, p.62.

620 ZATARA (A.-F.), « L'homologation en droit privé », *RRJ,* 2004, p.141.

621 BALENSI (Y.), « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD Civ,* 1978, p.43 et suivantes.

622 BALENSI (Y.), « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *op. cit*., p.66.

623 LESBATS (C.), *Les accords de volonté entre époux dans le divorce*, th., préf. Raymond LE GUIDEC, Nantes, 1999, 423p.

tiers homologateur sont indissociables afin de préserver la sécurité juridique. L'intervention du juge a pour effet d'attribuer l'autorité de la chose jugée à l'acte des parties, par conséquent cet acte ne peut être contesté que par les voies de recours. Le juge a alors l'obligation de refuser d'homologuer l'accord des époux s'il considère que le consentement de l'un d'eux fait défaut ou que l'intérêt de la famille ou des enfants n'est pas suffisamment préservé. Afin d'éviter tout risque de contestation, l'homologation opère une purge des vices du consentement[624].

327. Toutefois, il semble impossible que l'action du juge purge entièrement les vices de la convention puisqu'il est amené à ne vérifier que les points portés à sa connaissance. Comme le souligne Madame Attuel-Mendes, « l'intervention d'un magistrat ne peut en conséquence avoir pour effet de couvrir le vices du consentement crées par des faits antérieurs à la comparution des parties et dont il n'a pas eu connaissance [625]».

328. La jurisprudence se prononce en faveur de la seconde tendance. Les juges ont longtemps estimé que la convention et le jugement d'homologation ne formaient qu'un tout comme en témoigne un arrêt de la Cour de cassation qui rappelle que « le prononcé du divorce et l'homologation de la convention définitive ont un caractère indissociable et ne peuvent plus être remis en cause hors des cas limitativement prévus par la loi [626]», une action en rescision pour lésion de la convention étant donc irrecevable. Ainsi, toute action tendant à la nullité de la convention pour vice du consentement est rejetée[627].
Les juges ont plus récemment modifié le fondement de leur décision, se basant sur une fin de non recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée : l'alinéa 1 de l'article 279 du Code civil énonce en effet que « la convention homologuée a la même force exécutoire qu'une décision de justice ». De plus, le jugement d'homologation n'étant pas susceptible d'appel, les parties peuvent former un pourvoi en cassation.

329. Plusieurs auteurs ont critiqué l'indivisibilité de la convention et du jugement d'homologation : « le divorce ne saurait trouver sa cause dans une convention qui en règle les conséquences... en sorte que la logique ne serait pas offensée si l'on traitait isolément cette

624 HAUSER (J.), « Le juge homologateur en droit de la famille », in ANCEL (P.) et RIVIER (M.-C.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, p.116.

625 ATTUEL-MENDES (L.), *Consentement et actes juridiques*, th., préf. Eric LOQUIN, Litec, Paris, coll. Bib. dr. entr., 2008, p.301.

626 Cass. Civ. 2ème, 6 mai 1987, n°86-10.107, Bull 1987, II, n°103, p.60.

627 Cass. Civ. 2ème 13 novembre 1991, n°90-17.840, Bull. Civ., 1991, II, n°303, p.160.

convention […] On ne voit guère pourquoi, en pareil cas, un principe d'indivisibilité entre prononcé du divorce et homologation de la convention viendrait s'opposer à ce que la convention soit annulée et le divorce maintenu [628]».

On ne voit pas pourquoi l'intervention du juge en matière de divorce par consentement mutuel prive les parties à la convention de toute contestation en raison de vices du consentement sauf à s'assurer que le jugement fixe définitivement toutes les conséquences du divorce et évite ainsi les contestations. C'est également le cas en matière de changement de régime matrimonial lorsque l'homologation est requise bien que la contestation de la convention soit possible.

Si le rôle du juge est de « vérifier que les époux ne se sont pas engagés à la légère et qu'ils n'ont fait l'objet d'aucune pression [629]», il semble difficile voire impossible pour le juge de vérifier les risques d'erreur ou de dol.

330. La procédure d'homologation en matière de changement de régime matrimonial et de divorce par consentement mutuel n'est pas sans soulever certaines questions sur l'effet de l'intervention du tiers sur la convention des parties. La volonté du législateur, à laquelle s'adjoint celle des tribunaux est celle d'une justice plus rapide et plus efficace. Les actes juridiques conclus par les parties doivent néanmoins faire l'objet de l'attention de tiers dans un but de protection du consentement. Cette idée est sous-jacente également en matière sociale.

Participant au phénomène de flexicurité, la rupture conventionnelle en droit du travail est une réponse donnée par le législateur à un droit du travail jugé trop rigide. Néanmoins, il était nécessaire d'encadrer cette nouvelle mesure afin d'éviter certains abus ou détournements de la loi. Ainsi, le législateur a mis en place un contrôle de la convention de rupture exercé par la DIRECCTE, utilisant la technique de l'homologation.

III- LA VÉRIFICATION DE L'INTÉGRITÉ DU CONSENTEMENT PAR LA DIRECCTE DANS LE CADRE DE LA RUPTURE CONVENTIONNELLE

331. La possibilité de rompre de manière négociée le contrat qui lie l'employeur au salarié n'est pas inconnue en droit du travail. En effet, les parties peuvent être amenées lorsqu'elles le souhaitent

628 VAREILLE (B.), « Changement de régime matrimonial, nature de la convention homologuée : admission de l'action en nullité pour fraude », *RTD civ*, 1997, p.985.

629 BALENSI (Y.), *op. cit.* p.71.

à décider d'une rupture d'un commun accord mettant fin à la relation contractuelle[630]. Cette forme de rupture a été reconnue par la jurisprudence dans l'arrêt Crédit Lyonnais de la chambre sociale de la Cour de cassation du 2 décembre 2003[631]. Néanmoins, la rupture amiable a essuyé diverses réserves de la part de la doctrine et notamment sur la réalité du consentement du salarié lors des négociations, ce dernier étant placé dans une situation d'infériorité. Il revenait donc au législateur de prévoir un mode rupture amiable en aménageant les garanties nécessaires pour s'assurer de l'existence du consentement des deux parties.

332. La rupture conventionnelle est inscrite dans le Code du travail depuis la loi du 25 juin 2008[632]dite de modernisation du marché du travail. Ce troisième mode de rupture du contrat de travail, après la démission et le licenciement, est donc basé sur la volonté des deux parties, employeur et salarié, afin de mettre contractuellement un terme à la relation de travail.

333. La rupture conventionnelle telle qu'elle a été instaurée aux articles L.1237-11 à L.1237-16 du Code du travail ne peut être imposée à l'une ou l'autre des deux parties. Elle est convenue entre l'employeur et le salarié durant des entretiens antérieurs à sa conclusion et doit prévoir une indemnité de rupture.

334. Participant à un mouvement marqué, en droit du travail, de « flexicurité » la rupture conventionnelle permet une rupture du contrat négociée avec davantage de sécurité puisque l'intervention d'un tiers est requise pour homologuer la convention. La procédure d'homologation a été confiée aux Directions régionales des entreprises, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE).
Afin d'éviter un contentieux abondant, les « partenaires sociaux et législateur ont entendu privilégier un contrôle *a priori,* par l'autorité administrative, plutôt que le contrôle *a posteriori* du juge [633]». L'objectif du législateur est de parvenir à épuiser le contentieux en imposant le contrôle d'un tiers. Pour Gilles Auzero, l'administration doit procéder notamment à la vérification de

630 Elle est admise notamment lorsque le salarié accepte une proposition de congé de mobilité ou encore lorsque les parties choisissent de rompre un contrat à durée déterminée avant l'échéance du terme.

631 Cass. Soc. 2 décembre 2003, n°01-46.540, Bull. 2003, V, n° 309, p. 311 ; *Lexbase Ed. Soc*., 2004, n°101, C. RADÉ ; JSL, 2004, p.7, M. HAUTEFORT ; *CSBP*, 2004, p.113, F.-J. PANSIER ; *JCP E,* 2004, p.677, F. Petit ; *JCP E*, 2004, p.1147, J.-F. CESARO.

632 Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, JORF n°0148 du 26 juin 2008 p.10224, texte n°2.

633 LOKIEC (P.), « Rupture du contrat (VI : Rupture conventionnelle) », *Rép. Dr. Trav*. 2014, n°38.

l'absence de vice du consentement[634]. Cependant, même si ce souhait est louable, il semble vain : le contrôle de l'administration est retreint et le délai d'instruction, de quinze jours, est bien trop court pour appliquer un contrôle approfondi[635].

335. Le contrôle du tiers est un contrôle *ad validatem* puisque le consentement des parties ne permet pas à lui seul de faire produire des effets de droit à la convention[636]. A ce propos, le Professeur Verkindt et la Professeur Chassagnard-Pinet estiment qu'il s'agit ici davantage d'un acte de réception de l'autorité administrative que d'une homologation : « La formalité imposée par la loi nouvelle semble en fait constituer, malgré sa qualification légale, un cas de réception administrative obligatoire : il s'agit d'une intervention obligatoire de l'autorité administrative qui exerce un contrôle *ad validatem* de l'acte juridique. La réception participe à la formation du contrat alors que l'homologation ne fait que conférer efficacité à un acte formé par le seul consentement des parties[637] ». Mais quelle est l'étendue de ce contrôle[638] ? Quelles sont les vérifications qui s'imposent à l'autorité administrative ?

336. *A priori*, deux interprétations de l'alinéa 2 de l'article 1237-14 peuvent être retenues : Soit on peut estimer que l'autorité administrative effectue un contrôle *a minima* de la convention de rupture en vérifiant qu'aucune partie ne conteste la convention. Soit il est possible d'attendre un contrôle très approfondi de l'autorité administrative s'attachant à la vérification des conditions de forme et de fond ainsi qu'à leur effectivité.

337. Le salarié doit être informé de la possibilité de se faire assister lors des entretiens précédant la conclusion de la convention de rupture, l'accord doit mentionner la faculté pour les parties de se rétracter pendant les quinze jours qui suivent la signature. Mais ces mesures permettent-elles une garantie et une effectivité de la liberté du consentement du salarié ? L'intervention de l'administration du travail semble donc justifiée mais quel rôle lui donner ?
Le tiers « validateur » doit-il examiner brièvement la convention des parties ou bien a-t-il le devoir

634 AUZERO (G.), « La rupture conventionnelle du contrat de travail : l'illusion de la sécurisation », *RDT,* 2008, p.522.

635 Au delà du délai, l'homologation est réputée acquise : article L.1237-14 du Code du travail.

636Article 1237-14 alinéa 3 : « La validité de la convention est subordonnée à son homologation ».

637 CHASSAGNARD-PINET (S.) et VERKINDT (P.-Y.), « La rupture conventionnelle du contrat de travail », *JCP S*, 2008, p.25.

638 L'article 1237-14 alinéa 2 du Code du travail rappelle que « L'autorité administrative dispose d'un délai d'instruction de quinze jours ouvrables, à compter de la réception de la demande, pour s'assurer du respect des conditions prévues à la présente section et de la liberté de consentement des parties ».

de vérifier de manière approfondie les étapes de la négociation ayant abouti à la conclusion de la convention ? Par conséquent, la DIRECCTE joue-t-elle un rôle de « chambre d'enregistrement » ou est-elle tenue d'opérer une profonde vérification de l'acte de rupture et de la volonté même des parties ?

338. Conscient du temps bien trop court imparti à la DIRRECTE pour vérifier les conventions de rupture, il est tout à fait possible dans ce cas d'imaginer une rupture conventionnelle homologuée (par manque de temps de l'administration du travail) qui a été conclue sur la base d'un différend, le salarié ayant été contraint d'accepter la rupture bilatérale de la relation de travail. Le recours au juge tiers devient alors indispensable pour pallier au déficit de contrôle de l'administration.

339. La Cour de cassation avait déjà statué sur la possibilité de rompre un contrat de travail par le biais d'une rupture amiable sur le fondement de l'article 1134 du Code civil[639]. Cette rupture était reconnue par les juges moyennant l'absence d'un litige entre les parties : dès lors que la rupture amiable du contrat est proposée après un entretien préalable en vue d'un licenciement pour faute, les juges estiment que la rupture amiable ne peut être mise en place, l'éventualité d'un licenciement pour faute rendant le caractère « amiable » de la rupture difficilement concevable[640]. Une telle solution est-elle applicable en cas de rupture conventionnelle ? La Chambre sociale de la Cour de cassation a répondu par la négative dans un arrêt du 23 mai 2013[641].
En l'espèce, une femme est engagée en tant qu'avocate salariée en septembre 2006. En juin 2009, une convention de rupture de son contrat de travail est signée avec son employeur puis homologuée par la DIRRECTE en juillet. L'avocate saisit alors le bâtonnier afin de demander la requalification de sa rupture conventionnelle en licenciement sans cause réelle et sérieuse.
La Cour d'appel de Versailles accueille favorablement sa demande le 15 décembre 2011. L'employeur forme alors un pourvoi en cassation aux motifs que, d'une part, la violence exercée sur le consentement de celui qui s'oblige n'entraîne la nullité de l'acte que si elle est illégitime et que, sauf abus, la menace de l'exercice d'un droit n'est pas illégitime. En se basant sur une lettre du 2 juin 2009 dans laquelle l'employeur reprochait à l'avocate divers manquements professionnels pouvant justifier un licenciement, avant de lui proposer une rupture amiable, la Cour d'appel en a déduit que le consentement de la salariée avait été viciée par la menace du licenciement mais n'a pas recherché

639 Cass. Soc. 29 mai 1996, n°92.45.115, Bull. 1996, V, n°215, p.150 ; *RJS*, 1996, p.407, D. Corrignan-Carsin ; *DS*, 1996, p.696, J. Savatier.

640 Cass. Soc. 26 octobre 1999, n°97-42.846, Bull. 1999, V, n°411, p.302 ; *DS*, 2000, p.1781, C. Radé.

641 Cass. Soc 23 mai 2013, n°12-13.865, Bull. 2013, V, n°128 ; *JCP G*, 2013, p.1171, D. Corrignan-Carsin ; *JSL*, 2013, p.13, B. Aldigé ; *RJS*, 2013, p.476 ; *RDT*, 2013, p.480, G ; Auzero ; *CSBP*, 2013, p.267, J. Icard.

si cette menace était légitime eu égard aux griefs formulés à l'encontre de la salariée. D'autre part, selon l'employeur, « que si la conclusion d'un accord de rupture d'un commun accord du contrat de travail suppose l'absence d'un litige sur la rupture du contrat de travail, elle peut valablement intervenir en présence d'un litige portant sur l'exécution du contrat de travail ; qu'en excluant tout caractère amiable à la rupture du contrat de travail du fait de l'existence d'un prétendu litige entre les parties relatif à l'exécution du contrat de travail, la cour d'appel a violé l'article L. 1237-11 du code du travail[642] ».

340. La Cour de cassation rejette les motifs invoqués par l'employeur estimant que « si l'existence, au moment de sa conclusion, d'un différend entre les parties au contrat de travail n'affecte pas par elle-même la validité de la convention de rupture conclue en application de l'article L. 1237-11 du code du travail, la rupture conventionnelle ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties ». Elle ajoute également qu' « après avoir relevé que l'employeur avait menacé la salariée de voir ternir la poursuite de son parcours professionnel en raison des erreurs et manquements de sa part justifiant un licenciement et l'avait incitée, par une pression, à choisir la voie de la rupture conventionnelle, la cour d'appel qui, exerçant son pouvoir souverain d'appréciation, a fait ressortir que le consentement de la salariée avait été vicié, a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision ».

341. La Cour de cassation reconnaît dans cet arrêt qu'il puisse exister un différend entre les parties au moment de la conclusion de la convention de rupture du contrat de travail mais, en tant que tiers, dernier « garde-fou » de la protection des volontés, elle rejette la validité de cette convention si ce différend a été à l'origine d'un consentement vicié.

342. Le consentement vicié n'ayant pas pu être décelé par l'administration du travail en amont lors de l'homologation, le juge se pose en rempart en aval de la sécurisation des consentements dans le cadre de rupture conventionnelle. Le législateur a souhaité que l'homologation par la DIRECCTE soit une source de sécurité juridique, et dissuade ainsi les parties de recourir au juge mais le contentieux, par un manque évident de moyens et de temps, ne peut être totalement tari et le recours au juge reste donc indispensable.

343. Par ailleurs, de même qu'en matière de droit familial et de régime matrimonial, la question de l'indivisibilité de la convention et de l'homologation peut se poser lorsqu'une des parties au

642 Cass. Soc 23 mai 2013, n°12-13.865, Bull. 2013, V, n°128.

contrat souhaite contester la validité de la convention de rupture. La convention de rupture est un contrat relevant du droit commun des obligations, contestable à ce titre devant le juge prud'homal ; l'homologation étant un acte administratif, le recours devrait se faire devant le juge administratif.
Mais l'ambition de la loi portant modernisation du marché du travail est avant tout d'éviter un éparpillement des contentieux. Tirant des leçons des difficultés soulevées par le contentieux de l'autorisation administrative en matière de licenciement de salariés protégés « aussi, le législateur a-t-il opté pour un bloc de compétence, en confiant l'entier contentieux de la rupture conventionnelle au conseil de prud'hommes[643] ». Ainsi, au regard de l'article L. 1237-14 du Code du travail, « l'homologation ne peut faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la convention. Tout litige concernant la convention, l'homologation ou le refus d'homologation relève de la compétence du conseil de prud'hommes, à l'exclusion de tout autre recours contentieux ou administratif »[644].

344. **Conclusion du chapitre II** : Si les parties ont recours à un tiers intermédiaire dans le but de conclure un contrat, le droit impose à ces derniers de fournir un conseil à leur clientèle lors de la formation du contrat pour lequel ils interviennent. Le non-respect de cette obligation d'information et de conseil entraîne par conséquent la recherche de leur responsabilité.
Toutefois, bien que le tiers professionnel soient contraints à un tel devoir, il n'est jamais totalement assuré que le consentement des parties ne soit pas vicié ou inexistant au moment de la conclusion de l'acte juridique. C'est pourquoi la loi prévoit l'intervention de tiers « superviseur », « contrôleur » vérifiant la qualité du consentement des parties au contrat.

345. **Conclusion du titre II** : Dès lors que les parties souhaitent conclure un contrat, elles doivent, pour ce faire, exprimer leur volonté de s'engager. Ainsi, le consentement est une des conditions de validité du contrat requise par le droit positif. Mais lorsque l'expression du consentement est défaillante ou est impossible, le tiers représentant a pour fonction de pallier l'absence du majeur incapable ou de l'absent. Bien qu'il exprime un consentement, sa qualité de tiers est préservée puisqu'il consent pour le compte et au nom d'autrui. La volonté des parties est éclairée et parfaite par le devoir d'obligation et de conseil inhérents à la fonction du tiers intermédiaire.

643 LOKIEC (P.), « Rupture du contrat (VI : Rupture conventionnelle) », *Rép. Dr. Trav.,* 2014, n°75.

644 Deux exceptions sont à noter quant à la contestation de la rupture conventionnelle devant le Conseil des prud'hommes : en cas de contestation de la rupture conventionnelle d'un salarié protégé, la contestation de l'autorisation ou du refus d'autorisation par l'inspecteur du travail de la rupture conventionnelle doit être portée devant le ministre (R. 2422-1 du Code du travail). De même, lorsqu'un litige survient à l'occasion de la rupture conventionnelle d'un avocat salarié, un recours est possible devant devant le bâtonnier, l'appel se faisant devant la cour d'appel siégant en chambre du conseil (article 5 de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008).

Cependant, dès lors que les parties consentent à un acte intéressant l'ordre public ou que le contrat peut présenter un risque que la volonté de l'une d'elles soit vicié, forcé, le législateur a prévu l'intervention de tiers ayant pour rôle de vérifier l'intégrité du consentement. Dans ce cas, la seule volonté des parties ne peut suffire à exécuter l'acte.

346. **Conclusion de la partie I** : La formation du contrat suppose que les parties aient la liberté contractuelle de choisir leur contractant et de consentir à la création d'un acte juridique créateur de droits et d'obligations. Cependant, il est parfois nécessaire qu'un tiers intervienne pour les assister afin de rendre effective la rencontre des contractants mais aussi celle de leur volonté.

347. Afin que ce consentement soit donné de manière éclairé, les tiers intermédiaires qui ont participé à la formation de l'acte juridique ont le devoir, en tant que professionnels, d'informer et de conseiller les parties. Parfois, bien que les parties aient pleinement consenti à l'élaboration de l'acte et souhaitent en assumer les obligations qui en découlent au nom de leur liberté contractuelle, l'intervention d'un tiers peut être nécessaire pour contrôler la persistance et l'effectivité de leur volonté.

348. Une fois que la rencontre des volontés s'est opérée, les parties vont devoir déterminer le contenu de leur contrat. En principe, elles sont libres de choisir les obligations auxquelles elles vont se soumettre. Mais l'immixtion d'un tiers peut encore s'avérer utile voire imposée au stade de la fixation du contenu contractuel.

PARTIE II- L'INTERVENTION DU TIERS DANS LA DÉTERMINATION DU CONTENU DU CONTRAT

349. Le contrat naît de la volonté de deux ou plusieurs contractants. De ce principe découle la liberté pour les parties, au-delà de la possibilité de conclure un accord avec la personne de leur choix, de fixer librement le contenu des obligations qu'elles vont s'imposer. Par conséquent, il est impossible d'admettre qu'un tiers puisse modifier le contenu du contrat ou encore le contrôler sans contrevenir à la volonté contractuelle des individus.

350. Cependant, la détermination du contenu de l'accord fait l'objet dans de nombreuses hypothèses de l'immixtion d'un tiers. Ainsi, le législateur a prévu et a même parfois imposé le recours à un tiers lors de la conclusion de certains contrats en raison de la nature des actes. Dès lors que les parties ont recours à un tiers rédacteur d'actes, ces derniers sont garants de la sécurité juridique de l'acte juridique qui leur est soumis. En tant que tiers professionnels du droit, ils sont débiteurs d'une obligation d'information et de conseil. Leur statut de tiers professionnels leur permet d'assurer l'effectivité et l'efficacité de l'acte dans l'intérêt des particuliers. Ils apportent une aide importante dans la détermination du contenu de l'accord aux parties.

351. Même si le passage de l'hétéronomie à l'autonomie des volontés s'est accompagné d'un recul de l'Etat dans la sphère privée et a laissé une place importante au contrat, l'Etat ne s'est pas totalement désintéressé des conventions privées. Au nom de l'intérêt général mais aussi de la protection des intérêts privés, il est parfois nécessaire que le tiers intervienne pour fortement encadrer voire « forcer » le contenu contractuel. L'intervention du tiers s'impose aux parties et le fruit de son immixtion s'intègre au contrat, réduisant ainsi la liberté contractuelle des individus.

352. Mais les parties peuvent toutefois elles-mêmes prévoir que la validité de leur contrat nécessite l'assistance d'un tiers lorsqu'un élément du contenu contractuel fait défaut. Dans ce cas, elles choisissent de réduire leur liberté contractuelle et de s'en remettre à la volonté d'un tiers puisque le résultat de son immixtion s'impose à elles.

353. Si la volonté des contractants suffit à faire naître un lien contractuel, ce serait une hérésie

de penser qu'un tiers puisse le contrôler. Pourtant, certains domaines « sensibles » du droit nécessitent l'intervention d'un tiers. Ce contrôle du tiers en charge de l'intérêt d'autrui revêt souvent la forme « d'une autorisation » pour les parties d'exécuter leur acte. Bien que la forme du contrôle soit commune à plusieurs tiers, les modalités et les conséquences se caractérisent par leur hétérogénéité.

354. Enfin, l'accord des parties peut présenter un déséquilibre important au détriment de la partie faible. La loi a alors désigné et reconnu certains tiers chargés de contester le contenu contractuel et ainsi, par leur intervention, d'influencer la création des futures conventions.

355. Ainsi, bien que la théorie générale du contrat reconnaisse à la volonté des individus le pouvoir de créer un acte juridique, il est parfois nécessaire qu'un tiers intervienne dans la fixation du contenu de l'accord (Titre I) mais également pour vérifier ce contenu (Titre II).

TITRE I- L'INTERVENTION DU TIERS DANS LA FIXATION DU CONTENU DU CONTRAT

356. Le contenu du contrat renferme l'ensemble des obligations, principales ou accessoires auxquelles les parties ont consenti ainsi que les effets non-obligationnels[645]. Il existe peu de dispositions sur le contenu du contrat au stade de sa formation en droit commun. En effet, le droit commun ne pourrait prévoir toutes les règles régissant la teneur du contrat : il existe autant d'objets que de contrats.

La détermination du contenu du contrat est donc en principe laissée à l'appréciation des parties. Ce sont elles qui, après échange de leur consentement et négociations, vont fixer ce que l'acte juridique contient, les obligations qu'elles souhaitent s'imposer. Le principe de l'immutabilité du contrat que l'on fait découler de la force obligatoire, empêche en principe les tiers de venir modifier, réviser, agir sur le contenu contractuel : le contrat tel qu'il est voulu par les parties s'impose à tous ceux qui souhaiteraient le remanier. Selon le droit positif, seules les parties ont le pouvoir de le modifier d'un commun accord.

357. Néanmoins, l'intervention de tiers au stade de la fixation du contenu contractuel constitue une exception au principe de l'autonomie de la volonté. En effet, puisque certains contrats présentent un risque d'insécurité juridique ou encore de déséquilibre au détriment d'une des parties, qu'il s'intègre dans un ensemble économique et sociale complexe, différents tiers doivent apporter leur concours.

358. Ces tiers, professionnels comme institutionnels vont influencer le contrat au stade de sa formation dans la recherche de l'équilibre contractuel (Chapitre I). Dans le cas d'un contrat de vente ou de cession de parts sociales, l'objet du contrat réside dans le transfert de propriété d'un bien ou d'une valeur en contrepartie d'une rémunération. Le prix est alors un élément essentiel de ce contrat dont va dépendre la validité de l'acte juridique. Or, lorsque les parties sont dans l'incapacité, par

645 Sur ce point, voir ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ*, 1999, p.771.

manque de connaissance ou en cas de désaccord, de fixer le prix, elles s'en remettent par volonté commune à l'expérience d'un tiers estimateur (Chapitre II).

CHAPITRE I- L'INTERVENTION DE DIFFÉRENTS TIERS DANS LA RÉDACTION DU CONTRAT

359. Les parties au contrat doivent respecter les règles de formation de l'acte juridique et anticiper également son exécution et les éventuelles difficultés auxquelles elles vont être confrontées. Pour certains contrats ayant notamment des conséquences économiques importantes, le législateur a prévu l'intervention de tiers venant assister les cocontractants dans la détermination du contenu de leur accord afin de prévenir l'avènement de différends.

360. C'est alors logiquement qu'il faut étudier l'intervention de tiers professionnels qui, par leur mission, vont renforcer la sécurité juridique du contenu contractuel (Section I). De plus, des acteurs institutionnels viennent restreindre la liberté contractuelle des parties afin d'assurer davantage d'équilibre dans le contenu de l'accord (Section II).

SECTION I- LE TIERS PROFESSIONNEL DU DROIT AU SERVICE DU RENFORCEMENT DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE

361. Le tiers rédacteur d'acte, au delà du conseil prodigué aux parties, est l'homme du formalisme juridique, permettant d'assurer une sécurité juridique et ainsi de prévenir tout risque de contentieux postérieurement à la conclusion de l'acte. Par leur connaissance approfondie de la règle juridique et leur capacité d'analyse en tant que professionnels du droit, le notaire et l'avocat sont les garants principaux de la sécurité juridique. Souvent opposés, une concurrence entre ces deux professionnels s'est accrue ces dernières années depuis l'entrée en vigueur de l'acte d'avocat, contrairement à la volonté du gouvernement de rapprocher les différents métiers du droit afin de parvenir à une grande profession du droit.

362. Si le notariat s'est senti menacé sur ses territoires traditionnels dont il tire quasiment 80% de ses revenus[646], force est de constater que la délégation de puissance publique dont il a le privilège ne semble pas concerner la profession d'avocat. Les obligations auxquelles ils sont tenus se sont par ailleurs étendues aux tiers professionnels exerçant la rédaction d'actes à titre accessoire. Bien que la nature de l'intervention de ces tiers rédacteurs semble *a priori* présenter des similitudes (I), elle emporte néanmoins des conséquences bien distinctes sur l'acte juridique des parties (II).

646 http://www.notaires.fr/fr

I- LA NATURE DE L'INTERVENTION DES TIERS PROFESSIONNELS DU DROIT

363. Afin d'assurer l'efficacité d'un contrat, « l'intervention d'un tiers au cours de la négociation chargé de rédiger l'acte doit permettre de retranscrire fidèlement le projet commun des parties et de lui donner un cadre juridique sécurisé [647]». En recourant à un tiers, les parties « entendent éviter toute contestation ultérieure susceptible d'affecter la bonne exécution de la convention. Le contrat ainsi conclu devrait en principe être parfaitement adapté aux attentes communes, voire aux attentes individuelles de chacune des parties [648]». Si la fonction classique attribuée au tiers notaire est celle d'authentifier les actes qui lui sont soumis (A), l'avocat vient concurrencer la mission de l'officier ministériel depuis la reconnaissance par le législateur de l'acte sous signature juridique (B). Par extension, il semble que les professionnels exerçant une mission de rédaction d'actes à titre accession soient soumis à des obligations similaires (C).

A- LA MISSION D'AUTHENTIFICATION DU TIERS NOTAIRE

364. Le notaire, officier public, a pour mission d'authentifier l'acte que les parties lui soumettent. Son rôle ne se borne pas à la simple réception de l'acte des contractants. Il doit authentifier l'acte juridique. Ainsi, il convient tout d'abord de préciser les contours de la notion d'authenticité (1) puis d'analyser l'obligation d'information et de conseil à la charge du notaire (2) avant de rechercher si cette mission n'est pas tempérée dans certaines situations (3).

1) Précisions sur la notion d'authenticité[649]

365. La nécessité de rendre un acte authentique s'explique depuis longtemps par le besoin de sécuriser l'acte. Le pouvoir royal par un édit d'avril 1736 affirmait déjà « les rois, nos prédécesseurs les ont établis pour être dépositaires de la foi publique et des engagements qui font entre les hommes la sûreté du commerce et le repos des familles ». Cette idée a été reprise au moment de la promulgation de l'article 1317 ancien du Code civil par les rédacteurs du code de 1804 : « Quel est l'effet principal attaché à l'acte authentique ? C'est de faire pleine foi de la convention qu'il renferme

647 CHANTEPIE (G.), « L'efficacité attendue du contrat », *RDC*, 2010, p.347.

648 *Ibid.*

649 Sur la notion d'authenticité voir notamment : AYNÈS (L.) (dir.), *L'authenticité : Droit, histoire, philosophe*, 2ème éd., La documentation Française, 2013, 230p.

entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause. L'acte authentique fait foi par lui-même, par lui seul, sans que celui au profit de qui il est passé ait rien à prouver. Cet effet de l'authenticité est un des grands fondements du repos des familles et de la sûreté des transactions[650] ».

366. L'intervention du notaire réside dans la rédaction d'un acte authentique (soit l'*instrumentum*) venant constater l'accord de deux ou plusieurs parties (soit le *negotium*). Le Code civil ne définit pas la notion d'authenticité[651]. La réforme du Code civil opérée par l'ordonnance du 10 février 2016[652] n'a pas davantage apporté plus de précision. Il est seulement rappelé au nouvel article 1369 que « l'acte authentique est celui qui a été reçu, avec les solennités requises, par un officier public ayant compétence et qualité pour instrumenter ». Un auteur définit l'authenticité comme « la *fides publica*, la foi publique attachée aux actes publics et notamment aux actes judiciaires et par délégation de l'autorité publique, aux actes reçus par les notaires [653]». La mission première du notaire intervenant à la formation d'un contrat est donc l'authentification de l'acte qui lui est soumis par les parties. *A contrario*, un acte juridique ne peut revêtir la forme authentique que s'il a été reçu par un notaire (ou un huissier), officier d'état public qui a prêté serment.

Lorsque le notaire est amené à authentifier un acte, il doit respecter plusieurs prescriptions qui ont été édictées par le décret du 26 novembre 1971[654] : entre autre chose, il ne peut recevoir et authentifier des actes dont un membre de sa famille est partie[655], dans un souci de conserver l'impartialité du notaire. De plus, l'article 8 du décret précise les règles de territorialité : le notaire peut exercer sur l'ensemble du territoire national à l'exception des territoires d'outre-mer ainsi que de Mayotte et Saint-Pierre-et-Miquelon.
Des règles de forme doivent également être respectées : à titre d'exemple, l'acte doit être écrit en un

650 Citation du rapport de Jaubert, séance du 14 pluviose an 12, *in Recueil complet des discours prononcés lors de l présentation du Code civil par les divers orateurs du Conseil d'Etat et du Tribunat et discussion particulière de ces deux corps avant la rédaction définitive de chaque projet de loi*, Livre III, Titre III, Paris, 1838, p.386.

651 Ce que rappelle également Laurent Aynes « le premier constat qui a frappé tous les membres de la commission est celui de l'absence de véritable réflexion sur le concept même d'authenticité que l'on tend généralement à cerner uniquement à travers ses effets » dans AYNÈS (L.) (dir.), *L'authenticité : Droit, histoire, philosophie*, 2ème éd., La documentation Française, 2013, p.17.

652 Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 26.

653 CHAINE (L.), « L'authenticité et le Notariat », *JCP N,*1985, p.125.

654 Décret n°71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires publié, JORF du 3 décembre 1971, p.11795.

655 Article 2 du décret précité.

texte unique sur un papier permettant la meilleure conservation, comprenant la date de la signature des parties recueillies par le notaire. Il doit également être mentionné l'état civil, le domicile et la profession des contractants. Le document doit être rédigé sans blanc, sans mots rayés.
Le document doit contenir la signature des parties et celle du notaire. Si la signature du notaire, des témoins ou des parties fait défaut, l'acte est considéré comme nul. Il est toutefois nécessaire de nuancer ces propos et de distinguer l'absence de signature des parties et celle du notaire : le défaut de signature du notaire prive l'acte de son caractère authentique et doit être considéré comme un acte sous seing privé[656].

Le rôle du notaire dans sa mission d'authentification n'est pas seulement celui d'un « simple « guichet » enregistreur [657]». Il est le « témoin privilégié » selon la formule de Planiol[658] de l'accord des parties. Cette fonction est d'autant plus importante lorsqu'il est le rédacteur de l'acte ; dans ce cas, le notaire « fabrique l'acte, le façonne [659]». Il ne peut avoir un rôle passif de scribe, il doit participer dynamiquement à la construction de l'acte. Il doit rechercher les prétentions de chacune des parties, les informer et les guider dans leurs choix, les conséquences qui s'attachent à la conclusion de la convention. Après ce premier travail de dialogue avec les parties, le tiers notaire doit passer à la rédaction de l'acte.

L'intérêt actuel pour l'acte authentique, instrument de sécurité juridique s'explique par les nombreux avantages qu'il apporte aux parties. En effet, il permet de s'assurer du consentement non vicié des parties : en participant à l'écriture de l'acte ces dernières prennent conscience de la portée de leurs engagements sous la tutelle d'un tiers impartial et extérieur qui leur prodigue ses conseils et son éclairage, susceptible d'engager sa responsabilité en cas de manquement à ses obligations.

En outre, la mission d'authentification du notaire inscrit l'acte dans le temps. Alors que les parties ne prennent pas toujours en compte l'intérêt de conserver l'acte, le tiers notaire assure sa conservation et sa pérennité. L'intervention du tiers permet de fixer dans le temps l'accord des parties.
De plus, le tiers notaire, juriste averti, s'assure de la régularité de l'acte et sa signature emporte force

656 Article 1370 nouveau du Code civil. Notons toutefois que l'absence de signature des parties rend l'acte totalement nul.

657 AYNES (L.) (dir.), *L'authenticité : Droit, histoire, philosophe*, 2ème éd., La documentation Française, 2013, p.83.

658 PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, t.II, LGDJ, 2ème éd., Paris, 1902, p.31.

659 MURAT (P.), « L'acte authentique : rédaction et réception. Rapport de synthèse », *JCP N*, 2012, p.1062.

probante de celui-ci. Bien qu'il soit toujours possible pour les cocontractants de contester l'acte, « la vérification minutieuse réalisée par l'officier instrumentaire réduit singulièrement les angles d'attaque et donc les occurrences de ces contestations[660] ». Le sceau du notaire est un gage de sécurité tant pour les parties que pour les tiers au contrat.
Enfin, on ne peut douter de l'efficacité d'un tel acte puisqu'il mêle à la fois force probante entre les parties et à l'égard des tiers et, surtout, force exécutoire, grâce à laquelle le créancier lésé pourra ordonner des mesures d'exécution forcée sans faire appel au juge.

367. La mission d'authentification du tiers est pleinement assurée par le respect du notaire de son obligation d'information et de conseil qu'il prodigue aux parties.

2) Le respect de l'obligation d'information et de conseil du tiers notaire

368. Le tiers notaire rédacteur ne doit pas être un simple scribe retranscrivant par écrit la volonté des parties. Il doit aussi apporter toutes ses connaissances au soutien de l'accord des contractants. La jurisprudence a mis à la charge de ce dernier un devoir de conseil, découlant directement de son devoir d'authentification depuis l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 11 octobre 1966[661] dans lequel les juges affirment pour la première fois que le notaire « est tenu d'éclairer les parties et de s'assurer de la validité et de l'efficacité des actes rédigés par lui ». Il est nécessaire de tirer deux enseignements de cet attendu : le tiers notaire a la charge d'informer les parties : « informer c'est essentiellement éclairer le client, afin de rendre intelligibles les explications nécessaires qui doivent être exactes et pertinentes[662] » et d'assurer la **validité** et **l'efficacité** de l'acte des parties.

369. Le tiers notaire est avant tout un juriste et garantit la validité du contrat en prenant le soin de respecter les règles de droit en vigueur et la bonne application de la jurisprudence. Ainsi, il doit informer les parties de ce qui est juridiquement autorisé ou non et doit se tenir informé des évolutions jurisprudentielles et de toutes évolutions prévisibles du droit. Il ne peut de ce fait justifier le non respect de son obligation par l'existence de lois confuses ou de jurisprudences incertaines. Il doit avertir dans ce cas ses clients des conséquences éventuelles que peuvent avoir certaines

660 AYNÈS, (L.) (dir.), *op. cit.*, p.142.

661 Cass. Civ. 1ère, 11 octobre 1966, Bull. Civ. n°465.

662 Pignarre (G.), « Obligations d'information et de conseil, Rapport français », *in La responsabilité liée aux activités juridiques*, Séminaire du GRERCA des 19 et 20 septembre 2014.

jurisprudences ou certaines règles sur le contrat voire les dissuader de poursuivre leur démarche. Les magistrats ont toutefois jugé qu'il ne pouvait être reproché au tiers notaire de n'avoir pas anticipé un revirement jurisprudentiel[663].
Le devoir de conseil englobe également l'obligation pour le notaire de vérifier les droits de ses clients ainsi qu'à ceux du cocontractant.. Il doit notamment s'assurer que le vendeur dispose d'un droit de propriété : il a été ainsi jugé que le notaire commet une faute professionnelle grave lorsqu'il n'effectue pas de recherches suffisantes sur l'origine de propriété d'un terrain vendu[664].

370. Par ailleurs, le devoir d'information oblige le notaire à respecter les droits des tiers comme l'a précisé un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 5 mars 2002[665]. En l'espèce, un homme demeurant en France rédige un testament en Israël. A son décès, il laisse un seul fils comme héritier. Ce dernier négocie une promesse unilatérale de vente d'un des deux immeubles de la succession. Or, un neveu du père décédé notifie au fils ainsi qu'au notaire ayant traité la succession et la vente de l'immeuble, l'existence du testament dans lequel il est nommé légataire à titre universel. Le fils avec l'aide du notaire, procède à la vente de l'immeuble sans l'accord du neveu légataire. Celui-ci intente alors une action en délivrance de legs. Malgré cela, le fils du défunt vend l'autre immeuble par l'intermédiaire du notaire et une fois de plus sans le consentement du neveu.
Le neveu légataire engage la responsabilité du notaire ainsi que celle du fils pour avoir vendu les deux immeubles sans son consentement. La Cour de cassation saisie après un second renvoi en Cour d'appel accède à ses demandes. Sur la responsabilité du notaire, cette dernière estime que « les notaires doivent s'abstenir de prêter leur ministère pour conférer le caractère authentique à une convention dont ils savent qu'elle méconnaît les droits d'un tiers ». Le tiers notaire à qui il est demandé d'apporter son concours pour instrumenter un acte qui ne préserverait pas le droit des tiers se doit de refuser, selon nous, d'accéder à la demande qui lui est soumise.

371. Garantir la validité du contrat implique également pour le tiers notaire de vérifier l'identité et la capacité des parties ainsi que les procurations des représentants le cas échéant. Toutefois, la vérification de la sanité d'esprit des contractants peut s'avérer être une opération délicate. Le doute ne peut être permis lorsque la personne fait l'objet d'une mesure de protection juridique mais dans le cas contraire, la jurisprudence punit sévèrement le notaire qui ne s'est pas rendu compte de

663 Cass. Civ. 1ère, 25 novembre 1997, n°95-22.240, Bull. Civ. 1997, I, n°328, p.222.

664 Cass. Civ. 1ère, 13 novembre 1991, n°89-15011, Bull. Civ. 1991, I, n°310, p.202.

665 Cass. Civ. 1ère, 5 mars 2002, n°99-18.984, Bull. Civ, 2002, I, n°81, p.62.

l'altération des capacités mentales de son client[666]. Le notaire ne sera toutefois pas tenu responsable dans le cas où il a consulté l'avis d'un médecin[667].

372. Le second volet du devoir de conseil du tiers notaire inclut pour ce dernier l'obligation d'assurer l'efficacité des actes qu'il est amené à rédiger. A cet effet, le notaire a le devoir de rechercher la volonté exacte des parties afin que le contrat pour lequel il intervient produise les effets désirés. Le devoir d'efficacité à la charge du tiers notaire comporte toutefois une limite : cette obligation ne peut être étendue aux actes pour lesquels le notaire n'est pas intervenu[668]. En effet, le notaire n'est débiteur de l'obligation de conseil que pour les actes qu'il instrumente.

373. Afin de respecter l'obligation qui lui incombe, le notaire doit protéger la volonté des parties en leur prodiguant ses conseils juridiques. Il doit, pour ce faire, indiquer aux parties les effets ainsi que les limites et les éventuels risques de l'acte prévu[669]. Il peut également être amené à apporter son conseil sur l'insertion de certaines clauses indispensables (comme par exemple en matière de vente immobilière, la clause de non garantie des vices cachés) et peut parfois, s'il l'estime nécessaire, être amené à leur déconseiller de conclure l'acte. Il n'a pas pour autant l'obligation de prendre en charge une potentielle mauvaise évaluation de ses clients ou encore des imprévus économiques [670]. Si le tiers notaire évite aux parties un contentieux ultérieur en renforçant l'acte par ses conseils avisés, il ne peut et ne doit se substituer à leur volonté. Il reste tiers au contrat qu'il instrumente.

374. Si le tiers notaire est garant de la sécurité juridique en informant et conseillant les parties, sa mission d'authentification est-elle tempérée lorsque la réception de l'acte est effectuée par un clerc ou encore par voie dématérialisée ?

3) Une intervention en matière d'authentification du tiers notaire tempérée ?

375. Aux termes de l'article 1369 nouveau, le mot « reçu » du code civil signifie que le notaire doit être présent lors de l'échange des consentements et lors de la signature de l'acte. L'habilitation

666 Cass. Civ. 1ère, 24 février 1998, n°95-21.473, Bull. Civ. 1998, I, n°73, p.49.

667 Cass. Civ. 1ère, 9 février 1999, n°97-10.317, inédit.

668 Cass. Civ. 1ère, 11 mars 2010, n°09-13.047, inédit.

669 Cass. Civ. 1ère, 9 décembre 2010, n°09-70.816, inédit.

670 Cass. Civ. 1ère, 20 janvier 2011, n°10-10.174 , inédit.

d'un clerc pour la réception de la signature des parties[671] ne vide-t-elle pas la fonction d'authentification réservée au tiers notaire de sa substance ? Cela n'enlève pas au tiers notaire son obligation de signer l'acte comme il est rappelé à l'article 10 du décret de 1971. Mais ne remet-elle pas en cause la fonction d'authentificateur du tiers notaire[672] ? On peut en effet craindre que « l'office du notaire se rédui[se] à l'apposition de sa propre signature[673] ».

L'authentification est conférée à l'acte au moment même de la signature du notaire. L'importance de sa présence est donc amenuisée et le notaire, n'intervenant qu'au moment de la signature joue davantage le rôle d'une « chambre d'enregistrement ». Il est important de souligner néanmoins que, bien que la présence du notaire est réduite dans le cas d'une délégation partielle de pouvoir, l'acte garde la même nature.

376. Par ailleurs, il est permis de se demander si la loi du 13 mars 2000[674] qui modifiait l'article 1317 du code civil et dont le contenu a été repris à l'alinéa 2 de l'article 1369 nouveau du Code civil ne change pas, voire ne retire pas au notaire son rôle de tiers témoin.

En permettant de dresser un acte sur support électronique comprenant une signature immatérielle, le législateur n'a-t-il pas retiré à la fonction d'authenticité du notaire tout ou partie de son essence, ne risque-t-on pas « une dissolution de l'authenticité, faute pour le notaire de d'être en mesure de contrôler personnellement les documents d'identité des parties[675] ». Cette question a eu le mérite de faire réagir une partie de la doctrine[676]. A ce propos un auteur soulève la question suivante : « un acte dont le consentement de l'une des parties ne serait transmis au notaire qu'au seul moyen d'une communication électronique, est-il toujours un acte authentique ? [677]» Comment vérifier que c'est bien telle personne qui a signé l'acte, qu'elle a mesuré la portée de son engagement ou encore qu'elle

671 Article 10 du décret du 26 novembre 1971 précité.

672 A propos du rapport entre l'habilitation et de l'authenticité, voir notamment le célèbre article de Jacques FLOUR :« Sur une notion nouvelle de l'authenticité », *Defrénois*, 1972, p.977 ; DE POULPIQUET (J.), *La responsabilité civile et disciplinaire des notaires : de l'influence de la profession sur les mécanismes de responsabilité*, th., préf. P.-A. SIGALAS, Paris, LGDJ, 1974, p.41 et suivantes.

673 FLOUR (J.), « Sur une notion nouvelle de l'authenticité », *op. cit.*, p.992.

674 Loi n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, publiée au JORF n°62 le 14 mars 2000 p.3968.

675 CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, Paris, 2016, p.1014.

676 Voir notamment à ce propos : FROGER (D.), « Contribution notariale à la définition de la notion d'authenticité », *Defrénois*, 2004, p.173 ; GRIMALDI (M.) et REYNIS (B.), « L'acte authentique électronique », *Defrénois*, 2003, p.1023-1042 ; REYNOUARD (A.), « Sur une notion ancienne de l'authenticité : l'apport de l'électronique », *Defrénois,* 2003, p.1117-1139.

677 REYNOUAR (A.), « Sur une notion ancienne de l'authenticité : l'apport de l'électronique », *Defrénois,* 2003, p.1117.

est saine d'esprit ? La doctrine[678], à ce propos, conclut que l'ancien alinéa 2 de l'article 1317, repris à l'article 1369 nouveau du code civil, ne modifie pas la quintessence de l'authenticité à condition que le support reste unique et que l'officier public soit réellement présent.

La mission d'authentification d'un acte juridique n'est pas, semble-t-il, influencée par la voie électronique. Le rôle du notaire reste le même, ses obligations de vérification et de conseil ne sont pas amoindries. La tentation dangereuse de permettre au notaire d'instrumenter l'acte de manière totalement dématérialisée et sans recueillir physiquement le consentement des parties a été soulevée. Néanmoins, la relation *intuitu personae* est essentielle dans la formation de l'acte pour s'assurer du consentement des cocontractants. Le législateur en adoptant le décret du 10 août 2005[679] a donc fait le choix d'autoriser la conclusion d'un acte notarié à distance mais à la condition toutefois que le consentement de chaque partie soit exprimé devant un notaire. Si le support de l'acte s'adapte aux évolutions technologiques, la mission du notaire reste la même comme le souligne un auteur : « le support peut changer : la plume d'oie, le stylographe, la pointe Bic, la machine à écrire, l'ordinateur, le papier, l'écriture électronique. Ce qui ne change pas dans l'acte authentique, c'est l'officier public [680]». Il semblerait donc que le tiers notaire soit toujours l'homme de l'authentification puisque sa présence reste toujours indispensable lors de la signature de l'accord des parties.

377. Le monopole de l'authentification des actes juridiques est réservé depuis toujours aux officiers ministériels et notamment au notariat. Néanmoins, la consécration de l'acte d'avocat sous signature juridique a permis aux avocats de gagner une place de choix sur le terrain de la rédaction d'actes.

678 Voir à ce propos : AYNÈS (L.), *op. cit*. p.157 et suivantes.

679 Décret n°2005-973 du 10 août 2005 modifiant le décret n°71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires, JORF n°186 du 11 août 2005, p.13096, texte n°34.

680 MALAURIE (P.), *L'authenticité*, éd. Cridon, coll. Conférences, 2001, cité par AYNÈS (L.) (dir.), *op. cit.*, p.158, note n°2.

B- LE RENOUVEAU DU RÔLE DE L'AVOCAT PAR L'AVÈNEMENT DE L'ACTE SOUS SIGNATURE JURIDIQUE ?

378. L'avocat est devenu le second tiers rédacteur à titre principal depuis la mise en place par le législateur de l'acte contresigné par avocat[681], désigné communément comme acte d'avocat. Bien qu'il ait toujours été possible pour les avocats de rédiger, négocier et signer des actes avec leur assistance, le législateur a souhaité encadrer cette activité dans le but de sécuriser et donner sa pleine efficacité à cette nouvelle technique de rédaction d'actes mettant en concurrence l'acte d'avocat avec l'acte authentique du tiers notaire[682]. Ces derniers ont d'ailleurs vu d'un très mauvais œil cette réforme, certains d'entre eux dénonçant même un « lobbying » des avocats[683].
La loi du 28 mars 2011[684] n'a donc pas créé une nouvelle catégorie d'acte juridique mais a consacré une pratique exercée de longue date par les avocats dont les caractéristiques empruntent à l'acte authentique et à l'acte sous seing privé. Il constitue donc une « officialisation via un sceau original des actes émanant d'avocat [685]».
Il n'existe toutefois pas de définition de l'acte contresigné : la certitude qui s'impose au juriste qui tenterait de le définir réside dans le fait qu'il s'agit d'un acte juridique mais qu'il n'est pas authentique. Par déduction, il relève donc de la qualification d'acte sous seing privé.

379. Le règlement intérieur national de la profession d'avocat[686] (RIN) fait peser à la charge de l'avocat rédacteur d'acte l'obligation selon laquelle « l'avocat rédacteur d'un acte juridique assure la validité et la pleine efficacité de l'acte selon les prévisions des parties. Il refuse de participer à la rédaction d'un acte ou d'une convention manifestement illicite ou frauduleux. Sauf s'il en est déchargé par les parties, il est tenu de procéder aux formalités légales ou réglementaires requises

681 Loi n°2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementée , JORF n°0074 du 29 mars 2011, p.5447, texte n°1.

682 Notons que l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, modifiant le droit de la preuve des obligations, a introduit l'acte d'avocat dans le Code civil à l'article 1374..

683 Voir notamment : DEPONDT (A.), « Vive le notariat ! », *JCP N*, n°50, 2011, p.6.

684 Loi n°2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées, JORF n°0074 du 29 mars 2011 page 5447, texte n° 1.

685 VAROCLIER (J.), « L'acte d'Avocat ; much ado about nothing ? », *Gaz. Pal.*, 2011, p.14.

686 Disponible en ligne sur le site du Conseil national du barreau : http://cnb.avocat.fr/Reglement-Interieur-National-de-la-profession-d-avocat-RIN_a281.html.

par l'acte qu'il rédige [687]». Afin que l'acte pour lequel son intervention est requise ne soit pas entaché de vice, l'avocat, tiers rédacteur, doit procéder, comme le notaire, à la vérification de différents éléments notamment sur la capacité des parties à contracter, sur leur identité, leur domicile.

380. Comme le notaire, l'avocat rédacteur doit prévenir son ou ses clients des risques éventuels de l'acte. Le tiers avocat doit à ce propos être vigilent afin de démontrer qu'il a bien délivré cette information, dans un contexte où les échanges électroniques devenus très rapides amènent parfois à négliger certaines formalités, le rédacteur doit faire en sorte de conserver certaines preuves.

381. La jurisprudence en matière d'obligation d'efficacité de l'acte rédigé par le tiers avocat est très fournie. A titre d'illustration, la Haute juridiction met à la charge du tiers avocat l'obligation d'informer son client de remplir un formulaire spécifique lors de la déclaration de revenus[688], de rédiger l'acte en prenant en compte les intentions de son client[689] ou encore de vérifier que toutes les mentions manuscrites sont bien présentes afin d'assurer l'efficacité de l'acte pour lequel il intervient[690]. A ce propos, l'ordonnance du 10 février 2016 a crée l'alinéa 3 de l'article 1374 du Code civil prévoyant que « cet acte est dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi ».

382. Deux arrêts de la Cour de cassation[691] sont venus préciser les contours de l'étendue de l'obligation du tiers rédacteur : l'avocat a le devoir de « veiller à assurer l'équilibre de l'ensemble des intérêts en présence » et « de prendre l'initiative de conseiller les deux parties à la convention sur la portée et les incidences, notamment fiscales, des engagements souscrits de part et d'autre, peu important que son concours ait été sollicité par l'une d'elles ». Ce sont donc les deux parties qui sont créancières de l'obligation de conseil de l'avocat rédacteur, ce qui confirme sa qualité de tiers à l'acte principal qu'il instrumente. La Haute cour ne précise toutefois pas si les avocats sont solidairement redevables de l'obligation de conseil lorsque les parties sont assistées chacune de leur propre avocat.

383. Sur ce point, le nouvel article 1374, reprenant en substance l'article 66-3-2 créé par la loi

687 Article 7.2 du règlement intérieur nationale de la profession d'avocat.

688 Cass. Civ. 1ère, 2 octobre 2007, n°06-16.936, inédit.

689 Cass. Civ. 1ère, 5 mai 2004, n°01-11.196, inédit.

690 Cass. Civ. 1ère, 24 juin 1997, n°95-11.380, Bull. Civ. 1997, I, n° 210, p.139 ; *JCP E*, 1997, p.215, R. MARTIN.

691 Cass. Civ. 1ère, 27 novembre 2008, n°07-18.142, Bull. Civ. 2008, I, n°267 ; *RTD Civ*, 2009, p.134, P.-Y. GAUTIER ; *Rev. Lamy Dr. Civ*., 2009, p.10, V. MAUGERI ; *D*., 2009, p.706, C. JAMIN ; *Gaz.Pal.*, 2009, p.21, J.-G. MOORE ; et Cass. Civ. 1ère, 25 février 2010, n°09-11.591, inédit.

du 28 mars 2011[692] énonce que « l'acte sous signature privée contresigné par les avocats de chacune des parties ou par l'avocat de toutes les parties fait foi de l'écriture et de la signature des parties, tant à leur égard qu'à celui de leurs héritiers ou ayants cause ». L'avocat est donc le conseil du contractant qui l'a désigné en présence d'un acte contresigné par plusieurs avocats, ou le conseil de tous les contractants lorsqu'il est seul contresignataire. Ainsi, lorsqu'il est seul contresignataire, le tiers avocat est dans l'obligation de conseiller toutes les parties de manière objective et non partisane notamment sur les conséquences de l'acte[693]. On peut supposer que lorsqu'il y a pluralité d'avocats, chacun n'aura la charge de cette obligation qu'à l'égard du client qu'il conseille.

384. Né d'une volonté forte d'assurer la sécurité juridique des actes des personnes physiques et morales, l'acte d'avocat a été façonné par la jurisprudence au fil des années comme en témoigne l'arrêt de la Cour de cassation du 25 février 2010[694] qui énonce que « le rédacteur d'acte, tenu de veiller à assurer l'équilibre de l'ensemble des intérêts en présence et de prendre l'initiative de conseiller les deux parties à la convention sur la portée et les incidences, notamment fiscales, des engagements souscrits de part et d'autre, peu important que son concours ait été sollicité par l'une d'elles » et qu'il « doit rapporter la preuve qu'il a rempli cette obligation à leur égard, quelles que soient leurs compétences personnelles ».

L'intervention du tiers avocat, bien que celui-ci ne soit pas un officier ministériel, permet de renforcer l'acte par les obligations mises à la charge du professionnel notamment en matière de conseil. La signature du tiers sur l'acte d'avocat atteste que le professionnel a bien rempli ses obligations. L'acte d'avocat doit répondre aux demandes des justiciables puisqu'il a « pour fonction première les intérêts du public dans une économie qui favorise un ample mouvement de libéralisation des services juridiques dont fait partie la rédaction d'actes pour autrui [695]». L'intervention du tiers avocat permet d'assurer une plus importante sécurité juridique pour les actes conclus entre les parties[696].

692 Loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées, JORF n°0074 du 29 mars 2011, p.5447, texte n°1.

693 Cette obligation a notamment été dégagée par la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 27 février 2008 n°07-18142, Bulletin 2008, I, n°267 selon lequel « en qualité d'unique rédacteur d'un acte sous seing privé, l'avocat était tenu de veiller à assurer l'équilibre de l'ensemble des intérêts en présence et de prendre l'initiative de conseiller les deux parties à la convention sur la portée des engagements souscrits de part et d'autre, peu important le fait que l'acte ait été signé en son absence après avoir été établi à la demande d'un seul des contractants ».

694 Cass. Civ. 1ère, 25 février 2010, n°09-11.591, inédit.

695 JAMIN (C.), « L'acte d'avocat », *D.*, 2011, p.960.

696 MICHAUD (P.), « Acte d'avocat : l'acte de la liberté contractuelle sera-t-il une révolution ? En route vers une modification du tarif des notaires ? », *Gaz. Pal.*, 2011, p.13.

Ce qui constitue l'originalité de l'acte d'avocat est son contreseing puisque « l'avocat atteste avoir éclairé pleinement la ou les parties qu'il conseille sur les conséquences juridiques de cet acte [697]». Participant à la volonté d'une plus grande sécurité juridique, l'atout de l'acte d'avocat réside également dans la solution apportée à la défaillance de l'acte sous seing privé : la faiblesse de la preuve. Ainsi, la signature apposée par le professionnel sur l'acte est synonyme de renforcement de la preuve.

385. Au delà du conseil donné attesté par le contreseing, la déontologie du professionnel est également une assurance supplémentaire pour la partie qui fait appel à ses services. En effet, la déontologie de la profession d'avocat exige de ce dernier une importante compétence dans un double but : la sécurité juridique de l'acte mais également l'assurance que l'acte corresponde à la volonté des parties. De plus, le tiers avocat doit faire preuve d'indépendance lors de la rédaction de l'acte envers son ou ses clients. Il garantit ainsi au contractant que « l'acte correspond bien à ses attentes et que son conseil a tout mis en œuvre pour aménager au mieux de ses intérêts sa position contractuelle[698]».

Certains auteurs[699] ont soulevé le risque d'impartialité de l'avocat rédacteur lorsqu'il est seul contresignataire de l'acte quand une des parties fait appel à lui, ce qui peut constituer une importante source d'insécurité. Néanmoins, deux arrêts importants de la Cour de cassation du 25 février 2010[700] et du 27 novembre 2008[701] considèrent qu' « en qualité d'unique rédacteur d'un acte sous seing privé, l'avocat était tenu de veiller à assurer l'équilibre de l'ensemble des intérêts en présence et de prendre l'initiative de conseiller les deux parties à la convention sur la portée des engagements souscrits de part et d'autre, peu important le fait que l'acte a été signé en son absence après avoir été établi à la demande d'un seul des contractants » et que « le rédacteur d'acte, tenu de veiller à assurer l'équilibre de l'ensemble des intérêts en présence et de prendre l'initiative de conseiller les deux parties à la convention sur la portée et les incidences, notamment fiscales, des engagements souscrits de part et d'autre, peu important que son concours ait été sollicité par l'une

697 Article 66-3-1 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

698 BERGER (P.), « Le contreseing d'avocat », J*ournal des sociétés*, 2011, p.24.

699 « La difficulté de savoir si l'avocat qui a contresigné seul un acte devait ou non conseiller toutes les parties ; la possibilité expressément reconnue qu'il ait pu continuer à n'en conseiller qu'une, sont donc de graves facteurs d'insécurité de l'acte à l'élaboration duquel a seulement participé un professionnel du droit trop proche de l'un des parties pour avoir pu exercer un devoir général de conseil » : MARGUÉNAUD (J.-P.) et DAUCHEZ (B.), « Nul ne peut être notaire et partie : émergence d'un nouvel adage européen ?- Réflexions autour CEDH, 18 novembre 2010, Richet et Le Ber c/France », *JCP N*, 2011, p.21.

700 Cass. Civ. 1ère, 25 février 2010, n°09-11.591, inédit.

701 Cass. Civ. 1ère 27 novembre 2008, précité.

d'elles, doit rapporter la preuve qu'il a rempli cette obligation à leur égard, quelles que soient leurs compétences personnelles ». L'avocat est donc tenu d'une obligation d'information envers toutes les parties et ce, même si l'acte n'a pas signé en sa présence.

386. L'intervention du tiers professionnel du droit qu'il soit notaire ou avocat façonne la structure de l'acte juridique qui leur est soumis. Cette mission de tiers rédacteur d'acte n'est pourtant pas l'apanage du notaire ou de l'avocat. En effet, certains professionnels peuvent avoir pour fonction, à titre accessoire, de rédiger des actes pour les parties.

C- LE TIERS RÉDACTEUR D'ACTE À TITRE ACCESSOIRE

387. L'ordonnance du 19 septembre 1945[702] est le texte fondateur de la profession d'expert-comptable, encadrant la profession et les missions autorisées aux professionnels de l'Ordre. L'article 2 de ce texte définit la nature de la mission de l'expert comptable comme étant l'exercice de manière habituelle et principale d'une activité d'organisation, vérification, appréciation et redressement comptable. L'expert-comptable est avant tout un « professionnel du chiffre ». Mais l'article 22 dudit texte l'autorise à titre accessoire et auprès des entreprises pour lesquelles il assure déjà une mission d'expertise comptable, à prodiguer des conseils juridiques : ainsi le tiers expert peut-il « également donner des consultations, effectuer toutes études et tous travaux d'ordre statistique, économique, administratif, juridique, social ou fiscal et apporter [son] avis devant toute autorité ou organisme public ou privé qui [l']y autorise ».

388. Plusieurs arrêts de la Cour de cassation ont affirmé qu'il existe un devoir de conseil à la charge de l'expert-comptable, agissant en qualité accessoire de tiers rédacteur d'acte. A titre d'illustration, la Cour de cassation a rendu un arrêt en ce sens en date du 4 décembre 2012[703] : en l'espèce, deux associés qui s'étaient portés caution auprès de la banque ont ultérieurement cédé leurs parts en faisant appel à un expert-comptable qui a rédigé les actes de cession. La société est, par la suite, mise en liquidation judiciaire, la banque s'est alors retournée vers les associés cautions. Malheureusement pour ces derniers, la cession de parts n'emporte pas automatiquement la caducité

702 Ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre 1945 portant institution de l'ordre des experts comptables et des comptables agréés et réglementant les titres et professions d'expert comptable et comptable agréé, JORF n°0222 du 21 septembre 1945, p.5938.

703 Cass. Com. 4 décembre 2012, n°11-27.454, Bull. 2012, IV, n° 217 ; *Dr. des soc*., 2013, p.22, R. Mortier ; *Gaz.Pal,* 2013, p.28, B ; DONDERO.

de leur engagement en tant que caution puisque la cause du cautionnement trouve sa source, non dans le lien entre la société et les associés, mais dans le crédit contracté auprès de la banque. Les cédants ont alors assigné en responsabilité l'expert-comptable au motif que ce dernier n'avait pas réalisé la mainlevée de leurs engagements de caution lors de la cession.
Les juges du fond rejettent la demande des deux cédants, ces derniers étaient d'une part rompus au monde des affaires et d'autre part la lettre de mission ne comportait pas une obligation pour l'expert-comptable de transférer des cautionnements aux cessionnaires, n'étant pas démontré que l'expert avait connaissance de l'existence précise de ces garanties. La Cour de cassation casse l'arrêt au visa de l'article 1147 du code civil ainsi que de l'article 22 de l'ordonnance de 1945 mettant ainsi à la charge du tiers expert-comptable un devoir de conseil lorsqu'il agit en qualité de rédacteur d'acte juridique : « l'expert-comptable, qui accepte, dans l'exercice de ses activités juridiques accessoires, d'établir un acte de cession de droits sociaux pour le compte d'autrui, est tenu, en sa qualité de rédacteur, d'informer et d'éclairer de manière complète les parties sur les effets et la portée de l'opération projetée, […] n'est pas déchargé de cette obligation par les compétences personnelles de l'une des parties à l'acte qu'il dresse ».

389. Cette solution de la Haute cour semble être radicale mais n'est pas nouvelle[704]. Les juges exigent un devoir de conseil de l'expert-comptable proche de celui du tiers notaire : « on ne saurait répétons-le, être moins exigeant à l'égard de l'expert-comptable sous prétexte qu'il est homme de chiffres plus que de droit [705]». Cette obligation, qui ne saurait être diminuée par les compétences propres des parties ni par l'assistance de leurs propres conseils, ne peut être écartée par le tiers expert-comptable qui prétendrait ignorer les conséquences de l'acte qu'il a accepté de rédiger.
Cet arrêt confirme donc qu'à l'instar de tous les rédacteurs d'acte professionnels, le tiers expert-comptable a le devoir d'informer et de conseiller de la manière la plus complète possible les parties sur l'acte qu'elles vont signer.

390. Si la jurisprudence la plus abondante relative au devoir de conseil et d'information concerne les notaires, celle-ci est également applicable aux huissiers de justice qui assument la fonction de tiers rédacteur. Les juges ont peu eu l'occasion de rechercher la responsabilité de ces officiers ministériels mais un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 25 mars

704 Cass. Civ. 1ère, 9 novembre 2004, n°02-12.415, Bull. 2004, I, n° 256, p. 214 ; *Lexbase Hebdo Ed. Priv*., 2004, n°144, D. BAKOUCHE ; *BMIS*, 2005, p.221, J.-F. BARBIÈRI ; Cass. Com. 17 février 2009, n°07-16.558, Bull. 2009, IV, n° 23.

705 MORTIER (R.), « Consécration du devoir de conseil de l'expert-comptable dans l'exercice de ses activités juridiques accessoires », *Dr. des Soc.*, 2013, p.24.

2010[706] illustre cette tendance.

391. En l'espèce, des propriétaires ont consenti à bail un local commercial destiné à l'exploitation d'une teinturerie au profit de deux époux, l'acte étant rédigé par un huissier de justice. Les époux établissent une EURL qui est mise en liquidation judiciaire quelques années après. Le liquidateur judiciaire invite alors l'huissier de justice à déclarer la créance de loyers des bailleurs. Les locataires assignent l'huissier en responsabilité pour ne pas avoir mentionné dans le bail qu'ils agissaient pour le compte de leur société en formation.

392. Les juges du fond les ayant débouté, les époux locataires forment un pourvoi en cassation puisque selon eux, « l'huissier rédacteur d'acte est tenu d'éclairer les parties et d'appeler leur attention, de manière complète et circonstanciée, sur la portée et les effets ainsi que sur les risques de leurs engagements ; qu'il incombe en particulier au rédacteur d'un bail commercial d'attirer l'attention de la partie, créant une nouvelle activité, sur le mode d'exercice envisagé, individuel ou sous forme sociale, et, dans ce dernier cas, sur les conditions légales d'une reprise du bail souscrit pour le compte d'une société en formation de sorte qu'en déniant l'existence d'un tel devoir de conseil à la charge de l'huissier de justice rédacteur du bail litigieux, la cour d'appel a méconnu l'article 1147 du Code civil ».

393. La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que « le devoir de conseil auquel est tenu le rédacteur d'actes s'apprécie au regard du but poursuivi par les parties et de leurs exigences particulières lorsque, dans ce dernier cas, le praticien du droit en a été informé ; que si le professionnel doit veiller, dans ses activités de conseil et de rédaction d'actes, à réunir les justificatifs nécessaires à son intervention, il n'est, en revanche, pas tenu de vérifier les déclarations d'ordre factuel faites par les parties en l'absence d'éléments de nature à éveiller ses soupçons quant à la véracité des renseignements donnés ; qu'ayant souverainement relevé que ni les [locataires], ni leur mandataire n'avaient appelé l'attention du rédacteur de l'acte litigieux sur le fait que les signataires du bail avaient entendu agir, non en leur nom personnel, mais pour le compte d'une société en formation destinée à reprendre leurs engagements, la cour d'appel a pu en déduire que l'huissier instrumentaire n'avait commis aucune faute ».

394. A la lumière de cet arrêt, il est possible de retenir que le tiers rédacteur huissier de justice est tenu d'un devoir de conseil qui doit être apprécié au regard du but poursuivi par les parties ainsi

706 Cass. Civ. 1ère, 25 mars 2010, n°09-12.294, Bull. 2010, I, n° 72.

que de leurs exigences particulières lorsque celles-ci l'en ont informé. Le tiers huissier doit assurer l'efficacité de l'acte et sa validité en suivant les règles légales ; si les parties souhaitent que l'acte produise un effet spécifique, elles doivent en informer le tiers rédacteur. Cette solution est clémente à l'égard du tiers huissier (davantage qu'elle ne l'est pour le notaire) puisque le devoir de conseil peut être entendu plus rigoureusement : la jurisprudence exige souvent du rédacteur d'acte qu'il pose au client les questions judicieuses et vérifie l'exactitude des réponses[707].

395. Le tiers rédacteur, à titre principal ou accessoire, a pour obligation d'informer les parties sur leurs droits et leurs devoirs mais également de les conseiller sur la portée de l'acte qu'elles envisagent. En ce sens, il façonne le contrat et influence le contenu du contrat qui lui est soumis. Sollicitant un professionnel, les parties peuvent espérer de leur tiers professionnel du droit que l'acte soit efficace. L'intervention des tiers emporte nécessairement des conséquences.

707 A titre d'exemple, sur le devoir du notaire de vérifier un titre de propriété : Cass. Civ. 3ème, 3 décembre 2008, n°07-14.545 et 07-17.516, Bull. 2008, III, n°197, ou de veiller au respect des règles d'urbanisme : Cass. Civ. 3Ème, 23 septembre 2009, n°07-20965 et 07-21276, Bull. 2009, III, n° 201.

II- LES CONSÉQUENCES DE L'INTERVENTION DES PROFESSIONNELS DU DROIT SUR L'ACCORD DES PARTIES

396. La reconnaissance par le législateur français de l'acte d'avocat a pu susciter chez certains auteurs une crainte quant au risque de malentendu entre acte d'avocat et acte authentique[708]. Selon Jeanne de Poulpiquet, l'acte d'avocat serait « un premier empiètement officiel sur un territoire traditionnellement réservé aux officiers publics [709]». Pourtant, force est de constater que les interventions tant du tiers avocat que celle du tiers notaire, bien qu'elles aient des effets similaires sur certains points (B), emportent des différences fondamentales qui fondent la supériorité de l'acte notarié (A). Enfin, la différence de statut des tiers rédacteurs emporte une différence dans la nature de leur responsabilité (C).

A- LES DIFFÉRENCES FONDAMENTALES ENTRE ACTE AUTHENTIQUE ET ACTE D'AVOCAT

397. Afin de « garantir la fiabilité, l'inaltérabilité et l'intelligibilité de l'écrit qu'ils dressent [710]», les officiers publics doivent respecter certaines formalités. L'intervention d'un tiers notaire qui authentifie un acte, permet de lui conférer « date certaine ». En effet, l'acte authentique acquiert date certaine lors de la signature de l'acte par le tiers notaire, ce qui a pour avantage pour les tiers de se garantir contre un éventuel acte antidaté par exemple.

La date certaine permet de rendre l'acte opposable aux tiers. En cas d'absence de date certaine, le tiers peut totalement ignorer l'acte ce qui peut alors être source d'éventuels conflits. C'est notamment le cas dans le cadre d'un bail : selon l'article 1743 du Code civil, lorsqu'un bailleur vend son bien, son acquéreur ne peut expulser le locataire si celui-ci a un bail authentique ou dont la date est certaine. Par conséquent, comme le rappelle un auteur, « le pouvoir d'assurer la datation certaine de l'acte juridique est donc directement lié à la foi publique qui est attachée à l'intervention personnelle de l'officier public dans l'acte [711]». C'est notamment ce que confirme la lecture de

708 « Qui peut croire que cette réforme sera utile à la clarté des relations contractuelles et qui ne voit la confusion qui se créera dans l'esprit du public. Ce dernier pourra légitimement croire que l'acte d'avocat ressemble à un acte authentique alors qu'il n'en est rien » : THIBIERGE (N.), « Une inutile contrefaçon : l'acte d'avocat », *Les Annonces de la Seine*, 2009, p.14-15 ; « le contreseing de l'avocat est susceptible d'entraîner un risque de confusion dans l'esprit des clients qui pourraient être amenés à mettre sur un même pied l'acte authentique reçu par un notaire et l'acte sous seing privé contresigné par un avocat », DE POULPIQUET (J.), « La responsabilité du rédacteur d'acte « sous signature juridique. Ebauche d'une étude prospective », *JCP N*, 2010, p.13.

709 DE POULPIQUET (J.), « La responsabilité du rédacteur d'acte « sous signature juridique. Ebauche d'une étude prospective », *JCP N*, 2010, p.13.

710 AYNÈS (L.) (dir.), *L'authenticité : Droit, histoire, philosophie*, *op.cit*., p.62.

711 *Id*. p.110.

l'article 1328 du Code civil qui énonce que parmi les moyens pour un acte sous seing privé d'acquérir date certaine soit qu'il soit dressé par un officier public.
Lorsque l'acte a acquis date certaine, il ne peut être alors remis en cause que par la procédure de l'inscription en faux. L'acte d'avocat, n'étant pas un acte authentique, la signature de l'avocat ne lui confère pas date certaine, il demeure un acte sous seing privé.

398. L'acte authentique a également force probante et c'est sans doute l'une des différences les plus importantes avec l'acte d'avocat. La force probante peut être définie comme « la foi qu'il faut attacher à un mode de preuve comme élément de conviction [712]».
L'acte authentique[713] est le mode de preuve le plus élevé hiérarchiquement : parce qu'il est le fruit de l'intervention du notaire, officier ministériel, établi « dans des formes qui s'extériorisent[714] », il suffit à lui seul à prouver qu'il porte mention de la signature des parties qui y sont indiquées. La force probante de l'acte d'avocat, quant à elle, a été renforcée par la loi de modernisation des professions juridiques de 2011, en introduisant les articles 66-3-1 à 66-3-3 à la loi de 1971, dont les dispositions ont été reprises à l'article 1374 nouveau du Code civil. L'article 1374 nouveau dispose notamment que « l'acte sous seing privé contresigné par les avocats de chacune des parties ou par l'avocat de toutes les parties fait pleine foi de l'écriture et de la signature de celles-ci tant à leur égard qu'à celui de leurs héritiers ou ayants cause. La procédure de faux prévue par le code de procédure civile lui est applicable ». Un auteur estime ainsi que « l'acte d'avocat est désormais équivalent à un acte légalement tenu pour reconnu et il produit à cet égard les mêmes effets que l'acte authentique [715]».

399. Néanmoins, en matière de preuve, l'acte authentique est l'acte requis par la loi afin d'assurer la force probante et exécutoire d'un écrit : à titre d'illustration, selon l'article 710-1 du Code civil tout acte devant donner lieu aux formalités de publicité foncière doit être dressé en la forme authentique par un notaire. De même, l'alinéa 1er de l'article 1394 du Code civil dispose que « toutes les conventions matrimoniales seront rédigées par acte devant notaire, en la présence et avec le consentement simultanés de toutes les personnes qui y sont parties ou de leurs mandataires ». Aucun texte légal ne prévoit ce même recours à l'acte d'avocat, ce qui permet de conclure qu'il existe donc dans certains cas de figure une supériorité de l'acte authentique sur l'acte

712 CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant*, V°*Force probante,* PUF, 11ème éd., 2016, p.472.

713 Dont le régime est régi par les articles 1317 et suivants du Code civil.

714 THÉRY (P.), « L'efficacité de l'acte notarié : forces et faiblesses », *JCP N*, 2012, p.35.

715 LAFONT (P.), « Force probante de l'acte d'avocat », *Journal des sociétés*, 2011, p.16.

d'avocat qui reste une possibilité laissée à la discrétion des parties qui peuvent choisir d'y renoncer.

400. Par ailleurs, le tiers notaire a été institué afin de « recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions [716]». La conséquence de l'intervention de ce tiers induit que « tous actes notariés feront foi en justice et seront exécutoires dans toute l'étendue du Royaume [717]».
La mission du notaire est donc complète puisqu'en authentifiant les actes qui lui sont soumis, ces derniers recouvrent la force exécutoire, assimilant l'acte à un jugement et le notaire à un « magistrat de la juridiction volontaire[718] ». Les bénéfices du caractère exécutoire de l'acte notarié sont nombreux. Lorsqu'un débiteur ne remplit pas son obligation de paiement envers son créancier, ce dernier n'est pas dans l'obligation de se tourner vers le juge afin d'obtenir un jugement de condamnation. Le créancier est alors en position de force et peut recourir immédiatement à l'exécution forcée de l'obligation. L'intervention du notaire attribuant force exécutoire est donc une garantie pour le créancier.
Le contreseing de l'avocat ne permet pas, en revanche, de donner force exécutoire à l'acte. Accorder la force exécutoire à un acte d'avocat semble être une « proposition exagérée [719]» selon un auteur. Le Conseil National des Barreaux réitère néanmoins cette volonté dans son Livre blanc en février 2014[720]. Selon nous, le notaire est investi du pouvoir de conférer force exécutoire par l'Etat en sa qualité d'officier public contrairement à l'avocat, ce qui justifie le refus des pouvoirs publics de lui attribuer ce pouvoir. Néanmoins, la responsabilité des deux professionnels rédacteurs d'actes tend à devenir quasiment similaire, il serait alors juste que l'avocat puisse obtenir la possibilité de conférer force exécutoire aux actes qu'il rédige.

401. Il est néanmoins toujours possible aux parties de demander au juge compétent d'homologuer l'acte contresigné par l'avocat. L'intervention de ce second tiers va alors donner à l'acte d'avocat les caractéristiques proches de celui de l'acte authentique et notamment la force

716 Article 1er de la loi du 25 Ventôse an XI contenant organisation du notariat.

717 Article 19 de la loi du 25 Ventôse an XI contenant organisation du notariat.

718 LAPEYRE (A.), « L 'authenticité », *JCP G*, 1970, I, 2365, n°14.

719 MICHAUD (P.), « Acte d'avocat : l'acte de la liberté contractuelle sera-t-il une révolution ? En route vers une modification du tarif des notaires », *Gaz.Pal.*, 2011, p.11.

720 Conseil National des Barreaux, « Livre Blanc : Justice du XXIème siècle. Les propositions du Conseil National des Barreaux », février 2014, p.16.

exécutoire. En effet, le décret du 20 janvier 2012[721] a créé dans le Code de procédure civile un livre consacré aux modes de résolution amiable des différends en dehors du cadre judiciaire[722]. Les articles du Code de procédure civile prévoient que l'une des parties ou l'ensemble des parties peuvent demander au juge l'homologation de leur accord afin qu'il lui confère force exécutoire. Ainsi, il est tout à fait possible d'imaginer qu'une partie puisse demander à un juge compétent d'homologuer l'acte d'avocat afin que ce dernier lui attribue force exécutoire. Néanmoins, il doit être précisé que cette homologation n'est valable à l'heure actuelle que pour des accords résultant de la résolution amiable d'un différend. L'homologation ne pourra donc pas être utilisée pour rendre exécutoire un acte d'avocat en matière de cession de fonds de commerce ou de cession de société par exemple...

402. Même si de nombreux avocats appellent de leur souhait l'attribution par le législateur de la force exécutoire à l'acte qu'ils contresignent, il n'est pas certain que cette mesure soit souhaitable. La force exécutoire est une attribution de l'intervention notariale. Elle se justifie par la fonction même de représentant de l'Etat du notaire. L'Etat en déléguant ses pouvoirs au notaire permet à travers ce dernier de donner force exécutoire à l'acte des parties. La force exécutoire de l'acte notarié est un bénéfice de l'authenticité qui est attaché au contrat « par une sorte de délégation publique supplémentaire et spéciale que fondent les obligations inhérentes à la mission d'instrumentation du notaire et, par-delà, la confiance qu'inspire son statut [723]». L'avocat, quant à lui, n'est pas un agent de l'Etat, il n'a pas de statut d'officier public, il ne bénéficie pas de la délégation étatique réservée aux notaires. Il serait donc bien difficile de réserver à l'acte d'avocat les mêmes pouvoirs que ceux réservés aux actes du notaire.

403. Enfin, bien que l'acte soit l'accord des parties issu de leur consentement commun, il n'est pas impossible que celui-ci soit contesté. En présence d'un acte notarié, la procédure d'inscription en faux est la voie à suivre pour contester ce type d'acte. La contestation peut porter sur le caractère authentique de l'acte : l'article 1370 nouveau du Code civil rappelle à ce propos que l'acte n'est pas authentique en cas d'incompétence ou d'incapacité de l'officier ou encore par un défaut de forme. Si l'incompétence de l'officier est rare, le défaut de forme reste possible. Tel est le cas lorsque les

721 Décret n°2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends, JORF n°0019 du 22 janvier 2012 p.1280, texte n° 9.

722 A propos de l'intervention du tiers en matière de mode alternatif de règlement des conflits, voir *supra* n°31 et suivants.

723 AYNÈS (L.) (dir.), *L'authenticité : Droit, histoire, philosophie*, *op. cit.*, p.122.

parties n'ont pas signé l'acte[724].

En outre, l'acte authentique doit être sincère : l'intervention du tiers notaire permet de constater les énonciations contenues dans l'acte. Si sa qualité particulière d'officier public renforce la valeur de ces énonciations, elles ne sont néanmoins pas incontestables. La procédure d'inscription de faux a pour effet de suspendre l'exécution de l'acte comme le prévoit l'article 1371 nouveau du Code civil. Lorsque le faux est reconnu, le titre exécutoire qui a été entaché ne peut de surcroit servir de fondement aux poursuites selon la Cour de cassation[725]. Même si une obligation existe et est contenue dans un acte, si l'instrument est vicié, l'exécution forcée est impossible.

404. L'acte d'avocat, quant à lui, peut être contesté par la procédure de faux[726] définie à l'article 299 du Code de procédure civile. Les règles applicables à la contestation de ce type d'acte relèvent des dispositions relatives à l'acte sous seing privé. La vérification d'écriture des articles 287 et suivants du même code s'impose alors au contractant. Le tiers avocat, lorsqu'il contresigne l'acte qu'il a rédigé, atteste l'identité des parties ainsi que de la véracité de leur signature et de leur écriture[727]. La procédure de faux va alors permettre d'invoquer un faux ou que l'acte a été altéré. Si le faux est alors avéré, suivant l'adage « *fraus omnia corrumpit* », l'acte sera nul.

405. Si l'acte notarié et l'acte d'avocat ne présentent pas les mêmes garanties sur certains points, la consécration de l'acte sous signature juridique par le législateur permet pourtant de soulever certaines similitudes.

B- LES POINTS COMMUNS DES ACTES SUITE À L'INTERVENTION DU TIERS

406. L'acte authentique comme l'acte d'avocat sont tous deux dispensés de mention manuscrite, le législateur « [faisant] le pari que [leur] intervention sera bien plus efficace que l'écriture d'une mention manuscrite [728]».

La jurisprudence était déjà intervenue en ce sens à plusieurs reprises à propos des mentions manuscrites requises pour le cautionnement : elle énonce ainsi dans un arrêt du 9 juillet 2008[729] à propos d'un bail d'habitation que « les formalités prescrites par l'article 22-I de la loi du 6 juillet

724 Cass. Civ. 1ère, 8 août 1967, Bull. Civ., I, n°106.

725 Cass. Civ. 2ème, 13 mars 2008, n°06-21.105, Bull. 2008, II, n°70.

726 Article 1374 alinéa 2 nouveau du Code civil.

727 FERRAND (F.), « Preuve », *Rép. Dal. Proc. Civ*., 2016, n°607.

728 MIGNOT (M.), « La mention manuscrite de la caution », *LPA*, 2012, p.15.

1989 ne concernent que les cautionnements conclus sous seings privés et non ceux donnés en la forme authentique ». La Haute cour suit le même raisonnement pour l'application des article L.313-7 devenu L.314-15 et L.313-8 devenu L.314-16 du Code de la consommation[730] ainsi que pour l'article L.341-3 dont les dispositions ont été en substance reprises à l'article L.331-1 du même code[731].

407. La loi avait consacré la jurisprudence puisque l'article 1317-1 du Code civil[732] prévoyait pour l'acte notarié que « l'acte reçu en la forme authentique par un notaire est, sauf disposition dérogeant expressément au présent article, dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi ». Cette disposition ne fait plus l'objet d'un article distinct depuis l'ordonnance du 10 février 2016 et a été insérée à l'alinéa 3 de l'article 1369 nouveau du Code civil.
Il parait alors logique que les parties n'aient pas à rédiger des lignes d'écriture ayant pour finalité de les sensibiliser davantage à la gravité des obligations qu'elles contractent puisque le tiers notaire doit remplir son devoir de conseil. Le conseil du notaire permet aux parties de les éclairer de manière personnalisée sur leurs engagements, plus encore qu'en recopiant passivement des mentions manuscrites qui ne sont pas toujours adaptées à un public novice[733].

408. Néanmoins, la dispense de mention manuscrite présente un inconvénient par rapport au régime antérieur : leurs existences permettaient au notaire de prouver qu'il avait bien transmis aux parties les informations légales. En écrivant ces mentions, les parties avaient doublement conscience des engagements qu'elles prenaient, c'était un mode de preuve pour le notaire au titre de son devoir de conseil. Avec la dispense de mentions manuscrites, les moyens de preuve du conseil donné par le notaire sont réduits, ce qui constitue un risque de contentieux accru et des difficultés pour le notaire de se dégager de sa responsabilité.

409. En matière d'acte d'avocat qui n'est ni un acte authentique ni tout à fait un acte sous seing

729 Cass. Civ. 3ème, 9 juillet 2008, n°07-10.926, Bull. 2008, III, n°124 ; *RTD Civ*, 2008, p.698, P. Crocq ; *JCP N*, 2008, p.13, F. Hébert ; *Rev. Lamy Dr. Civ*., 2008, p.34, G. Marraud des Grottes ; *Defrénois*, 2008, p.1989, E. Savaux ; *JCP G*, 2008, p.33, V. Perruchot-Triboulet.

730 Cass. Civ. 1ère, 24 février 2004, n°01-13.930, Bull. 2004, I, n°60, p.47 ; *AJDI*, 2004, p.648, F. Cohet-Cordey ; *D*., 2004, p.805, V. Avena-Robardet, *Rev. Lamy Dr. Civ*., 2004, p.28, A. Decoux.

731 Cass. Com., 6 juillet 2010, n°08-21.760, Bull. Civ., IV, n°118.

732 Article issu de l'article 21 de la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011.

733 Mignot (M.), *loc.cit.* : « à supposer qu'il [le notaire] remplisse sa mission avec la diligence requise et qu'il connaisse précisément les subtilités du droit positif tant légal que jurisprudentiel, son conseil sera alors préférable à la page d'écriture rédigée à la hâte, d'une façon mécanique, sans aucune explication du créancier qui requiert la conclusion du cautionnement ».

privé, le législateur a fait également le choix d'une dispense de mention manuscrite en introduisant l'article 66-3-3 à la loi du 31 décembre 1971[734], disposition reprise à l'alinéa 3 de l'article 1374 nouveau du Code civil, preuve de la confiance que le législateur donne à l'avocat lorsqu'il remplit son devoir de conseil. La logique est la même que pour l'acte authentique : l'intervention de l'avocat rend inutile toute mention manuscrite, son conseil doit permettre à la partie ou aux parties de prendre conscience de la portée de leurs engagements[735].

410. Outre la vérification de l'acte qui s'impose au tiers notaire, l'obligation de conservation de l'original de l'acte ainsi que de son archivage est également un gage de sécurité juridique pour les parties : « tout écrit, quelle qu'en soit la forme est un gage de pérennité puisqu'il a le mérite de survivre aux témoins. Il laisse, de l'opération qu'il constate, une trace fidèle et durable [736]».
Cette obligation imposée par le Code civil de 1804 s'explique par la nécessité de conserver certains actes s'inscrivant dans la durée (les parties n'ont pas toujours idée de garder soigneusement certains documents) et est régie par l'article premier de l'ordonnance du 2 novembre 1945 définissant les notaires comme « les officiers publics établis pour recevoir tous les actes et contrats » mais également « pour en conserver le dépôt ». La conservation de l'acte permet aux parties ainsi qu'à leurs ayants-droit de demander une copie de l'acte notarié lorsqu'elles en ont besoin. L'acte authentique ne disparaît alors jamais puisque le tiers notaire est « la mémoire facilement accessible des contrats [737]». Ainsi, « en dressant son acte, l'officier instrumentaire le fait entrer dans l'histoire. Par l'obligation qui lui est faite de le conserver, il en préserve la mémoire [738]».

411. L'acte authentique électronique donne une valeur ajoutée à l'acte authentique en matière de conservation de l'acte en toute circonstance. Ainsi, la conservation de l'acte sous forme numérique permet d'éviter toute perte qui serait due à un incendie, une inondation... Ce nouveau mode de conservation présente l'avantage d'être moins coûteux et offre l'assurance aux parties de pouvoir avoir accès à la copie du contrat.

734 Article 66-3-3 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971, JORF du 5 janvier 1972, p.131 : « L'acte sous seing privé contresigné par avocat est, sauf disposition dérogeant expressément au présent article, dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi ».

735 BÉTEILLE (L.), « Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, de modernisation des professions judiciaires et juridiques réglementées », n°131, Session ordinaire 2010-2011, p.35.

736 *Id.,* p.141.

737 NORMAND (P.-E.), « La loi, le contrat et l'acte authentique », *JCP N*, 1990, p.359.

738 AYNÈS (L.) (dir.), *L'authenticité : Droit, histoire, philosophie*, *op. cit.*, p.122.

412. Quant à l'acte d'avocat, la loi du 28 mars 2011 ne prévoit pas d'obligation de conservation de l'acte à la charge de l'avocat contrairement à ce qui existe pour les actes authentiques. Le Règlement Intérieur national des barreaux n'en traite pas davantage.

Cela est pourtant regrettable si l'on estime que l'acte d'avocat s'inscrit dans le sens d'une sécurité juridique accrue. Il est en effet nécessaire que le tiers avocat, qui est amené à contresigner l'acte des parties puisse tout comme le notaire, garantir la conservation de cet acte ainsi qu'offrir la possibilité aux parties de leur délivrer une copie de ce dernier lorsqu'elles le souhaitent. Selon un auteur[739], assurer la conservation des actes permet notamment au tiers avocat de fidéliser sa clientèle et d'entretenir avec elle une relation de confiance. Il est alors nécessaire de prévoir dans chaque cabinet un répertoire permettant l'archivage des actes mais également au niveau collectif un moyen de stockage adéquat.

C'est pour cela que la profession s'est organisée afin de permettre une conservation collective des actes d'avocat par un système informatique depuis octobre 2013 : un exemplaire de l'acte d'avocat est enregistré auprès du service de conservation et d'archivage *AvosActes* créé par la profession d'avocat[740]. Les parties peuvent, ainsi que leur avocat, alors avoir accès à l'acte afin de le modifier et rectifier des données les concernant.

413. L'intervention de tiers dans la rédaction d'actes présente une somme de garanties de nature à renforcer la sécurité juridique des contrats, de façon à éviter par la suite tout risque de contentieux. Même si le législateur a souhaité favoriser le recours aux conseils de professionnels en donnant davantage de pouvoirs aux avocats, l'acte notarié reste malgré tout l'acte le plus sûr, offrant le plus de garanties aux parties.

C- LA RESPONSABILITÉ DU TIERS RÉDACTEUR D'ACTE

414. Lorsqu'il intervient à la formation d'un acte juridique en qualité d'officier ministériel, le tiers rédacteur engage sa responsabilité délictuelle (1). Le professionnel qui agit en vertu d'un contrat engage sa responsabilité contractuelle envers son client et, n'étant pas partie au contrat principal, il engage sa responsabilité délictuelle envers le cocontractant de son client (2).

1) Responsabilité délictuelle du tiers rédacteur d'acte, officier ministériel

739 BENICHOU (M.), « La conservation des actes d'avocat », *Journal des sociétés*, 2011, p.39.

740 Voir le site dédié aux actes : www.avosactes.fr.

415. Le notaire comme l'huissier[741] engagent leur responsabilité civile délictuelle envers leurs clients, c'est-à-dire que la faute du tiers rédacteur s'étend à tout fait quelconque qui cause à autrui un dommage[742]. Selon un auteur, « la dimension d'ordre public que revêt l'intervention de ces officiers estompe alors, estime-t-on généralement, le contrat qui les relie leurs clients[743] ».

416. D'autres théories plaident en faveur toutefois d'une responsabilité contractuelle du notaire et de l'huissier. Certains auteurs estiment qu'il existe, en toute hypothèse, entre le notaire et son client un contrat : « bien que fonctionnaire public, le notaire passe avec son client un véritable contrat concernant la rédaction des actes[744] », « voici deux individus qui ne se connaissaient pas, qui n'étaient donc tenus l'un envers l'autre que d'une obligation générale de prudence et de diligence : l'un promet ses services à l'autre en échange de rémunération. D'où proviennent ces nouvelles obligations (prestation de service-paiement de rémunération) sinon d'un contrat ? [745]». Mais la responsabilité contractuelle ne peut se justifier que dans le cas où le notaire ou l'huissier interviendrait en tant que rédacteur sur la base d'un mandat[746]. Or, il nous semble que la source de l'obligation du devoir de conseil de ces professionnels n'est pas à chercher dans un contrat mais dans le statut même d'officier public.

417. La responsabilité délictuelle du tiers notaire se justifie notamment par le fait que ce dernier a une obligation générale de garantir l'authenticité et la validité des actes qu'il est amené à rédiger. Cette obligation est intrinsèque à la fonction notariale et participe à la protection de l'intérêt général. Selon Patrice Jourdain, « le devoir d'information a les allures d'un devoir attaché à la profession, expression d'une fonction sociale, imposé dans l'intérêt de tous et pas seulement des clients [747]». Au delà de la protection de l'intérêt du ou des clients, l'obligation de conseil qui assure la validité de l'acte juridique, protège également les tiers. Elle ne peut être perçue comme une obligation contractuelle que le notaire ou le client pourrait modifier à son gré.

741 Voir notamment : Cass. Civ. 1ère, 2 mars 1966 : « La responsabilité de l'officier ministériel, en cas de nullité de l'un de ses actes, trouve son fondement non pas dans le contrat pouvant le lier à son client, mais dans les dispositions de la loi elle-même ».

742 Article 1382 du Code civil.

743 Dissaux (N.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, *op. cit*., p.425.

744 Lalou (H.) et Azard (P.), *Traité pratique de la responsabilité civile*, Dalloz, 6ème éd., Paris, 1962, p.310.

745 Pauly (P.), *Nature de la responsabilité civile des notaires*, th. Bordeaux, 1952, p.52 et suivantes.

746 Sur l'existence d'un mandat entre un notaire et son client voir notamment : Cass. Civ. 1ère, 4 février 1997, n°94-19.013, Bull. Civ. 1997, I, n°41, p.26, pour la relation entre l'huissier de justice et son client : Cass. Civ. 1ère, 7 février 1995, n°93-10.523, inédit.

747 Jourdain (P.), « La faute délictuelle encore déduite de manquements contractuels », *RTD civ*, 1993, p.362.

Le notaire n'est pas un simple scribe mettant en forme la volonté des parties, il a le devoir de contrôler la conformité de celle-ci avec le droit. Il lui incombe de conseiller les parties quant à la faisabilité de leur projet. Il ne saurait prévoir alors conventionnellement d'être déchargé de cette obligation.

418. La volonté des parties qu'il conseille apparaît alors secondaire puisque l'intervention du tiers rédacteur a pour but de vérifier que l'acte pour lequel il est sollicité n'est pas contraire au droit : « en effet, sa fonction principale consiste à vérifier que la libre concertation des parties est conforme à l'intérêt particulier de chacune d'elle et à l'intérêt général de la société [748]». La mission de contrôle et de conseil du tiers qui ne peut être négociée ni par le notaire ni par les parties, impose que l'on retienne à son égard une responsabilité délictuelle et non contractuelle.

419. Le conseiller Real lors de l'exposé des motifs de la loi du 25 Ventôse an XI qualifie les notaires de : « conseils désintéressés des parties aussi bien que rédacteurs impartiaux de leur volonté, leur faisant connaître toute l'étendue des obligations qu'elles contractent[749] ». Le Règlement national des notaires dispose quant à lui que le notaire « doit à sa clientèle sa conscience professionnelle, ses égards, l'impartialité, la probité et l'information la plus complète [750]».
Un auteur rappelle que « le devoir de conseil, comme le devoir d'authenticité est imposé par l'exercice de la fonction de notaire. Il en provient. C'est un devoir statutaire implicite. Certaines décisions rattachent même directement le rôle de conseil du notaire à son statut d'officier public [751]». La Cour de cassation a ainsi pu juger « qu'en vertu de leur statut, les notaires, professionnellement tenus d'éclairer les parties sur les conséquences de leurs actes, ne peuvent décliner le principe de leurs responsabilités en se bornant à donner la forme authentique aux déclarations reçues [752]».

420. La responsabilité délictuelle du tiers rédacteur d'acte justifiée par son statut d'officier

748 BIGUENET-MAUREl (C.), *Le devoir de conseil des notaires*, th., préf. J. DE POULPIQUET, Defrénois, 2006, Paris, p.142-143 ; « Sa mission relève donc plus de la mission d'intérêt général confiée par l'autorité publique que d'une simple mission de rédaction et de conseil confiée par les parties à l'acte qu'il rédige ».

749 RÉAL (G.-A.). *Exposé des motifs de la loi du 25 ventôse an XI, relative à l'organisation du notariat, par le conseiller d'État Réal*, séance du 14 ventôse an XI, 1829.

750 Article 3.2.1 du Règlement nationale des notaires disponible sur : http://www.notaires.fr/sites/default/files/reglement_national_-_reglement_intercours_-_arrete_du_22_07_2014_-_jo_du_01_08_2014_0.pdf

751 DE POULPIQUET (J.), *Responsabilité des notaires. Civile, disciplinaire, pénale*, Dalloz, 2ème éd., Paris, coll. Dalloz Référence, 2009, p.31.

752 Cass. Civ. 3ème, 10 juillet 1970, n°68-13508 et 68-13564, Bull. Civ, III, n°484, p.351.

ministériel imposant une obligation d'information et de conseil démontre l'extériorité de sa mission.

421. Alors que le tiers officier public engage sa responsabilité délictuelle envers son client en raison du statut qui lui est propre, le tiers rédacteur de l'acte principal, qui n'a pas la qualité d'officier public, est lié à son client par l'existence d'un contrat, sa responsabilité est naturellement contractuelle.

2) Responsabilité contractuelle du tiers rédacteur d'acte

422. La création d'un acte sous signature juridique par la loi de 2011 modifie-t-elle le régime de la responsabilité du tiers avocat ? Il ne fait plus de doute que lorsque l'avocat intervient en tant que tiers rédacteur d'acte, il engage sa responsabilité contractuelle envers son client sur le fondement du nouvel article 1231-3 du Code civil[753] comme le démontrent différents arrêts de la Cour de cassation[754].
Cette responsabilité semble être fondée sur l'existence d'un contrat dont la nature fait encore l'objet de débats : contrat de mandat, contrat de louage ou contrat d'entreprise ? L'ensemble des activités de l'avocat est tellement disparate que ni l'un ni l'autre contrat ne correspond à la réalité.
Toujours est-il que la nature de la responsabilité de l'avocat rédacteur d'acte est bien contractuelle dès lors qu'il n'exécute pas une obligation contenue dans le contrat qui le lie à son client. Il en est de même si la faute a été commise par un des ses collaborateurs.

423. Pour autant bien que contractuelle, à l'instar de celle du tiers officier ministériel, la responsabilité de l'avocat ne peut être aménagée conventionnellement. « En réalité, le contrat noué entre le ou les clients et l'avocat déclenche le statut de rédacteur sans jamais en déterminer le contenu [755]». Cette affirmation est la conséquence du statut même de rédacteur : comme les obligations de ce dernier sont d'ordre public, le contrat qui lie l'avocat à son client ne peut contenir de clause limitative de responsabilité.
De plus, le tiers rédacteur ne peut se décharger de sa responsabilité lorsque les parties sont compétentes ou que la partie qui n'a pas fait appel directement à lui soit assistée d'un professionnel

753 « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure ».

754 Voir notamment Cass. Civ. 1ère, 2 octobre 2007, n°06-16.936, inédit.

755 PILLET (G.), « Le contreseing de l'avocat et la responsabilité civile professionnelle du rédacteur d'acte », *AJ fam*., 2011, p.300.

du droit.

424. En matière de charge de la preuve, antérieurement à la loi instituant l'acte d'avocat, il incombait à celui-ci le devoir de prouver qu'il avait rempli son obligation de conseil[756] peu important les compétences personnelles du client conseillé. Toutefois, « dès lors que l'acte contiendra en lui-même les indications nécessaires à l'information des parties, le rédacteur apporte la preuve de la satisfaction de son obligation d'information [757]»[758]. L'insertion dans la loi du 31 décembre 1971 de l'article 66-3-1, qui énonce que « en contresignant un acte sous seing privé, l'avocat atteste avoir éclairé pleinement la ou les parties qu'il conseille sur les conséquences juridiques de cet acte », modifie-t-il la responsabilité de l'avocat ? Il semble, selon nous, que la responsabilité de l'avocat reste inchangée, les règles relatives à son obligation de conseil sont identiques. Il est toutefois possible de penser que l'article 66-3-1 vient consacrer un renversement de la preuve : puisque l'avocat en contresignant l'acte atteste par là même avoir éclairé les parties, il revient donc à ces dernières de prouver que le tiers n'a pas correctement rempli son obligation.

425. La même sévérité est retenue à l'égard de l'expert-comptable rédacteur d'acte. Puisque l'expert-comptable est uni à son client -bien souvent une entreprise- par un contrat, la faute de l'expert-comptable entraîne donc sa responsabilité contractuelle.

426. Le rédacteur d'acte est naturellement le tiers chargé d'apporter son conseil, les informations adéquates aux parties qui ont fait appel à lui. La jurisprudence est très abondante notamment à propos de l'étendue de la responsabilité du tiers notaire. Les parties en ayant recours à un tiers professionnel juriste pour instrumenter leur acte, elles attendent naturellement de lui l'information la plus juste et la plus complète.
Il en va de même lorsque les parties requièrent l'assistance d'un intermédiaire professionnel afin que ce dernier les accompagne dans la recherche d'un cocontractant mais également dans la conclusion du contrat.

756 Cass. Civ. 1ère, 27 novembre 2008, n°07-18.142, Bull. Civ., 2008, I, n°267.

757 UETTWILLER, (J.-J.), « Quels effets de l'acte d'avocat sur la responsabilité de l'avocat rédacteur d'acte ? », *Journal des sociétés*, 2011, p.36.

758 La Cour de cassation a pu rendre un arrêt en ce sens à propos du notaire, le parallèle avec la fonction d'avocat est permis : Cass. Civ. 1ère 3 février 1998, n°96-13.201, Bull. Civ. 1998, I, n°44, p.29 : « la preuve du conseil donné, qui incombe au notaire, peut résulter de toute circonstance ou document établissant que le client a été averti clairement des risques inhérents à l'acte que le notaire a instrumenté ».

427. Si l'Etat a délégué une partie de ses pouvoirs aux officiers ministériels pour encadrer les contrats des parties, il ne s'est pas pour autant désengagé sur le terrain contractuel. L'Etat, comme certaines organisations professionnelles ou encore le juge lui-même influencent le contenu du contrat.

SECTION II- L'INTERVENTIONNISME INSTITUTIONNEL ET PROFESSIONNEL DANS LA DÉTERMINATION DU CONTENU CONTRACTUEL

428. Si les tiers professionnels du droit interviennent dans la formation du contrat pour l'entourer de garanties et assurer aux parties la rédaction d'un acte juridique correspondant à leur volonté et en adéquation avec les règles juridiques, des tiers institutionnels ou professionnels s'immiscent dans celui-ci afin d'en déterminer le contenu.
Ces différentes interventions permettent de cadrer le contrat privé, de prévenir des potentiels déséquilibres rendus possibles par le marché économique actuel et d'une certaine façon, de moraliser le contenu contractuel. Néanmoins, ces immixtions dans la loi des parties ne restreignent-elles pas la phase de négociation ainsi que leur liberté contractuelle ? Le contrat n'échappe-t-il pas à la volonté des parties au nom notamment de l'ordre public ?

429. Si l'Etat n'hésite pas à réglementer le prix de certains contrats en créant des seuils imposés aux parties (I), le pouvoir réglementaire ainsi que les organismes professionnels proposent aux contractants des modèles de contrat ou contrats-type permettant de rationaliser le contenu contractuel (II). En outre, le juge prend également une place importante dans la détermination du contenu contractuel puisqu'il peut être amené à se substituer aux parties en redéfinissant le contenu contractuel (III).

I- L'INFLUENCE DE L'ETAT SUR LA DÉTERMINATION DU PRIX

430. Si le droit des contrats s'est construit autour de la volonté de laisser aux parties le soin de choisir librement les obligations dont elles auront la charge au moment de la formation de l'acte juridique, le législateur ne s'est pas totalement désintéressé de l'outil contractuel. Comme le souligne Josserand dès 1933, celui-ci « s'est réservé en cette matière un droit de regard, une superintendance[759] » aux desseins multiples : assurer le respect de l'ordre public, (ré)équilibrer le contrat et enfin, préserver la liberté contractuelle.

Analyser toutes les interventions législatives dans la détermination du contenu contractuel serait vain ici tant elles sont nombreuses. Mais certaines immixtions du législateur dans la sphère contractuelle sont caractéristiques de la volonté de ce dernier de garder une main mise sur la relation contractuelle caractéristique du « dirigisme étatique » (A). Néanmoins, l'entremise du législateur n'est pas sans conséquence sur l'acte juridique et sur la liberté contractuelle puisqu'elle combine à la fois les impératifs de cette dernière avec les impératifs politiques et sociaux que l'on retrouve sous la dénomination d'ordre public, de protection et de direction (B).

A- LES ILLUSTRATIONS DES INTERVENTIONS ÉTATIQUES SOUS L'ANGLE DE LA DÉTERMINATION DU PRIX

431. Deux contrats font l'objet d'une intervention étatique en matière de détermination du prix : le contrat de bail ainsi que le contrat de travail. Cette intervention se justifie particulièrement étant entendu que, dans ces deux domaines, la détermination du prix peut être faite arbitrairement par une des parties au détriment de l'autre. Intéressant l'ordre public, l'immixtion de l'autorité étatique est donc justifiée. Il convient de procéder successivement à l'analyse du contrat de bail (1) puis du contrat de travail (1).

1) L'intervention étatique en matière de contrat de bail

432. Le droit commun ne prévoit aucune disposition relative à la fixation du prix dans le bail général. Les parties ont l'entière liberté de s'accorder sur le montant qu'elles fixent. De même, pour la révision des loyers, aucune disposition particulière ne s'impose aux parties, la liberté contractuelle prime. Cette absence de limitation dans la fixation du prix est en contradiction avec les régimes spéciaux qui encadrent les loyers. En effet, le législateur a mis en place des lois

759 JOSSERAND (L.), « Le contrat dirigé », *D.*, 1933, chron., p.89.

spéciales en matière de baux d'habitation, de baux commerciaux ainsi que de baux ruraux non seulement pour encadrer le montant du loyer initial mais également du loyer révisé et renouvelé.

433. La détermination du prix du loyer est une recherche constante de conciliation entre les intérêts du bailleur et ceux du preneur. Le législateur intervient alors en tant que tiers afin de répondre au mieux aux demandes des uns et des autres, dans l'intérêt des particuliers et pour l'intérêt général. La détermination du prix du loyer devient alors un sujet très « politique », variant selon les gouvernements en place mais aussi selon les circonstances entourant l'adoption des réformes telles que les crises financières et économiques, la démographie, les changements climatiques...

434. L'immixtion de l'Etat dans la fixation du prix des loyers d'habitation s'est faite de différentes manières pour répondre aux besoins et aux évolutions de la société. Suite à une grave crise du logement et à une sévère augmentation du prix des loyers, consécutives à la Seconde guerre mondiale, le législateur vote le 31 août 1948[760] l'ensemble du projet de loi sur les loyers afin de tenter de pallier le déséquilibre entre l'offre et la demande en empêchant l'accroissement des montant des loyers. Le décret du 10 décembre 1948[761], plusieurs fois modifié depuis, détermine le prix de base au mètre carré des locaux à usage d'habitation ou à usage professionnel.
Dans les années 1950, le législateur est également intervenu pour encourager la construction de logements sociaux sous la dénomination d'« Habitation à Loyer Modéré » (H.L.M.) réservés aux familles modestes. Le loyer pour un logement social correspond alors au prix de base au mètre carré fixé par l'Administration multiplié par la surface du logement loué.
Enfin dans un projet sur le long terme, le législateur a encouragé également l'investissement immobilier afin de mettre en adéquation les offres avec les demandes exponentielles de logement. Pour cela, il a procédé à la libéralisation des loyers jusqu'à la loi Quilliot[762]. Cette dernière, accompagnant un mouvement de protection croissante des locataires, instaure un contrôle des loyers qui a pour effet pervers une chute importante des constructions.

435. Le 23 décembre 1986, la loi « Méhaignerie »[763] est adoptée redonnant un essor à la liberté contractuelle et par là même à la libéralisation des loyers. Un revirement intervient avec la loi du 6

760 Loi n°48-1360 du 1er septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement, JORF du 2 septembre 1948, p.8659.

761 Décret n°48-1881 du 10 décembre 1948 déterminant les prix de base au mètre carré des locaux d'habitation ou à usage professionnel, JORF du 11 décembre 1948, p.12090.

762 Loi n°82-526 du 22 juin 1982 dite *Quilliot* relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs, JORF du 23 juin 1982, p.1967.

juillet 1989[764] dont l'article 17, entre autres, prévoit que les loyers pour les logements vacants ou faisant l'objet d'une première location sont fixés par référence aux loyers habituellement constatés dans le voisinage pour des logements comparables.

436. Enfin, la loi du 24 mars 2014[765] pour l'accès au logement et un urbanisme rénové dite loi « ALUR » instaure notamment un régime spécial d'encadrement des loyers pour les zones dites tendues[766]. Pour ces zones, un représentant de l'Etat au niveau départemental (le préfet de département) fixe annuellement par arrêté un loyer de référence, un loyer de référence majoré et un loyer de référence minoré, exprimés par un prix au mètre carré de surface habitable, par catégorie de logement et par secteur géographique[767]. Cette immixtion d'un tiers institutionnel dans la fixation du prix des loyers permet de remédier au niveau élevé des prix des loyers dans ces zones, dû au grand déséquilibre entre l'offre locative et la demande. Ainsi, les parties peuvent fixer librement le loyer en veillant néanmoins à ce que celui-ci n'excède pas le loyer de référence majoré. Si un tel cas se présentait, le locataire aurait alors la possibilité de mener une action en diminution de loyer.

437. L'intervention de l'Etat dans la formation des baux d'habitation se caractérise par une surveillance de la progression des loyers (la loi de 1989 a notamment créé des observatoires locaux des loyers afin de recueillir des informations sur les loyers sur une zone géographique donnée qui servent au gouvernement afin que celui-ci puisse apprécier l'efficacité des lois adoptées et apporter des modifications aux dispositions si cela est nécessaire) mais aussi par un plafonnement des montants dans un but de protection des locataires désavantagés par une offre de logement rendant les prix parfois excessifs.

438. Les baux commerciaux, quant à eux, sont soumis jusqu'à la Première guerre mondiale aux règles classiques du Code civil relatives au contrat de louage répondant au principe de l'autonomie de la volonté mais pouvant placer le locataire commerçant en grande précarité au terme du bail. En raison de la pénurie de locaux commerciaux disponibles, les bailleurs ont fortement augmenté le

763 Loi n°86-1290 du 23 décembre 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière, JORF du 24 décembre 1986, p.15531.

764 Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, JORF du 8 juillet 1989, p.8541.

765 Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JORF n°0072 du 26 mars 2014, p.5809, texte n°1.

766 Cette disposition est une mesure emblématique de la loi ALUR. Les zones tendues s'entendent des zones où l'offre en matière de logement est inférieure à la demande et où les loyers augmentent de manière régulière.

767 Article 17 de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 modifié par la loi n°2014-366 du 24 mars 2014.

coût des loyers, le Code civil s'est alors avéré lacunaire pour protéger les bailleurs. Face à la montée en puissance électorale des commerçants, le législateur a dû prendre des mesures nouvelles : ainsi, diverses dispositions législatives ont été adoptées et notamment le décret du 30 septembre 1953[768] qui a eu pour but de stabiliser les loyers et de créer un régime complet du statut des baux commerciaux. La plupart des dispositions de ce décret sont d'ordre public.
Les dispositions relatives au statut des baux commerciaux sont aujourd'hui intégrées au Code de commerce aux articles L.145-1 et suivants depuis la codification à droit constant de la partie législative par le législateur par l'ordonnance du 18 septembre 2000[769].

439. Si la fixation du prix du bail initial est laissée à la seule volonté des parties suivant le principe de la liberté contractuelle, la révision du loyer ainsi que son renouvellement sont soumis à des règles particulières s'expliquant par la durée très longue du contrat de bail[770] et des aléas économiques auxquels ce contrat peut être exposé afin de protéger avant tout le preneur.
L'intervention du législateur dans la révision ou le renouvellement du loyer du contrat de bail commercial traduit un dirigisme étatique qui permet de faire correspondre le prix du bail à la valeur locative. Par conséquent, le loyer initial, bien que librement fixé par les parties, est indirectement influencé par son évolution puisque le montant de celui-ci ne doit pas être trop éloigné de la valeur locative prise en compte lors du renouvellement ou de la révision du bail. Les clauses d'indexation sont également encadrées : selon l'article L.145-39 du Code de commerce, la révision du loyer peut être demandée chaque fois que, par le jeu de ces clauses, le montant du bail se trouve augmenté ou diminué de plus d'un quart par rapport au loyer fixé à l'origine. Cette mesure est donc en faveur des preneurs et freine l'augmentation du loyer[771].
Selon les articles L.147-37 et L.147-38 du Code de commerce, une demande en révision du loyer peut être sollicitée après trois ans de location. Le montant doit alors correspondre à la valeur locative qui est déterminée selon les critères énumérés à l'article L.145-33 du même code. Le législateur a encore ajouté un plafonnement puisque lors de la révision du montant du bail, la majoration ou la diminution de ce dernier ne peut excéder l'indice trimestriel des loyers

768 Décret n°53-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal, JORF du 1er octobre 1953, p.8618.

769 Ordonnance n°2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du Code de commerce, JORF n°0219 du 21 septembre 2000, p.14783, texte n°22.

770 Article L.145-4 alinéa 1er du Code de commerce : « La durée du contrat de location ne peut être inférieure à neuf ans ».

771 HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.) et LÉCUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, 3ème éd., L.G.D.J., Paris, 2012, p.799.

commerciaux ou l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires mentionnés à l'article L.112-2 du Code monétaire et financier.

440. En matière de renouvellement du bail, le loyer doit également correspondre à la valeur locative[772]. Pour ne pas laisser une trop grande possibilité aux propriétaires d'augmenter trop fortement leur loyer, le législateur est intervenu ici aussi afin d'y apporter des limites. A ce titre, l'article L.145-34 du Code de commerce énonce que sauf modification notable des éléments caractérisant la valeur locative, le loyer renouvelé ne peut excéder la variation de l'indice trimestriel des loyers commerciaux ou de l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires mentionnés à l'article L.112-2 du Code monétaire et financier.
Toutes ces mesures résultant de l'intervention du législateur pour protéger les preneurs sont louables. Néanmoins, le risque d'insatisfaction des bailleurs n'est pas négligeable, ces derniers peuvent alors avoir recours à des mécanismes compensatoires tels que le « pas-de-porte » qui représente le prix supplémentaire que le locataire paye au moment de la conclusion d'un bail commercial afin de s'installer dans le local.

441. Enfin, le législateur s'est également immiscé dans les relations contractuelles en matière de bail rural. Le code rural et de la pêche maritime prévoit que le prix du fermage est divisé entre le prix du loyer des bâtiments d'habitation et du loyer des bâtiments d'exploitation des terres nues[773]. L'alinéa 2 de l'article L.411-11 du Code rural énonce que « le loyer des bâtiments d'habitation est fixé en monnaie entre des maxima et des minima qui sont arrêtés par l'autorité administrative sur la base de références calculées d'après des modalités définies par décret ». Par conséquent, c'est le préfet, représentant de l'Etat, qui fixe par arrêté les maxima et minima des loyers des bâtiments d'habitation. Ces loyers sont actualisés tous les ans selon la variation de l'indice de référence des loyers publié par l'Institut national de la statistique et des études économiques chaque trimestre et qui correspond à la moyenne, sur les douze derniers mois, de l'évolution des prix à la consommation hors tabac et hors loyers[774].
Le prix du loyer des terres nues et des bâtiments d'exploitation est fixé en monnaie entre des maxima et des minima arrêtés par l'autorité administrative, ils sont actualisés tous les ans selon la variation d'un indice national des fermages[775].

772 Article L.145-33 du Code de commerce.

773 Article L.411-11 alinéa 1er du Code rural et de la pêche maritime.

774 Article L.411-11 alinéa 2 du même Code.

775 Article L.411-11 alinéa 3 et 4 du même Code.

442. Si le législateur intervient dans le contrat de bail en choisissant de plafonner le prix du loyer renouvelé afin de protéger les locataires d'un coût à la location trop élevé, il adopte la méthode d'un seuil minimum pour la fixation du prix de la rémunération dans le contrat de travail.

2) L'intervention étatique dans le contrat de travail

443. Le Code du travail ne définit pas à proprement parler le contrat de travail. Néanmoins, la jurisprudence a progressivement dégagé divers éléments de cet acte juridique et la doctrine a pu en donner une définition. Le contrat de travail s'analyse comme « le contrat par laquelle une personne physique (le salarié) s'engage à exécuter un travail sous la subordination d'une personne physique ou morale (l'employeur), en échange d'une rémunération [776]». Sur ce dernier point les parties, selon la théorie de l'autonomie de la volonté, sont en principe libres de fixer le salaire du salarié. Néanmoins puisqu'en raison de l'existence d'une subordination, les relations de travail ne sont pas équilibrées, l'intervention du législateur a été rendue indispensable et notamment en matière de minima sociaux.

444. Les textes supranationaux ont, à ce titre, considéré qu'il était nécessaire de fixer une « rémunération qui procure, au minimum, à tous les travailleurs, un salaire équitable et une rémunération égale pour un travail de valeur égale sans distinction aucune » et « une existence décente pour eux et leur famille »[777]. Afin d'instaurer une rémunération minimale, deux voies peuvent être suivies : faire confiance à la négociation telle qu'elle est défendue en Grande-Bretagne ou faire intervenir le législateur afin qu'il fixe de manière autoritaire un salaire minimum, comme cela est le cas en France. Les pouvoirs publics français sont intervenus en adoptant la loi du 11 février 1950[778] donnant naissance au Salaire Minimum Interprofessionnel Garanti (SMIG) auquel tous les salariés peuvent prétendre qu'ils dépendent ou non d'une convention collective. Ce système n'a pas pour objectif de fixer le niveau du salaire ou d'augmenter tous les salaires, il a pour but de garantir à tous les salariés le salaire minimal indispensable pour vivre selon le rapport précédant le décret du 23 août 1950[779] portant fixation du SMIG. Le niveau du SMIG dépend alors des

776 AUZERO (G.), DOCKÈS (E.), *Droit du travail*, Dalloz, 30ème éd., Paris, coll. Précis, 2016, p.231.

777 Article 7 du pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 et article 4-1 de la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961.

778 Loi n°50-205 du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail, JORF du 12 février 1950, p.1688.

779 Décret n°50-1029 du 23 août 1950 Salaire Minimum Interprofessionnel Garanti, JORF du 24 août 1950, p.9061.

« conditions économiques générales et de l'évolution du revenu national et, d'autre part, de l'avis de la Commission supérieure des conventions collectives[780]».

445. La logique suivie par le législateur a été la même pour la mise en place du Salaire Minimum Interprofessionnel de Croissance (SMIC) par la loi du 2 janvier 1970[781] figurant actuellement aux articles L.3231-1 et suivants du Code du travail. Le SMIC a un double objectif : assurer la garantie du pouvoir d'achat aux salariés dont les rémunérations sont les plus faibles ainsi que leur participation au développement économique de la Nation. Afin de parvenir à remplir ces objectifs, un complexe système de revalorisation a été institué par les pouvoirs publics et plusieurs fois modifié par la suite. Récemment, le décret du 7 février 2013[782] a remanié les modalités de revalorisation du SMIC : ainsi, la garantie du pouvoir d'achat est assurée par l'indexation du salaire minimum sur l'inflation mesurée pour les ménages du premier quintile de la distribution des niveaux de vie, permettant de mieux prendre en compte le poids des dépenses contraintes qui pèsent sur ces ménages comme le loyer ou les dépenses énergétiques. Quant à la participation au développement économique de la nation, le SMIC est revalorisé sur la base de la moitié du gain de pouvoir d'achat du salaire horaire moyen des ouvriers et employés, et non plus des seuls ouvriers.

446. Les différentes illustrations de l'intervention étatique dans la détermination du prix du contrat posent la question de leurs effets sur le contrat formé par les parties et du juste équilibre entre liberté contractuelle et ordre public.

B- LES CONSÉQUENCES DE CES INTERVENTIONS SUR LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE

447. Au cours des dernières années, le législateur a cherché de plus en plus à protéger les parties faibles aux contrats (ici le salarié ou le locataire) afin de pallier le difficile contexte économique et social. Il a notamment imposé des modalités strictes de fixation du prix. Il a choisi pour cela de réglementer des contrats en y imposant des règles d'ordre public. Pour certains contrats, le législateur a préféré la voie du contrat imposé mais dont le contenu reste à l'entière liberté des parties, comme c'est le cas en matière d'assurance automobile. Pour d'autres, le législateur laisse aux parties le choix de contracter ou non mais sa présence s'impose dans le contenu même du contrat

780 GARDOUNIS (E.), *La détermination du prix dans le contrat : étude comparée entre le droit français et le droit hellénique,* th., préf. C. JAMIN, Bruylant, 2007, p.340.

781 Loi n°70-7 du 2 janvier 1970 portant réforme du salaire minimum garanti et création d'un salaire minimum de croissance, JORF du 4 janvier 1970, p.141.

782 Décret n°2013-123 du 7 février 2013 relatif aux modalités de revalorisation du salaire minimum de croissance, JORF n°0033 du 8 février 2013, p.2266, texte n°17.

qui est alors presque entièrement d'ordre public comme c'est le cas dans les exemples précédemment traités.

448. L'ordre public a connu une expansion considérable à tel point que l'on ne parle plus d'un ordre public mais d'ordres publics touchant toutes les branches du droit puisqu'il existe aujourd'hui un ordre public social, pénal, économique... Il faut ajouter à cela également une distinction dans le vocable utilisé entre ordre public de direction et ordre public de protection. Si le premier a pour objet la défense des intérêts de la collectivité dans son ensemble, le second est davantage attaché à la défense d'intérêts particuliers et bien souvent à la défense de la partie faible au contrat. Néanmoins, il est important de souligner sur ce point que les frontières entre ordre public de protection et ordre public de direction deviennent de plus en plus floues. Certaines règles peuvent d'ailleurs donner l'impression d'un « ordre public composite[783] » comme c'est le cas en droit du travail[784] et en matière de baux d'habitation dont les dispositions intéressent tant l'intérêt général que les intérêts privés. La notion d'ordre public est un outil dans les mains de l'Etat pour influencer le contenu de l'objet contractuel laissé normalement à la libre appréciation des parties.

449. Les dispositions règlementant le salaire minimum en droit du travail comme celles réglementant les baux d'habitation ou la révision des baux commerciaux ont toutes en commun d'être des dispositions d'ordre public[785].
Ainsi, en matière de baux commerciaux, la révision du loyer est soumise à l'ordre public de protection. Cela se manifeste par l'interdiction faite aux parties de contredire dans la convention les règles imposées par ce statut. La loi du 6 juillet 1989 relève également de l'ordre public de protection. Enfin, le SMIC est à la fois la manifestation de l'ordre public économique de protection en ce qu'il protège le salarié et de l'ordre public de direction puisqu'il constitue une mesure générale économique. On parle généralement dans ce domaine d'un ordre public social : en matière de salaire, les parties ne peuvent déroger, dans le contrat, à une norme supérieure uniquement si les dispositions régissant la rémunération sont plus favorables pour le salarié.
Par conséquent, l'ordre public qui résulte de l'intervention du législateur semble l'emporter nécessairement sur la volonté des individus puisque les parties n'ont pas une liberté totale quant au contenu du contrat qui les lie. Le législateur leur impose un frein notamment lorsque le contrat peut

783 *Id.,* n°188.

784 RADÉ (C.), « L'ordre public social et la renonciation du salarié », *DS*, 2002, p.931.

785 Sur la notion d'ordre public en droit du travail voir notamment : CANUT (F.), *L'ordre public en droit du travail*, th., préf. F. GAUDU, L.G.D.J., Paris, coll. Bib. Institut André Tunc, 2007, 532p.

être potentiellement déséquilibré[786].

450. Quelles sont alors les conséquences d'une clause qui serait contraire à l'ordre public ? Les règles régissant les sanctions de la violation de l'ordre public se caractérisent par leur diversité. Ainsi, selon l'article L.145-15 du Code de commerce, modifié par la loi Pinel[787] prévoit que toute clause qui a pour objet de faire échec au droit de renouvellement de bail et également aux dispositions sur la révision du loyer des articles L.145-37 à L.145-41, est réputée non écrite.
En matière de baux d'habitation, les dispositions qui seraient contraires à l'ordre public de protection qui est rattaché à la loi du 6 juillet 1989 sont frappées par la nullité relative. Par ailleurs, l'employeur qui verse un salaire inférieur au SMIC est passible d'une amende de 1500 euros et peut être amené à verser des dommages-intérêts au salarié si celui-ci se porte partie civile.

451. Il existe alors une forte tension entre le principe de la liberté contractuelle, l'autonomie de la volonté et le principe d'ordre public, très présente dans les contrats dans lesquels le législateur intervient. En analysant le mode de fixation des prix au travers du contrat de bail et du contrat de travail, il est possible de se demander ce qu'il reste aujourd'hui finalement de la liberté contractuelle et de la libre négociation des prix au moment de la conclusion du contrat ?
Quelle est la marge de négociation laissée aux parties en tenant compte de la règle de l'article 6 du Code civil selon laquelle « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs » ? Comme le souligne un auteur « on ne dit pas assez que le développement considérable des codifications particulières, légales ou éditoriales, est un effet visible de cette autonomie désormais acquise des statuts d'ordre public et ce malgré de permanentes protestations des pouvoirs publics en faveur de la liberté et de l'autonomie des sujets économiques[788] ».

452. Le droit du travail à ce titre dispose dans son article L.1221-1 que « le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun ». Pourtant l'on constate l'expansion de l'ordre public social en droit du travail et par conséquent, le droit commun ne semble plus être très présent. Un principe important irrigue le droit du travail : le principe de faveur. Notion fuyante, le principe de faveur est

786 « L'autonomie de la volonté peut constituer un moyen d'oppression des faibles par les puissants » : GROSLIÈRE (J.), « Le congé en matière de bail », *JCP G,* 1959, I, 1937, n°3.

787 Loi n°2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, JORF n°0140 du 19 juin 2014, p.10105, texte n°1.

788 HAUSER (J.) et LEMOULAND (J.-J.), *«* Ordre public et bonnes moeurs *»*, *Rép. Dal. Civ*., 2016, n°75.

un principe fondamental en droit du travail[789] signifiant qu'en cas de conflit entre deux normes, c'est la norme la plus favorable pour le salarié qui devra être appliquée[790]. Or, la loi du 4 mai 2004[791], dite loi *Fillon,* a permis à des accords collectifs inférieurs de déroger à des dispositions conventionnelles supérieures[792] ou des dispositions légales plus favorables aux salariés. Il est possible de se demander si cette force d' « opt-out » (le droit de déroger au droit) ne va pas être possible pour les contrats individuels. Ainsi, serait-il possible, au nom de la liberté contractuelle, qu'un contrat de travail déroge à la règle supérieure selon laquelle le salaire prévu ne peut être inférieur au salaire minimum légal. Bien que l'ordre public dérogatoire ait donné la possibilité aux partenaires sociaux de retenir une norme moins favorable que celle prévue par la loi suite à une ordonnance d'Auroux[793], « l'ordre public social n'est pas mort avec la loi du 4 mai 2004 : pas plus qu'auparavant par exemple, un accord collectif ne peut déroger *in pejus* à la loi, ou un contrat de travail à l'ensemble des normes qui lui sont supérieures [794]». La règle imposant un salaire minimum étant d'ordre public, un contrat individuel ne pourra y déroger au risque d'être sanctionné sur la base de l'article 6 du Code civil qui dispose qu'« on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs ».

453. En matière de bail, qu'il soit rural, d'habitation ou commercial, l'ordre public s'est étendu laissant de moins en moins de place à la liberté des parties « ces réglementations impératives vont très souvent jusqu'à la détermination autoritaire du prix encore que, en abrogeant en 1986 les dispositions de l'ordonnance de 1945 sur le contrôle des prix, le législateur français ait affirmé le retour à la liberté, principe général contredit largement par les dispositions particulières [795]».
Il peut s'avérer difficile de voir encore de la liberté contractuelle en matière de fixation du prix tant l'intervention de l'Etat se multiplie afin de protéger les parties les plus modestes, les plus faibles. Cette idée est confortée notamment par la proposition qui a été faite, par exemple, de fixer le loyer initial dans le cadre d'un contrat de bail d'habitation par voie réglementaire. Néanmoins cette

789 Le Conseil constitutionnel a néanmoins refusé de l'ériger en principe à valeur constitutionnelle : Cons. Constit. 29 avril 2004, n°2004-494, JO 5 mai 2004, p.7998, texte n°2, Recueil, p.91.

790 Cass. Soc. 17 juillet 1996, n°95-41.313, Bull. 1996, V, n°297, p.209.

791 Loi n°2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, JORF, n°105 du 5 mai 2004, p.7983, texte n°1.

792 Article L.2252-1 et L.2252-3 du Code du travail.

793 Ordonnance n°82-41 du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés, JORF du 17 janvier 1982, p.295.

794 RAY (J.-E.), *Droit du travail, Droit vivant*, Editions Liaisons, 24ème éd., Paris, 2015, p.200.

795 HAUSER (J.) et LEMOULAND (J.-J.), *op. cit.*, n°75.

proposition « revient à perpétuer un dirigisme intrusif qui n'est plus guère dans l'esprit des temps[796] ». L'intervention du législateur se justifie par le besoin de protéger l'intérêt général et celui des particuliers en recherchant un équilibre entre les intérêts divergents, surtout dans un contexte où le « dogme du libre marché a été ébranlé par la crise économique [797]».

454. L'intervention de l'Etat dans la formation des contrats n'intéresse pas exclusivement la détermination du prix du contrat. L'Etat ou encore des organismes professionnels peuvent également proposer ou imposer aux parties l'usage des contrats-types.

II- LA PRATIQUE JURIDIQUE, SOURCE DE CRÉATION DU DROIT PAR L'INTERVENTION DE TIERS

455. La standardisation des contrats, dont sont issus les contrats-types, est la réponse nécessaire[798] à la « manifestation d'un phénomène plus général d'accélération du temps juridique[799] ». Recouvrant des termes divers tels que conditions générales, clauses-types, formules notariales, les contrats-types sont la preuve de l'adaptabilité du droit des contrats aux exigences économiques actuelles. Ainsi, « conjuguant rapidité et sécurité, ces formules-types contribuent, par la normalisation du contenu des contrats individuels, à la construction d'un droit des contrats professionnels[800] ». Bien qu'ils ne fassent l'objet d'une reconnaissance quelconque dans le droit positif, les contrats-types peuvent être définis comme une « simple formule, établie par un organisme professionnel ou par l'administration, destinée à servir de modèle pour de futurs contrats que des sujets de droit concluront éventuellement plus tard[801] ». Ils n'ont, en effet, aucune force juridique en tant que tels. Ils doivent davantage être perçus comme une technique contractuelle

796 DE LA VAISSIÈRE (F.), « Quelles inspirations pour la réforme « Duflot » de la loi du 6 juillet 1989 ? », *AJDI*, 2015, p.321.

797 LEQUETTE (Y.), « Ouverture. Les mutations de l'ordre public contractuel», *RDC*, 2012, p.262.

798« Les pratiques circulent parce que les hommes se parlent, se regroupent et s'entendent, communiquent ou se copient, dans un souci souvent bien rationnel d'imitation et d'uniformisation. Les emprunts de pratiques juridiques réalisent alors une forme spontanée d'unification du droit, manifestation d'un besoin d'harmonisation des techniques, des méthodes et des rouages à l'oeuvre dans des secteurs professionnels », MOLFESSIS (N.), « Les pratiques juridiques, source du droit des affaires. Introduction », *LPA*, 2003, p.4.

799 CHANTEPIE (G.), « De la nature contractuelle des contrats-types », *RDC*, 2009, p.1233.

800 *Ibid*.

801 LÉAUTÉ (J.), « Les contrats-types », *RTD civ*, 1953, p.430.

auquel l'accord final des parties va conférer force obligatoire.

456. Ce qui caractérise bien souvent les contrats-types est l'auteur de leur rédaction qui est tiers au contrat, encore qu'il ne faille pas oublier que certaines des formules sont rédigées par une des parties elle-même, qui prévoit à l'avance la conclusion de plusieurs autres contrats sur le même modèle. Deux types de tiers interviennent dans la rédaction des contrats-types : le pouvoir réglementaire et les rédacteurs privés qui sont bien souvent des organismes professionnels.

457. Le pouvoir réglementaire peut être à l'origine de la rédaction de contrats-type destinés à encadrer la conclusion de contrats entre l'administration et les particuliers ou entre les particuliers eux-mêmes, lorsque la relation contractuelle s'inscrit dans une « mission des pouvoirs publics [802]». C'est notamment le cas du contrat-type d'apprentissage en Droit du travail qui est déterminé par un arrêté des ministres chargés de la formation professionnelle, de l'agriculture et des transports, après avis du Conseil national de l'emploi, de la formation et de l'orientation professionnelles[803].
Il est fréquent également que les pouvoirs publics ne soient pas directement à l'origine de ces contrats et n'interviennent qu'en aval d'un processus de concertation entre acteurs d'un secteur économique et social. Les pouvoirs publics sont alors chargés d'approuver ou d'homologuer ces contrats-types. A titre d'illustrations, le décret du 5 avril 2013[804] établit un contrat-type de commission de transport[805] organisant les relations contractuelles entre les parties en matière de transport de marchandises. Si les contrats de baux ruraux sont conclus verbalement, l'article L.411-4 du Code rural et de la pêche maritime prévoit qu'ils doivent être établis aux conditions fixées par le contrat-type établi par la commission consultative des baux ruraux. Depuis le décret d'application du 26 mars 2015[806] de la loi ALUR du 24 mars 2014, les syndics de copropriété doivent respecter un contrat-type défini en Conseil d'Etat. Enfin, en droit de la consommation, jusqu'à la loi du 1er juillet 2010[807], l'offre préalable de crédit devait être conforme au contrat-type fixé par le Comité de

802 CHANTEPIE (G.), *op. cit.*, p.1233.

803 Article R.6222-5 du Code du travail.

804 Décret n°2013-293 du 5 avril 2013 portant approbation du contrat type de commission de transport, JORF n°0082 du 7 avril 2013, p.5793, texte n°2.

805 Voir à ce sujet : KENFACK (H.), « Droit des transports. Janvier 2013-Juillet 2014 », *D.*, 2014, p.2272.

806 Décret n°2015-342 du 26 mars 2015 définissant le contrat-type de syndic de copropriété et les prestations particulières, prévus à l'article 18-1 A de la loi n°65-557 du 10 juillet 1965 modifiée fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, JORF n°0074 du 28 mars 2015, p.5616, texte n°20.

807 Loi n°2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, JORF n°0151 du 2 juillet 2010, p.12001, texte n°1.

réglementation bancaire[808].

458. Il est également possible que des organismes professionnels, tiers au contrat final, rédigent certains de ces contrats-types qu'ils proposent ensuite aux membres de leur profession afin que ces derniers les utilisent dans leurs propres rapports contractuels, « tendant à la création d'un droit professionnel pour le compte et au profit de membres de la profession[809]», droit issu de la pratique dans lequel le contrat-type est « une réponse imaginée par les acteurs de terrain pour résoudre une difficulté, là où la loi ne dit rien de particulier... ou rien de satisfaisant[810] ». L'exemple le plus intéressant et caractéristique de ce phénomène est sans doute celui de la formule notariale[811] qui a pour but de sécuriser les conventions en permettant d'aider le notaire rédacteur puisqu'elle est avant tout remède contre l'omission. En effet, le tiers rédacteur s'assure par la formule que toutes les clauses seront présentes dans l'acte, en enlevant, si besoin, les clauses superflues. N'ayant plus à se soucier des risques de l'omission d'une clause importante, le tiers peut alors se concentrer davantage sur son devoir de conseil. De plus, la formule permet une rédaction uniforme quel que soit le lieu géographique ou la catégorie de clientèle. Il faut noter également l'existence de formules types en matière d'assurance, rédigées par les organisations professionnelles.

459. Lorsqu'il émane des organisations professionnelles, le contrat-type permet de « constater l'existence de clauses adoptées par les entreprises ou les professionnels dans leur relation avec leur clientèle. Beaucoup de ces contrats ne sont pas imposés, ils sont seulement suggérés. Ils font figure de modèles regroupant les usages de la profession. Ils répondent « à un besoin profond du commerce contemporain. Ils permettent de réduire la durée de la phase précontractuelle et de suivre ainsi le rythme de plus en plus rapide de la vie des affaires [812]».

460. Néanmoins, même si les organisations professionnelles semblent les mieux à même pour connaître les besoins économiques et sociaux de leur profession, un danger existe[813] : en laissant la possibilité aux groupements professionnels de créer des contrats-types, les pouvoirs publics leur

808 Ancien article L.311-13 du Code de la consommation.

809 GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SÉRINET (Y.-M.), *Traité de droit civil. La formation du contrat. T1 : le contrat-le consentement*, Paris, 4ème édition, LGDJ, 2013, p.508.

810 STOFFEL-MUNCK (P.), « La diffusion des pratiques juridiques en droit des affaires », *LPA*, 2003, p.36.

811 Voir à ce sujet : HUBER (R.), « La standardisation par la formule », *JCP N*, 2012, p.46.

812 LÉAUTÉ, *op. cit.*, p.434.

813 Ce danger était déjà souligné par Léauté et vaut pour les contrat-types qui ont pour rédacteurs les groupements professionnels directement ou ceux rédigés par ces derniers et approuvés par les pouvoirs publics.

délèguent le pouvoir de créer du Droit.

Or, la standardisation peut présenter certains risques : chaque situation contractuelle présente sa particularité. Le contrat-type « réduit les intentions des parties à la même expression [814]» sans toujours prendre en compte l'originalité de chaque contrat et de chaque contractant. Il est possible de douter, par exemple, que l'insertion systématique de clause-type dans un contrat notarié reflète la volonté des parties. Alors que le vœu du notaire est de sécuriser le contrat, ce dernier encourt l'invalidité lorsque les parties n'ont pas consenti aux clauses par défaut de connaissance. A ce risque, peut être ajouté celui de l'insertion automatique par le tiers rédacteur dans le contrat des parties de deux clauses qui seraient manifestement contradictoires. Le tiers rédacteur ne doit pas avoir une confiance aveugle dans la standardisation.

461. En outre, au delà des seuls dangers entourant la forme du contrat, la question de la légitimité des rédacteurs de contrats-types doit être soulevée. Si ces derniers sont le fruit de groupements professionnels, ils peuvent être les « instruments d'une lutte économique sans merci, à l'issue de laquelle ils permettent aux plus forts de dicter leur loi aux plus faibles[815] ». Ces formules peuvent alors servir les intérêts des groupements professionnels au détriment de ceux des consommateurs[816].

La question se pose notamment lorsque le pouvoir règlementaire n'intervient qu'en aval pour approuver ou homologuer un contrat-type émanant d'organisations professionnelles. Il est impossible aujourd'hui de nier l'importance des lobbying et leur influence sur la construction du droit positif. Le contrat-type se révèle alors être un instrument de poids dans l'économie libérale.

462. En outre, quelle est la force attribuée aux clauses-types émanant de tiers au contrat principal ? Les contrats-types sont un cadre dans lequel les parties vont choisir ou non d'intégrer leur accord final. Elles peuvent l'utiliser comme l'ossature de leur contrat ou peuvent l'écarter en partie ou entièrement. Une tension existe alors entre la liberté contractuelle qu'elles s'accordent en négociant une partie de leur contrat et la partie qu'elles s'imposent en respectant le contrat-type. Généralement néanmoins, le contrat-type s'applique de manière tacite lorsqu'il n'existe aucune dispositions contraires précises... ou lorsqu'une clause conventionnelle est réputée non écrite.

463. Ainsi la « Saga Chronopost » apporte des précisions sur deux points à ce propos dans le

814 LÉAUTÉ, *op. cit*., p.435.

815 *Ibid.*

816 REVET (T.), « L'uniformisation de l'interprétation : contrats-types et contrats d'adhésion », *RDC*, 2015, p.199.

domaine du transport rapide : d'une part, lorsqu'une clause contractuelle limitative de responsabilité est réputée non écrite, les juges appliquent en substitution la clause du contrat-type limitative de responsabilité d'origine réglementaire. D'autre part, la clause-type « légale » qui vient se substituer peut être en tout point similaire à la clause réputée non écrite (ce qui relève de l'absurde !). Le professionnel lésé, partie au contrat ne peut contester la clause-type réglementaire établie par un tiers qu'à la condition de prouver la faute lourde de son cocontractant. Il est important de rappeler ici les épisodes jurisprudentiels de cette « saga » pour en analyser les apports.

Une PME souhaitant envoyer deux plis à l'office national interprofessionnel des viandes pour une soumission à une adjudication de viande, utilise les services de Chronopost. Les deux plis doivent impérativement arriver le lendemain de leur expédition, ce que la société Chronopost, spécialisée dans la livraison rapide, s'engage à faire. Cette dernière manque la mission et les courriers arrivent après l'échéance. La PME qui ne peut donc voir son offre soumise à l'office national interprofessionnel des viandes décide d'engager une procédure contre la société Choronopost en réparation de ses préjudices subis. Pour sa défense, cette dernière invoque une clause du contrat qui prévoit qu'en cas de retard de livraison, le client est indemnisé au prix du transport que celui-ci a payé. Les juges du fond déboutent le demandeur et donnent raison à la société de transport en application de l'article 1150 ancien du Code civil et font application de la clause limitative de responsabilité. La PME forme alors un pourvoi en Cassation. Par un arrêt du 22 octobre 1996[817], la Cour de cassation casse la solution des juges d'appel au motif qu'« 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, 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 ». Il peut être déduit que cette solution que, dès lors qu'une clause limitative de responsabilité va à l'encontre de l'obligation principale du débiteur, soit ici délivrer le courrier dans les temps, l'obligation du cocontractant de payer le service se trouve par conséquent sans cause. Cette jurisprudence montre les dangers que peut présenter une clause-type imposée au cocontractant puisqu'elle est susceptible de créer un déséquilibre au détriment de ce dernier. Le juge doit alors être le garant de la protection de la partie à qui les termes du contrat ont été imposés par le biais d'un contrat-type.

464. Par la suite, un arrêt de la Cour de cassation du 9 juillet 2002[818] vient apporter une

817 Cass. Com. 22 octobre 1996, n°93-18.632, Bull. 1996, IV, n°261, p.223 ; *JCP E*, 1997, p.49, K. ADOM ; *D*., 1997, p.145, C. LARROUMET ; *Gaz. Pal*, 1997, p.12, R. MARTIN.

818 Cass. Com. 9 juillet 2002, n°99-12.554, Bull. 2002, IV, n°121, p.129 ; *JCP G*, 2002, p.2031, M. BILLIAU et G. LOISEAU ; *CCC*, 2003, p.6, L. LEVENEUR ; *JCP E*, 2003, p.1379, I. BON-GARCIN.

précision : la suppression de la clause limitative de réparation prévue contractuellement étant réputée non écrite entraîne l'application du droit commun des transports et non du droit commun des contrats comme le suggérait la Cour d'appel de renvoi. Or, le droit commun des transports prévoit dans ce cas, un contrat-type messagerie[819] qui dispose que la réparation qui est due par la société de transport en cas de retard est limitée au prix du transport. La Cour de cassation répute non écrite une clause qui limite la responsabilité du transporteur puisqu'elle contrevient à l'obligation principale de ce dernier... pour appliquer le droit commun des transports qui prévoit exactement la même chose. Ce qui « revient à faire entrer par la fenêtre ce qui est sorti par la porte[820] »...

465. Comment alors échapper à l'application de la clause-type pour le professionnel lésé ? L'arrêt du 9 juillet 2002 précise que la limitation de la responsabilité de la société Chronopost ne peut céder que lorsqu'une faute lourde a été commise par celle-ci. Le retard dans la livraison causé par la société Chronopost peut-il alors s'analyser comme une faute lourde susceptible de rendre inapplicable la clause réglementaire ? Un arrêt de la chambre mixte du 22 avril 2005[821] donne une définition de la faute lourde qui est « caractérisée par une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle », estimant par là même que le seul retard de livraison ne constitue pas une faute lourde. Le contactant professionnel n'a donc pas gain de cause, la clause-type réglementaire ne lui laissant aucune chance. Force est de constater alors que le contrat-type qui semble être un outil au service des usagers puisqu'il permet d'accélérer la conclusion du contrat et d'uniformiser le droit, peut finalement les desservir.

466. Si le contrat-type peut servir de cadre aux cocontractants en amont de la formation du contrat principal, le juge quant à lui peut intervenir pour modifier le contrat des parties en ajoutant à ce dernier des obligations qu'elles n'avaient pas prévues ou encore en révisant le contenu de ces obligations en cas d'imprévision.

819 Ce contrat-type est issu du décret n°99-269 du 6 avril 1999 portant approbation du contrat type applicable aux transports publics routiers de marchandises pour lesquels il n'existe pas de contrat type spécifique.

820 TOSI (J.-P.), « Chronopost 3 : l'épilogue ? », *D.*, 2005, p.1864.

821 Cass Ch. Mixte, 22 avril 2005, n°03-14.112, Bull. 2005, Mixte, n°4, p.10 ; *JCP E*, 2005, p.1634, C. PAULIN.

III- L'INTERVENTION DU JUGE DANS LE CONTENU CONTRACTUEL

467. Lorsque l'interprétation est nécessaire, le juge tiers au contrat doit rechercher la volonté des parties lors de la formation de l'acte juridique afin d'analyser le contenu du contrat. Néanmoins, il peut arriver que ces dernières n'aient pas pu prévoir ou n'aient pas voulu prévoir certaines obligations. Le juge va alors faire œuvre créatrice en insérant au contrat des obligations nouvelles, il va procéder au « forçage du contrat » (A). Très récemment, le législateur a également prévu la possibilité pour le juge de se substituer aux parties en cas d'imprévision afin de procéder à la révision du contrat (B).

A- LE « FORÇAGE DU CONTRAT[822] » PAR LE JUGE

468. Le contrat est la loi des parties. Ainsi, son contenu doit-il refléter précisément la volonté des cocontractants au moment de la formation du contrat, engageant chaque partie selon les obligations qui y sont stipulées. Néanmoins, il peut arriver que les parties n'aient pas anticipé une difficulté ou n'aient pas souhaité la soulever pour ne pas mettre en péril la conclusion de l'acte juridique ce qui amène une confusion dans l'esprit des cocontractants et de surcroit du juge.
C'est alors que la difficulté apparaît. Comment le juge peut-il résoudre un litige lorsque l'intention des parties n'a pas été exprimée, sauf à chercher une volonté supposée ? Le Code civil donnait au juge une réponse à l'ancien article 1135[823], réécrit au nouvel article 1194 : « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi ».
C'est ainsi que le juge, intervenant comme tiers au contrat des parties, se trouve chargé de combler les lacunes de ce dernier en usant de son pouvoir d'« interprétation créatrice[824] ». Dans ce cas, le juge s'émancipe du contrat des parties, il ne tient compte ni de son contenu ni même de ce que les parties ont souhaité. Le juge créé de nouvelles obligations, les ajoutant au contenu du contrat initial.

469. Pour Josserand, le forçage du contrat consiste à « développer, à hypertrophier le contenu

822 Expression utilisée pour la première fois par Josserand : JOSSERAND (L.), « Le contrat dirigé », *D.*, 1933, p.91. Voir aussi LEVENEUR (L.), « Le forçage du contrat », *Droit et patrimoine*, 1998, p.69 et suivantes.

823 « 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 ».

824 TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil. Les obligations,* Dalloz, Paris, coll. Précis, 2013, p.511.

obligatoire[825] » de la convention en créant des obligations à la charge des parties que ces dernières n'avaient pas voulues ou prévues. Pour l'auteur, le contenu du contrat n'est plus celui qu'elles ont souhaité mais celui qui leur a été imposé par le juge. Ce dernier, en s'immisçant dans la loi des parties, vient y insérer de nouvelles obligations comme le soulignent certains auteurs : « le juge ajoute au contrat une obligation, voire une modalité, à laquelle les parties n'avaient pas songé, et peut-être même qu'elles avaient implicitement écartées[826] ».

470. Mais que reste-t-il alors du principe d'intangibilité des contrats ? Que reste-t-il de la volonté des parties ? C'est la volonté des parties qui permet au contrat de créer de nouvelles obligations. L'intangibilité du contrat est un principe qui découle de l'autonomie de la volonté et de la force obligatoire ainsi que de la liberté contractuelle. Telle est la théorie, pourtant très critiquée, dont s'imprègnent encore de nombreuses dispositions du Droit positif. Le forçage du contrat par le juge tiers n'est-il pas la négation de la théorie de l'autonomie de la volonté et de l'intangibilité des conventions, de la liberté contractuelle laissée aux parties de choisir le contenu de leur convention ?
Il est intéressant de montrer que le juge prend appui parfois sur une volonté tacite des parties, afin de rattacher une obligation nouvelle au contrat. C'est ainsi que le juge a créée de nouvelles obligations telles que l'obligation de sécurité et l'obligation d'information.
En effet, l'obligation de sécurité a été « découverte » par la jurisprudence dès 1911[827] dans un arrêt relatif au contrat de transport selon lequel « l'exécution du contrat de transport comporte, pour le transporteur, l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination ». Cet arrêt de principe est confirmé en 1933[828] par les juges de la Haute cour : « en vertu du contrat de transport, la compagnie de chemin de fer assume envers la personne transportée l'obligation de la conduire saine et sauve à destination ».
Les juges ont par la suite adjoint à cette obligation de sécurité une stipulation implicite pour autrui, dès 1932[829] : en l'espèce, un voyageur au cours de son trajet en train tombe sur la voie et décède. Le décès de celui-ci cause alors un préjudice moral et financier à sa veuve et ses enfants. Alors que ces derniers ne sont pas les cocontractants de la compagnie de transport, ils ne peuvent *a priori* que faire jouer la responsabilité délictuelle du transporteur. Cependant, aucune faute n'étant établie, la famille ne pouvait agir sur le terrain de la responsabilité délictuelle. Sans faute, aucun lien de

825 JOSSERAND, *op. cit.,* p.90.

826 MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit des obligations*, LGDJ, 8ème éd., Paris, 2016, p.396.

827 Cass. Civ. 21 novembre 1911, Cie générale transatlantique, DP, 1913, I, p.249.

828 Cass. Civ. 24 mai 1933.

829 Cass. Civ. 6 décembre 1932, DP 1933, p. 177, note L. JOSSERAND.

causalité ne peut être prouvé.

La Cour de cassation a alors fait appel à la notion de stipulation pour autrui : « attendu qu'en vertu du contrat de transport, la compagnie de chemins de fer assume envers la personne transportée l'obligation de la conduire saine et sauve à destination ; qu'en cas d'accident mortel survenu en cours d'exécution du contrat, le droit d'obtenir réparation du préjudice s'est ouvert, en vertu de l'article 1147 du Code civil au profit du conjoint et des enfants de la victime en faveur de qui celle-ci a stipulé, sans qu'il ait été besoin de le faire expressément ». Le transporteur a de ce fait l'obligation d'indemniser les ayants-droit de la victime d'un accident mortel.

Néanmoins, cette position de la Cour de cassation a été vivement critiquée par la doctrine puisqu'elle repose sur la volonté présumée des parties[830] : « le juge ne constate pas ce que les parties ont voulu : il le devine, non pas d'ailleurs par hasard, mais d'après ce que, personnellement, il estime juste. Ces interprétations divinatoires ne sont qu'en apparence des interprétations de volonté[831] ».

471. Cette immixtion du juge au stade de la formation du contrat s'est aussi étendue à de nombreux autres actes juridiques, créant une obligation de sécurité à la charge de l'exploitant d'un manège envers ses clients[832], l'exploitant d'une piste de bob-luge[833]. Il en va de même pour les centres de transfusion sanguine : « les centres de transfusion sanguine sont tenus de fournir aux receveurs des produits exempts de vices et qu'ils ne peuvent s'exonérer de cette obligation de sécurité que par la preuve d'une cause étrangère qui ne puisse leur être imputée[834]». De plus, les juges ont également mis à la charge de vendeurs une obligation de « ne livrer que des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou pour les biens [835]». Enfin, la jurisprudence a également mis une obligation de sécurité à la charge d'un établissement d'enseignement[836].

Le point commun de ces décisions réside dans la découverte d'obligation de sécurité mais en

830 Les auteurs Malaurie et Aynes la qualifient de « volonté artificielle », *Droit des obligations*, LGDJ, 8ème éd., 2016, p.396.

831 FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Droit civil. Les obligations. L'acte juridique*, Dalloz, 16ème éd., 2014, p. 418.

832 CA Nancy, 26 juin 1925 , D., 1927, II, p.25.

833 Cass. Civ. 1ère, 17 mars 1993, n°91-14.417, Bull. 1993, I, n°119, p.79.

834 Cass. Civ. 1ère, 12 avril 1995, n°92-20.747, Bull. 1995, I, n°179, p.129 ; *JCP G*, 1995, p.287, P. JOURDAIN ; *CCC*, 1995, p.1, L. LEVASSEUR .

835 Cass. Civ. 1ère, 11 juin 1991, n°89-12.748, Bull. 1991, I, n°201, p.132.

836 Cass. Civ. 1ère, 17 janvier 1995, n°93.13.075, Bull. 1995, I, n°43, p.29 ; *D.*, 1995, p.350, P. JOURDAIN.

référence à aucune volonté exprimée des parties, qui est pourtant la source initiale du contenu du contrat.

472. Les juges ont également mis à la charge des parties une obligation d'information et de conseils, ce qui montre bien leur volonté d'influer sur la formation du contrat en forçant la convention des parties. Ils le font, ici aussi, sans aucun renvoi à une quelconque volonté commune des parties[837]. C'est notamment ce qu'illustre, à titre d'exemple, l'arrêt du 20 janvier 1993 : « en diffusant leurs produits, les fabricants de substances phytosanitaires sont tenus de renseigner les utilisateurs sur les modes d'emploi et les incompatibilités qu'elles comportent ». Cette obligation d'information et de conseil a également été mise à la charge de nombreux professionnels tels que les avocats, les médecins, les courtiers, les banques...
Il serait impossible d'être exhaustif sur les obligations découvertes par les magistrats, néanmoins on peut souligner la création prétorienne d'une obligation d'assistance mise à la charge d'un vendeur de matériel informatif[838], d'une obligation contractuelle de surveillance accessoire à un contrat de location d'un salon pour une journée de formation[839], d'une obligation de non-concurrence dans un mandat d'intérêt commun[840], l'obligation pour un vendeur d'immeuble d'effectuer lors de la délivrance la radiation des hypothèques[841] ou encore l'obligation pour l'employeur d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leur emploi[842].

473. La recherche d'une volonté commune des parties même supposée s'avère vaine pour expliquer le fondement des décisions des juges. Des auteurs tels que les Professeurs Malaurie, Aynes et Stoffel-Munck[843] ainsi que les Professeurs Terré, Simler et Lequette[844] proposent de fonder ces décisions sur la bonne foi de l'alinéa 3 de l'ancien article 1134 du Code civil. En effet, il existe entre les cocontractants un devoir de coopération, issu de la bonne foi, qui s'impose dès la formation du contrat : un devoir de coopération s'exerce notamment entre un chef d'entreprise et un

837 Il est nécessaire néanmoins de souligner l'avis divergent de Madame Rachel Blough dans sa thèse qui estime quant à elle que l'obligation d'information puisse être conçue comme une suite de l'accord des parties : *Le forçage, du contrat à la théorie générale*, th., préf. D. FENOUILLET, PUAM, 2011, p.328 et s.

838 Cass. Com. 11 avril 1995, n°92-21.476, inédit.

839 Cass. Civ. 1ère 13 octobre 1987, n°86-10.124, Bull. Civ. 1987, I, n°262, p.190.

840 Cass. Com. 16 mars 1993, n°91-11.194, Bull. Civ. 1993, IV, n°109, p.75.

841 Cass. Civ. 3ème 7 novembre 1978, n°77-15.611, Bull. Civ. 1978, III, n°337, p.259.

842 Cass. Soc. 25 février 1992, n°89-41.634, Bull. 1992, V, n°122, p.74.

843 MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *op.cit.*, p.386.

844 TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, p.472.

salarié ayant des responsabilités. Ce devoir s'est développé dans les contrats de distribution, puisque distributeur et fournisseur sont amenés à conclure des contrats dans un objectif commun : conquérir certaines parts de marché. Pourtant, la bonne foi et le devoir de coopération ne concernent que les obligations que les parties ont souhaité et n'explique pas celles créées par le juge en tant que tiers au contrat.

Les juges font alors souvent appel à l'équité pour justifier la création de nouvelles normes contractuelles au visa de l'article 1135[845] du Code civil dont le contenu a été repris en substance à l'article 1194 nouveau du Code civil, la première application de l'article 1135 par les magistrats datant de 1989[846]. Les suites équitables qui ont ainsi été ajoutées par les juges résultent d'une interprétation objective et non subjective du contrat.

474. L'immixtion du juge tiers au contrat ne remet pas en cause pour autant le principe de liberté contractuelle. La Cour de cassation n'a pas hésité à casser certains arrêts des juges du fond créateurs de nouvelles obligations au visa de l'ancien article 1134[847].

Certains auteurs[848], partisans de la théorie de l'autonomie de la volonté comme fondement de toute relation contractuelle, souhaitent retenir l'interprétation créatrice[849] uniquement lorsque toute recherche de la volonté des parties est impossible à trouver. Ainsi, lorsque le contrat est clair et dépourvu d'ambiguité, le juge ne peut créer de nouvelles obligations sans aller à l'encontre de la loi des parties et du nouvel article 1193. Lorsque le contrat contient des éléments obscures voire entrant en contradiction les uns avec les autres, le juge procède à une interprétation subjective du contrat en s'appuyant sur une analyse de la véritable intention des parties. Enfin, lorsque le contrat est silencieux, le juge procède à une interprétation objective et en se fondant sur l'équité, et peut être amené à créer, si besoin, de nouvelles obligations contractuelles.

475. Mais pour le Professeur Jacques Ghestin « il est permis de penser qu'il n'y a aucun rapport de subsidiarité car l'objet de l'interprétation subjective n'est pas le même que celui de l'interprétation

845 Voir notamment MARTY (G.), « Rôle du juge dans l'interprétation des contrats », in *Etudes sur le rôle du juge*, Travaux de l'Association H. Capitant, 1949, p.94.

846 Cass. Civ. 1ère, 20 mars 1989, n°87-16.011, Bull. 1989, I, n°137, p.90.

847 Voir par exemple : Cass. Civ. 3ème, 30 mai 1996, 94-15.828, inédit.

848 Voir notamment SIMLER (P.), « Article 1156 à 1164 », *JCl. Civ.,* fasc. n° 10, 2015. Voir également ETIENNEY DE SAINTE MARIE (A.), « L' « interprétation créatrice » : l'interprétation et la détemination du contenu du contrat », *RDC*, 2015, p.166.

849 TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, p.502 et suivantes.

objective[850] ». Si la Cour de cassation censure un arrêt du juge des faits c'est que ce dernier a fait une mauvaise application de la méthode à l'objet. C'est pourquoi la Haute cour interdit aux juges du fond d'utiliser les possibilités de l'article 1135 du Code civil lorsque la partie a librement accepté un engagement clair et précis[851].

476. Le but de l'immixtion du juge doit être avant tout la recherche de ce qui est juste. Certes, il est vrai que la méthode d'interprétation subjective, la recherche de la commune intention des parties permet au juge d'individualiser le contrat, de préserver la volonté des parties mais aussi sa force obligatoire et par là même la sécurité juridique. Mais on ne peut ignorer le fait que si les parties ont consenti au contrat, il arrive qu'un déséquilibre soit présent dès l'origine. On peut facilement imaginer qu'une des parties soient économiquement plus forte ou plus instruite juridiquement ou qu'aucune des parties n'aient prévu lors de la formation du contrat les conséquences de l'absence d'une disposition[852].

Une volonté commune étant impossible à révéler, la méthode de l'interprétation subjective devient inutile sauf à faire dire aux parties ce qu'elles n'ont pas souhaité. Le recours à la méthode d'interprétation créatrice permet alors au juge tiers de rendre le contrat plus juste et équitable : « le rétablissement de la confiance dans le droit (au sens large) ne peut alors plus être réalisé que par le rétablissement objectif d'un certain équilibre des obligations, conformément à la justice. C'est pourquoi on dénombre de plus en plus d'arrêts de la Cour de cassation invoquant sans détours l'article 1135 du Code civil soit pour préciser les obligations des parties, soit pour renforcer le contenu obligatoire du contrat [853]».

Si on ne peut nier que la rencontre de la volonté des parties permet la création d'une nouvelle relation contractuelle, cette théorie n'est pas sans limite. Et il est alors indispensable de faire appel au juste et à l'utile pour guider le juge dans l'interprétation du contrat. Néanmoins, laisser la possibilité aux magistrats de rééquilibrer le contrat en s'immisçant dans la formation de l'acte juridique doit comporter certaines limites et ne doit pas aboutir à une instabilité juridique, voire à un déséquilibre inverse.

477. Lorsque les parties concluent un acte juridique dont l'exécution se fera dans le temps, elles doivent prendre en compte toutes les circonstances entourant la formation du contrat mais

850 GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, 3ème éd., LGDJ, 2001, p.75.

851 Voir notamment : Cass. Civ. 2 décembre 1947, Gaz. Pal., 1948, I, p.36.

852 GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILLIAU (M.), *op. cit.*, p.73.

853 GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILLIAU (M.), *op.cit*., p.76..

également toutes celles susceptibles d'advenir dans le futur. Mais ces circonstances peuvent être profondément modifiées avec le temps et des événements extérieurs. C'est pourquoi l'ordonnance du 10 février 2016 a innové, mettant fin à une jurisprudence ancienne, en donnant la possibilité au juge d'intervenir dans le contrat en révisant le contenu contractuel pour imprévision.

B- L'INTERVENTION DU JUGE EN MATIÈRE D'IMPRÉVISION[854]

478. Selon une jurisprudence constante, la Cour de cassation, depuis l'arrêt « Canal de Craponne [855]», rejette avec force la théorie de l'imprévision. Les juges, à l'occasion de ce célèbre arrêt, ont énoncé qu'il « n'appartenait pas aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants ». Malgré une position différente du Conseil d'Etat[856], la Cour de cassation n'a jamais modifié sa jurisprudence refusant de laisser aux juges la possibilité de modifier le contenu du contrat en cas d'imprévision. En dépit de la jurisprudence Huard[857] dans laquelle la Cour de cassation a sanctionné une partie pour ne pas avoir exécuté le contrat de bonne foi en privant son cocontractant de la possibilité de pratiquer des prix concurrentiels, commettant ainsi une faute de nature contractuelle ouvrant droit à réparation, la Haute cour n'est jamais revenue sur sa jurisprudence de 1876.

479. Bien que le principe d'intangibilité des conventions, dont la base réside dans la volonté des parties au moment de la formation du contrat soit fort, il est devenu difficile de croire que la volonté des parties soit toujours existante lorsqu'un déséquilibre se créée au moment de l'exécution du contrat. De plus, il est permis de se demander si l'on prend en compte cette volonté en rejetant la possibilité de réviser le contrat pour imprévision. Comme le fait remarquer Monsieur le Professeur Laurent Aynes, « aucune partie n'a voulu que soit obligatoire un contrat devenu inadapté aux circonstances économiques. En exiger l'exécution, c'est être de mauvaise foi[858] ». C'est donc bien par respect de la force obligatoire du contrat que devait être adoptée la révision pour imprévision

854 Sur la récente reconnaissance de la théorie de l'imprévision par le législateur et la place du juge, voir : REVET (T.), « Le juge et la révision du contrat », *RDC*, 2016, p.373.

855 Cass. Civ. 6 mars 1876, DP, 1876, I, 93.

856 CE 30 mars 1916, n°59928, Recueil Lebon 1916, n°2, p.125.

857 Cass. Com. 3 novembre 1992, n°90-18.547, Bull., 1992, IV, n° 338, p.241.

858 AYNÈS (L.), « Le devoir de renégocier », RJC, 1999, p.17.

puisqu'il s'agit de se conformer au but des parties au stade de la conclusion du contrat.
C'est pourquoi l'ordonnance du 10 février 2016 a inséré au Code civil un nouvel article 1195 consacrant la théorie de l'imprévision à l'alinéa 1er selon lequel « si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation » et a notamment donné pouvoir au juge de réviser le contrat des parties, en disposant au second alinéa qu' « en cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

480. Cet article pose plusieurs conditions pour que puisse être révisé le contrat : il est tout d'abord nécessaire que l'on soit en présence d'un changement de circonstances qui aient été imprévisibles lors de la conclusion du contrat, que l'exécution de ce dernier rende excessivement onéreuse pour une des parties qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque. Il est donc nécessaire que le changement de circonstances ait été à ce point imprévisible et entrainant une exécution excessivement onéreuse, que l'on peut le rapprocher de la notion de déséquilibre significatif, également reconnue par l'ordonnance du 10 février 2016.

481. Si toutefois les conditions sont réunies, un contractant qui supporte le déséquilibre peut demander la renégociation du contrat à l'autre partie. Si les parties le souhaitent, elles peuvent demander au juge de procéder à l’adaptation de leur contrat. Cette alternative laissée aux parties, bien qu'elle soit louable selon nous en ce qu'elle permet à un tiers impartial et neutre d'aider les parties hors du cadre contentieux, risque de ne pas avoir beaucoup d'adeptes. En effet, il est permis d'émettre un doute quant à son utilisation par les parties, le créancier n'ayant pas d'intérêt à voir le contrat modifié.

482. C'est alors qu'à défaut d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, que la phase judiciaire s'ouvre sur demande d'une des parties. Il est important de souligner que le recours au juge n'est possible qu'à condition que les parties n'aient pu trouver un arrangement durant la phase des

négociations. Autrement dit, comme le souligne un auteur[859], la faculté laissée à un des contractants de recourir à ce tiers peut être un moyen de pression sur l'autre partie pour l'encourager à renégocier le contenu du contrat : le créancier sait qu'il encourt une immixtion du juge dans son contrat s'il refuse la négociation. Néanmoins, si les parties ne parviennent pas à s'entendre dans un délai raisonnable, une d'elles peut saisir le juge qui a le pouvoir de réviser le contrat ou d'y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe.

483. Il faut noter que ce pouvoir de révision du juge n'était pas prévu dans le projet de réforme. Ce dernier ne prévoyait la possibilité pour le juge que de mettre fin au contrat, ne lui laissant le choix que de laisser subsister un contrat déséquilibré ou d'y mettre fin. L'alternative laissée au juge dans l'ordonnance du 10 février 2016, de pouvoir réviser le contenu du contrat semble plus respectueuse de la volonté initiale des parties *a priori*. Sur ce point, il reviendra à la Cour de cassation de déterminer si le juge doit modifier le contrat en se basant sur la volonté des parties au moment de la formation du contrat ou au moment de la révision judiciaire.

484. Certaines questions relatives à l'article 1195 nouveau restent en suspens : afin de sécuriser le contrat des parties, quelle doit être l'étendue du pouvoir de révision laissée au juge ? Comment va-t-il apprécier la demande de la partie lésée et la réalité d'un changement de circonstances imprévisible rendant l'exécution excessivement onéreuse pour le contractant en position de faiblesse. Enfin, lorsqu'il sera saisi par une des parties, aura-t-il la possibilité de refuser la demande de révision pour préférer prononcer la résiliation du contrat[860].

485. **Conclusion du Chapitre I :** Le moment de la formation du contrat est aussi le moment de la détermination du contenu de celui-ci. Le concours des deux volontés des parties va avoir pour but de fixer l'étendue des droits et obligations. Néanmoins, les parties elles-mêmes ou la loi impose de recourir à un tiers professionnel qui vient apporter son soutien aux cocontractants pour les aider à préciser la teneur de l'acte et donc à le sécuriser. Mais il est aussi fréquent que le législateur impose aux parties l'immixtion de tiers venant se substituer en partie à leur volonté, soit en imposant un cadre contractuel, soit en décidant du contenu au lieu et place des parties. C'est au nom de l'intérêt général et de l'équilibre contractuel que ces interventions se font de plus en plus nombreuses.

859 BAKOUCHE (D.), « Réforme du droit des contrats et des obligations : observations sur l'imprévision dans l'ordonnance du 10 février 2016 », Lexbase Hebdo éd. Privée, 2016.

860 STOFFEL-MUNCK (P.), « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC*, 2016, p.30.

486. Les parties, en cas de difficulté, peuvent également faire appel à un tiers, un sachant, afin qu'il détermine lui-même un élément déterminant du contrat. Elles font alors le choix de renoncer en partie à leur liberté puisque cet élément une fois déterminé par le tiers s'imposera à elles.

CHAPITRE II- L'INTERVENTION DU TIERS ESTIMATEUR EN CAS DE DIFFICULTÉ DANS LA FIXATION DU PRIX

487. L'ancien article 1108 du Code civil prévoyait quatre conditions essentielles pour la validité d'une convention : « Le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation ». Dans le cas d'une prestation monétaire, l'objet du contrat résidait dans la détermination du prix.

488. Désormais, l'article 1128 nouveau du Code civil qui est la « réplique déformée de l'ancien article 1108 [861]» rappelle qu'un contrat doit remplir trois conditions essentielles dont celle de l'obligation de comporter un contenu licite et certain. La notion de contenu licite et certain englobe les règles relatives à l'objet et la cause et donc au prix. Il s'agira d'étudier ici le prix dans les contrats portant sur une somme d'argent en contrepartie d'une chose. Le prix est en principe déterminé : il est laissé à l'appréciation des parties de fixer elles-mêmes le prix qu'elles souhaitent après négociation conformément à l'autonomie de la volonté[862]. Le prix peut également être déterminable dès lors qu'il repose sur des éléments objectifs qui ne dépendent pas de la volonté de l'une ou l'autre partie[863]. Il est également parfois impossible pour les parties d'arriver à obtenir un accord sur le montant du prix soit en raison de divergences de point de vue, soit parce qu'elles manquent de compétence. Or, si le prix n'est pas déterminé par les parties, la vente ne peut avoir lieu.

489. Le Code civil prévoit donc à ce stade la possibilité qu'un tiers intervienne afin de procéder à la fixation du prix, en se basant sur son expertise lors de la formation du contrat. Le code civil contient deux cas de recours à un tiers estimateur[864] : en cas de vente, l'article 1592 du Code civil énonce qu'il « peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente ». Tandis que l'article 1843-4[865] prévoit l'intervention d'un tiers expert dans le cas spécifique de la cession de droits sociaux.
Il convient ici de rechercher de quelle manière le tiers intervient dans l'acte juridique des parties sur

861 CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, p.232.

862 Article 1591 du Code civil : « Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties ».

863 C'est le cas notamment lorsque le contrat contient une clause d'indexation.

864 Il faut entendre le terme « estimateur » au sens de la définition du dictionnaire Larousse comme étant « la personne qui sait apprécier, qui s'y connait ».

un élément contractuel déterminant pour elles. Les parties, parce qu'elles ne parviennent pas à déterminer le prix, choisissent de confier sa fixation à un tiers abandonnant ainsi une part de leur liberté. L'immixtion du tiers expert dans le contrat des parties a pour but de fixer un « juste prix » (Section I) dont les conséquences sur le contrat doivent être étudiées (Section II).

865 Article 1843-4 du Code civil : « I. - Dans les cas où la loi renvoie au présent article pour fixer les conditions de prix d'une cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible. L'expert ainsi désigné est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par les statuts de la société ou par toute convention liant les parties. II.-Dans les cas où les statuts prévoient la cession des droits sociaux d'un associé ou le rachat de ces droits par la société sans que leur valeur soit ni déterminée ni déterminable, celle-ci est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné dans les conditions du premier alinéa. L'expert ainsi désigné est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par toute convention liant les parties ».

SECTION I- LA DÉTERMINATION PAR UN TIERS ESTIMATEUR D'UN PRIX JUSTE

490. La fixation du prix par les parties relève en principe de la liberté contractuelle. En droit commun des contrats, l'obligation doit être déterminée ou déterminable[866], le droit du contrat de vente, se basant sur l'article 1591 du Code civil exige que le prix soit à tout le moins déterminable. Ainsi, la convention n'a pas de valeur juridique en l'absence de prix : c'est le cas notamment lorsque les parties décident que le prix sera déterminé ultérieurement[867]. L'article 1591 du Code civil n'exige pas que le prix soit indiqué dans le contrat mais que celui-ci soit déterminable[868].

491. Par exception, la détermination du prix peut être laissée à l'appréciation d'un tiers. Les parties peuvent, de manière conventionnelle, choisir de désigner un tiers afin qu'il évalue et détermine le prix (article 1592 du Code civil). En cas de contestation sur le prix de cession des droits sociaux d'un associé ou du rachat de ces derniers par la société, les parties peuvent désigner un tiers expert qui doit déterminer la valeur des droits sociaux de l'associé (article 1843-4 du Code civil). Dans le premier cas, le texte fait référence à l'« arbitrage » pour désigner la mission du tiers tandis que dans le second cas, le tiers est expressément qualifié d' « expert ». Or, le tiers évaluateur n'intervient ni en qualité d'arbitre ni en qualité d'expert mais en qualité de mandataire commun des parties (I). Outre ces débats sur la qualification de la nature de l'intervention du tiers, il est important de dégager les principales qualités inhérentes à la personne du tiers estimateur (II).

866 A la lumière des articles 1163, 1164 et 1165 nouveaux du Code civil issus de l'ordonnance de février 2016, l'absence de détermination du prix au moment de la conclusion du contrat n'a plus pour conséquence la nullité du contrat ; sur ce point, voir MOULY (J.), « La détermination du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats », *D.*, 2016, p.1013.

867 Cass. Com., 10 mars 1987, n°85-14.121, Bull., 1987, IV, n°71, p.53.

868 Cass. Civ. 3ème, 26 septembre 2007, n°06-14.357**,** Bull. Civ., 2007, III, n°159 ; *JCP E*, 2007, p.35 ; *Defrénois*, 2007, p.1725, R. LIBCHABER.

I- LA QUALIFICATION DE L'INTERVENTION DU TIERS FIXATEUR DU PRIX

492. Les articles 1592 et 1843-4 du Code civil utilisent respectivement les termes d'arbitre et d'expert pour désigner le tiers estimateur. En réalité, ces qualifications légales sont inadéquates (A) puisqu'il semblerait que le statut du tiers estimateur emprunte davantage à celui du mandataire commun, qualification qui fait encore débat aujourd'hui (B).

A- DES QUALIFICATIONS LÉGALES INADÉQUATES

493. L'article 1592 du Code civil qualifie la mission du tiers estimateur d'arbitrage, le tiers intervenant pour la fixation du prix en vertu de ce texte serait donc un arbitre. Par ailleurs, l'article 1843-4 désigne le tiers comme étant un expert. Cependant, les termes d'arbitre et d'expert recouvrent notamment l'idée d'une intervention dans la sphère juridictionnelle, ce qui ne semble pas être le contexte d'intervention du tiers estimateur. Il est donc impossible d'assimiler ce dernier à un arbitre (1) ni davantage à un expert (2).

1) L'impossible assimilation du tiers à un arbitre

494. Le tiers doit tout d'abord être distingué de l'arbitre[869]. Certes, le tiers arbitre et le tiers de l'article 1592 sont désignés par les parties. De plus, il est vrai que l'intervention de ces deux tiers a pour effet la création d'un acte qui va s'imposer aux cocontractants. Néanmoins, les deux hypothèses dans lesquelles le tiers intervient n'ont guère plus de similarité[870]. La qualification d'arbitre doit être rejetée.

495. En effet, l'intervention du tiers en matière d'arbitrage a pour conséquence le rendu d'une sentence arbitrale ayant autorité de la chose jugée dont l'exécution est immédiate. Le tiers arbitre remplit sa mission sur la base d'une convention d'arbitrage. Le tribunal arbitral est assimilable à une

869 A ce sujet, voir notamment : JARROSSON (C.), *La notion d'arbitrage*, th., préf. B. OPPETIT, Paris, LGDJ, 1987, p.158 et suivantes.

870 Soulignons tout de même que certains auteurs ont vu dans le tiers estimateur un arbitre contractuel : « le tiers détermine la valeur des droits sociaux, valeur auparavant contestée, en rendant une décision qui s'impose aux parties, par le seul effet de la loi. L'arbitrage n'est pas loin» : COHEN (D.), *Arbitrage et société*, LGDJ, Paris, 1993, n°362.

juridiction dans laquelle les arbitres font office de juges. Ils peuvent procéder à des actes d'instruction[871]. Afin que la sentence arbitrale puisse avoir force obligatoire et faire l'objet d'une exécution forcée, le Tribunal de grande instance doit rendre une ordonnance d'exequatur à cet effet. Les modalités de recours contre la sentence arbitrale sont précisées aux articles 1489 et suivants du Code de procédure civile.

496. Dans le cadre de l'article 1592 du Code civil, le tiers est désigné par les parties afin de parfaire une convention en en déterminant le prix. Les parties peuvent exercer une action sur le fond contre l'acte en utilisant les règles du droit commun des contrats mais les possibilités de contestation de la décision du tiers sont très restreintes. Le tiers de l'articles 1592 ne rend pas un jugement. Comme le fait remarquer un auteur, « il n'est pas non plus arbitre car si l'évaluation du tiers estimateur (ou appréciateur ou évaluateur) s'impose aux parties comme le ferait une sentence arbitrale, elle n'est pas un jugement, ayant autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche[872] ».

497. La sentence arbitrale constitue un produit hybride. Certes, le résultat de l'intervention du tiers arbitre revêt une composante contractuelle[873], qui s'impose aux parties, pouvant être rapprochée des dispositions de l'article 1592 du Code civil. Toutefois, l'arbitrage, contrairement aux mécanismes de l'article 1592, a une nature juridictionnelle. En matière d'arbitrage, la jurisprudence a pu dégager différents critères répondant à cette notion : la jurisprudence impose en effet l'existence d'un litige mais les juges s'assurent aussi de la volonté des cocontractants d'attribuer au tiers un pouvoir juridictionnel. Or les parties qui ont recours au tiers dans le cadre des articles 1592 ont certes, comme dans beaucoup de contrats synallagmatiques, des intérêts opposés. Mais on ne peut pas à proprement parler de litige, celui-ci même qui est indispensable en matière d'arbitrage[874]. Dans ce cas, l'on est en présence d'un litige auquel l'acte juridictionnel met fin dès lors que l'arbitre

871 Article 1467 du CPC.

872 CADIET (L.), « Arbiter, arbitrator. Gloses et postegloses sous l'article 1843-4 du Code civil », *in* Mélanges GUYON, Paris, Dalloz, 2003, p.161.

873 En effet, il naît de la volonté contractuelle des parties.

874 Voir notamment : Cass. Civ 2ème, 25 mai 1962, n°59-12.912, Bull. 1962, II, n°470 ; Cass. Com. 16 février 2010, n°09-11.586, Bull. 2010, IV, n°39 : « alors qu'il résultait de ses constatations que le tiers désigné par les parties avait reçu de celles-ci mission, non d'exercer un pouvoir juridictionnel mais de procéder sur des éléments de fait à un constat s'imposant aux parties, lesquelles en avaient préalablement tiré les conséquences juridiques, peu important que l'intervention de ce tiers fût soumise à la constatation d'un désaccord entre les cocontractants relativement à ces éléments, la cour d'appel a méconnu la loi du contrat » ; *JCP E,* 2010, p.40 ; *Dr. des Soc*., 2010, p.15, M.-L. COQUELET ; *JCP E,* 2010, p.34, D. COHEN ; *BMIS*, 2010, p.626, P. LE CANNU ; *RJC*, 2010, 366, C. BOILLOT ; *D.*, 2010, p.1765, J. MOURY.

fait application de la règle de droit ou encore lorsqu'il se prononce en équité si les parties en font la demande. Or, dans les hypothèses où les parties désignent un tiers afin que ce dernier fixe le prix d'une vente, le désaccord des parties n'intéresse que des points de fait. Il s'agit ici pour le tiers d'apporter un élément essentiel à la formation d'un contrat, non de déterminer la sanction applicable.

498. Ainsi que le souligne un auteur « entre le mandat de fixer et la clause d'arbitrage, il serait également souhaitable de parvenir à une distinction simple à manier. Dans la forêt des critères utilisés en droit positif celui du litige nous paraît le plus sûr. A la condition de le définir correctement : la simple opposition d'intérêts, ou le désaccord sur le prix, ne suffisent pas à faire un litige ; il faut encore que cette opposition d'intérêts suppose de recevoir une solution par l'application d'une règle de droit. Estimer un prix sur lequel les parties sont en désaccord ne sera généralement pas trancher un litige – le désaccord portera seulement sur des éléments de fait n'appelant aucune appréciation en droit[875] ».

499. En aucun cas le tiers qui fixe le prix n'est désigné pour trancher deux prétentions contraires : il doit uniquement déterminer un prix donc procéder à une création[876]. La volonté des parties dans la mise en œuvre de l'article 1592 du code civil et dans celle de l'arbitrage sont radicalement opposées : dans le premier cas, la volonté des cocontractants tend à la conclusion d'un contrat qui doit s'exécuter pour l'avenir, pour lequel l'intervention du tiers est indispensable à sa validité tandis que dans le second cas, les parties souhaitent que soit tranché un litige qui les oppose, il n'est plus question de faire vivre le contrat dans l'avenir : « un arbitrage suppose un litige sur des droits déjà nés et […] il s'agit seulement ici de fixer l'un des éléments d'une convention [877]».

500. La fonction juridictionnelle du tiers intervenant dans le cadre de l'article 1592 du Code civil ne peut être retenue, il ne peut par conséquent être qualifié d'arbitre au sens procédural du terme[878]. Tandis que la décision rendue par l'arbitre s'impose aux cocontractants en raison de sa

875 RÉMY (P.), « Clause de fixation par un expert ; application de l'article 1592 du code civil ; distinction du mandat, de l'expertise et de l'arbitrage », *RTD Civ*, 1991, p.356.

876 Voir Cass. Civ. 1ère, 26 octobre 1976, n°75-13.707, Bull. Civ., n°305, p.245 : « il appartenait aux juges du fond d'apprécier souverainement si la mission des personnes désignées par la convention comme experts ou membres d'une commission arbitrale, consistait à fixer, en tant que mandataires des parties, des valeurs destinées à s'incorporer à un contrat de partage, qui n'était soumis pour sa validité à aucune forme particulière ou à régler, en tant qu'arbitres, un litige né ou à naitre »

877 PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, Tome X, LGDJ, 2ème éd., par HAMEL, 1952, p.37-38.

878 Ce que confirme une jurisprudence constante : Cass. Civ. 3ème, 4 mars 1998, n°96-16.671, Bull., 1998, III, n°49,

nature qui est celle d'un jugement, la décision du tiers en cas de fixation du prix s'impose aux contractants par leur simple volonté comme le souligne l'article 1134 du Code civil. Si la sentence arbitrale doit comporter une motivation[879], celle de l'arbitre au sens de l'article 1592 du Code civil n'exige aucune motivation.

501. Quand bien même l'article 1592 du Code civil ne soulève pas l'idée d'une éventuelle contestation des parties, contrairement à l'article 1843-4, celles-ci peuvent faire le choix de désigner un tiers afin de se prémunir de tout éventuel litige. Dans un cas comme dans l'autre, « il s'agit exclusivement de fixer l'un des éléments constitutifs d'une convention, même si le *modus operandi* est alors imposé par le législateur et que la cession n'a pas été voulue par les mêmes parties que celles entre lesquelles elle intervient en définitive [880]».

502. Enfin, lorsque dans une affaire, un tiers estimateur et un arbitre interviennent, peut-on penser que l'arbitre prenne la décision de fixer le prix et de rendre sa décision pour permettre davantage de célérité dans la procédure ? L'étude des différences entre arbitre et tiers estimateur permet de répondre par la négative : l'arbitre ne peut lui-même procéder à l'évaluation du prix, il devra nécessairement laisser cette mission au tiers évaluateur comme le confirme la jurisprudence[881].

Le tiers estimateur, s'il ne peut être qualifié d'arbitre, n'est pas davantage un expert au sens procédural du terme.

2) L'impossible assimilation du tiers et de l'expert

503. La distinction entre le tiers de l'article 1843-4 du Code civil et l'expert doit être également précisée. Si l'expert « n'est, en principe, qu'un auxiliaire de la procédure permettant d'accéder à des connaissances techniques ou scientifiques, qui sont ensuite exploitées par le juge dans le cadre de

p.33 ; Cass. Com. 16 février 2010, n°09-11.586, Bull., 2010, IV, n°39.

879 Article 1482 du CPC : « La sentence arbitrale expose succinctement les prétentions des parties et leurs moyens. Elle est motivée ».

880 MOURY (J.), « Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers. Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers », *Rev. des Soc.*, 1997, p.455.

881 Cass. Civ. 1ère, 3 octobre 2006, n°05-14.099, Bull. 2006, I, n°422, p.364.

son processus décisionnel[882] », une confusion sur la nature juridique des deux tiers peut s'avérer possible puisque, au delà de l'article 1843-4, certains auteurs[883] ont utilisé le terme d'expert pour traiter du tiers fixateur du prix. La jurisprudence a également pu utiliser la notion de « fixation du prix de vente à dire d'experts[884] ».

504. Le tiers fixateur du prix et le tiers expert judiciaire sont tous deux des techniciens qui n'ont pas pour mission de se prononcer sur le droit mais sur des éléments de fait. Cependant, il est nécessaire de distinguer le tiers expert qui intervient à la demande du juge pour l'éclairer afin que ce dernier forme sa propre conviction, selon les articles 232 et suivants et 263 et suivants du Code de procédure civile et le tiers qui intervient pour fixer un prix. L'expertise judiciaire «présente un caractère facultatif dans la mesure où le juge peut l'ordonner et rester libre de l'apprécier. Elle n'est qu'une voie de procédure incidente puisqu'elle n'existe qu'à l'occasion d'un débat déjà engagé [885]». Les constatations qui résultent de l'intervention de l'expert judiciaire ne s'imposent guère aux parties et ne lient pas davantage le juge, et n'ont pas de force obligatoire contrairement à celles du tiers de l'article 1843-4 du Code civil[886].

505. Le tiers de l'article 1843-4, tout autant que celui de l'article 1592 ne peut être qualifié d'expert malgré le terme employé par les rédacteurs. Il n'intervient pas comme expert judiciaire au sens des articles 263 et suivants du Code de procédure civile. Il n'est pas davantage un expert judiciaire lorsque c'est le juge qui procède à sa désignation puisque celle-ci ne constitue pas une mesure d'instruction au sens de l'article 150 du Code de procédure civile[887].

506. La qualification d'arbitre ou d'expert ne sied pas au statut du tiers fixateur du prix. Dans le cadre de notre analyse, établir la qualification du tiers estimateur est requise afin de déterminer le fondement de son éventuelle responsabilité en tant que tiers au contrat pour lequel son concours est nécessaire. La qualification de mandataire commun semble davantage appropriée selon la doctrine

882 DEHARO (G.), « Expertise et estimation du prix de cession par un « expert » : analyse de l'article 1843-4 du code civil », *RTD Com*, 2007, p.643.

883 AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français : d'après la méthode de Zachariae*, 4ème éd., 1871, t. IV, n°349.

884 Cass. Civ. 1ère, 19 novembre 1962, Bull. Civ. n°489 ; Cass. Civ. 1ère, 20 novembre 2015, n°14-14.003, Publication au Bulletin à venir.

885 MARÉCHAL (S.), *Le prix de vente laissé à l'arbitrage d'un tiers*, th., 1970, Lille II, p.36.

886 Cass. Com., 10 mars 1998, n°95-21.329, Bull. 1998, IV, n°100, p.81.

887 MÉGRET (G.), « Le tiers estimateur de l'article 1843-4 du Code civil n'est pas un expert », *JCP G*, 2013, p.721 ; Cass. Civ 1ère, 15 mai 2008, n°07-15.673, Bull. 2008, I, n°130 ; Cass. Com. 26 mars 2013, n°12-10.144, inédit.

majoritaire même si celle-ci fait encore débat.

B- LA QUALIFICATION DE MANDATAIRE DU TIERS ESTIMATEUR EN DÉBAT

507. L'existence d'un rapport juridique entre les parties et le tiers ne peut être niée. S'il semble que le tiers agisse comme le mandataire des parties (1), une partie de la doctrine a refusé de retenir uniquement l'existence d'un contrat de mandat, pour lui préférer la qualité de contrat hybride (2).

1) La qualité de mandataire du tiers évaluateur

508. Le tiers évaluateur ne pouvant être assimilé à un expert ou à un arbitre, la qualification la plus adéquate semble être celle de mandataire soit celui qui va agir au nom et pour le compte des parties dans le but de conclure un acte juridique[888]. Le tiers désigné dans le cadre de l'article 1592 et 1834-4 du Code civil est donc un mandataire ayant pour mission de fixer le prix d'une vente ou de droits sociaux.

509. La qualification du tiers dépend de la nature de la mission que les parties ont entendue lui conférer. L'entremise du tiers de l'article 1592 du Code civil permet de déterminer un élément du contrat des parties, élément qui vient s'incorporer à la convention afin de parfaire le contrat auquel le prix faisait défaut. Or en matière de vente, ce dernier est essentiel pour la validité de l'acte juridique. Le tiers vient suppléer la volonté des parties afin de parvenir à fixer un prix juste. « Le tiers se substitue aux parties à la convention initiale pour accomplir un acte destiné à faire corps avec elle, acte dont les effets vont se produire sur la tête de ces parties pour les engager dans les termes de l'article 1134 du Code civil[889] ». Le tiers représente les parties, ce qui le différencie de l'expert, en vue de parfaire le contrat principal dans lequel sa décision va s'intégrer. Le tiers ici agit dans l'intérêt des parties, celui d'aboutir à la conclusion du contrat.

510. Le mandataire est désigné par un (ou plusieurs) mandant qui lui donne pouvoir de faire quelque chose en son nom et pour son compte[890]. La doctrine s'est d'ailleurs largement prononcée en faveur de la qualification de contrat de mandat pour nommer la relation existante entre le tiers et les

888 BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Paris, LGDJ, 11ème éd., 2015, p.47.

889 MOURY (J.), « Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers. Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers », *Rev. des Soc.*, 1997, p.455.

890 Le mandat est régi par les articles 1984 et suivants.

parties[891] : « quand le tiers fixe ainsi le prix, ce sont juridiquement les parties elles-mêmes, représentées, qui le font ; si sa « décision » s'impose aux contractants, c'est tout simplement parce qu'elle est un élément de leur contrat (art. 1134 c.civ.)[892] ». La jurisprudence a également adopté cette qualification comme l'illustre l'arrêt de la Cour de cassation du 4 février 2004[893] selon laquelle « les parties à un contrat de vente peuvent donner mandat à un tiers de procéder à la détermination du prix ». Le tiers estimateur est donc un mandataire en ce sens qu'il est « chargé de parfaire un élément nécessaire à la formation du contrat[894] ».

511. Si l'irrévocabilité du mandat peut être intégrée expressément au contrat par le biais d'une clause en droit commun, elle devient tacite lorsque les parties ont recours au mécanisme de l'article 1592. De plus, le mandat présenté ici est un mandat commun comme le souligne le rapport de la Cour de cassation en 2005 : « le tiers évaluateur, qualifié d'expert par l'article 1843-4 et d'arbitre par l'article 1592, n'est en réalité ni l'un ni l'autre et ne saurait par suite être soumis aux règles gouvernant l'expertise judiciaire : il n'est pas saisi au titre d'un litige soumis au juge mais seulement chargé de parfaire le contrat en arrêtant le prix aux lieu et place des parties. A ce titre, le tiers évaluateur apparaît comme le mandataire commun des parties[895] »[896]. On ne peut toutefois qualifier le mandat d'intérêt commun : ce dernier est en effet « un mandat à la réalisation duquel le mandataire est personnellement intéressé[897] ». Il est donc un mandat dans lequel le mandataire et le mandant ont tous deux des intérêts, or l'intérêt ne concerne ici que les deux mandants[898]. Il peut être qualifié, comme le propose un auteur[899], de « comandat » c'est-à-dire un mandat intéressant

891 Voir notamment GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome II : L'objet et la cause, les nullités*, LGDJ, Paris, 4ème éd., 2013, p.172 et suivantes ; TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil. Les obligations*, 11ème éd., Dalloz, 2013, Précis Dalloz, p.316 ; PAULZE D'IVOY (B.), « Expertise et prix de cession de droits sociaux », *Bull. Joly Sociétés*, 1995, p.313 ; LEDOUBLE (D.), « Dix questions sur les litiges comptables liés à l'acquisition d'une entreprise », *JCP E*, 2002, p.701 ; MÉGRET (G.), « Le tiers estimateur de l'article 1843-4 du Code civil n'est pas un expert », *JCP G*, 2013, p.721.

892 RÉMY (P.),« Clause de fixation par un expert ; application de l'article 1592 du code civil ; distinction du mandat, de l'expertise et de l'arbitrage », *op. cit*., p.356.

893 Cass. Com., 4 février 2004, n°01-13.516, précité. Voir aussi : Cass. Com., 3 novembre 1952, Bull. Civ., III, n°333 ; Cass. Civ. 2ème, 9 juin 1961, Bull., n°436 .

894 CADIET (L.), « Le juge et l'évaluation d'un prix de cession par un tiers », *RDC*, 2004, p.750.

895 Rapport de la Cour de cassation 2005, Quatrième partie : la jurisprudence de la Cour, p.314.

896 Cass. Civ. 1ère, 2 décembre 1997, n°95-19.791, Bull., 1997, I, n°334, p.227.

897 CORNU (G.)(dir.), *Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant*, V°*Mandat*, PUF, 11ème éd., 2016, p.638 et suivantes.

898 CADIET (L.), « Le juge et l'évaluation d'un prix de cession par un tiers », *op. cit*.

899 MORTIER (R.), « Le tiers estimateur (C.civ., art.1592 et 1843-4)», in *La sortie de l'investisseur*, ouvrage collectif du centre de recherches en Droit financier de l'Université de Paris I-Panthéon-Sorbonne, éd. Litec, 2007, p.112.

plusieurs mandants. Ainsi, « en étant mandataire d'un co-mandant, il pourrait imposer à chaque « demi-mandant » une mesure prise dans le cadre de l'exécution du contrat de mandat, au nom des deux mandants[900] ». Le mandataire, tiers évaluateur, regroupe ainsi non plus l'addition des deux volontés individuelles des deux mandants mais fédère leur volonté collective.

512. Le contrat de mandat du tiers « expert » présente toutefois une particularité au regard du droit commun. En effet, le mandataire de droit commun conclut un contrat au nom et pour le compte de son ou ses mandants avec un tiers. Or le tiers « expert » ne conclut pas ici de contrat avec une tierce personne mais accomplit un acte qui se traduit comme une obligation qui devient effective entre les mandants. Tout comme dans le cadre du mandat de droit commun, le tiers « expert » représente les parties, sa décision ayant, tant dans l'article 1592 que 1843-4 force obligatoire.

513. Néanmoins, une partie de la doctrine refuse de réduire la qualification du tiers estimateur au seul contrat de mandat et y voit également certaines composantes du contrat d'entreprise.

2) Les insuffisances de la qualité de mandataire du tiers évaluateur

514. La mission du mandataire a pour objet la concrétisation d'un acte juridique au nom (excepté dans le cadre d'un mandat sans représentation) et pour le compte d'autrui. Le mandataire représente classiquement son mandant, la représentation étant notamment la caractéristique permettant de différencier le contrat de mandat du contrat d'entreprise. Bien que le mandataire, tout comme l'entrepreneur soit amené à « faire quelque chose pour [901]» leur cocontractant, l'entrepreneur n'exécute que des actes matériels, contrairement au mandataire qui conclut des actes juridiques. Or, « si le tiers est conduit à effectuer de tels actes, à l'occasion de sa mission et pour la mener à bien, ils ne sont que le préalable à l'acte – la fixation du prix – dont l'accomplissement pour autrui constitue la finalité première de son obligation[902] ».

515. La mission du tiers des articles 1592 et 1843-4 du Code civil réside dans la fixation d'un

900 CLAY (T.), *L'arbitre*, th., Dalloz, NDB, Paris, 2001, p.775.

901 Article 1984 du Code civil : « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ».

902 MOURY (J.), « Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers. Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers », *op. cit*.

prix de vente ou de cession de part, sa décision s'imposant aux parties lorsqu'il agit en qualité de mandataire. Néanmoins, la mission de fixation du prix peut être très complexe notamment quand elle a pour objet le montant des parts sociales, ce qui demande de la part du tiers mandataire des compétences très poussées, rapprochant sa mission à celle du louage d'ouvrage. Le mandat à lui seul ne peut qualifier l'entière mission du tiers « expert ».

516. Le contrat qui relie le tiers aux parties s'avère alors plus difficile à définir qu'il n'y paraît et ne semble pouvoir être cantonné à la notion de mandat. Puisqu'il est amené à effectuer des actes matériels pour mener à bien sa mission, le contrat le liant aux parties serait donc un mandat, auquel se mêlent certains éléments du contrat d'entreprise : la procédure de désignation commune des parties ainsi que l'effet de la décision du tiers relèvent du régime du contrat de mandat. Mais lorsque le tiers remplit son obligation d'évaluation et de fixation du prix, sa mission revêt certaines composantes du contrat d'entreprise[903]. Ainsi, le tiers estimateur serait mandataire lorsqu'il remplit sa mission de représentation puisque les mandants sont tenus du montant évalué mais serait entrepreneur lorsqu'il effectue son travail d'expertise.

517. Un auteur propose même de ne retenir que la qualification de contrat d'entreprise : « le tiers n'est pas réellement chargé ici de conclure la vente, qui se formera directement et sans représentation entre le vendeur et l'acheteur. La mission qui est confiée à ce tiers est d'ordre intellectuel : prendre connaissance de la chose à vendre, chercher des éléments de comparaison et d'évaluation, effectuer des calculs. En réalité la situation est très proche d'une expertise conventionnelle (qui est une variété de contrat d'entreprise). Il est vrai que l'expertise n'aboutit qu'à un avis facultatif, alors qu'ici le chiffre arrêté par le tiers s'impose aux parties. Pour tenir compte de cette différence on pourrait sans doute voir dans cette convention une variété de contrat d'entreprise voisine de l'expertise[904] ». En effet, la fixation d'un prix ne pourrait pas, selon cette idée, rentrer dans la définition du mandat selon laquelle le tiers conclut un acte juridique au nom et pour le compte d'autrui.

903 « Si, par l'effet obligatoire de la décision du tiers relativement à la formation de la vente, elle ressortit du mandat dans les rapports des parties à cette vente l'une à l'égard de l'autre, elle relève du contrat d'entreprise dans l'essentiel des relations entre chacune d'elles et le tiers, s'agissant de l'exécution de ses obligations, tant il est vrai que la substance de sa prestation, faite des opérations d'évaluation, ne peut être regardée comme un accessoire de sa mission de représentation qui autoriserait à s'en tenir à la qualification exclusive de mandat » : MOURY (J.), « Jeux d'ombres sur la détermination du prix par les tiers estimateurs des articles 1592 et 1843-4 du Code civil », *Revue des sociétés*, 2005, p.513.

904 LEVENEUR (L.), « Détermination du prix par un tiers : le tiers répond de toutes ses fautes dans l'exécution de sa mission », *CCC.*, 2004, p.22.

518. A propos de l'article 1843-4 du Code civil, un auteur souligne que « certes les parties sont liées par la chose et par le prix, de même qu'une partie représentée est liée par un contrat conclu par son représentant, mais ici les parties sont déjà liées par leur contrat : dès l'instant où elles s'en remettent au tiers, le prix est déterminable et le contrat est parfait. Autrement dit le prix ne parfait pas la vente ou la cession de parts sociales[905] ».

519. Toutefois, accorder à la mission du tiers la qualification exclusive de contrat d'entreprise serait abusive : le mandat est défini à l'article 1984 du Code civil comme « l'acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ». Or, le tiers estimateur a bien pouvoir de représentation puisqu'il agit au nom des mandants. De plus il n'est pas impossible selon le texte que les mandants le chargent de « faire quelque chose ». Dans le cas du tiers estimateur il a le pouvoir d'évaluer le prix au nom et pour le compte des mandants. La qualification exclusive de contrat d'entreprise doit donc être rejetée.

520. Le tiers estimateur est par conséquent un mandataire, dont la qualité de tiers est assurée par les principes d'indépendance, impartialité et de neutralité.

II- LES QUALITÉS INHÉRENTES AU TIERS ESTIMATEUR

521. Le tiers évaluateur, quelle que soit la qualification retenue, est avant tout un tiers au contrat formé par les parties. Il est désigné par elles d'un commun accord : une décision de Cour d'appel est à ce titre sanctionnée pour avoir retenu le prix fixé par un tiers sans avoir établi que les deux parties avaient convenu d'avoir recours à lui[906]. Par conséquent, le juge ne peut procéder lui-même à sa désignation sauf en cas de désaccord mentionné à l'article 1843-4.

522. Les parties peuvent prévoir en commun la désignation du tiers par un organisme indépendant tel que l'ordre des experts-comptables et peuvent également prévoir de manière conventionnelle de désigner un tiers chacune. Dans ce cas, la nomination d'une troisième personne s'avère indispensable pour trancher un éventuel désaccord, au risque d'encourir la nullité du contrat pour indétermination du prix. Il faut noter enfin que la partie qui refuse de procéder à la désignation

905 JEULAND (E.), « Expertise », *Rép. Dal. Soc*., 2016, n°42.

906 Cass. Civ. 1ère, 9 janvier 1996, n°93-19.468, Bull. 1996, I, n°26, p.17.

du tiers évaluateur engageait sa responsabilité contractuelle au titre de l'article 1142 ancien du Code civil[907]. Cet article ayant disparu avec la réforme du droit des obligations, il est permis de penser que les tribunaux pourront prendre appui sur l'article 1231-1 nouveau du Code civil qui prévoit le paiement de dommages-intérêts en cas d'inexécution de l'obligation sauf cas de force majeure.

523. La désignation du tiers par les parties intervient en l'absence de désaccord de ces dernières dans le cadre de l'article 1592, tandis qu'il intervient en cas de « contestation » selon l'article 1843-4, ce qui constitue là l'une des différences les plus notables entre les deux régimes. Mais ces affirmations doivent être tempérées : en effet, rien n'empêche *a priori* d'utiliser l'article 1592 en cas de différends sur la fixation du prix d'une part, et d'autre part l'utilisation de l'article 1843-4 peut être faite en l'absence de contestation si elle est prévue légalement comme c'est le cas pour le retrait du gérant révoqué d'une société en nom collectif (SNC)[908], suite au décès d'un associé d'une SNC[909].

524. Le tiers doit également faire preuve d'impartialité et d'indépendance vis-à-vis des cocontractants qui le nomment. La jurisprudence affirme à ce titre que l'expert doit répondre à l'exigence d'indépendance[910]. L'exigence d'impartialité a également été soutenue par la Cour de cassation[911], principe qui est rappelé par l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'impartialité du tiers doit s'entendre comme l'indépendance de l'esprit, émancipé de tout préjugé.

L'impartialité du professionnel trouve naturellement son fondement dans sa qualité de tiers : « le tiers doit être impartial non parce qu'il est un juge, mais parce qu'il est un tiers. […] Cela vaut pour tous les tiers, en présence comme en l'absence de litige[912] ». Les juges réaffirment qu'« il importe que ce mandataire commun des cocontractants ait véritablement la qualité de tiers, c'est-à-dire qu'il ne soit pas sous la dépendance de l'une des parties[913] ». L'impartialité est inhérente même à la qualité de tiers selon un auteur : « il y a une consubstantialité absolue entre les notions de tiers et

907 Cass. Com. 27 avril 1968, Bull. Civ., IV, n°141.

908 Article L.211-12 du Code de commerce.

909 Article L.211-15 du Code de commerce.

910 Cass. Civ. 1ère, 2 décembre 1997, n°95-17.029, Bull. 1997, I, n°347, p.235.

911 Cass. Com., 5 octobre 2004, n°02-21.545, inédit.

912 CADIET (L.), « Arbiter, arbitror. Gloses et postgloses sous l'article 1843-4 du code civil », *op. cit*., p.165-166.

913 Cass. Civ. 1ère, 2 décembre 1997, précité.

d'impartialité ; le tiers partial n'existe pas[914] ». S'il est certain que tous les tiers ne sont pas impartiaux, le tiers évaluateur, parce qu'il est mandataire commun des deux parties, doit fixer le prix qui permettra de parfaire leur accord sans favoriser l'une ou l'autre d'entre elles : « c'est donc la recherche du juste prix, c'est-à-dire un impératif de justice, qui proscrit toute prise de parti du tiers estimateur : là est la véritable raison d'être de l'impartialité du tiers estimateur[915] ».

525. Parce que sa décision s'impose obligatoirement aux parties, le tiers estimateur doit révéler aux parties tout fait qui serait de nature à compromettre son indépendance ou son impartialité lorsqu'il est désigné mais aussi au moment de l'exécution de sa mission. La Cour de cassation effectue une appréciation au cas par cas de la partialité du tiers susceptible d'entraîner l'annulation de sa décision si elle est avérée : elle recherche si le tiers estimateur a « personnellement entretenu avec [la partie] des relations de nature à faire naître un doute légitime et actuel sur son impartialité[916] ». Si l'existence de rapports familiaux ou professionnels ne pose pas de difficulté en soit, l'expert a néanmoins le devoir de rapporter tout élément qui serait susceptible de remettre en cause son impartialité ou son indépendance. Il doit en informer l'autre partie afin que cette dernière puisse faire son choix sciemment. Ainsi, dans un arrêt du 2 décembre 1997[917], la Cour de cassation considère que le tiers évaluateur doit rapporter la preuve de l'existence des liens qu'il entretient avec une partie et en révéler la substance à la partie qui l'ignore, faute de quoi le consentement n'est pas librement exprimé. La qualité de tiers du professionnel estimateur doit être ici soulignée. Parce qu'il est tiers au contrat pour lequel il a été mandaté en vue de la fixation du prix, le défaut d'impartialité du tiers entraîne l'annulation de sa nomination mais non la nullité de l'acte juridique : « le contrat de vente conclu entre le cédant et l'acquéreur, et le mandat donné par ceux-ci à un tiers pour évaluer le prix, sont distincts ; [...] l'arbitre n'est partie qu'à ce second contrat ; [il est] tiers par rapport au premier [918]», en cas de partialité avérée, seule la nomination du tiers est annulée et non le contrat de vente auquel il a participé. La force obligatoire du contrat des parties est respectée.

526. Enfin, le tiers estimateur n'est pas soumis au principe du contradictoire. Certes, ce principe qui est affirmé de manière claire à l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme,

914 CLAY (T.), *op. cit*., p. 269.

915 MORTIER (R.), *op. cit*., p.107.

916 Cass. Com., 5 octobre 2004, précité.

917 Cass. Civ. 1ère, 2 décembre 1997, n°95-19.791, Bull. 1997, I, n°334, p.227.

918 Cass. Civ. 1ère, 2 décembre 1997, précité.

doit être respecté, spécialement en matière d'arbitrage[919] ainsi qu'en matière d'expertise judiciaire[920]. Mais étant convenu que la qualification d'arbitre et d'expert judiciaire ne peut être retenue pour le tiers estimateur, ce dernier, en l'absence de tout litige, n'a pas à respecter le principe du contradictoire.

Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 19 avril 2005[921] s'est d'ailleurs prononcé en ce sens. En l'espèce, un actionnaire de plusieurs sociétés d'experts-comptables et de commissaires aux comptes est signataire avec ses coassociés d'une « convention réglant notamment les conditions du rachat des actions des associés qui atteignent l'âge de la retraite et renvoyant, en cas de désaccord sur le prix, à une évaluation par expert ». En application de l'article 1843-4 du Code civil, l'actionnaire obtient du juge des référés la désignation de deux tiers estimateurs ayant pour mission d'évaluer la valeur de ses droits sociaux. L'actionnaire estimant que ces derniers ont commis des erreurs grossières et violé le principe du contradictoire, demande la désignation d'un nouveau tiers. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence rejetant la demande de l'actionnaire, ce dernier forme un pourvoi en cassation aux motifs que « les experts désignés judiciairement en application de l'article 1843-4 du Code civil pour évaluer la valeur d'actions sont tenus de respecter le principe de la contradiction ; qu'à ce titre, ils doivent communiquer, avant le dépôt de leur rapport, le nom et l'avis des sachants qu'ils ont consultés ; qu'en décidant le contraire, au motif inopérant de l'absence prétendue de grief, la cour d'appel a violé ce texte et ce principe, ainsi que les articles 6, 1, de la Convention européenne des droits de l'homme et 1er du 1er protocole additionnel à ladite Convention ». La Cour de cassation rejette le pourvoi estimant que « les contractants font de la décision de celui-ci (l'expert) leur loi et qu'à défaut d'erreur grossière, il n'appartient pas au juge de remettre en cause le caractère définitif de cette décision ; qu'ayant exactement rappelé que les experts ont toute latitude pour déterminer la valeur des actions selon les critères qu'ils jugent opportuns et constaté qu'en l'espèce l'évaluation était exempte d'erreur grossière, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ».

527. Il n'est donc pas surprenant que la Cour de cassation ait refusé de renvoyer devant le Conseil constitutionnel deux questions prioritaires de constitutionnalité relatives à l'article 1843-4 du Code civil. La première question prioritaire de constitutionnalité était ainsi posée : « les dispositions de l'article 1843-4 du code civil en ce qu'elles prévoient la désignation d'un expert

919 Cass. Civ. 1ère, 14 mars 2006, n°03-19.764, Bull. 2006, I, n°145, p.132 ; *JCP E*, 2006, p.1980, M. DANIS.

920 Cass. Civ. 2ème, 16 janvier 2003, n°01-03.427, Bull. 2003, II, n°5, p.5 ; *AJDI*, 2003, p.520, H. HEUGAS-DARRASPEN.

921 Cass. Com. 19 avril 2005, n°03-11.790, Bull. 2005, IV, n°95, p.99 ; *Lexbase Hebdo Ed. Priv.*, 2005, n°170, M. PARMENTIER ; *RTD Civ*, 2005, p.613, P.-Y. GAUTIER ; *JCP E*, 2005, p.1551, H. LÉCUYER ; *Defrénois*, 2005, p.1497, D. GIBIRILA ; *BMIS*, 2005, p.1392, H. LE NABASQUE.

auquel il appartient seul, selon les critères qu'il juge opportuns, de déterminer la valeur des droits sociaux sans avoir à respecter le principe de la contradiction, et hors de tout respect des droits de la défense, portent-elles atteinte aux droits et libertés garantis par les principes fondamentaux de la République, l'article 16 de la Déclaration de 1789 et l'article 1er de la Constitution du 4 octobre 1958 ? » et d'autre part « l'article 1843-4 du code civil porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par les articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, réaffirmés par le préambule de la Constitution de 1946 auquel se réfère le préambule de la Constitution de 1958 ? ». La chambre commerciale de la Cour de cassation par un arrêt du 8 mars 2011[922] estime que « les dispositions de l'article 1843-4 du code civil, qui n'ont ni pour objet ni pour effet d'investir l'expert du pouvoir de prononcer une sanction ayant le caractère d'une punition et ne font pas par elles-mêmes obstacle à l'application d'une procédure contradictoire, visent seulement à garantir, dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux ou le rachat de ceux-ci par la société, et s'il y a désaccord sur leur valeur, la juste évaluation des droits du cédant par l'intervention d'un tiers chargé de fixer cette valeur pour le compte des parties sans être tenu de se plier à des clauses qui pourraient être incompatibles avec la réalisation de cet objectif ; que les questions posées ne présentent donc pas de caractère sérieux au regard des exigences qui s'attachent aux dispositions, règles et principes de valeur constitutionnelle invoqués ». Le tiers estimateur intervenant hors de tout litige, hors de toute sanction ou instance, il n'est donc pas soumis au principe du contradictoire.

528. Nous nous étonnons, comme certains auteurs, que l'obligation d'impartialité ainsi que le contrat de mandat n'emportent pas celle du contradictoire afin d'assurer au maximum une sécurité contractuelle : « le tiers doit être impartial non parce qu'il est juge, mais parce qu'il est un tiers et, parce qu'il doit être impartial, il doit respecter la contradiction entre les parties[923] ». En effet, on peut estimer que l'impartialité du tiers estimateur ne peut être véritablement assurée qu'à partir du moment où il a entendu tous ses mandants pour fixer le prix le plus juste : « la contradiction, la controverse, le doute intérieur, et plus encore le doute exprimé publiquement et débattu publiquement (c'est un réflexe d'expert mais il n'est pas interdit, semble-t-il, de l'avoir dans ces missions-là), tout ceci constitue autant de sécurités dans la recherche d'une bonne décision et d'un bon prix[924] ». Puisque le tiers évaluateur est mandataire des deux parties, il doit agir en tiers et

922 Cass. Com. 8 mars 2011, n°10-40.069 et n°10-40.072, Bull. 2011, IV, n°36 ; *D*., 2011, p.816, A. LIENHARD ; *RTD Civ*, 2011, p.364, P.-Y. GAUTIER ; *BMIS*, 2011, p.367, R. MORTIER ; *D*., 2011, p.1390, A. COURET ; *Dr. des soc*., 2011, p.13, M.-L. COQUELET.

923 CADIET, (L.), « Arbiter, arbitror. Gloses et postgloses sous l'article 1843-4 du code civil », *op. cit.*, p.165-166.

924 LOEPER (P.), « Peut-on encore être tiers estimateur aujourd'hui ? », *Gaz. Pal.*, 2008, p.35.

devrait donc respecter la règle du contradictoire, ce qui assurerait son impartialité. Pourtant, n'étant ni juge ni arbitre, il ne peut lui être imposé de respecter le principe de la contradiction.

529. Il n'existe légalement aucune obligation de respect du contradictoire par le tiers évaluateur mais les parties peuvent toujours prévoir dans le contrat de mandat de le soumettre à ce principe par le biais d'une clause qui serait insérée à l'acte juridique. Le tiers pourrait alors avoir l'obligation de demander l'avis des cocontractants, de leur transmettre ses conclusions et de discuter ensemble de manière contradictoire les éléments présentés pour appuyer la fixation du prix. Le respect du principe du contradictoire ne semble pas aller à l'encontre de l'idée de mandatement commun, bien au contraire.

530. La mission du tiers estimateur réside dans la fixation du prix le plus juste venant parachever le contrat des parties. Ce dernier n'étant ni expert judiciaire, ni arbitre, il intervient au nom et pour le compte de mandants, cocontractants à l'acte juridique. En sa qualité de tiers au contrat, il se doit d'être impartial, neutre et doit rendre son avis en toute indépendance au risque de voir sa mission annulée. Intervenant en dehors de toute instance judiciaire il n'est pas en principe pas soumis au principe du contradictoire, exception faite des cas où les parties prévoient l'insertion une clause obligeant le tiers à respecter ce principe. Mandataire des parties, son immixtion dans leur contrat emporte des conséquences sur ce dernier : si sa décision s'impose aux parties, sa responsabilité peut être recherchée par elles.

SECTION II- LES EFFETS DE L'INTERVENTION DU TIERS ESTIMATEUR SUR LE CONTRAT DES PARTIES

531. Les parties choisissent ensemble de procéder à la désignation d'un tiers impartial qui, par son expertise, vient parachever le travail de formation du contrat en y incluant un prix. Les parties sont alors liées par la décision de l'homme de l'art en vertu de l'article 1103 nouveau du Code civil puisqu'elle l'ont ensemble désigné comme mandataire commun. Néanmoins, si le tiers commet une faute dans l'exercice de sa fonction, il engage sa responsabilité (I).

Puisque le pouvoir du tiers n'est pas sans limites, il doit répondre également, au-delà des vices du consentement, de l'erreur grossière, notion de création prétorienne mais aux contours encore flous (II).

I- UNE RESPONSABILITÉ BASÉE SUR LE CONTRAT DE MANDAT

532. La décision du tiers estimateur vient parfaire le contrat initialement prévu par les parties. La mission de celui-ci prenant sa source dans le contrat liant les cocontractants, la décision de l'expert s'impose à ces derniers (A). Néanmoins, la force obligatoire de la décision souffre d'exceptions et la responsabilité du tiers peut être recherchée en cas de défaillance de sa part dans l'exécution de sa mission (B).

A- LA FORCE DE LA DÉCISION DU TIERS ESTIMATEUR

533. L'estimation du prix issue de l'intervention du tiers vient intégrer le contrat des parties dont il convient de chercher la nature (1). Afin de procéder à cette estimation, le tiers est tenu ce respecter les stipulations contenues dans son contrat de mission (2), le prix une fois déterminé s'impose aux parties (3).

1) Nature de la convention initiale des parties

534. La décision du tiers estimateur ne peut être *a priori* remise en cause car elle a pour but de parfaire un contrat qui est déjà formé. C'est pourquoi la Cour de cassation[925] a estimé qu'en matière de cession de part sociale, « alors que les associés s'étaient portés candidats à la cession en demandant la fixation du prix par voie d'expertise, et qu'en s'en remettant ainsi à l'estimation d'experts désignés conformément aux articles 45 de la loi du 24 juillet 1966 et 1843-4 du Code civil, tant le cédant que les cessionnaires faisaient de la décision des experts leur loi, de sorte que l'accord sur la chose et le prix étant réalisé, la vente était parfaite et que les parties ne pouvaient plus retirer leurs offres ».

535. Pendant longtemps la doctrine[926] a vu dans la détermination du prix par le tiers une

925 Cass. Com. 13 octobre 1992, n°91-10.600, Bull. 1992, IV, n°310, p.221 ; *RJC*, 1993, J.-P. STORCK.

926 AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de Droit civil français*, t.2, LGDJ, 2nde éd., 1842, p.390 ; voir également MARÉCHAL (S.), *Le prix de vente laissé à l'arbitrage d'un tiers*, th., 1970, Lille II, p.43 : « La vente dont le prix est laissé à l'arbitrage d'un tiers constitue une vente subordonnée à la condition suspensive de l'estimation à faire ».

condition suspensive à la formation du contrat principal, c'est-à-dire que la validité du contrat est suspendue jusqu'à ce que le tiers fixe le prix. Mais cette analyse ne peut être satisfaisante : en effet, le travail d'évaluation du tiers ne correspond pas à la définition de « l'événement incertain » de l'article 1304 nouveau du Code civil et certainement pas selon la volonté des parties. Pour d'autres auteurs tels que Messieurs Mazeaud, la validité de la vente ne dépend que de la volonté des parties de laisser à un tiers la fixation du prix. Il suffirait alors que le tiers soit désigné pour que la convention soit formée[927]. Or, il se peut que les parties ne réussissent jamais à s'accorder sur le nom du tiers à désigner ou encore que celui-ci n'ait pas pu effectuer son évaluation ou ait refusé d'y procéder. Le juge ne peut alors procéder lui-même à la désignation du tiers sans aller à l'encontre de la volonté des parties et la vente est alors annulée : le contrat est donc déjà formé mais en cas de désaccord entre les parties il faut privilégier la protection de leur volonté. Par conséquent, « au stade de la convention initiale, la formation du contrat de vente lui-même n'est jamais à l'abri, hors l'hypothèse où les parties ont expressément conféré au juge le pouvoir de désignation du tiers, de la nécessité d'une nouvelle manifestation de volonté[928] ».

536. Finalement, selon Planiol et Ripert[929], le contrat sans prix fixé est un contrat innommé dont découle une obligation de faire c'est-à-dire celle de désigner un tiers estimateur qui vient rendre la vente effective. La Cour de cassation admet l'existence de cette obligation[930] : « lorsqu'il est convenu que le prix sera évalué par des experts par les parties, la vente n'existe pas tant que la détermination du prix n'est pas faite, la convention parfaitement licite, par laquelle les parties se sont obligées à désigner leurs experts, n'en doit pas moins produire ses effets, et que l'inexécution d'une telle obligation se résoud en dommages-intérêts ».
Ainsi, la qualification de contrat innommé permet, lorsque le prix ne peut être fixé (en dehors des cas où cet empêchement découle d'une mauvaise foi d'un des contractants) de prononcer sa caducité et non sa nullité, ce qui semble davantage en adéquation avec les termes de l'article 1592 du code civil selon lesquels « si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente ».

537. Le contrat des parties avant intervention du tiers évaluateur est donc un contrat innommé contenant l'obligation pour les parties de désigner un tiers dont la mission est de fixer le prix

927 MAZEAUD (H.), (L.) et (J.), *Leçons de droit civil*, T3, 5ème éd., Montchrétien, 1984, p.133.

928 MOURY (J.), « Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du code civil) », *op. cit.*

929 PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Tome X, 2ème éd., par HAMEL, 1952, p.39.

930 Cass. Civ. 1ère, 24 novembre 1965, Bull. n°651.

manquant. Par conséquent, afin de mener à bien cette mission, le tiers dispose de pouvoirs dans la gestion de son mandat.

2) Pouvoirs du tiers estimateur

538. Avant l'adoption de l'ordonnance du 31 juillet 2014[931], le tiers évaluateur bénéficiait d'une pleine liberté pour exécuter sa mission et pouvait choisir la méthode d'évaluation qu'il souhaitait[932]. Toutefois, il devait suivre, si elles existaient, les prescriptions des parties contenues dans son mandat. En effet, les parties pouvaient fixer avec leur mandataire les conditions de l'exécution de sa mission de manière relativement détaillée. Elles pouvaient, par exemple, prévoir dans le mandat que le tiers respecte le principe du contradictoire (il n'est pas obligatoire pour le tiers estimateur) ou à tout le moins, qu'il leur expose les résultats de son évaluation. Les juges admettent que les parties demandent au tiers évaluateur d'estimer le « prix des actions restant à acquérir, à la valeur réelle de l'entreprise et à l'évolution des résultats [933]».
Ces directives ne devaient pas être trop vagues afin de permettre au tiers d'avoir connaissance de tous les éléments pour remplir sa mission, sans lesquels il ne pourrait procéder à la fixation du prix. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 16 février 1993[934] donne raison aux juges du fond d'avoir estimé à bon droit que la clause du contrat prévoyant que le tiers fixe le prix « conformément aux conditions du marché » n'est pas valable.

539. L'ordonnance du 31 juillet 2014 a substantiellement modifié l'article 1843-4 du Code civil et par là, les pouvoirs du tiers estimateur. En cas de recours à l'article 1843-4, le nouveau texte envisage deux situations : dans le cas de l'article 1843-4 I, les droits sont estimés, en cas de contestation, par un tiers expert qui est désigné soit par les parties, soit par ordonnance du président du tribunal statuant en référé. L'expert désigné est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par les statuts de la société ou par toute convention liant les parties[935]. L'application de ce texte est cantonnée au cas de cession ou de rachat

931 Ordonnance n°2014-863 du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés, prise en application de l'article 3 de la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises, JORF n°0177 du 2 août 2014, p.12820, texte n°11.

932 Cass. Com. 19 avril 2005, n°03-11.790, Bull. 2005, IV, n°95, p.99.

933 Cass. Com. 10 mars 1998, n°96-10.168, Bull. 1998, IV, n°99, p.81.

934 Cass. Com. 16 février 1993, n°91-10.519, inédit ; voir également Cass. Com. 19 décembre 2006, n°05-10.198, inédit.

935 Article 1843-4 alinéa 1 et 2 du Code civil.

légalement prévus et en présence d'un désaccord entre les parties.

Dans le cas de l'article 1843-4 II, si les statuts prévoient la cession des droits sociaux d'un associé ou le rachat de ces droits par la société sans que leur valeur soit ni déterminée ni déterminable, en présence d'une contestation, la valeur des droits est déterminée par un expert désigné selon les conditions mentionnées au premier alinéa. L'expert doit alors respecter si elles existent les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par toute convention liant les parties[936].

Ce nouveau texte met fin à la jurisprudence de la Cour de cassation initiée en décembre 2007[937]. En effet, l'arrêt de décembre 2007 faisait primer l'article 1843-4 sur les clauses statutaires d'évaluation, la Cour de cassation préférait l'application légale à l'application conventionnelle. En effet, la chambre commerciale écartait le principe de l'autonomie de la volonté et laissait au tiers estimateur toute liberté afin de fixer le prix des parts sociales, liberté à laquelle ne pouvait être opposée une clause statutaire d'évaluation.

Un arrêt du 11 mars 2014[938] marque un premier pas vers la réforme du mois de juillet suivant : la liberté du tiers estimateur dans le choix de sa méthode d'évaluation permise par l'article 1843-4 est exclue dès lors la cession de droits sociaux a été prévue par une promesse unilatérale de vente librement consentie par un associé. La chambre commerciale précise en effet que les dispositions de l'article 1843-4 « qui ont pour finalité la protection des intérêts de l'associé cédant, sont sans application à la cession de droits sociaux ou à leur rachat par la société résultant de la mise en oeuvre d'une promesse unilatérale de vente librement consentie par un associé ». Les juges commerciaux considèrent que l'objectif de protection des intérêts de l'associé cédant est sans objet dans la mesure où ce dernier avait librement consenti une promesse de cession portant sur ses droits sociaux. « En réalité, le cédant est protégé contre un risque de sous-évaluation des parts ou actions qu'il transfère. Il peut arriver que le prix dégagé par expert soit supérieur au montant critiqué par le cédant. C'est évidemment assez rare, mais cela montre que, sur le plan théorique, le texte peut aussi « protéger » le cessionnaire[939] ».

540. Le nouvel article 1843-4 ne s'intéresse pas au cas où le prix est déterminé ou déterminable.

936 Article 1843-4 alinéa 2 et 3 du Code civil.

937 Cass. Com. 4 décembre 2007, n°06-13.912, Bull. 2007, IV, n°258 ; *JCP E*, 2008, p.39, H. HOVASSE ; *Dr. des soc*., 2008, p.15, R. MORTIER ; *BMIS*, 2008, p.216, F.-X. LUCAS ; *Procédures*, 2008, p.19, H. CROZE ; *Rev. des Soc*., 2008, p.341, J. MOURY.

938 Cass. Com. 11 mars 2014, n°11-26.915, Bull. 2014, IV, n°48 ; *Lexbase Hebdo Ed. Aff*, 2014, n°376, B. SAINTOURENS ; *Dr. des soc*., 2014, p.17, R. MORTIER ; *RJC*, 2014, p.187, M.-H. MONSÉRIÉ-BON ; *Gaz. Pal*., 2014, p.8, A.-F. ZATTARA-GROS.

939 LE CANNU (P), « Le reflux de l'article 1843-4 : hommage à la liberté contractuelle, sécurisation des promesses et des pactes », *Bull. Joly Soc*., 2014, p.360.

Il vient s'appliquer de manière subsidiaire si les statuts n'ont pas prévu de prix, déterminé ou déterminable, et que les parties ne parviennent pas à le fixer lors de la formation du contrat : « l'article 1843-4 s'applique ici à titre subsidiaire, au secours de la volonté commune des parties, et non à titre principal, contre la volonté commune des parties. L'article 1843-4 est le garant de l'existence du prix[940] ».

541. De surcroit, le nouveau texte met fin à la liberté totale du tiers estimateur. Ce dernier doit tenir compte lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par les statuts de la société ou par toute convention liant les parties. Par conséquent, la nouvelle formulation du texte met un terme à la jurisprudence de la chambre commerciale qui laissait toute latitude au tiers pour déterminer les critères qu'il estime les plus adéquats pour fixer le prix des droits[941].

542. En effet, lorsque le rachat ou la cession sont prévus par la loi, le tiers doit appliquer les règles émanant des statuts ou bien de la convention des parties signataires. La jurisprudence antérieure à l'adoption de l'ordonnance avait fait du tiers estimateur l'unique garant du juste prix neutralisant même les directives que les parties pouvaient lui imposer voulant s'assurer de la protection des garanties du cédant. Les rédacteurs de l'ordonnance ont souhaité avant tout veiller à ce que le prix soit déterminé *in fine* : « les dispositions de l'article 1843-4 du code civil ont pour finalité de permettre à un processus de cession ou de rachat imposé d'aller à son terme en dépit d'une contestation entre le cédant et le cessionnaire sur la valeur des droits sociaux[942] ».
Il était nécessaire pour les rédacteurs du texte de mettre fin à la jurisprudence de la chambre commerciale, et de redonner à l'article 1843-4 son but premier : éviter une situation de blocage qui empêcherait la bonne conduite de l'opération de cession ou de rachat. Cet article permet donc avec la réforme de 2014 de « sortir d'une impasse, le tiers estimateur faisant ainsi en quelque manière fonction d'instrument légal de détermination de cette valeur [943]».

940 MORTIER (R.), « Le nouvel article 1843-4 du Code civil issu de l'ordonnance n°2014-863 du 31 juillet 2014 », *Dr. des Soc*., 2014, p.13.

941 Cass. Com. 5 mai 2009, n°08-17.465, Bull., 2009, IV, n°61 ; *D*., 2009, p.1349, A. LIENHARD ; *Gaz. Pal*., 2009, p.9, M. ZAVARO ; *Lexbase Hebdo Ed. Priv*., 2009, n°355, J.-B. LENHOF ; *Rev. Lamy Dr*. Civ., 2009, p.11, V. MAUGÉRI ; *RJC*, 2009, p.292, C. GINESTET. Voir aussi Cass. Com. 11 mars 2014, n°11-26.915, Bulletin 2014, IV, n° 48.

942 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés, prise en application de l'article 3 de la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises, Chapitre IX : Dispositions relatives à la valorisation des droits sociaux en cas de cession, JORF n°0177 du 2 août 2014, p.12814, texte n°10.

943 MOURY (J.), « Réflexions sur l'article 1843-4 du code civil après l'arrêt rendu le 5 mai 2009 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation », *Rev. des Soc.*, 2009, p.503.

Par ailleurs, lorsque le rachat ou la cession est prévue par les statuts mais sans prix déterminé ou déterminable, le tiers doit appliquer les règles et modalités prévues par la convention liant les parties. Ici, le législateur répond au scepticisme de la Cour de cassation face aux critères d'évaluation statutaires. S'il n'est pas toujours besoin d'un vote à l'unanimité pour adopter la modification des statuts, il n'en est pas de même pour le contrat classique qui nécessite l'accord de tous les cocontractants. Ainsi, pour éviter qu'une partie n'impose à une autre sa méthode de valorisation, l'expert doit s'attacher à la méthode de valorisation non statutaire. Cette dernière modification de l'ordonnance est critiquable néanmoins : il eut été plus efficace de prévoir, comme le propose Renaud Mortier[944], dans le texte de l'article 1843-4 un alinéa prévoyant que les associés adoptent à l'unanimité dans les statuts la méthode d'évaluation du prix sur laquelle le tiers estimateur pourra se baser.

543. Puisque la volonté des parties prime, par le jeu de la représentation, la détermination du prix par le tiers est indubitablement considérée comme définitivement acquise. La jurisprudence reconnaît alors que les parties font de la décision du tiers leur loi.

3) La force obligatoire de la décision expertale

544. Selon la jurisprudence, les parties qui font intervenir un tiers pour fixer le prix de la vente ou de la valeur des parts sociales au titre des articles 1592 et 1843-4 du Code civil, font de la décision de l'expert leur loi[945]. Lorsque le prix est fixé par le tiers estimateur et mandataire des parties, ces dernières sont alors soumises l'une envers l'autre par les termes du contrat principal au sens de l'article 1103 nouveau du Code civil. Par conséquent, ce texte justifie la force obligatoire de la décision du tiers, décision qui est « définitive et ne peut être critiquée par les parties [946]». La force obligatoire de l'évaluation s'impose également au juge à qui il « n'appartient pas, en modifiant le prix, d'imposer aux parties une convention différente de celles qu'elles avaient entendu établir[947] ». Comme le souligne un auteur, « s'il est obligatoire (le prix), ce n'est pas tant parce que l'expert a des pouvoirs exorbitants par rapport à l'expert judiciaire qui ne donne que de simples avis, mais plutôt

944 MORTIER (R.), « Le nouvel article 1843-4 du Code civil issu de l'ordonnance n°2014-863du 31 juillet 2014 », *Dr. des Soc.*, 2014, p.13.

945 Cass. Com. 13 octobre 1992, n°91-10.600, Bull. 1992, IV, n°310, p.221 ; Cass. Com. 12 novembre 1962, Bull. n°444.

946 Cass. Com. 12 novembre 1962, n°444.

947 *Ibid*.

parce que les parties ont déjà conclu le contrat. En effet le contrat est obligatoire pour elles en vertu de l'article 1134, même si le prix reste à être déterminé par un tiers[948] ». Puisque le contrat sur lequel la décision du tiers estimateur existe déjà[949] et a force obligatoire, c'est donc logiquement que la décision du tiers est revêtue de la même force.

545. En matière de cession de droits sociaux, si certains auteurs ont pu estimer que le cédant ou le contractant cessionnaire avaient la possibilité de ne pas rendre effective la cession jugeant le prix pour l'un trop bas ou pour l'autre trop élevé, la Cour de cassation en a décidé autrement en s'alignant sur la jurisprudence relative à l'article 1592 jugeant que la décision du tiers s'imposait aux parties. La Cour de cassation a notamment jugé que « la cour d'appel a ainsi à bon droit considéré que l'évaluation faite par l'expert désigné, faute d'accord entre les parties, était définitive et devait s'imposer à elles[950] ». Les parties ayant choisi de faire appel à un tiers mandataire commun pour fixer un élément de leur contrat, elles font de la décision de celui-ci leur loi. Le tiers étant leur représentant, c'est la volonté des parties qui s'exprime dans la décision du tiers en vertu de l'ancien article 1134 du Code civil, dont l'alinéa 1er a été repris à l'article 1103 nouveau. La liberté contractuelle des parties est donc nécessairement restreinte suite à l'intervention du tiers évaluateur puisque la décision du tiers est définitive.

546. Dans ces hypothèses, l'intervention du tiers évaluateur est justifiée par la référence à l'article 1843-4 dans le contrat de cession, les parties ayant anticipé un litige comme c'est le cas dans l'espèce de l'arrêt de la Cour de cassation du 4 novembre 1987[951] où les parties avaient prévu dans la convention en vue du rachat de la société l'éventualité de faire appel à un tiers pour fixer le prix en cas de désaccord des parties. Cette solution jurisprudentielle est à rapprocher de celle prévue pour l'article 1592[952] dans laquelle le contrat justifie également le caractère obligatoire de la décision du tiers estimateur. Le contrat principal est donc la justification de la force obligatoire du résultat de l'évaluation du tiers. Néanmoins, la Cour de cassation a pu rendre des solutions similaires sans aucune référence contractuelle des parties dans leur contrat à l'article 1843-4[953]. Dans ce cas, la solution jurisprudentielle et l'obligation pour les parties d'appliquer la décision du

948 JEULAND (E.), « Expertise », *Rép. Dal. Dt. Des Sociétés*, 2016, n°43.

949 Voir *supra* n°659 et suivants.

950 Cass. Com. 20 décembre 1988, n°87-19.417, inédit.

951 Cass. Com. 4 novembre 1987, n°86-10.027, Bull. 1987, IV, n°226, p.168.

952 Cass. Com. 3 janvier 1985, n°83-15.520, Bull. 1985, IV, n°8, p.6.

953 Cass. Com. 20 décembre 1988, n°87-14.767 et 87-15.693, Bull. 1988, IV, n°355, p.237.

tiers professionnel se fondent, semble-t-il, sur l'application de la loi.
Si le caractère obligatoire de l'évaluation du tiers ne semble pas poser de difficulté dans le cas de l'article 1592 du Code civil, un doute se pose concernant l'article 1843-4. L'hypothèse dans laquelle le cédant ne souhaite plus vendre ses droits s'il n'est pas satisfait du prix fixé par le tiers évaluateur est envisageable. Cette faculté de repentir est reconnue par la Cour de cassation[954], ce qui est une solution louable puisque « la procédure est faite pour protéger le cédant et le protéger consiste aussi à lui permettre de ne plus vendre[955] ».

547. La décision du tiers expert quant à la valeur du prix vient se greffer sur l'accord initial des parties auquel le prix fait défaut. Si cette décision s'impose aux parties, la responsabilité du tiers peut néanmoins être recherchée lorsque celui-ci ne respecte pas les lettres de sa mission.

B- LA RESPONSABILITÉ DU TIERS ESTIMATEUR POUR MAUVAISE GESTION OU DOL

548. Une évidence doit être soulignée avant toute chose : le contrat conclu entre le tiers mandataire et les mandants doit être distinct du contrat conclu entre les mandants. Le tiers mandataire est partie au premier contrat mais tiers au second. Sa responsabilité peut donc être recherchée en vertu du contrat qui le lie aux mandants. Etranger aux effets du contrat pour lequel il détermine le prix, rien ne peut justifier que sa responsabilité soit recherchée sur la base de ce contrat[956]. Mais le tiers évaluateur étant mandataire des parties, il peut engager sa responsabilité contractuelle sur la base de l'article 1998 du Code civil. Celle-ci suppose l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité. Si selon le Code civil, la responsabilité du tiers doit être appliquée moins rigoureusement en cas de mandat gratuit, elle peut être particulièrement lourde lorsque le mandat est salarié. Il reste à déterminer la nature de cette faute.

549. Le tiers estimateur peut être tenu responsable lorsqu'il agit en dépassement de ses pouvoirs. Ce dernier étant un tiers mandataire, il a l'obligation de respecter les termes de la mission pour laquelle il a été choisi. C'est pourquoi, logiquement, il engage sa responsabilité en cas de dépassement de pouvoir au titre de l'article 1992 du Code civil. Si sa responsabilité est retenue, la décision du tiers évaluateur est susceptible d'être annulée comme cela a été le cas dans l'arrêt de la

954 Cass. Com. 3 avril 1973, n°71-14.661, Bull. Com. n°149, p.128.

955 JEULAND (E.), « Expertise », *Rép. Dal. Dt. Soc*., 2016, n°38.

956 Sauf si l'existence d'une erreur grossière est retenue, voir *infra* n°683 et suivants.

chambre commerciale du 20 janvier 1970[957] dans lequel les juges ont estimé que la clause « si elle confère aux experts de déterminer le prix de cession dans l'éventualité, qui s'est produite, d'un changement de la valeur du franc, ne leur attribue nullement le pouvoir de se prononcer sur les modalités de paiement ».

550. Le dépassement de pouvoir est aujourd'hui souvent confondu avec l'erreur grossière[958]. Le tiers évaluateur dépasse les pouvoirs qui lui ont été conférés au delà de sa mission, en changeant le sens de cette dernière[959]. Il a également été jugé que l'expert qui, pour trancher un désaccord entre les parties sur la méthode de comptabilisation des droits d'auteurs facturés non encaissés, décide d'appliquer une méthode faisant fi de la volonté et des prévisions des parties dans l'acte de cession[960] ». Néanmoins, il est pourtant nécessaire de souligner que, bien que les juges utilisent souvent l'erreur grossière en cas de dépassement de pouvoir, ces deux notions sont différentes. En effet, le dépassement de pouvoir constitue un cas où le mandataire, tiers estimateur, ne respecte pas les directives sur la méthode d'évaluation du prix que les parties lui ont prescrites. Tandis que l'erreur grossière recouvre une erreur mathématique, technique d'évaluation du prix.

551. Puisqu'il est reconnu au tiers estimateur la qualité de mandataire commun des parties, il répond envers son ou ses mandants non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion[961]. Il en est de même pour les rédacteurs d'actes ainsi que pour tous les tiers agissant au nom et pour le compte de leur représentant. Néanmoins, à notre connaissance, la responsabilité du tiers évaluateur n'a pas encore été recherchée sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil concernant la détermination du prix en matière de cession de droits sociaux par un tiers expert.

552. Par un arrêt important[962], la chambre commerciale a dû statuer sur la responsabilité d'un tiers expert intervenant au titre de l'article 1592 du Code civil. En l'espèce, les parties confient à un collège d'experts la mission de fixer le prix d'une cession de parts sociales conformément à l'article 1592 du Code civil. La société cédante, alléguant des irrégularités et des erreurs ayant conduit à une

957 Cass. Com. 20 janvier 1970, n°68-14.303, Bull. Com. n°27, p.27.

958 Voir *infra* n°683 et suivants.

959 Cass. Civ. 1ère 25 novembre 2003, n°00-22.089, Bull. 2003, I, n°243, p.191 ; *Dr. et Pat*., 2004, p.106, D. PORRACHIA ; *Gaz. Pal*., 2004, p.8, L. NURIT ; *RTD Civ*, 2004, p.308, P.-Y. GAUTIER ; *Dr. des soc.*, 2004, p.13, F.-G. TRÉBULLE.

960 CA Paris, Pôle 5, Chambre 8, 25 mars 2014, n°13/04134, JurisData n°2014-005825.

961 Article 1992 du Code civil.

962 Cass. Com 4 février 2004, n°01-13.516, précité.

sous-évaluation des parts, demande réparation du préjudice causé par les tiers évaluateurs consistant dans la différence entre le prix fixé et la valeur véritable des parts.
La Cour d'appel de Paris, par un arrêt du 11 mai 2001, déboute la société cédante au motif que la responsabilité du tiers estimateur « ne peut être recherchée que sur le fondement d'une erreur grossière commise dans l'exécution de sa mission ». Les juges du fond ajoutent également que le préjudice causé par la faute du tiers « ne consiste pas dans la différence entre le prix fixé par le tiers et le prix qui aurait dû être retenu si les erreurs n'avaient pas été commises, mais dans les conséquences financières découlant de ce que la vente n'aurait pas été parfaite ou du retard qui aurait affecté la conclusion définitive de celle-ci ».
La chambre commerciale de la Cour de cassation le 4 février 2004 casse l'arrêt de la Cour d'appel au visa des articles 1592 et 1992 du Code civil au motif que « l'erreur grossière est une condition de la remise en cause de la détermination du prix et non de la responsabilité du mandataire chargé de celle-ci » et au visa des articles 1147 et 1149 du même code puisque selon les juges « le vendeur est en droit d'obtenir réparation du préjudice que lui cause la sous-évaluation fautive de la chose vendue ».

553. La théorie générale du contrat rend impossible la remise en cause du prix fixé librement par les parties à la condition qu'il soit sérieux. Puisque le tiers est mandaté par les parties et qu'elles consentent à lui confier le soin d'évaluer le prix du contrat, il ne devrait pas en être autrement pour les ventes à dire de tiers. Mais il n'est pas impossible que le tiers évaluateur commette une faute dans l'exercice de sa mission. Dans ce cas, deux voies s'offrent à la partie lésée : d'une part, vendeur et acheteur peuvent requérir une nouvelle expertise pour une détermination du prix dès lors que le mandataire a commis une « erreur grossière » ou qu'il a agi en dépassement de ses pouvoirs.
Mais il est également possible d'engager une action en responsabilité contre le mandataire même en l'absence d'erreur grossière. Il est nécessaire alors que la faute de ce dernier ait causé un préjudice au vendeur ou à l'acheteur. Cette importante responsabilité du tiers est justifiée par l'engagement qu'il a pris en acceptant la mission de représentation mais aussi par la confiance que lui ont accordé les parties. Comme le soulignait Pothier, « le mandant a le droit d'exiger du mandataire, qui s'est chargé du mandat, non seulement de la bonne foi, mais tout le soin et toute l'habileté que demande l'exécution du mandat dont il s'est chargé ; et le mandataire, en conséquence, est responsable envers le mandant, de tout le tort qu'il lui a causé dans la gestion de l'affaire, non seulement par son dol, mais par sa faute, de quelque espèce que soit la faute[963] ».

963 POTHIER (R.-J.), *Traité du contrat de mandat*, t. III, éd. A. Dupin Ainé, Bruxelles, 1830, p.124, n°46.

554. Par ailleurs, la Cour de cassation a déjà affirmé que les parties à la vente font de la décision du tiers leur loi et qu'il « n'appartient pas aux juges, en modifiant le prix, d'imposer aux parties une convention différente de celle qu'elles avaient entendu établir[964] ». Cette solution semble bienvenue à double titre : tout d'abord, elle réaffirme la légitimité de la décision du tiers estimateur et rappelle que si la décision du tiers s'impose aux parties, elle s'impose également au juge. De plus, cela évite à la partie qui s'estimerait lésée de remettre en cause trop facilement la décision du tiers et par là même, de donner un pouvoir au juge qu'il n'a pas et pour lequel il n'a pas les connaissances techniques indispensables. Or, l'arrêt du 4 février 2004 vient nuancer cette affirmation. Il transforme en effet l'obligation de moyens du mandataire évaluateur en une obligation de résultat : le tiers estimateur qui ne fixe pas le prix à sa juste valeur commet une faute. Par conséquent, c'est au juge d'estimer ce juste prix afin de définir le montant de l'indemnisation du au contractant lésé. Or, « l'art du comptable semble aussi empreint d'aléa que la science du médecin. La fixation de la « valeur véritable » d'une part sociale, d'une entreprise voire même de tout autre bien, semble un objectif aussi réaliste que de vouloir mener l'humanité à l'immortalité[965] ».

555. En réalité, il est nécessaire de distinguer deux hypothèses : soit le tiers n'a pas pu ou voulu fixer le prix et dans ce cas, il y a présomption de faute en l'absence de résultat. Soit le tiers a estimé la valeur des droits sociaux et c'est au mandant de prouver la faute du tiers estimateur. Il est par exemple possible de retenir comme faute le non respect de l'obligation de conseil ou l'absence de reddition des comptes, obligation mise à la charge de tout mandataire[966]. Les juges sont d'autant plus sévères et exigeants que le tiers estimateur est un professionnel, présumé compétent et sans doute rémunéré.

556. Dans l'arrêt du 4 février 2004, les juges reconnaissent au vendeur le « droit d'obtenir réparation du préjudice que lui cause la sous-évaluation fautive de la chose vendue ». Cette solution jurisprudentielle est étonnante et originale au regard de la tendance des juges (comme la Cour d'appel) à ne pas s'immiscer dans la fixation du prix de vente.
Ici, bien que la détermination du prix par un tiers estimateur s'impose aux cocontractants ainsi qu'au juge (sauf en cas d'erreur grossière), la partie qui s'estime lésée peut tout de même agir sur le fondement de la responsabilité du mandataire qui aurait commis une faute dans l'évaluation du prix. Reste que la question du montant du préjudice n'est pas évidente : puisque le principe d'une

964 Cass. Com. 4 novembre 1987, n°86-10.027, Bull. 1987, IV, n°226, p.168.

965 BERNARD (A.), « La responsabilité du comptable estimateur », *Gaz. Pal*., 2005, p.2.

966 Cass. Civ. 1ère 31 janvier 1974, n°72-14.078, Bull. Civ., n°38, p.32.

réparation en cas de sous-évaluation (ou de surévaluation) du prix est admise, le montant de la réparation devrait donc correspondre à l'écart existant entre le montant du prix évalué par le tiers évaluateur et la valeur des parts qui aurait dû être celle si le tiers n'avait commis aucune faute ou négligence. Néanmoins, un auteur[967] fait remarquer la difficulté de prendre en compte le seuil à partir duquel l'écart entre les prix est source de préjudice. En effet, si le prix du bien ou de la chose doit être proche de sa valeur, il n'est pas impossible que ce ne soit pas toujours le cas : « la valeur de la chose est une donnée objective, quoique sujette dans bien des hypothèses à une marge d'incertitude. Point d'équilibre entre des intérêts nécessairement antagonistes dans le contrat synallagmatique, son prix est une donnée subjective. C'est le montant sur lequel se rencontrent les consentements des parties, en fonction de considérations qui leur sont personnelles et des circonstances dans lesquelles intervient l'opération ». Il est nécessaire pour le juge de faire preuve de souplesse pour éviter le risque d'un contentieux trop fourni.

557. Bien qu'il soit courant de reconnaître la responsabilité de tiers en cas de dépassement de pouvoir ou de vice du consentement, l'erreur grossière est un autre cas qui fait échec à la force obligatoire de la décision du tiers évaluateur et qui est propre au contexte des articles 1592 et 1843-4 du Code civil.

II- LA REMISE EN CAUSE DE LA DÉCISION DU TIERS ESTIMATEUR À LA SUITE D'UNE ERREUR GROSSIÈRE

558. Création prétorienne, la notion d'erreur grossière reste une notion aux contours flous, puisque les juges n'en ont jamais donné de définition afin, sûrement, de ne pas en « figer la silhouette[968] ». Cependant, une étude des solutions jurisprudentielles permet de dégager quelques caractéristiques de l'erreur grossière (A). L'ordonnance de 2014 modifiant l'article 1843-4 du Code civil a, par ailleurs, opéré un changement dans l'étendue des pouvoirs du tiers. La question de l'avenir de l'erreur grossière doit être alors posée (B).

A- LES CARACTÉRISTIQUES DE L'ERREUR GROSSIÈRE

967 MOURY (J.), « Le cadre de la responsabilité du tiers estimateur », *Gaz. Pal*., 2008, p.35.

968 MOURY (J.), *Droit des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers*, 1ère éd., Paris, Dalloz référence, 2011, p.151.

559. Le régime de l'article 1843-4 laissant une liberté importante au tiers estimateur dans la méthode de fixation du prix, il était nécessaire de permettre à l'actionnaire se considérant lésé de contester la décision de l'expert. C'est ainsi que la jurisprudence a donné naissance à la notion d'erreur grossière comme moyen de mettre en échec la force obligatoire de la décision du tiers expert. Celle-ci s'est montrée peu prolixe sur les caractéristiques de cette notion afin notamment de ne pas s'enfermer dans une définition trop restrictive.

560. Tout d'abord l'examen d'une erreur grossière relève de l'appréciation des faits et est souvent l'objet d'un renvoi de la Cour de cassation vers les juges du fond comme le laissaient penser les premiers arrêts ayant reconnu l'existence d'une erreur grossière de l'expert source d'annulation de l'expertise : en effet, l'arrêt de la Cour de cassation du 22 avril 1976[969] souligne que « la Cour d'appel a usé de son pouvoir souverain d'apprécier les éléments de preuve qui lui étaient soumis » ; de même un arrêt de la Cour de cassation du 4 novembre 1987[970] souligne qu' « aucune erreur grossière n'a été établie... la Cour d'appel a légalement justifié sa décision ». La Haute cour s'assure néanmoins que les juges du fond ont bien procédé à la recherche de l'existence d'une erreur grossière[971]. Toutefois, depuis quelques années la haute juridiction ne laisse plus aux seuls juges du fond le pouvoir de caractériser l'existence d'une erreur grossière. Cela se traduit notamment par un contrôle accru de sa part dès lors que les juges du fond n'ont pas suffisamment caractérisé l'erreur grossière[972]. Cependant, la Cour de cassation n'a pas tenté d'esquisser une définition de l'erreur grossière sur laquelle les juges pourraient se baser. A défaut donc de précision sur la notion, il est nécessaire de se reporter au standard de l'expert « avisé et consciencieux »[973].
De plus, la mauvaise connaissance de cette notion s'explique également par le manque de solutions jurisprudentielles retenant l'existence d'une telle erreur, rendant encore plus difficile la délimitation de ses contours. En règle générale, les magistrats retiennent la présence d'erreur grossière lorsque le tiers estimateur n'a pas correctement rempli sa mission ou n'a pas fait bon usage des pouvoirs qui lui

969 Cass. Com. 22 avril 1976, n°74-14.896, Bull. Com., n°129, p.110.

970 Cass. Com. 4 novembre 1987, n°86-10.027, Bull. 1987, IV, n°226, p.168.

971 Cass. Com. 9 avril 1991, n°89-21.611, Bull. 1991, IV, n°139, p.100 : « en se déterminant ainsi, sans rechercher si les griefs allégués par les époux à l'encontre des opérations d'expertise constituaient ou non des erreurs grossières, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

972 Cass. Civ. 1ère, 25 janvier 2005, n°01-10.395, Bull. 2005, I, n°49, p.39 ; *Rev. Lamy Dr. Civ*., 2005, p.9, A. DECOUX ; *Dr. des Soc*., 2005, p.11, F.-G. TRÉBULLE.

973 COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, LexisNexis, 2016, 29e éd., n° 801, p. 425.

étaient conférés.

A titre d'illustration, l'erreur grossière a été retenue lorsque le tiers avait basé son expertise sur « des prémisses erronées » quant au mode même de détermination de la valeur des parts sociales[974] mais également lorsque le tiers a modifié le sens de la mission qui lui était confiée et a donc commis une erreur grossière en sortant du cadre juridique qui était le fondement de celle-ci[975]. Néanmoins, la jurisprudence a modifié sa position, comme cela a été vu, en laissant toute liberté au tiers désigné dans le cadre de l'article 1843-4 du Code civil pour évaluer le prix : les juges ont alors décidé qu'il y avait une erreur grossière dès lors que le tiers a suivi les directives relatives à la date d'évaluation des droits sociaux que lui avait donné le juge qui l'a désigné et qui a lui même excédé ses pouvoirs[976].

561. Même si l'ordonnance de 2014 a bouleversé la jurisprudence précitée et qu'elle n'a logiquement plus cours aujourd'hui, il n'est pas aisé de rechercher ce qui constitue dans ces arrêts une « erreur grossière ». Il est légitime, en effet, de se demander quelle faute constitue réellement dans ces arrêts une erreur grossière entendue comme une violation caractérisée des règles de la profession de l'homme de l'art.

562. Un arrêt de la Cour de cassation du 15 janvier 2013[977] est venu préciser que « la valeur des droits sociaux de l'associé qui se retire doit être déterminée à la date la plus proche de celle du remboursement de la valeur de ces droits » et donc que « l'expert avait commis une erreur grossière en évaluant les parts sociales à la date de l'arrêt ayant autorisé le retrait » : dans ce cas, le tiers doit se plier au principe selon lequel la date de la détermination des valeurs est celle la plus proche de leur restitution effective.

Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 22 octobre 2013[978], les juges ont retenu la commission d'une erreur grossière du tiers dans l'exercice même de sa mission. En l'espèce, une SCI était constituée d'un bâtiment à usage d'habitation et de commerce ainsi que de quatre bâtiments vétustes

974 Cass. Com. 19 décembre 2000, n°98-10301, inédit.

975 Cass. Civ. 1ère, 25 novembre 2003, n°00-22.089, Bull. 2003, I, n°243, p.191 ; *RTD Com,* 2004, p.116, M.-H. Monsérié-Bon ; L. Grosclaude ; *Rev. Des Soc*., 2004, p.93, Y. Chartier ; *Dr. et Pat*., 2004, p.106, D. Poracchia ; *Gaz. Pal.*, 2004, p.8, L. Nurit ; *RTD Civ*, 2004, p.308, P.-Y. Gautier.

976 Cass. Com. 3 mai 2012, n°11-12.717, inédit.

977 Cass. Com. 15 janvier 2013, n°12-11.666, Bull. 2013, IV, n°9 ; *D*., 2013, p.342, A. Couret ; *JCP E*, 2013, p.17, B. Dondero ; *BMIS*, 2013, p.182, R. Mortier.

978 CA Paris, Pôle 5, chambre 8, 22 octobre 2013, n°10/17138, JurisData n°2013-024704.

devant être détruits. Le tiers estimateur avait déterminé la valeur de ces derniers bâtiments en se basant sur une constructibilité de l'ensemble de la parcelle alors que son rapport contenait deux études ne parvenant pas au même résultat et qu'il avait réduit la constructibilité du terrain sans procéder à une nouvelle valorisation de l'ensemble. Le montant des droits étaient donc surévalués et non justifié par l'expert. L'erreur grossière était caractérisée et la remise en cause du rapport du tiers justifiée.

563. Dans l'espèce de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, les juges avaient estimé pouvoir désigner eux-mêmes un nouvel expert afin de conduire une nouvelle expertise pour pallier les conséquences de la reconnaissance de la grossière erreur. Si certains arrêts (de manière exceptionnelle) ont pu tolérer cette initiative[979], la Cour de cassation ne leur reconnaît pas cette possibilité, estimant que les juges du fond ont le devoir de laisser la liberté aux parties de choisir un nouvel expert et que la Cour d'appel « en désignant elle-même un expert après avoir écarté la détermination de la valeur des parts sociales de la SCP, la cour d'appel a violé l'article 1843-4 du Code civil[980] ».

564. La découverte de l'erreur grossière nous enseigne donc que la décision du tiers estimateur n'a pas une force obligatoire absolue. L'erreur grossière remet en cause la perfection de la vente. Les prévisions des parties ont été bouleversées, il est donc logique que la décision du tiers n'ait plus force obligatoire. Pourtant, l'erreur grossière ayant pour effet l'annulation de la vente ou de la cession de droits, le statut de tiers de l'évaluateur peut-il toujours se justifier ? C'est bien parce qu'il est mandataire commun et qu'il a été fait expressément appel à lui pour des qualités d'homme de l'art que l'erreur grossière, d'une importante gravité, remet en cause la vente.

565. Il revient donc, dans le cas où la loi renvoie à l'article 1843-4 et en cas de contestation, aux parties de désigner un nouvel expert ou à défaut d'accord au président du tribunal statuant en la forme des référés. En effet, la reconnaissance d'une grossière erreur est une exception à la force obligatoire de la décision du tiers évaluateur. Elle vient annuler l'évaluation de l'expert mais tout en préservant la validité du processus de rachat des droits sociaux. Les parties doivent donc revenir à l'origine du processus prescrit par l'article 1843-4 du Code civil sans que le juge ne puisse s'octroyer le droit de désigner lui-même un nouvel expert.

979 Cass. Civ. 3ème, 6 novembre 2002, n°01-12.821, inédit.

980 Cass. Civ. 1ère, 25 novembre 2003, n°00-22.089, précité.

566. Pourtant cette solution peut paraître source de complication inutile : lorsque les parties font appel au mécanisme de l'article 1843-4 du Code civil, la condition *sine qua non* réside dans l'absence d'accord sur la valeur des droits. Or, lorsque le rapport de l'expert est annulé pour erreur grossière, la désignation d'un nouvel expert semble inévitable. Il est fort probable que les parties n'aient guère trouvé davantage un nouvel accord. Pourquoi ne pas alors laisser au juge la possibilité de désigner le tiers ? Il en résulterait un gain de temps et économique considérable. C'est ce qui justifie d'ailleurs la désignation du tiers par le juge statuant en la forme des référés : il est nécessaire que l'évaluation et la résolution des droits sociaux se fassent le rapidement possible.
La réforme de 2014 n'a pourtant pas apporté de solution sur ce point.

B- L'AVENIR DE LA NOTION D'ERREUR GROSSIÈRE APRÈS L'ORDONNANCE DU 31 JUILLET 2014

567. L'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 11 mars 2014[981] avait permis d'anticiper quelque peu les prémisses de l'ordonnance de juillet 2014. Dans cet arrêt, qui a fait l'objet d'une importante diffusion, un associé avait signé une promesse contenant son engagement de céder ses parts ou actions. Ladite promesse prévoyait la fixation d'un prix, qu'il soit déterminable ou déterminé, l'évaluation de ce dernier pouvant être vue à la hausse ou à la baisse selon le contexte. Opérant un revirement de jurisprudence, la Cour de cassation dans cet arrêt avait en effet estimé à propos de l'article 1843-4 que « les dispositions de ce texte, qui ont pour finalité la protection des intérêts de l'associé cédant, sont sans application à la cession de droits sociaux ou à leur rachat par la société résultant de la mise en œuvre d'une promesse unilatérale de vente librement consentie par un associé ». Par cet arrêt, elle vient donc limiter les pouvoirs de l'expert, davantage encore que l'obliger à respecter la volonté des parties au nom des intérêts du cédant. Les juges estiment alors qu'il est impossible de remettre en cause un prix ou la méthode d'évaluation de celui-ci lorsque celle-ci a été librement consentie dans une promesse de ventes.

568. L'ordonnance du 31 juillet 2014[982] modifie l'article 1843-4 du Code civil selon lequel « l'expert ainsi désigné est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par les statuts de la société ou par toute convention liant les

981 Cass. Com., 11 mars 2014, n°11-26.915, précité.

982 Ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés, prise en application de l'article 3 de la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises, JORF n°0177 du 2 août 2014, p.12820, texte n°11.

parties », faisant ainsi primer la liberté contractuelle sur la liberté de l'expert.

569. Par la suite, un arrêt du 16 septembre 2014[983] laisse présager une nouvelle approche de l'erreur grossière. La Cour de cassation relève en effet « qu'ayant relevé que les statuts de la société ne précisaient pas la date à laquelle la valeur des titres de l'associé exclu devait être déterminée et constaté que le tiers estimateur avait fixé à 39 600 euros la valeur des actions de M. X... « à la date la plus proche de la cession future », la cour d'appel a fait l'exacte application des dispositions de l'article 1843-4 du code civil en retenant cette somme ». La référence au statut de la société quant à la date fixée pour évaluer les valeurs, référence nouvelle, prouve bien la volonté de la jurisprudence de faire valoir la volonté des parties sur celle de l'expert. L'erreur grossière doit alors être retenue dès lors que l'expert ne respecte pas les modalités de calcul prévues par les parties dans les statuts de la société. La reconnaissance de l'erreur grossière par la jurisprudence devrait alors être davantage retenue puisqu'il a l'obligation désormais d'appliquer les clauses insérées dans les contrats et ne peut faire l'utilisation d'autres modalités.

570. La modification de l'article 1843-4 du Code civil marque un retour à la primauté de la liberté contractuelle et à la volonté des parties. Elle met fin à la toute puissance de la décision du tiers et renforce sa position de tiers puisque les limites qu'apporte le nouvel article 1843-4 démontre que le tiers aide les parties à rendre effectif l'acte juridique. Sa décision influence l'élaboration du contrat mais la volonté des contractants doit primer : le tiers évaluateur ne conclut pas le contrat, il n'a pas d'intérêt au contrat, il doit donc suivre les consignes des parties.

571. Une difficulté peut néanmoins se poser : il n'est pas impossible d'imaginer que des clauses iniques ou abusives puissent être insérées dans les statuts des sociétés ou conventions extrastatutaires comme une méthode de détermination du prix par l'expert déterminée à une date ne correspondant plus à la juste valeur le jour de la cession par exemple. Le tiers évaluateur doit-il alors faire une application aveugle de telles clauses ? *A priori*, ces clauses s'imposeront au tiers lors de sa mission. *In fine*, la formulation du nouveau texte est regrettable : en effet, lorsque les parties souhaitent faire appel à un tiers estimateur, elles s'en remettent à son expertise. Il doit pouvoir avoir une marge de manœuvre suffisante pour choisir la méthode d'évaluation la plus adéquate. Enfermer la mission de l'expert dans le jeu de clauses réduit l'intérêt de faire appel à ce professionnel.

983 Cass. Com. 16 septembre 2014, n°13-17.807, Bulletin 2014, IV, n° 130 ; *Lexbase Hebdo Ed. Aff.*, 2014, n°398, D. GIBIRILA ; *Dr. des Soc.*, 2014, p.23, D. GALLOIS-COCHET ; *Gaz. Pal.*, 2014, p.15, A.-F. ZATARA-GROS.

572. Conclusion du Chapitre II : Si la liberté contractuelle réside dans le choix pour les parties de fixer elles-mêmes le prix en droit des ventes et des cessions de droits sociaux, elle réside aussi pour elles dans la faculté de s'en remettre à un tiers pour procéder à son estimation lorsqu'elles ne peuvent le faire. La nature de l'intervention de ce tiers a fait l'objet de beaucoup de débats doctrinaux, la qualification de mandataire commun des parties doit être finalement retenue même si elle ne fait pourtant pas encore totalement l'unanimité. Relevant ainsi du régime du mandat, le tiers représentant répond de ses fautes en cas de faute simple mais aussi d'erreur grossière, notion issue de la jurisprudence. L'importance de ce tiers doit être soulignée puisque les parties, au moment de la formation du contrat, laissent le soin à un tiers étranger d'évaluer et de fixer objectivement un élément du contrat qu'elles devront respecter[984].

573. Conclusion du Titre I : Force est de constater que la volonté des parties ne peut pas toujours être à elle seule créatrice de droit. Il était important ici de démontrer de quelle manière le tiers peut s'immiscer dans le contrat des parties pour leur apporter son soutien dans la recherche d'une sécurisation de l'acte juridique au moment de la détermination du contenu du contrat. Il peut également venir encadrer le contenu contractuel en imposant certaines contraintes voire en se substituant à la volonté même des cocontractants dans un but de protection des contractants et dans un but plus général de protection d'intérêts supérieurs. Les parties elles-mêmes, afin de parfaire leur contrat, peuvent faire appel à un tiers impartial et indépendant, dont les connaissances permettent de fixer un juste prix qui s'impose à elles.

574. L'assistance des parties par un tiers au moment de la détermination du contenu n'est pas toujours requise ou imposée. Néanmoins, certains contrats étant conclus dans des domaines économiques ou sociaux présentant des risques, l'intervention de tiers dans la vérification du contenu de l'accord apparaît souhaitable voire indispensable.

984 Monsieur le Professeur Chantepie soutient d'ailleurs « le recours à des méthodes de fixation du prix extérieures aux parties devraient être encouragé. Les enchères publiques, l'estimation par un tiers expert sont entourées de garanties procédurales qui transmettent au prix fixé leur caractère équitable, exclusif de tout recours. Leur intégration dans le droit commun des contrats offrirait aux parties la possibilité de réaliser des opérations à la fois justes et sûres », CHANTEPIE (G.), *La lésion*, th., préf. Geneviève VINEY, LGDJ, coll. Bib. Dr. privé, 2006, Paris, p.367 et suivantes.

TITRE II- L'INTERVENTION DU TIERS DANS LA VÉRIFICATION DU CONTENU DE L'ACCORD

575. Malgré l'intervention de tiers au soutien des parties lors de la fixation du contenu de l'accord, le contrat peut s'avérer malgré tout déséquilibré. La liberté contractuelle dont jouissent les parties peut entraîner une certaine insécurité et bien que le contrat doive être formé de bonne foi selon le nouvel article 1104 du Code civil - disposition d'ordre public – il n'est pas toujours possible d'empêcher les comportements déloyaux.

Ces comportements sont à craindre tant pour le cocontractant lui-même que pour des tiers voire même pour l'intérêt général puisque l'économie des contrats actuels et futurs peut être touchée. C'est pourquoi au nom de ces intérêts, l'imposition de certains contrôles ou la fixation de certaines interdictions sont justifiées. L'autonomie de la volonté est alors naturellement restreinte par des intérêts supérieurs et par l'intérêt général.

576. Afin de faire respecter cet intérêt général et de préserver les intérêts du cocontractants et des tiers, le droit a prévu différents mécanismes de contrôle et de vérification du contenu de l'accord par des tiers. Le premier mécanisme de contrôle de l'accord intervenant juste avant l'exécution de l'acte est celui de l'homologation par lequel un tiers approuve ou non un acte juridique sur lequel il aura opéré des vérifications (Titre I).

Il est également possible que le tiers intervienne pour vérifier et contester un acte manifestement déséquilibré afin de faire cesser des pratiques déloyales dans un but de moralisation de l'environnement économique et de la défense de la partie faible (Titre II).

CHAPITRE I- L'INTERVENTION DU TIERS CONTRÔLEUR DU CONTENU DE L'ACCORD

577. Si l'intervention de tiers est parfois nécessaire afin de vérifier l'existence du consentement des parties au moment de la formation du contrat, elle ne suffit pas en elle-même à valider la conclusion de cet accord. C'est pourquoi le législateur a pu juger utile qu'un tiers soit désigné afin de contrôler le contenu de l'acte juridique. Il est vrai que les parties décident elles-mêmes du contenu de leur accord en vertu de la théorie générale du contrat qui les laisse seules juges de déterminer les obligations qu'elles souhaitent s'imposer. Mais il est des domaines dans lesquels le législateur a souhaité la présence d'un tiers au côté des parties pour vérifier, contrôler les termes de leur accord. La figure la plus emblématique de ce contrôle est sans conteste celle du magistrat mais on ne peut nier que la mission du tiers homologateur dépasse celle du juge et tend à se diversifier (Section I). Le tiers homologateur dispose d'une grille de contrôle et son intervention emporte des conséquences sur le contrat initial (Section II).

SECTION I- LA DIVERSITÉ DES INTERVENTIONS DU TIERS HOMOLOGATEUR

578. Il serait impossible dans le cadre de cette thèse de détailler chaque hypothèse dans lesquelles le contenu des actes juridiques est soumis au contrôle d'un tiers : il peut être fait appel au juge afin qu'il décèle dans le contrat la présence de clauses abusives ; le juge peut également contrôler le contenu des accords issus de MARC auxquels il doit attribuer force exécutoire; la DIRECCTE est chargée de contrôler le contenu d'un Plan de sauvegarde de l'emploi en cas de licenciement collectif ; les Autorités administratives de régulation contrôlent le contenu de contrats sectoriels ; le conseil de famille contrôle les actes du tuteur afin de protéger le majeur protégé.

Néanmoins, certaines interventions sont fondamentales et reflètent la diversité et la nécessité d'un contrôle du contenu de l'accord des parties. Très souvent, le législateur lui-même impose que le tiers s'immisce dans la relation contractuelle : c'est le cas notamment lorsque dans certaines matières « délicates », il oblige le tiers à vérifier que le contrat ne désavantage pas une des parties ou ne nuise pas à des intérêts qui leur seraient extérieurs. D'autres tiers que le juge ont été investis de cette mission, à l'image de l'administration du travail notamment. Pour procéder au contrôle, les tiers utilisent la technique de l'homologation dont les effets vont garantir que le contenu du contrat est conforme à la loi et aux intérêts supérieurs.

579. De plus en plus de branches du droit sont concernées par la contractualisation, permettant aux parties de conclure des actes juridiques dans des matières jusqu'alors fortement encadrées par la loi. L'Etat n'ayant pas totalement abandonné ces domaines, il impose un contrôle du juge sur les conventions des parties, ce contrôle s'effectue par le recours à la technique de l'homologation (I). Le contenu de la rupture conventionnelle ainsi que celui du plan de sauvegarde de l'emploi, normalement guidé par la volonté des parties doivent néanmoins respecter certaines règles imposées par le législateur. L'administration du travail intervient donc afin d'en contrôler l'existence et la légalité avant de procéder à l'homologation (II). Enfin, la technique de l'homologation n'est pas réservée aux tiers institutionnels. Les ligues sportives professionnelles soumettent les contrats des joueurs à la procédure d'homologation afin de s'assurer du respect, tant des règles de droit du travail que de la convention collective applicable ou encore de la réglementation sportive (III).

I- L'INTERVENTION DU JUGE EN MATIÈRE D'HOMOLOGATION

580. Quel que soit le domaine dans lequel le juge intervient, il est avant tout nécessaire de s'intéresser à l'étendue de son contrôle (A) afin de mieux appréhender la nature hybride de l'acte d'homologation (B).

A- L'ÉTENDUE DU CONTRÔLE DU JUGE HOMOLOGATEUR

Pour certains auteurs, la mission de contrôle du juge homologateur varie selon qu'il intervient en pleine connaissance de cause ou sans connaissance de cause[985]. Dès lors que le juge procède à un contrôle de légalité de l'acte, il intervient sans connaissance de cause. Mais dès lors qu'il s'emploie à vérifier que l'acte qui lui est soumis est conforme à la loi ainsi qu'« à certaines valeurs dont la loi fait dépendre la légitimité de l'opération [986]», le juge remplit sa mission en pleine connaissance de cause, le contrôle d'opportunité venant s'ajouter au contrôle de légalité. Afin d'analyser l'étendue du contrôle du juge homologateur, différents degrès d'intervention doivent être établis selon que le juge procède à une intervention « allégée » sur le contenu du contrat (1) ou à une intervention davantage approfondie (2).

1) Une intervention « allégée » du juge homologateur

581. L'intervention du juge de l'homologation qui constitue une immixtion étatique dans les relations privées se justifie par la protection d'intérêts supérieurs tels que l'ordre public et les bonnes mœurs. Dans ce cas, le juge procède à un contrôle allégé du contrat en se « bornant » à vérifier la conformité de celui-ci à l'ordre public et aux bonnes mœurs, laissant le choix du contenu à la libre appréciation des parties. C'est ainsi que l'homologation a été perçue dans l'esprit du législateur lors de son avènement.

En effet, le but premier de l'homologation par le juge réside dans la protection de l'intérêt général puisque « derrière les intérêts privés se profile toujours l'ombre de l'ordre public[987] ». Le but de

985 Voir à ce propos : ZATARA (A.-F.), « L'homologation en droit privé », *RRJ,* n°2004/1, 2004, p.85.

986 CORNU (G.) et FOYER (J.), *Procédure civile*, PUF, 3ème éd., coll. Thémis, Paris, 1996, p.131.

987 ZATARA (A.-F.), *op. cit.*, p.99.

l'homologation s'avère donc double[988]. Un auteur ajoute que même en l'absence de violation d'une loi, un contrat peut contrevenir à l'ordre public[989]. C'est alors au juge, même lorsqu'il ne procède pas à un contrôle d'opportunité, de vérifier la conformité de l'accord à l'intérêt général. Il lui reviendrait la tâche de tracer les contours de ce qui doit relever ou non de l'ordre public : « c'est en toute liberté et en toute exclusivité que le juge pourrait déterminer ce qui est d'ordre public[990] ».

582. En matière de transaction, depuis l'abrogation[991] de l'article 1441-4 du Code de procédure civile, l'article 1567[992] du même code prévoit que le juge peut être amené à homologuer l'acte s'il est saisi par la partie la plus diligente[993]. Si le législateur a pris soin de préciser les éléments de procédure ainsi que les voies de recours, rien n'a été dit sur l'étendue du contrôle du juge.
En effet, le nouvel article 1565 du CPC qui est applicable à la transaction conclue en dehors d'une médiation, une conciliation ou une procédure participative mais également à tous les accords conclus dans le cadre de ces mêmes MARC précise seulement que « le juge à qui est soumis l'accord ne peut en modifier les termes ». Le magistrat n'a d'autres choix que d'homologuer ou de ne pas homologuer l'accord qui lui est présenté. Le considérant 19 de la directive n°2008/52/CE du 21 mai 2008 précise que « un Etat membre ne devrait pouvoir refuser de rendre un accord exécutoire que si le contenu de l'accord est contraire à son droit ». Cette disposition peut faire penser qu'un contrôle du juge est nécessaire mais sans en définir les contours. Or, un contrôle approfondi serait impensable sauf à mettre à néant tout le travail de déjudiciarisation déjà entamé[994]. La doctrine se prononce d'ailleurs majoritairement en faveur d'un contrôle « léger »[995].
Il est important de voir qu'ici, le législateur a souhaité laisser au juge la possibilité d'attribuer force exécutoire au contrat sans procéder à un contrôle approfondi, dans un but de simplification de son rôle mais également, en laissant le choix aux parties de déclencher si besoin un recours contentieux lors de l'exécution des obligations contractuelles[996].

988 ZATARA (A.-F.), *op. cit.*, p.99..

989 MOREAU (P .), *op. cit.*, p. 283.

990 MEKKI (M), *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, th., préf. Jacques GHESTIN, LGDJ, Paris, coll. Bibliothèque de droit privé, 2004, p.219.

991 Excepté à Wallis et Futuna.

992 Crée par le décret n°2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiables des différends, JORF n°0019 du 22 janvier 2012, p.1280, texte n°9.

993 Article 1567 du Code de procédure civile.

994 Voir sur ce point : AMRANI-MEKKI (S.), « La déjudiciarisation », *Gaz. Pal.*, 2008, p.2.

995 MAYER (L.), « Précisions sur le contrôle « léger » exercé par le juge homologateur d'une transaction », *Gaz. Pal.*, 2015, p.12.

996 THÉRY (P.), « Homologation des transactions : quel contrôle du juge ? », *RTD civ*, 2015, p.695.

583. Le juge doit cependant vérifier la nature de la transaction : il doit contrôler que l'acte qui lui est soumis est bien une transaction. Il s'agit ici également d'un contrôle superficiel. De plus, un arrêt récent a mis en lumière la nécessité pour le juge de vérifier l'existence de la transaction : en l'espèce, la transaction était assortie d'une clause suspensive qui ne s'était pas concrétisée à temps. Le contrôle du juge révélant l'absence de formation du contrat, le juge a refusé de lui donner force exécutoire, l'accord étant inexistant[997].

584. De même, le législateur a choisi récemment d'étendre l'action de groupe au droit de la santé et des usagers du système de santé[998]. Parmi ces nouvelles dispositions, cinq articles du CSP[999] prévoient un processus de médiation. Le juge peut désigner un médiateur avec l'accord des parties. Le résultat de la médiation, si l'issue des négociations est positive, réside dans la conclusion d'une convention d'indemnisation amiable. Cette convention doit faire l'objet d'une homologation par le juge qui met alors fin à l'action entre les parties signataires, il n'est néanmoins donné aucune indication sur l'étendue du contrôle du juge, que l'on supposera donc restreint.
En définitive, il est nécessaire d'accorder au juge un pouvoir de contrôle même léger de l'accord qu'il doit homologuer en l'absence de prescriptions par le législateur.

2) Une intervention « approfondie » du juge homologateur

585. Le législateur a permis aux parties de contracter dans des matières intéressant l'ordre public. L'immixtion du juge homologateur est indispensable afin de protéger des intérêts supérieurs. Dans ce cas, l'homologation doit être qualifiée d'homologation au sens strict. Ainsi, l'homologation au sens strict a été instituée dans des hypothèses où la liberté contractuelle avait disparu ; ce qui est le cas en matière de changement de régime matrimonial qui était immuable par peur d'abus d'un époux sur l'autre. Mais lorsque l'homologation est facultative, c'est-à-dire laissée à la volonté des parties, celle-ci est qualifiée d'homologation au sens large *:* « l'homologation obligatoire est, en quelque sorte, la rançon de la liberté et l'homologation facultative, une prime à la concorde, en raison des attributs attachés au jugement d'homologation[1000] ». Jusqu'à la loi du 23 juin 2006, et aujourd'hui en présence d'enfant mineur et d'opposition, l'homologation de la convention de

997 Cass. Civ. 1ère, 10 septembre 2014, n°13-11.843, Bull. 2014, I, n°146 ; *AJCCD*, 2014, p.328, N. FRICERO ; *Gaz. Pal*., 2014, p.29, L. LAUVERGNAT ; *RTD Civ,* 2015, p.695, P. THÉRY.

998 Loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, JORF n°0022 du 27 janvier 2016, texte n°1.

999 Article L.1143-16 et suivants du CSP.

1000 MOREAU (P.), *op. cit.*, n°98.

changement de régime matrimonial a permis aux époux de retrouver davantage de liberté contractuelle sous contrôle du juge. Le législateur a permis de passer d'un régime d'interdiction absolue à un régime contrôlé afin de permettre un nouvel essor de la liberté contractuelle dans des domaines présentant un danger sans système de protection[1001]. Le législateur a même pu faire le choix de supprimer le contrôle judiciaire lorsque l'homologation au sens strict ne s'avérait plus nécessaire comme il l'a fait avec la loi du 23 juin 2006. Néanmoins le juge doit procéder à un contrôle de conformité de la convention des parties à l'ordre public bien que « la procédure d'homologation ait précisément été instaurée pour « dépasser » l'ordre public[1002] ». Le juge intervient ici pour donner un cadre à l'autonomie des parties. La notion d'ordre public est donc toujours aussi présente même si les domaines dans lesquels les parties ne pouvaient contracter se sont réduits. Le juge sera contraint de refuser l'homologation dans tous les cas où celles-ci contreviendraient à une disposition protégeant l'intérêt général.

586. Le législateur cherche, lorsqu'il rend l'homologation obligatoire, à protéger les intérêts des contractants eux-mêmes mais aussi (et peut-être plus encore) des intérêts des tiers. Le juge exerce sa mission en connaissance de cause notamment dans le cadre d'une homologation de changement de régime matrimonial, d'une homologation d'une convention relative à l'exercice de l'autorité parentale en cas de séparation des parents ou encore en cas d'accord issu d'une médiation dans le cadre de l'action de groupe. Dans ces hypothèses, le juge ne vérifie pas seulement que l'acte des parties respecte la loi ou que la procédure est conforme, il doit aller au-delà : il a pour mission de chercher l'intérêt des parties et des tiers notamment.

587. En matière de conventions de régime matrimonial, bien que l'homologation ait été restreinte depuis la loi du 23 juin 2006[1003], il persiste deux cas pour lesquels le juge doit intervenir : en présence d'enfant mineur et en cas d'opposition. Le juge doit alors vérifier que les époux ont librement consenti à la convention mais surtout que celle-ci ne contrevient pas à l'intérêt de tiers parmi lesquels se trouvent celui des enfants et des créanciers. Le législateur a souhaité par là protéger d'actes potentiellement préjudiciables les intérêts des personnes les plus vulnérables par leur âge ou leur situation spécifique ou leur patrimoine.
De même, lorsque le juge est amené à homologuer une convention de divorce par consentement

1001 HAUSER (J.) et PLAZY (J.-M.), « Changement de régime matrimonial et enfant majeur hors d'état de manifester sa volonté », *Defrénois*, 2007, p.733.

1002 MOREAU (P.), *op. cit.*, n°128.

1003 Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, JORF n°145 du 24 juin 2006, p.9513, texte n°1.

mutuel[1004], il doit s'assurer que l'acte des époux respecte les termes de la loi, notamment que le consentement des époux existe bien et qu'il préserve les intérêts des enfants et de chaque époux : la Cour de cassation a ainsi cassé un jugement ayant homologué une convention de divorce pour laquelle le juge n'avait pas examiné si elle préservait les intérêts des enfants[1005]. Le même mécanisme est appliqué en matière de prévention des difficultés de l'entreprise[1006] et va même au-delà puisque le législateur délègue au juge, par le biais de l'homologation, le pouvoir de s'assurer que l'acte prend en considération l'intérêt de l'entreprise mais que cet accord est opportun en présence de créanciers non signataires.
En matière de surendettement des particuliers, lorsque la commission de surendettement préconise un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire, le juge a pour fonction de vérifier, outre l'exactitude de la mesure proposée, la pertinence de cette dernière[1007].

588. En droit de la consommation, en matière d'action de groupe, le Code la consommation offre la possibilité à une association de consommateurs agréée de rechercher un accord amiable[1008]. L'article L.623-23 du Code de la consommation prévoit à cet effet que « tout accord négocié au nom du groupe est soumis à l'homologation du juge, qui vérifie s'il est conforme aux intérêts de ceux auxquels il a vocation à s'appliquer et lui donne force exécutoire. Cet accord précise les mesures de publicité nécessaires pour informer les consommateurs concernés de la possibilité d'y adhérer, ainsi que les délais et modalités de cette adhésion ». Le législateur a ainsi souhaité fournir des directives précises au juge : ce dernier doit procéder à un contrôle approfondi de l'accord et vérifier qu'il préserve bien les intérêts des consommateurs (on peut imaginer que son contrôle se portera notamment sur la réparation des préjudices subis). Cette nouvelle homologation est bien protectrice des intérêts des consommateurs mais bien défavorable au professionnel puisque le contrôle du juge va obliger celui-ci à proposer une indemnisation satisfaisante mais sans connaître à l'avance le nombre de consommateurs qui adhèreront.

589. En matière prud'homale, le bureau de conciliation et d'orientation est également chargé de contrôler le contenu du procès-verbal de conciliation et d'homologuer l'accord issu d'un mode

1004 Article 1099 du Code civil.

1005 Cass. Civ. 2ème, 24 février 2000, n°98-19.177, Bull., 2000, II, n°33, p.21.

1006 Article L.611-8 du Code de commerce.

1007 Article L.332-5 du Code de la consommation. En comparaison, le code judiciaire belge prescrit au juge qui reçoit le plan de surendettement doit rechercher si celui-ci garantit bien au débiteur ainsi qu'à sa famille, qu'ils pourront mener une vie conforme à la dignité humaine.

1008 Article L.623-22 du Code de la consommation.

alternatif de règlement des conflits[1009]. Bien que n'ayant pas reçu d'indication particulière, la chambre sociale de la Cour de cassation[1010] a mis à la charge des prud'hommes l'obligation d'un contrôle d'opportunité et notamment dans le cas d'une conciliation menée par le bureau de conciliation : le bureau de conciliation et d'orientation doit participer activement à la recherche d'un accord entre les parties et « cet acte, ne peut être valable que si le bureau a rempli son office en ayant, notamment, vérifié que les parties étaient informées de leurs droits respectifs ». Par conséquent, le bureau de conciliation n'ayant pas rempli son office, le procès-verbal de conciliation est nul et la juridiction prud'homale peut être valablement saisie.

590. Il faut néanmoins rappeler que le contrôle d'opportunité ne confère pas au juge un pouvoir discrétionnaire illimité sur l'acte des parties. S'il jouit assurément d'une large liberté puisque le contrôle des faits relève de « son appréciation souveraine », cette liberté n'est pas sans limite. A titre d'exemple, lorsque le juge est amené à homologuer, à la demande du débiteur, un accord de conciliation dans le cadre d'une entreprise en difficulté, il a pour obligation de respecter trois conditions cumulatives dont celle de vérifier que l'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires. La Cour de cassation doit alors vérifier dans ces hypothèses que les juges du fond n'ont pas déduit des faits des conséquences sans outrepasser leur pouvoir.
Le pouvoir souverain du juge est limité à un contrôle d'opportunité défini de manière subsidiaire par le législateur. En effet, le juge ne peut prononcer le divorce par consentement mutuel lorsque la convention ne préserve pas suffisamment « les intérêts des enfants ou de l'un des époux »[1011].
La liberté du juge en matière de contrôle d'opportunité n'est donc pas indéfinie. *A contrario*, le contrôle de légalité peut laisser au juge un pouvoir d'appréciation non négligeable. Ce dernier a l'obligation de vérifier *a minima* en matière d'homologation que l'acte ne contrevienne pas à l'ordre public. En définitive, les deux types de contrôle peuvent empiéter l'un sur l'autre et être confondus, la mission du juge relevant souvent à la fois du contrôle d'opportunité et du contrôle de légalité.

591. *In fine*, il est nécessaire de souligner que, quelle que soit l'hypothèse dans laquelle le juge est appelé aux fins d'homologuer un accord, la délimitation du contrôle qu'il opère pose des difficultés. Au-delà de la volonté politique d'accélérer le temps judiciaire, le juge ne peut contrôler de manière exhaustive et purger le contrat de tous les vices. Quel que soit le contrôle qu'il est amené à effectuer, contrôle d'opportunité et/ou de légalité, le juge doit à tout le moins s'assurer que le

1009 Article R.1471-1 du Code du travail.

1010 Cass. Soc. 28 mars 2000, n°97-42.419, précité.

1011 Article 232 du Code civil.

contrat des parties ne contrevient pas à l'ordre public.

Le contrôle du juge homologateur dépend donc de l'objet du contrat qui lui est soumis. Puisque cette intervention peut être facultative ou imposée aux parties, l'étendue de l'immixtion du tiers dans la sphère contractuelle varie alors en fonction de ce paramètre. Par ailleurs, afin de pouvoir analyser l'impact de son intervention sur le contenu du contrat au stade de sa formation, il est nécessaire au préalable de s'interroger sur la nature même de l'acte d'homologation.

B- LA NATURE HYBRIDE DE L'ACTE D'HOMOLOGATION

592. La fonction d'homologation du juge l'amène à « approuver un acte juridique privé soumis à son contrôle juridictionnel[1012] ». Mais quelle est la nature de l'intervention du juge ? Comment analyser le produit de la juxtaposition de l'acte juridique des parties et de l'acte judiciaire ? Le résultat de l'homologation peut être perçu comme un acte mi-conventionnel et mi-judiciaire[1013] ou comme un acte mi-conventionnel et mi-juridictionnel. L'homologation, rattachée à la catégorie des juridictions gracieuses, est entourée d'incertitudes. Pour certains auteurs, l'acte d'homologation constitue un acte juridictionnel[1014], tandis qu'une partie de la doctrine estime que l'on est en présence d'un acte judiciaire non juridictionnel[1015].

593. Il est nécessaire, pour répondre à la question, de distinguer les cas d'homologation soumis au juge et l'étendue du contrôle du juge : d'une part, dans le cadre d'une homologation d'une convention de divorce, d'un changement de régime matrimonial, d'un règlement amiable entre créanciers et débiteur ou encore d'un accord issu d'une négociation en droit de la consommation, le juge procède à un double contrôle de légalité et d'opportunité de l'accord. En raison de l'importance des matières concernées, le juge a pour rôle de contrôler que l'acte qui lui est soumis protège tant l'intérêt des parties que celui des tiers. La fonction du juge requiert alors que ce dernier fasse appel à la fois à l'*imperium* entendu comme « « l'ensemble des pouvoirs qui ont leur principe dans la

1012 MOREAU (P.), *op. cit.,* n°100.

1013 BALENSI (I.), *op. cit.*, p.46.

1014 BALENSI (I.), *op. cit.,* p.55-60.

1015 GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), *Procédure civile : droit interne et européen du procès civil*, Dalloz, 33ème éd., coll. Précis, Paris, 2016, p.1283 ; JOLY-HURARD (J.), *Conciliation et médiation judiciaires*, th., préf. Serge Guinchard, PUAM, Institut de droit des affaires, Aix-en-Provence, 2003, p.430.

détention d'une fraction de puissance publique[1016] », mais aussi à la *juridictio*, qui recouvre la possibilité pour le juge de « « trancher le litige par application du droit[1017] ». Il apparaît dès lors que l'acte d'homologation a une nature juridictionnelle.

594. D'autre part, en cas d'homologation d'accord amiable relevant des dispositions des articles 131-12, 833 et 1565 du Code de procédure civile, le juge ne procède qu'à un contrôle minimum de légalité[1018] et non plus d'opportunité. Il vérifie que l'acte qui lui est soumis réponde bien aux prescriptions de la loi. En raison de ce contrôle restreint, comment qualifier l'acte d'homologation ? Sur ce point, plusieurs théories s'opposent. Si l'on s'en tient à une définition classique, l'acte est juridictionnel dès lors que le juge procède à un contrôle même *a minima* : « le juge de l'homologation a bien pour mission de dire le droit, qu'il statue après avoir opéré une vérification de nature juridictionnelle et que ses décisions sont des actes juridictionnels[1019] ». Les auteurs s'attachent ici à la finalité de l'acte, à son but, c'est-à-dire vérifier l'acte qui est soumis au juge.

Cependant, une partie importante de la doctrine retient comme critère de l'acte juridictionnel l'existence d'une contestation. Dès lors que le juge doit trancher une contestation, il dit le droit. Or, en matière de conciliation et de médiation (judiciaire ou extra-judiciaire) ainsi que de procédure participative, les parties ne font état d'aucune contestation : elles requièrent du juge tiers qu'il intervienne afin de conférer à l'acte force exécutoire. Le juge ne fait qu'user de son *imperium* et non de sa *juridictio*. L'acte doit alors être, selon ces auteurs, qualifié d'acte judiciaire. Dans ce cas, la décision du juge n'a pas autorité de la chose jugée, le juge n'étant pas dessaisi en cas de refus d'homologation, il peut être amené à se prononcer à nouveau sur l'acte des parties.

595. Il faut selon nous retenir la qualification d'acte juridictionnel pour caractériser l'acte d'homologation. Selon les Professeurs Loic Cadiet et Emmanuel Jeuland, l'acte juridictionnel est le fruit de « l'application, par le juge, d'une règle de droit à une situation de fait dont il est saisi[1020] » qu'une contestation existe ou non. Cette qualification est davantage rattachée à la matière

1016 CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant*, V°*Imperium,* PUF, 11ème éd., 2016, p.524.

1017 CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant*, V°*Juridictio*, PUF, 11ème éd., 2016, p.591.

1018 Imposer au juge un contrôle de légalité et d'opportunité aurait pour conséquence de vider la promotion des modes alternatifs de règlement des conflits de son intérêt.

1019 BALENSI (I.), *op. cit.*, p.60.

1020 CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 9ème éd., Paris, coll. Manuels, 2016, p.96.

contentieuse mais peut tout aussi bien s'appliquer lorsque le juge exerce une activité gracieuse. Ainsi, quelle que puisse être l'étendue du contrôle du juge lors de l'homologation et qu'il intervienne en matière contentieuse ou gracieuse, son rôle est d'appliquer une règle de droit à une situation de fait. L'acte d'homologation est donc un acte juridictionnel. Il est alors tout à fait exact de dire que « ce qui compte, ce n'est pas l'existence d'une contestation, mais le fait que le juge, en procédant à une constatation, en vérifiant une situation juridique grâce au syllogisme judiciaire et parce qu'il est un tiers étranger aux intérêts en cause, accomplit une fonction, qui par là même, est juridictionnelle[1021] ».

596. Quant au caractère de l'acte d'homologation, les articles 131, 131-12 et 1301 énoncent que l'homologation « relève de la matière gracieuse ». Néanmoins, est-il possible d'en conclure que chaque intervention du juge homologateur relève de la matière gracieuse ? La doctrine, là aussi, s'oppose sur ce point. Pour certains auteurs, la mention lapidaire « relève de la matière gracieuse » signifie que l'on applique à l'homologation la procédure gracieuse[1022]. Pour une autre partie de la doctrine, les procédures relevant de la matière gracieuse sont celles « par nature (en ce qu'elles soumettent au contrôle d'un juge un acte de volonté privé, matière de sa juridiction) tandis que les affaires dont il est écrit qu'elles sont instruites ou/et jugées « comme en matière gracieuse » sont celles qui sont rattachées à la procédure gracieuse sans pour autant réunir les composantes de cette matière[1023] ». Par conséquent, puisque l'homologation découle d'une procédure relevant de la juridiction gracieuse, elle a un caractère gracieux. Néanmoins, ces propos doivent être nuancés.
Dès lors que le législateur a souhaité le préciser expressément – comme dans les articles 131-12, 131 et 1301 du CPC - l'homologation relève de la matière gracieuse. Dans tous les autres cas où le législateur n'a donné aucune précision, l'homologation relève de la matière contentieuse. Un auteur propose de considérer l'homologation comme un acte de juridiction gracieuse en principe, et dès lors que l'acte soumis à homologation fait l'objet d'une contestation, il relève de la matière contentieuse[1024].

597. Il est alors nécessaire de se référer à l'article 25 du CPC[1025]. Ce dernier requiert la présence de deux conditions cumulatives pour déterminer si le juge intervient en matière gracieuse : l'absence

1021 GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), *Procédure civile : droit interne et européen du procès civil*, Dalloz, 33ème éd., Paris, Précis, 2016, p.703.

1022 ZATARA (A.-F.), « L'homologation en droit privé », *op. cit*., p.105.

1023 CORNU (G.), « L'élaboration du Code de procédure civile », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1995, p.249-250.

1024 ZATARA (A.-F.), « L'homologation en droit privé », *op. cit*., p.105.

d'un litige ainsi que l'exigence du législateur de procéder au contrôle de l'affaire. En matière de modes alternatifs de règlement des conflits sous la tutelle judiciaire, l'acte soumis au juge étant un accord de volonté, le litige est inexistant. Par contre, il est plus difficile d'expliquer en quoi la nature de l'affaire ou la qualité du requérant justifient de procéder à un contrôle de l'affaire. La justification doit être recherchée dans la nécessité de vérifier la conformité de l'acte à l'ordre public. Le contrôle de légalité opéré par le juge justifie la nature gracieuse de cette homologation.

La question de la nature de la procédure d'homologation doit également être posée depuis l'entrée dans le Code de procédure civile du Livre V qui régit les accords intervenus lors de procédure conventionnelle : la résolution amiable des différends des articles 1528 à 1568 du CPC doit être qualifiée. Mais le travail de qualification semble moins évident que pour l'acte d'homologation des accords conclus sous la tutelle judiciaire. En effet, l'article 1566 du CPC précise dans son alinéa 2 que lorsque le juge fait droit à la requête, tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu la décision. Comment qualifier la requête ? Peut-on la qualifier de procédure gracieuse ou est-ce une requête à potentialité contentieuse[1026] ? Lorsque le juge accepte la requête, si l'on se situe en requête à potentialité gracieuse, tout intéressé peut demander la rétractation et le juge rend une solution après un débat contradictoire. Un appel pourra ensuite être formé. Si l'on estime que la procédure relève de la matière gracieuse, l'appel doit avant tout être interjeté et c'est seulement après que le juge peut modifier ou rétracter sa décision[1027]. Enfin, dans le cas d'une procédure gracieuse, une seule partie peut demander l'homologation de l'accord au juge par requête. Tandis que dans le cas d'une procédure contentieuse, l'ensemble des parties ou une d'elles avec accord exprès des autres peut demander l'homologation[1028] en cas de médiation conventionnelle. Pour l'accord conclu devant le conciliateur de justice dans le cadre d'une conciliation conventionnelle, la demande est formée par une des parties sauf opposition de l'une d'elles[1029].

598. En matière de changement de régime matrimonial, les deux conditions cumulatives de l'article 25 du CPC sont réunies : les époux ont trouvé un accord et le juge procède à un contrôle de

1025 « Le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle ».

1026 Voir sur ce point FOULON (M.) et STRICKLER (Y.), « Qu'est-ce qu'une requête (ou la polysémie du mot « requête ») ? », *Gaz. Pal.*, 2012, p.10.

1027 FOULON (M.) et STRICKLER (Y.), « Accords et force exécutoire en France », *Gaz. Pal.*, 2013, p.8.

1028 Article 1534 du CPC.

1029 Article 1541 du CPC.

légalité et d'opportunité justifié par l'importance de l'acte, intéressant l'ordre public. Il paraît donc logique de qualifier la procédure d'homologation de l'article 1301 du CPC de procédure gracieuse comme elle le précise elle-même. Un doute peut être permis néanmoins lorsque l'on se réfère à l'article 1397 du Code civil selon lequel chaque époux peut s'opposer à la modification de la convention dans un délai de trois mois. Le terme opposition contient une part de contentieux dans le lexique juridique. Or, le législateur a choisi de rappeler que l'homologation d'un changement de régime matrimonial relève de la matière gracieuse : « ce texte n'aurait plus aucun sens si l'on devait admettre que l'opposition formée contre le projet de changement de régime modifie la qualification du jugement d'homologation pour en faire une décision contentieuse[1030] ».

599. Enfin, sans précision du législateur, les homologations de la convention de divorce[1031] ainsi que de l'accord amiable en matière de prévention des difficultés des entreprises commerciales[1032] devraient relever de la matière contentieuse. Or, celle-ci suppose l'existence d'un litige que le juge est amené à trancher. Pourtant, l'obtention d'une convention de divorce par consentement mutuel comme d'un accord de conciliation en matière commerciale supprime toute idée de litige et de ce fait de contentieux. L'existence de voie de recours suffit-elle à faire basculer les procédures gracieuses vers des procédures contentieuses ? En réalité, la procédure d'homologation doit garder son caractère gracieux mais revêt un caractère contentieux dès lors que la décision est attaquée[1033].

600. Le juge est le tiers le plus sollicité en matière d'homologation, ce qui se justifie aisément par la nature des domaines dans lesquels les parties sont amenées à contracter. Le juge est le protecteur à la fois des intérêts particuliers des parties et de l'intérêt général. Comme il est tiers au contrat qu'il est en charge de contrôler, l'acte qui est soumis à son approbation est un acte hybride : il conserve sa nature conventionnelle mais il revêt une dimension juridictionnelle. Le juge ne modifie pas la nature première du contrat mais lui apporte une efficacité auquel l'acte seul ne peut prétendre.

601. Lorsque la mission du juge relève de la matière gracieuse, ce qui suppose l'absence d'un conflit et confirmation de l'aboutissement de négociations, le rôle du juge se modifie et se distingue

1030 PERROT (R.), « Nature du jugement portant homologation d'un changement de régime matrimonial », *RTD civ*, 2009, p.725.

1031 Article 232 du Code civil.

1032 Article L.611-8 du Code de commerce.

1033 ZATARA (A.-F.), *op. cit.*, p.107.

de la mission qui lui est habituellement reconnue de juge sanctionnateur pour revêtir, en adéquation avec la transformation contemporaine de la fonction de juger, à celle de « juge-pacificateur[1034] ». Bien que le juge puisse être amené à contrôler l'accord des parties, leur liberté contractuelle est importante mais peut être limitée par l'intervention judiciaire dès lors que l'ordre public peut être menacé.

602. Depuis quelques années, certaines réformes de droit du travail ont été l'occasion de mettre en place un processus de contrôle du contenu contractuel par le biais de l'homologation se justifiant par la nécessaire protection des parties dans cette branche du droit pouvant s'avérer particulièrement sensible.

II- L'INTERVENTION DE L'ADMINISTRATION DU TRAVAIL HOMOLOGATRICE

603. Le contrôle du contenu de l'accord par le biais de l'homologation n'est pas réservé à la seule compétence du juge judiciaire. Le droit du travail prévoit également l'intervention de l'administration du travail à l'occasion de la formation de deux contrats. En effet, la Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) est habilitée depuis la loi du 25 juin 2008 à vérifier le respect des conditions de fond lors de la rupture conventionnelle intervenant entre un employeur et son salarié (A). Le législateur a également fait le choix de confier à la DIRECCTE le soin d'accompagner l'employeur lors de la mise en place d'un plan de sauvegarde de l'emploi et de procéder à l'homologation de ce dernier lorsqu'il émane du document unilatéral dressé par le chef d'entreprise (B).

A- L'HOMOLOGATION DE LA RUPTURE CONVENTIONNELLE PAR L'ADMINISTRATION DU TRAVAIL

604. Le législateur, par la loi du 25 juin 2008[1035] a reconnu l'existence d'un nouveau mode de rupture du contrat de travail : la rupture conventionnelle. Afin que celle-ci soit valable, le législateur a souhaité que cet accord des parties, employeur et salarié, soit soumis à l'homologation de l'administration du travail. L'objectif de l'intervention de la DIRECCTE réside avant tout dans le

1034 OST (F.), « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraineur. Trois modèles de justice », *in* OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.) et GÉRARD (P.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles, FUSL, 1983, p.1 et suivantes.

1035 Loi n°2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, JORF n°0148 du 26 juin 2008 p. 10224, texte n°2.

contrôle du libre consentement des parties au contrat de rupture[1036] afin d'assurer un maximum de sécurité juridique. Mais l'autorité administrative doit également s'assurer du respect des autres conditions telles que les conditions de forme[1037] et de fond comme l'existence d'une indemnité qui ne peut être inférieure à l'indemnité prévue en cas de licenciement[1038]. La question de l'étendue du pouvoir de l'administration du travail peut être soulevée : s'agit-il pour la DIRECCTE de procéder à un contrôle *a minima* (au-delà du consentement des parties) de l'absence de contestation des parties, en s'en tenant au formulaire intégrant la négociation et la conclusion de l'accord ou bien de vérifier en profondeur le bon déroulement de la négociation au besoin en demandant des pièces supplémentaires ?

S'il semble qu'un contrôle approfondi eut été souhaitable vu les risques de dérives qu'un tel instrument contractuel peut engendrer, considérant le délai imparti à la DIREECTE pour prendre connaissance du dossier et l'homologuer, le contrôle opéré par elle ne peut être qu'un contrôle réduit[1039].

605. De plus, la consécration de la rupture conventionnelle a pu soulever chez certains auteurs des craintes quant à son utilisation en vue de détourner les règles relatives au droit du licenciement pour motif économique, craintes pouvant être justifiées encore plus en cas de contrôle restreint de la DIRECCTE. En effet, depuis la loi du 25 juin 2008, l'article L.1233-3 alinéa 2 précise que les dispositions relatives au licenciement économique sont applicables à toute rupture du contrat à l'exclusion de la rupture conventionnelle. L'administration du travail a l'obligation de refuser toute homologation qui aurait été conclue en fraude du droit du licenciement pour motif économique. Même si la rupture conventionnelle n'a pas à être motivée et qu'elle résulte de la seule volonté des parties au contrat de travail[1040], elle ne peut être utilisée dans le but de contourner les obligations

1036 Sur le rôle de la DIRECCTE en tant que tiers contrôleur du consentement voir *supra* n°456 et suivants.

1037 Article L.1237-11 du Code du travail : La rupture conventionnelle « résulte d'une convention signée par les parties au contrat »

1038 Article L.1237-13 du Code du travail.

1039 Voir PRÉTOT (X.), « L'homologation de la rupture conventionnelle par l'autorité administrative », *Dr. Soc.*, 2008, p.316-324 ; CHASSAGNARD-PINET (S.) et VERKINDT (P.-Y.), « La rupture conventionnelle du contrat de travail », *JCP S*, 2008, p.25-36.

En août 2016, 93% des demandes de ruptures conventionnelles ont été homologuées. Cela démontre implicitement que, sauf indemnité de rupture insuffisante ou non respect du délai de rétractation, l'homologation par la DIRECCTE est presque automatique. Voir notamment pour des données statistiques de la DARES : http://dares.travail-emploi.gouv.fr/dares-etudes-et-statistiques/statistiques-de-a-a-z/article/les-ruptures-conventionnelles.

1040 Instruction DGT n°2 du 23 mars 2010 relative à l'incidence d'un contexte économique difficile sur la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée, avril 2010, texte n°2/77, BO du ministère du travail, de la solidarité et de la fonction publique.

légales en matière de licenciement économique collectif et donc « de priver, de ce fait, les salariés des garanties attachés aux accords de GPEC et aux PSE[1041] ».
Pour cela, une instruction de la direction générale du travail (DGT) incite l'autorité administrative à vérifier l'existence de tel contournement en refusant, si nécessaire, l'homologation de la rupture conventionnelle. La DGT donne un certain nombre d'indices susceptibles de révéler un détournement des règles relatives au licenciement économique tels que dix demandes d'homologation sur une même période de trente jours ; au moins une demande sur une période de trois mois, faisant suite à dix demandes s'étant échelonnées sur la période de trois mois immédiatement antérieure ; une demande au cours des trois premiers mois de l'année faisant suite à plus de dix-huit demandes au cours de l'année civile précédente. La combinaison de ruptures conventionnelles avec des licenciements pour motif économique doit alerter l'administration du travail sur un éventuel contournement.

606. L'interdiction de recourir au dispositif de rupture conventionnelle avec comme objectif d'éluder les règles du droit des licenciements économiques et l'attention toute particulière que doit porter la DIRECCTE lors de la procédure d'homologation s'inscrit dans un souci de protection du salarié. En effet, ce dernier doit toujours avoir la possibilité de ne pas choisir de conclure de rupture conventionnelle notamment lorsqu'il est susceptible de profiter d'un contrat de sécurisation professionnelle. A titre d'illustration, un salarié avait signé une rupture conventionnelle sans que son employeur ne l'informe qu'un PSE allait être mis en place. Le salarié est en droit de demander l'annulation de la convention de rupture puisque ce dernier n'aurait pas conclu de rupture conventionnelle s'il avait été informé de l'existence future d'un PSE[1042].
Puisque le contrôle de l'administration du travail est retreint en raison d'un délai imparti trop court, l'intervention de celle-ci peut se faire en amont de la formation (ou non) de la rupture conventionnelle par le biais d'information délivrées aux salariés. Néanmoins, l'importance de la présence d'un tiers à la formation de la convention est ici à relativiser puisqu'en l'absence de notification de la part de la DIRECCTE dans les quinze jours, l'homologation est réputée acquise : il est donc tout à fait possible d'imaginer que l'administration du travail n'a pas eu matériellement le temps de contrôler la convention de rupture qui lui était soumise.

1041 Instruction DGT n°2 du 23 mars 2010 relative à l'incidence d'un contexte économique difficile sur la rupture conventionnelle d'un contrat de travail à durée indéterminée, avril 2010, texte n°2/77, BO du ministère du travail, de la solidarité et de la fonction publique.

1042 CA Bourges, Ch. Soc., 9 novembre 2012, n°10/01667.

607. L'administration du travail a également un pouvoir de contrôle depuis 2013 en matière d'homologation des plans de sauvegarde de l'emploi. Son intervention dans le cadre des licenciements économiques est très importante et se concrétise en amont du processus de formation du PSE.

B- L'HOMOLOGATION DU PLAN DE SAUVEGARDE DE L'EMPLOI PAR L'ADMINISTRATION DU TRAVAIL

608. Autrefois décriée jusqu'à sa disparition en 1986[1043], l'intervention de l'Etat en matière de licenciement économique séduit à nouveau comme le prouve l'adoption de la loi du 14 juin 2013[1044]. A titre d'illustration, dans les entreprises de moins de 50 salariés et dans celles de plus de 50 mais projetant le licenciement de moins de 10 salariés sur 30 jours, c'est-à-dire celles non tenues d'établir un PSE, l'administration du travail vérifie dans les 21 jours que les représentants du personnel ont été informés, réunis et consultés et que les obligations concernant les « mesures sociales » de reclassement interne ou externe ont été prévues et seront mises en œuvre[1045].

609. Lorsque l'administration du travail intervient dans l'élaboration d'un PSE, les textes ne parlent plus d' « autorisation » administrative de licenciement comme c'était le cas avant 1986 mais de « validation » des plans sociaux négociés et d' « homologation » des plans sociaux unilatéraux faisant de nouveau la part belle à l'administration du travail dans le droit des licenciements économiques. Ce regain d'engouement pour une intervention étatique s'explique, selon le Professeur Verkindt, entre des «raisons conjoncturelles liées à l'impact de la crise économique sur les équilibres du modèle social » et « la fin de l'illusion selon laquelle le cantonnement de l'Etat à une stricte vocation d'Etat-gendarme serait un gage de rationalité économique et à la redécouverte qu'une démocratie sociale, aussi forte soit-elle, ne peut se passer d'un Etat ayant les moyens de rappeler en permanence les exigences de l'intérêt général[1046] ».

610. Le rôle de l'administration du travail, incarnée par la DIRECCTE, dans la formation du plan de sauvegarde de l'emploi qui était jusqu'ici inexistant sauf pour le cas de salarié protégé, peut

1043 Loi n°86-797 du 3 juillet 1986 relative à la suppression de l'autorisation administrative de licenciement, JORF du 4 juillet 1986, p.8302.

1044 Loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, JORF n°0138 du 16 juin 2013, p.9958, texte n°1.

1045 Article 1233-53 du Code du travail.

1046 VERKINDT (P.-Y.), « Le rôle de l'administration dans les PSE », *JCP S*, 2013, p.62.

se traduire comme une « prévention secondaire[1047] » des licenciements, prévention qui « agit sur la prévalence d'une situation pathologique et sur sa durée conduisant à agir dès les premiers signes d'une pathologie pour en bloquer le processus[1048] ».

Le législateur a choisi de faire une place à l'autorité administrative très tôt dans le processus de mise en place de licenciements économiques. En effet, pour le ministère du travail, « il est important que l'autorité administrative puisse, dès le démarrage de la procédure, être impliquée dans le projet de restructuration de l'entreprise, c'est-à-dire dès la notification de l'ouverture d'une négociation ou du projet de licenciement[1049] ». Ainsi, l'employeur informe la DIRECCTE de l'ouverture des négociations et « notifie à l'autorité administrative tout projet de licenciement pour motif économique d'au moins dix salariés dans une même période de trente jours. Lorsque l'entreprise est dotée de représentants du personnel, la notification est faite au plus tôt le lendemain de la date prévue pour la première réunion[1050] ». L'article L.1233-48 ajoute que « l'ensemble des informations communiquées aux représentants du personnel lors de leur convocation aux réunions (...) est communiqué simultanément à l'autorité administrative. L'employeur lui adresse également les procès-verbaux des réunions. Ces procès-verbaux comportent les avis, suggestions et propositions des représentants du personnel ». Notons que l'intervention en amont de l'autorité administrative dans le déroulement de la procédure lui permet de décider de manière éclairée de valider ou d'homologuer le PSE.

611. Le législateur a choisi deux voies possibles pour établir le PSE pour lequel la DIRECCTE a un travail d'accompagnement et de contrôle : tout d'abord, dans le cas d'entreprises de 50 salariés et plus, le PSE peut être négocié au sein d'un accord collectif ; l'administration est alors immédiatement informée de l'ouverture de la procédure[1051]. A défaut d'accord collectif, le PSE peut faire l'objet d'un document unilatéral élaboré par l'employeur[1052]. Dans les deux cas, les deux écrits contenant le projet de PSE sont transmis à l'autorité administrative pour validation de l'accord collectif ou homologation du document unilatéral de l'employeur[1053].

1047 *Ibid.*

1048 *Ibid.*

1049 Instruction DGEFP/DGT n°2013/13 du 19 juillet 2013 relative à la mise en œuvre de la procédure de licenciement économique collectif, disponible sur : http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2014/07/cir_38474.pdf.

1050 Article L.1233-46 du Code du travail.

1051 Article L.1233-24-1 du Code du travail.

1052 Article L.1233-24-4 du Code du travail.

1053 Article L.1233-57-1 du Code du travail.

Lorsque la DIRECCTE procède à la vérification de l'accord collectif qui lui a été transmis, elle doit s'assurer de la conformité de l'accord aux conditions mentionnées aux articles L.1233-24-1 à 1233-24-3 ; de la régularité de la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise et du comité d'hygiène et de sécurité et des conditions de travail ; de la présence dans le PSE des mesures énoncée à l'article L.1233-61 à L.1233-63 du Code du travail ainsi que de la mise en œuvre des obligations prévues aux articles L.1233-57-9 à L.1233-57-16, L.1233-57-19 et L.1233-57-20.

612. Lorsque le PSE est contenu dans un document unilatéral, la DIRECCTE doit davantage procéder à un contrôle approfondi et notamment de proportionnalité. Elle doit faire ses vérifications en tenant compte des moyens dont disposent l'entreprise, l'unité économique et sociale ou le groupe, des mesures d'accompagnement prévues au regard de l'importance du projet de licenciement, des efforts de formation et d'adaptation tels que mentionnés aux articles L.1233-4 et L.6321-1. L'administration du travail s'assure enfin que l'employeur a prévu dans le document le recours au contrat de sécurisation professionnelle ou la mise en place du congé de reclassement[1054].

613. Il est nécessaire de noter, sur un plan plus théorique, que le terme « homologation » n'est pas précisément employé tel qu'il l'est habituellement. De manière usuelle, l'homologation vient parfaire un acte mais n'est pas une condition de sa validité. L'intervention de la DIRECCTE, dans le cas présent, s'apparente davantage à un cas de réception administrative obligatoire pour lequel l'autorité effectue un contrôle *ad validatem*.

614. Le Conseil d'Etat a récemment apporté certaines précisions sur le contrôle de l'administration du document unilatéral. Afin que le PSE soit valide, le chef d'entreprise doit avoir procédé régulièrement à l'information et la consultation du comité d'entreprise[1055]. A ce titre, le Conseil d'Etat a jugé notamment que lors de la mise en œuvre de grands licenciements, l'étendue du contrôle de l'administration inclut celui de vérifier la régularité de l'information du comité d'entreprise[1056]. Néanmoins, dans cette même décision, le Conseil d'Etat a estimé que l'administration n'avait pas à « se prononcer sur le motif économique du projet de licenciement collectif » ni sur le choix du secteur d'activité qui permet à l'employeur de justifier son projet de licenciement.

1054 Article L.1233-57-3 du Code du travail.

1055 Article L.1233-63 du Code du travail.

1056 CE 22 juillet 2015, n°385816, arrêt « *Heinz* », Recueil Lebon janvier 2016 ; *CSBP*, 2015, p.495, J. ICARD ; *RJS*, 2015, p.598 ; *JSL*, 2015, p.4, M. HAUTEFORT.

615. Le Conseil d'Etat a précisé sa jurisprudence relative à l'information du Comité d'entreprise : alors que la DIRECCTE avait homologué un PSE établi par document unilatéral, un syndicat en avait demandé l'annulation auprès du tribunal administratif. L'organisation syndicale relevait que l'administration avait envoyé un courrier à l'employeur comportant des remarques et observations sur le PSE et des injonctions mais n'en avait pas adressé copie au comité d'entreprise ce qui constituait un manquement au regard de l'article L.1233-57-6 du code du travail. La Cour administrative d'appel de Versailles annule la décision d'homologation au motif que la DIRECCTE n'a pas respecté les conditions de garantie. Le Conseil d'Etat annule la décision de la Cour d'appel par une décision du 23 mars 2016[1057], puisque selon lui, si la procédure légale de licenciement collectif pour motif économique représente une garantie pour les salariés, dès lors que l'employeur a communiqué au CE l'ensemble des observations et injonctions faite par l'administration, palliant ainsi la négligence de cette dernière, l'objectif de garantie prévu par la loi est respecté. L'irrégularité de la procédure suite aux manquements de la DIRECCTE n'a pas pour conséquence d'annuler sa décision.

616. Le Conseil d'Etat a également jugé que la DIRECCTE a l'obligation de vérifier que le document unilatéral de l'employeur prévoit des mesures de maintien dans l'emploi et de reclassement des salariés[1058]. L'administration doit « procéder à une recherche sérieuse des postes disponibles pour un reclassement dans les autres entreprises du groupe ». A défaut, la décision d'homologation doit être annulée[1059].

617. Afin de contrôler au mieux les éléments qui lui sont soumis, la loi du 14 juin 2013 a mis à disposition de l'autorité administrative une « boîte à outils[1060] » : en effet, celle-ci peut présenter toute proposition pour compléter ou modifier le PSE en tenant compte de la situation économique de l'entreprise. L'employeur doit alors donner une réponse motivée à l'autorité administrative, copie étant faite aux représentants du personnel[1061].

L'autorité administrative a, depuis la loi de 2013, un nouveau pouvoir d'injonction : durant la

1057 CE 23 mars 2016, n°389158, Publication au Recueil Lebon à venir en mai 2017 ; *SSL*, 2016, p.4, S.-J. LIEBER ; *JSL*, 2016, p.9, M. HAUTEFORT ; *RJS*, 2016, p.450.

1058 CE 22 juillet 2015, n°383481, arrêt « Calaire Chimie », Recueil Lebon janvier 2016.

1059 CE 4 mai 2016, nº 384094, Inédit au Recueil Lebon ; CE, 30 mai 2016, nº 384114, Publication au Recueil Lebon à venir en mai 2017 ; CE, 13 juillet 2016, nº 387448, Publication au Recueil Lebon à venir en mai 2017 ; *Lexbase Hebdo Ed. Soc*., 2016, n°665, M. GRADAT.

1060 AKNIN (F.), « Le licenciement collectif pour motif économique réformé par la loi du 14 juin 2013 », *Gaz. Pal.*, 2013, p.13.

1061 Article L.1233-57 du Code du travail.

procédure consultative, le comité d'entreprise, une organisation syndicale ou le CHSCT[1062] peut faire une demande auprès de la DIRECCTE afin d'enjoindre l'employeur à fournir des éléments d'information relatifs à la procédure en cours ou de se conformer à une règle de procédure prévue par les textes législatifs, les conventions collectives ou un accord collectif[1063]. L'administration dispose d'un délai de 5 jours pour se prononcer sur la demande d'injonction. Comme le précise l'instruction ministérielle, « au moment de l'instruction de la demande de validation ou d'homologation, la DIRECCTE tiendra compte des suites données par l'employeur à sa demande d'injonction, en appréciant la nature et le degré du manquement de l'employeur[1064] ».

618. A l'appui de ces éléments et du PSE transmis par l'employeur, l'autorité administrative devra porter une appréciation globale sur le projet de licenciement économique collectif. A l'expiration du délai la DIRECCTE notifie sa décision. Dans le cas où elle ne se prononce pas dans les délais, la décision de validation ou d'homologation est réputée acquise.
Dans le cas où l'homologation est validée par l'administration du travail, l'employeur peut procéder sans délai à l'exécution du PSE et à la notification individuelle des licenciements. La DIRECCTE a alors un droit de suivi de la mise en œuvre du PSE. Si toutefois, la DIRECCTE refuse d'homologuer le PSE, le refus doit être dument motivé et faire mention des délais et voies de recours. Il est rappelé par l'article 1233-39 alinéa 6 du Code du travail que tout licenciement opéré avant la notification de la décision d'homologation est considéré comme nul.

619. L'homologation des contrats professionnels de joueurs sportifs constitue également un cas de réception obligatoire par une instance ayant obtenu délégation du ministère chargé des sports.

III- L'INTERVENTION DES INSTANCES SPORTIVES PROFESSIONNELLES HOMOLOGATRICES

620. Un contrat de travail est valablement formé par la rencontre du consentement des parties. Or, le droit des contrats sportifs, spécialement des contrats de joueurs professionnels, présente une

1062 CE 29 juin 2016, n°386581, Recueil Lebon novembre 2016 ; *Lexbase Hebdo Ed. Soc*., 2016, n°663, G. AUZERO ; *CSBP*, 2016, p.436, F. LE CANUT ; *SSL*, 2016, p.5, S.-J. LIEBER.

1063 Article L.1233-57-3 du Code du travail.

1064 Instruction DGEFP/DGT n°2013/13 du 19 juillet 2013 relative à la mise en œuvre de la procédure de licenciement économique collectif, disponible sur : http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2014/07/cir_38474.pdf.

particularité : le juge du travail a reconnu aux fédérations et les ligues professionnelles un pouvoir normatif concernant les compétitions. Les dispositions spécifiques relatives aux contrats de travail des sportifs croisent les règles de droit du travail. Ces règles particulières concernent surtout les sportifs professionnels puisqu'ils sont pour la plupart salariés. Bien que le monde du sport professionnel soit un monde à part, les fédérations et ligues professionnelles ne sauraient édicter des règles en méconnaissance du droit du travail. Pourtant, il existe en droit du travail un mécanisme d'homologation des contrats de travail des sportifs, issu de règlements administratifs qui conditionnent la validité du contrat de travail. Ce mécanisme a été entériné par la loi du 27 novembre 2015[1065] qui a inséré au Code du sport l'article L.222-2-6 qui prévoit que « le règlement de la fédération sportive ou, le cas échéant, de la ligue professionnelle peut prévoir une procédure d'homologation du contrat de travail à durée déterminée du sportif et de l'entraîneur professionnels et déterminer les modalités de l'homologation ainsi que les conséquences sportives en cas d'absence d'homologation du contrat. Les conditions dans lesquelles l'absence d'homologation du contrat peut faire obstacle à son entrée en vigueur sont déterminées par une convention ou un accord collectif national ». Ce procédé est totalement inconnu dans le droit commun du contrat de travail. Un débat s'est très vite installé sur la nature juridique de cette homologation ? Est-ce un acte administratif ou non ?

621. Dans le domaine du rugby[1066] ainsi que dans celui du football[1067] par exemple, dès lors qu'un contrat est conclu par un sportif ou un entraineur professionnel, celui-ci doit être impérativement homologué. Mais comment justifier l'intervention d'un tiers – la ligue ou fédération professionnelle- dans le contrat de travail ? Comment justifier le pouvoir de ce tiers au regard de la liberté contractuelle et de la liberté du travail ? Quelle est la nature du contrôle opéré par la ligue ou la fédération professionnelle ?

622. Le pouvoir d'homologuer les contrats attribué à un tiers, dans le cas présent, une fédération, trouve son fondement dans le règlement administratif des ligues professionnelles. En effet, une seule fédération reçoit délégation du ministère chargé des sports[1068] ; cette fédération a pouvoir

1065 Loi n°2015-1541 du 27 novembre 2015 visant à protéger les sportifs de haut niveau et professionnels et à sécuriser leur situation juridique et sociale, JORF n°0276 du 28 novembre 2015 p.22082, texte n°1.

1066 Statuts et règlements généraux de la LNR, p.96 et suivantes : disponible sur : http://www.lnr.fr/IMG/pdf/Statuts_et_Reglements_LNR_2014-2015.pdf

1067 Règlement administratif de la LFP, Titre II : Les joueurs, Chapitre I : Homologation des contrats de joueurs.

1068 Article L.131-14 du Code du sport.

d'organiser les compétitions sportives, et de procéder aux sélections correspondantes notamment[1069]. Les fédérations sportives tirent donc leur pouvoir de règlementer leur discipline de l'autorité ministérielle[1070]. Par conséquent, le règlement administratif des ligues ou fédérations est donc un acte réglementaire édicté par une personne morale de droit privé. Quant à l'homologation, il est nécessaire de rechercher son objet au travers des textes réglementaires : la Ligue de football professionnelle précise que l'homologation du contrat du sportif entraine délivrance d'une licence[1071], la Ligue nationale de rugby estime que l'homologation du contrat est un préalable à la qualification du joueur ou de l'entraineur dans les compétitions professionnelles organisées par elle[1072]. Mais il n'en est pas dit davantage sur le but recherché dans le processus d'homologation. Seule la Commission juridique est compétente pour homologuer le contrat, l'absence d'homologation rendant impossible toute participation aux compétitions. Mais cela ne donne pas davantage d'informations sur le rôle du tiers homologateur ainsi que la nature juridique de son intervention.

623. C'est ailleurs qu'il faut chercher le fondement de l'immixtion du tiers. L'homologation permet de « s'assurer de l'application de réglementations fédérales indispensables à la cohérence et à l'efficacité des ordres sportifs considérés[1073] ». Celle-ci, en outre, semble avoir pour but de permettre une organisation des compétitions optimale. Elle constitue un outil pour la ligue sportive afin de connaître sa masse salariale et donc le budget alloué aux joueurs par les clubs. Seules les fédérations ou ligues professionnelles ont le pouvoir de la réglementer en vertu d'une délégation ministérielle. Ainsi, un club ne peut demander une homologation si celle-ci n'a pas été prévue par le règlement. Et *a contrario*, les cocontractants sont obligés de soumettre le contrat à homologation si elle est prévue.

La ligue de football professionnel précise que les commissions chargées d'homologuer les contrats des sportifs ont pour but de « contrôler la conformité des contrats qui leurs sont soumis au regard des dispositions du code de travail, de la convention collective applicable, et de la réglementation sportive et financière de la discipline. Il s'agit donc de faire approuver par un tiers les termes d'un

1069 Article L.131-15 du Code du sport.

1070 Sur les sources du droit du sport, voir notamment : SIMON (G.), « Les sources du droit du sport », *Gaz. Pal.*, 2007, p.13.

1071 Article 203 du règlement précité.

1072 Article 13 du règlement précité.

1073 *Ibid.*

contrat de travail conclu entre un employeur, le club, et un salarié, le joueur[1074] ». Il semble donc que le contrôle du tiers est à la fois un contrôle de légalité de l'acte (conformité du contrat aux dispositions du droit du travail) et d'opportunité (conformité aux impératifs de gestion des clubs).

624. Outre le contrat de travail à durée déterminée et des éventuels avenants, les autres contrats tels que la promesse synallagmatique d'embauche doivent-ils également faire l'objet d'une homologation ? Le règlement des ligues ne donne pas d'indication à ce sujet, excepté si l'on se réfère à l'article 12 de la Section 1 du chapitre 3 du règlement de la LNR, par exemple, qui vise « les contrats conclus par un club avec […] les joueurs professionnels, pluriactifs et espoirs ». Il est alors nécessaire de procéder à une interprétation du règlement : le défaut d'homologation entraine l'impossibilité pour le joueur de participer aux compétitions. Or, en présence d'une promesse synallagmatique d'embauche le but des contractants n'est pas que le joueur professionnel participe de manière immédiate aux compétitions puisqu'il est bien souvent déjà salarié d'un autre club. Il semble donc que la promesse ne soit pas soumise à homologation. Ce que confirme un arrêt de la Cour de cassation daté du 17 mars 2010[1075] selon lequel « l'absence d'homologation par la Ligue nationale de rugby d'une telle convention, laquelle s'analysait en un pré-contrat, n'était pas de nature à affecter sa validité ». La promesse synallagmatique d'embauche peut donc être qualifiée de pré-contrat.

625. Dans le cas des contrats de travail sportifs, la nature de l'homologation, qui doit être considérée comme un acte administratif[1076] fait débat. En effet, pour certains auteurs elle doit être qualifiée de « condition essentielle nécessaire à la formation du contrat[1077] » et simple condition de validité de celui-ci[1078]. La Cour de cassation, dans un arrêt du 2 février 1994[1079] estime, quant à elle, que « le contrat prend effet sous condition suspensive de son homologation ». Quels sont alors les effets d'une absence d'homologation sur le contrat des parties ?
En l'absence d'homologation, lorsqu'elle ne relève pas des torts de l'employeur, le contrat du sportif

1074 http://www.lfp.fr/corporate/article/les-rouages-de-l-homologation.htm

1075 Cass. Soc. 17 mars 2010, n°07-44.468, Bull. 2010, V, n°69 ; *Lexbase Hebdo Ed. Soc*., 2010, n°389, G. AUZERO ; *JCP S*, 2010, p.21, D. JACOTOT ; *JCP E*, 2010, p.47, L. FLAMENT.

1076 TA Montreuil 5ème ch., 8 novembre 2011, n°0905750.

1077 MANDIN (F.), « Sport et CDD : entre ordre public social et ordre « public » sportif » », *JCP S*, 2012, p.17.

1078 FLORÈS (P.), « Règlementation sportive et droit du travail. A propos de l'arrêt du 17 mars 2010 », *SSL*, 2010, p.12.

1079 Cass. Soc. 2 février 1994, n°89-44.851, Bull. 1994, V, n°39, p.30.

est considéré comme rétroactivement caduc[1080]. Dans ce cas, « tout se passe comme si le contrat n'avait jamais été conclu[1081] ». A titre d'illustration, un arrêt de la Cour de cassation daté du 18 juin 1996[1082] à propos de l'absence d'homologation d'un avenant au contrat de travail d'un sportif précise que « en vertu de l'article 7, alinéa 1er, de la Charte du football professionnel, qui vaut convention collective, toutes conventions, contre-lettres, accords particuliers, modifications du contrat doivent donner lieu à l'établissement d'un avenant soumis, dans le délai de 15 jours après signature, à l'homologation de la Commission juridique et qu'en vertu du même article, alinéa 3, leurs dispositions n'entrent en vigueur qu'après homologation, la cour d'appel, qui a relevé que l'avenant du 28 juillet 1988 n'avait pas été soumis à homologation, et devant laquelle il n'était pas soutenu que l'absence d'homologation était imputable à l'employeur, en a déduit à bon droit qu'il était dépourvu d'effet ».

626. Lorsque l'absence d'homologation résulte d'un manquement de l'employeur, la jurisprudence semble divisée. En effet, la Cour de cassation dans un arrêt du 13 mai 2003[1083] a estimé que « l'absence d'homologation était imputable à l'employeur et ouvrait droit pour le salarié à la réparation de son préjudice résultant du défaut de réalisation de la promesse d'embauche ». Tandis que la Cour d'appel de Toulouse par un arrêt du 20 septembre 2013[1084] a jugé que « pour l'application des conditions financières du contrat de travail, la condition suspensive d'homologation par la LNR est réputée accomplie ». Selon l'alinéa 1er de l'article 1304-3 nouveau du Code civil, « la condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement » : dans l'arrêt de la Cour d'appel, les juges estiment réputée réalisée l'homologation des contrats de travail par la LNR mais seulement pour l'application des conditions financières. Pour les juges du fond, l'absence d'homologation du contrat du premier joueur était le résultat d'une « carence de l'employeur dans l'accomplissement de cette obligation » et pour le second joueur, « l'absence d'homologation du contrat de travail est imputable aux fautes commises par [le club de rugby] ». Pour un auteur[1085], si la solution pour le premier joueur semble justifiée, elle semble davantage discutable pour le second : en effet, lorsque l'employeur ne fait pas la

1080 CASADO (A.), « Contrat de travail du sportif professionnel ? Portée et sanction de la procédure d'homologation », CSBP, 2013, p.514.

1081 MALINVAUD (P.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *Droit des obligations*, LexisNexis, 13ème éd., Paris, Manuels, 2014, p.338.

1082 Cass. Soc. 18 juin 1996, n°92-42.638, Bull. 1996, V, n°250, p.175.

1083 Cass. Soc. 13 mai 2003, n°01-42.068, Bull. 2003, V, n°162, p.157 ; *Rev. Lamy Dr. Civ*., 2004, p.51, F. BUY.

1084 CA Toulouse ch. 4 Sect. 2, ch. Soc., 20 septembre 2013, n°11/05266.

1085 CASADO (A.), *op. cit.*, p.514.

demande d'homologation auprès de la ligue, il manque à son devoir de loyauté. Or, si cette obligation n'avait pas été exécutée pour le premier joueur, tel n'était pas le cas pour le second. Les juges du fond se sont donc appuyés les agissements du club et sa situation en liquidation judiciaire pour relever « des carences fautives, lesquelles faisaient obstacle à l'homologation ». Le souci des magistrats était, avant tout, de permettre au joueur lésé de bénéficier de l'assurance de garantie des salaires (AGS).

627. Les interventions de tiers chargés d'homologuer le contrat des parties ne présentent pas un caractère homogène. Néanmoins, le point commun entre toutes ces interventions réside dans la nécessité de contrôler le contenu de la convention qui leur est soumise afin de protéger les intérêts des cocontractants eux-mêmes mais également des intérêts supérieurs. La procédure d'homologation emporte nécessairement des conséquences sur l'acte juridique pour lequel elle est utilisée.

SECTION II- LES CONSÉQUENCES DE L'INTERVENTION DU TIERS HOMOLOGATEUR SUR LE CONTRAT DES PARTIES.

628. La nature et l'étendue de l'homologation de l'acte juridique par le tiers ne présente pas d'homogénéité. La raison d'être de l'intervention du tiers réside ici dans le contrôle du contenu du contrat, les moyens dont dispose le tiers à cet effet varient selon le domaine dans lequel il intervient. Les effets de l'immixtion du tiers dans le contrat doivent donc être distingués : il convient de s'interroger sur les conséquences de l'intervention du juge homologateur (I) puis des effets de l'intervention de la DIRECCTE tant sur la rupture conventionnelle que sur le plan de sauvegarde de l'emploi (II).

I- LES CONSÉQUENCES DE L'INTERVENTION DU JUGE HOMOLOGATEUR

629. Les contrats qui sont homologués ont une nature mixte dûe à l'intervention du juge homologateur. Il est certain qu'en vertu de l'article 1101 nouveau du Code civil, le contrat initial des parties existe dès lors que la rencontre de leur consentement tend vers la création de cet acte. Néanmoins, l'homologation, en venant contrôler et s'assurer du contenu du contrat va ajouter une « plue-value » à cet acte. C'est pour cela que l'on doit considérer que l'homologation ne fait pas l'acte mais le parfait (A). En raison de la nature hybride des actes homologués, la loi autorise à la fois l'ouverture des voies de recours judiciaires ainsi que la voie de la nullité contractuelle (B).

A- L'HOMOLOGATION DANS UN BUT DE PERFECTION DE L'ACTE JURIDIQUE

630. Il est maintenant admis que l'homologation ne participe pas à la formation à proprement dit de l'acte mais à sa perfection[1086]. Par conséquent, l'existence de l'acte juridique est indépendante de l'intervention du tiers. Dès lors que les parties ont consenti à un acte, celui-ci est formé s'il répond aux conditions énumérées par l'article 1128 nouveau du Code civil, sauf dans les cas où la loi subordonne la validité de l'acte à une condition supplémentaire. Tel est le cas par exemple en matière de changement de régime matrimonial : l'article 1397 du Code civil impose aux époux que la convention de régime matrimonial soit passée devant notaire. Cette obligation est une condition de validité de l'acte contrairement à l'homologation. En principe, lorsqu'une condition de validité d'un acte manque lors de la formation d'un contrat, il en résulte que le contrat ne peut se former, il est alors frappé de la nullité absolue ou relative. Comme l'homologation n'est pas une condition de validité de l'acte, le caractère conventionnel de celui-ci subsiste, de tel manière qu'il peut être annulé pour des causes qui lui sont propres[1087]. Cette jurisprudence prouve donc que l'homologation vient parfaire l'acte mais ne le fait pas.

631. Pourtant, un certain nombre d'auteurs ont estimé que l'homologation était une condition *sine qua non* de la validité de l'acte[1088]. Elle constituerait selon un auteur une « condition de forme à

1086 ZATARA (A.-F.), *op. cit,* p.131.

1087 Cass. Civ. 1ère, 14 janvier 1997, n°94-20.276, Bull., 1997, I, n°20, p.12.

1088 BLOHORN-BRENNEUR (B.), « La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation », *D.*, 2001, p.251 : « Les partisans de cette thèse soulignent que le législateur a voulu que le protocole d'accord ne lie les parties qu'après avoir été soumis à l'homologation du juge. Ils font de la nécessité de saisir le juge de l'homologation plus qu'une condition de forme à caractère solennel. Ils estiment qu'il s'agit d'une condition de fond de la validité de l'accord. Les parties ont en quelque sorte un droit de repentir jusqu'à la décision d'homologation ».

caractère solennel, ou ce qui paraît plus juste, comme une véritable condition de fond de l'opération envisagée[1089] ». Mais cette hypothèse doit être combattue : elle contredit l'esprit des articles 1103 et 1193 nouveaux du Code Civil[1090]. Puisque l'accord a été voulu par les parties, il doit conserver sa force obligatoire : le législateur n'a d'ailleurs pas prévu qu'en cas d'absence ou de refus d'homologation, le contrat soit frappé de nullité.

En matière de règlement amiable par exemple, aucune disposition ne prévoit expressément que l'absence d'homologation prive de tout effet l'accord des parties : l'article L.611-8 du Code de commerce qui prévoit l'homologation d'un accord sur demande du débiteur par le tribunal ne contient aucune disposition privant l'accord de tout effet. Même non homologué, l'acte juridique est soumis aux dispositions de l'article 1103 nouveau du Code civil. Néanmoins, les parties préfèreront pour plus de sécurité insérer une clause spéciale stipulant que l'homologation est une condition suspensive à la validité du contrat. Cet exemple démontre encore que l'intervention du tiers n'est pas une condition de validité de l'acte.

632. En réalité, il semblerait que l'homologation est davantage une condition d'efficacité de l'acte. Il est vrai que pour certaines conventions, le législateur a prévu expressément que les effets de l'acte homologué n'auront de force qu'avec l'acte d'homologation. Tel est le cas notamment en matière de changement de régime matrimonial : l'article 1397 alinéa 6 dispose que « le changement a effet entre les parties à la date de l'acte ou du jugement qui le prévoit ». Le changement de régime matrimonial prend donc effet après homologation.
Il en est de même en matière de divorce par consentement mutuel : le divorce prend effet à la date de l'homologation de la convention par le juge aux affaires familiales. Par un acte unique, le juge prononce le divorce et homologue la convention prévoyant le règlement des effets du divorce : « en matière de divorce le législateur a-t-il voulu protéger au maximum le consentement des époux. On peut donc considérer comme dérogatoire à la règle de l'effet obligatoire des conventions, les époux disposant, jusqu'à la décision du juge d'une sorte de droit de repentir[1091] ». L'acte non homologué ne peut donc produire aucun effet, les parties sont dans l'obligation de poursuivre la procédure ou de renoncer au divorce.

En réalité, il est tout à fait possible d'admettre dans ces cas que les effets de la convention existent

1089 BALENSI (I.), *op. cit.* p. 62.

1090 Ces articles reprennent en substance les dispositions de l'ancien article 1134 du Code civil.

1091 BALENSI (I.), *op. cit.*, p.63.

dès la conclusion de celle-ci mais que l'obligation faite par le législateur de la soumettre à homologation n'est qu'un moyen de différer l'exécution de ces effets[1092].
Dans tous les cas, les effets de l'acte des parties existent indépendamment de l'homologation de celui-ci.

633. La force obligatoire de l'acte des parties revêt une telle importance au travers des textes qu'il semble être fait injonction au juge d'homologuer l'accord. C'est du moins l'impression que donne la lecture de l'article 131-12 alinéa 1er du CPC : « le juge homologue à la demande des parties l'accord qu'elles lui soumettent »[1093]. L'utilisation du présent de l'indicatif, quasiment impératif, n'est pas anodin. Mais il serait erroné de penser que le juge n'a là aucune marge de manœuvre : cela reviendrait, en effet, à croire que le juge n'a aucun pouvoir de contrôle et ne fait office que de chambre d'enregistrement. Or, le juge est amené lorsqu'il homologue à procéder à un contrôle même *a minima,* comme cela a été vu précédemment : « la force exécutoire est une prérogative grave qui ne se distribue pas comme une barre de chocolat dans une machine à sous[1094] !».
Si le juge estime que les conditions ne sont pas réunies, il refusera d'homologuer l'accord des parties. Il en est ainsi en matière de divorce par consentement mutuel, l'article 278 du Code civil rappelant que « le juge, toutefois, refuse d'homologuer la convention si elle fixe inéquitablement les droits et obligations des époux ». Cette possibilité est également rappelée à l'article 1100 du CPC. Mais le juge a-t-il pour autant le pouvoir de modifier la convention ? En principe, selon les dispositions du Code civil, le juge n'a aucun pouvoir de modification de la convention des parties sauf si la loi l'autorise expressément ou si les parties lui en donnent le pouvoir.
L'article 279 alinéa 2 du Code civil prévoit que la convention de divorce peut faire l'objet d'une modification dans le cadre d'une nouvelle convention également soumise à homologation. Si la convention peut être modifiée, le texte ne donne pas pouvoir au juge de le faire. Le contenu du contrat est laissé à la liberté contractuelle des époux.
La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a longtemps refusé la possibilité d'un partage complémentaire sans l'accord des époux de la convention homologuée[1095], contrairement à la

1092 VILLANI (D.), « Quels sont les recours contre l'homologation d'une convention définitive de divorce par consentement mutuel », *D.*, 1995, p.253.

1093 Un parallèle peut également être fait avec l'article L.611-8 I en matière de constatation de l'accord.

1094 PERROT (R.), « L'homologation des transactions », *Procédures*, 1999, p.3.

1095 Cass. Civ. 2ème, 24 juin 1998, n°96-19.463, Bull. 1998, II, n°214, p.126.

première chambre[1096]. A l'heure actuelle, une jurisprudence constante admet que, bien que la convention et le jugement d'homologation soient indivisibles, il est possible qu'un partage complémentaire puisse être effectué en cas d'omission de biens ou de créances entre les époux. Il est nécessaire que cette omission soit néanmoins prouvée. Il n'est pas exigé que la nouvelle convention fasse l'objet d'une nouvelle homologation, celle-ci venant s'ajouter purement et simplement à la première.

Cependant, l'article 279 alinéa 3 du Code civil prévoit que « les époux ont néanmoins la faculté de prévoir dans leur convention que chacun d'eux pourra, en cas de changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou l'autre des parties, demander au juge de réviser la prestation compensatoire ». La jurisprudence a pu exiger que les époux prévoient de manière expresse dans leur contrat la faculté de réviser la prestation compensatoire dans la convention homologuée[1097].

De même, l'article 1099 du CPC prévoit qu' « avec l'accord des parties, en présence du ou des avocats, le juge peut faire supprimer ou modifier les clauses de la convention qui lui paraîtraient contraires à l'intérêt des enfants ou de l'un des époux ».

634. Néanmoins, rares sont les hypothèses où il est prévu que le juge possède un pouvoir de modification de la convention des parties en matière d'homologation. La volonté des parties prime avant tout et le juge en s'octroyant un pouvoir de modification entraverait la liberté contractuelle : « le juge de l'homologation n'a, par conséquent, pas d'autre alternative que d'homologuer ou de refuser l'homologation sans réserves. Lié par les termes du contrat, producteur d'effets, qu'il contrôle, il ne fait pas l'acte et *a fortiori* ne refait pas l'acte[1098] ».

635. Ainsi, si l'homologation ne fait pas l'acte, il le parfait : il est source d'efficacité[1099]. L'homologation parfait l'acte en ce sens qu'il ajoute une plus value à l'acte mais restreint par là même l'autonomie de la volonté des parties. En effet, si les parties souhaitent que l'acte acquiert la force souhaitée, elles doivent inévitablement le soumettre à homologation. Cette obligation est imposée par le législateur dans les domaines sensibles : « l'homologation apparaît comme une restriction à l'autonomie de la volonté. Tel acte (contrat d'adoption, avis du conseil de famille, travail liquidatif du notaire) n'est valable que s'il reçoit l'approbation du tribunal. Ce caractère restrictif de l'homologation explique que celui-ci n'intervient jamais au gré du caprice des parties ou

1096 Cass. Civ. 1ère, 14 juin 2000, n°98-14.678, inédit.

1097 Cass. Civ. 2ème, 3 mars 1983, n°82-10.527 et 82-11.320, Bull. Civ, II, n°64.

1098 ZATARA (A.-F.), *op. cit.*, p.131.

1099 *Id.,* n°73.

de leurs conseils juridiques, mais dans les seuls cas prévus par la loi[1100] ».

636. L'intervention du juge de l'homologation permet de donner à l'acte force exécutoire en sus de la force obligatoire dont il dispose déjà. Cet attribut de l'homologation provient de l'*imperium* du juge, la force exécutoire est rattachée à tous les jugements d'homologation, que celle-ci soit obligatoire ou facultative. Dans les cas où l'homologation est facultative, ce sont bien souvent les parties qui s'adressent au juge afin d'obtenir les garanties d'une exécution forcée. Tandis que dans les cas où l'homologation est obligatoire, un auteur souligne que la force exécutoire est davantage un effet automatique de la décision qu'un avantage recherché[1101].
Pour autant, la force exécutoire n'est pas un attribut exclusif du jugement : comme cela a été vu, l'acte notarié bénéficie également de la force exécutoire. Cela explique notamment que pour le changement de régime matrimonial, on a restreint le recours au juge en confiant cette tâche au notaire afin d'alléger la charge des tribunaux. Mais pourquoi alors avoir prévu notamment la double intervention de tiers, juge et notaire, puisqu'ils ont tous deux pour fonction d'attribuer force exécutoire à l'acte des parties ? Cette double intervention se justifie dès lors que l'intérêt des enfants ou des créanciers doit être protégé.

637. Il est important de souligner que la loi de modernisation de la justice du 21ème siècle adoptée le 12 octobre 2016, prévoit que les époux peuvent consentir mutuellement au divorce par le biais d'un acte sous signature privée contresigné par avocats et déposé au rang des minutes du notaire. C'est au notaire que revient ici la charge de donner ses effets à l'acte des époux et notamment d'attribuer force exécutoire. L'article 50 de la loi prévoit tout de même une exception puisqu'en présence d'un mineur, celui-ci « informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1, demande son audition par le juge ». Dans pareil cas, le législateur incite les parties à demander au juge de constater leur accord. Cette disposition pose question puisque l'on peut se demander si les intérêts de l'enfant mineur seront réellement préservés, si on laisse à la discrétion de l'enfant mineur le soin d'être entendu par un juge... Cette réforme répond aux aspirations d'une partie des professionnels du droit et des justiciables d'accélérer le divorce lorsque les deux époux sont en accord sur les effets de celui-ci. Elle doit être repensée selon nous puisque accélération de la procédure ne rime pas toujours avec amélioration.

1100 APOSTOLEANU (G.-V.), *Théorie de l'homologation en droit privé français*, th., Paris, 1924, p.98.

1101 MOREAU (P.), L'homologation judiciaire des conventions, th., préf. G. DE LEVAL, Larcier, 2008, Bruxelles, p.119.

638. Puisque le juge n'intervient pas dans un but de création de l'acte mais de perfection de celui-ci, l'acte initial garde sa force obligatoire. Il est donc nécessaire de s'interroger sur les recours disponibles suite à cette intervention.

B- LES RECOURS DISPONIBLES SUITE À L'INTERVENTION DU JUGE HOMOLOGATEUR

639. L'acte d'homologation intervenant dans un but de perfection juridique et non dans un but de création de l'acte, le contrat des parties n'est pas « absorbé » par l'acte d'homologation. Il convient alors de rechercher les recours ouverts contre l'acte d'homologation (1) puis contre l'acte homologué (2).

1) Les recours ouverts contre l'acte d'homologation

640. L'acte homologué est un contrat, un acte conventionnel auquel vient s'ajouter un élément juridictionnel faisant de celui-ci un acte hybride mi-contrat, mi-jugement. La question des voies de recours doit alors être posée. L'acte d'homologation venant parfaire le contrat homologué, le premier n'effaçant pas le second, il est possible logiquement d'exercer un recours contre l'acte d'homologation (comme pour toutes décisions de justice) et contre l'acte homologué. L'homologation permet d'ouvrir un recours contre l'élément juridictionnel, les voies de recours étant prévues par le CPC aux articles 546 et 583, soit l'appel et la tierce opposition. Si ces voies de recours sont expressément consacrées pour certaines hypothèses d'homologation comme c'est le cas en matière de divorce par consentement mutuel[1102] ou en matière de résolution amiable des différends[1103], pour d'autres les textes restent muets.

En effet, en matière de médiation judiciaire[1104], aucune disposition ne précise la voie de recours disponible en cas de refus d'homologation par exemple. Un indice est donné à l'alinéa 2 de l'article 131-12 CPC puisque l'homologation relève de la matière gracieuse. Il y a lieu dans ce cas d'appliquer les règles relatives à cette matière telles qu'elles sont prévues aux articles 543 du CPC pour l'appel, 586 pour la tierce opposition, 604 du CPC pour le pourvoi en cassation. A la lecture de ces textes, l'homologation d'un acte juridique est donc susceptible d'appel et d'un pourvoi en

1102 Article 1103 du CPC.

1103 Article 1566 alinéa 3 du CPC.

1104 Article 131-12 du CPC.

cassation mais peut également être attaquée par la voie de la tierce opposition.

641. En matière de convention de divorce, l'article 1104 du CPC prévoit que le créancier d'un des deux époux peut faire déclarer que la convention homologuée lui est inopposable en formant tierce opposition contre la décision d'homologation. L'article 1103, quant à lui, dispose que les époux peuvent former un pourvoi en cassation à compter du prononcé de la décision qui homologue la convention des époux et prononce le divorce, l'appel étant prohibé par l'article 1102 du CPC. Mais dans ce cas, il est difficile d'imaginer quels seraient les arguments des époux pour justifier d'exercer ce pourvoi. La convention pourra toutefois faire l'objet d'un recours en révision par les parties si celles-ci le prévoient dans leur convention initiale[1105]. En effet, même si le juge est chargé de contrôler la convention de divorce qui lui est présenté, rien n'empêche que celle-ci ait été viciée malgré l'intervention du juge. Il est alors logique que le jugement d'homologation fasse l'objet d'un recours en révision afin de protéger les intérêts de l'époux lésé.

Dans le cadre de l'homologation d'un changement de régime matrimonial, l'article 1301 du CPC dispose que cette procédure obéit aux règles applicables devant le tribunal de grande instance. Les époux peuvent donc interjeter appel du jugement refusant l'homologation de la convention, comme toute personne, partie à l'instance et qui y a un intérêt[1106]. L'appel est également ouvert aux tiers à qui la décision a été notifiée[1107]. En cas de rejet de l'homologation par la Cour d'appel, un pourvoi en cassation peut être formé. Dans le cas d'une convention de changement de régime matrimonial homologuée, si les textes sont muets, il est permis de penser que la voie de l'appel et celle du recours en cassation sont également ouvertes, ce que confirme un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 14 avril 2010[1108] selon lequel « il résulte de l'article 546 du code de procédure civile que le droit d'appel appartient à toute personne qui y a intérêt si elle n'y a pas renoncé et que l'existence de cet intérêt doit être appréciée au jour de l'appel ; qu'ayant constaté que, depuis le prononcé du jugement, le mari s'opposait à l'homologation de la convention portant changement de régime matrimonial en raison de la décision prise par l'épouse de divorcer, la cour d'appel a souverainement admis qu'il justifiait d'un intérêt à interjeter appel du jugement ». Tout comme en matière de divorce par consentement mutuel, l'intérêt des époux prime sur la

1105 Article 279 alinéa 3 du CPC.

1106 Article 546 du CPC.

1107 Article 546 alinéa 2 du CPC.

1108 Cass. Civ. 1ère, 14 avril 2010, n°09-11.218, Bull. 2010, I, n°97 ; *Procédures*, 2010, p.20, M. DOUCHY-OUDOT ; *RJPF*, 2010, 22, F. VAUVILLÉ ; *Gaz. Pal*., 2010, p.43, J. CASEY ; *JCP N*, 2010, p.20, J. MASSIP ; *Defrénois*, 2011, p.375, G. CHAMPENOIS.

décision du juge et l'attribution de l'autorité de chose jugée de la convention.

642. En matière commerciale, lorsque le juge a accordé l'homologation de la conciliation, l'appel est ouvert en vertu de l'article L.611-10 du Code de commerce au ministère public ainsi qu'aux parties à l'accord en cas de contestation afférent au privilège mentionné à l'article L.611-11 du même code. La voie de la tierce opposition est également ouverte selon l'alinéa 2 de l'article 611-10 du Code de commerce, aux créanciers non signataires de l'accord qui démontrent l'existence d'un préjudice à leur encontre. L'homologation ayant pour fonction de protéger les intérêts des tiers, il est légitime de leur laisser la possibilité de contester l'accord s'il leur porte préjudice.
Même si les textes sont muets, le pourvoi en cassation semble être ouvert également. Le jugement refusant l'homologation est lui aussi susceptible de faire l'objet d'un appel[1109]. Les textes sont silencieux toutefois dans ce cas concernant la tierce opposition, il convient donc de se référer au droit commun de la procédure civile[1110].

643. L'acte d'homologation étant indépendant de l'acte homologué, il peut faire l'objet de voies de recours bien que les textes ne le prévoient pas toujours expressément. Puisque l'acte homologué existe en lui-même, il est toujours possible de le contester.

2) Les recours ouverts contre l'acte homologué

644. L'acte d'homologation n'empêche pas qu'une action en nullité puisse être entreprise contre l'acte conventionnel. Il est en effet possible d'affirmer que l'homologation ne purge pas l'acte des parties de tous ses vices notamment lorsque le juge procède à un contrôle de légalité de l'acte. Il est donc tout à fait envisageable que l'acte d'homologation survive alors que l'acte conventionnel est annulé.

645. L'acte d'homologation ne peut être attaqué par la voie de l'action en nullité, ce que rappelle l'article 460 du CPC, application du vieil adage « pas de voies de nullité contre les jugements », signifiant que « si un jugement est infecté d'un vice qui en affecte la validité, sa nullité ne peut être demandée qu'en mettant en cause la chose jugée par une voie de recours[1111] ». La jurisprudence a

1109 Article L.611-10 alinéa 2 du Code de commerce.

1110 MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), « Entreprises en difficulté (Mandat ad hoc - Conciliation) », *Rép. Dr. Com*., 2013, n°120.

1111 GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), *Procédure civile : droit interne et européen du procès civil*, Dalloz, 33ème éd., Paris, coll. Précis, 2016, p.740.

admis depuis longtemps que l'action en nullité ne pouvait être exercée contre le jugement mais bien contre l'acte homologué[1112]. Si une action en nullité est admise, elle l'est en raison de la nature hybride de la convention homologuée. Le résultat de l'action en nullité a le même effet : selon certains auteurs, puisque acte d'homologation et acte homologué sont indivisibles, en annulant l'acte homologué, l'acte d'homologation ne peut plus produire les effets souhaités[1113]. L'acte conventionnel, bien qu'ayant une composante juridictionnelle, conserve sa nature contractuelle puisque l'homologation n'a pas pour effet de créer un nouvel acte. Rien ne semble alors empêcher que le produit de l'homologation soit attaqué par les règles prévues en matière de théorie générale des contrats.

646. Néanmoins, cette solution ne semble pas pouvoir se justifier en matière de divorce par consentement mutuel. En effet, l'article 279 du Code civil dispose que « la convention homologuée a la même force exécutoire qu'une décision de justice », elle ne peut donc être modifiée que par une nouvelle convention elle-même soumise à homologation. Par conséquent, au nom de l'indivisibilité la convention homologuée ne peut être remise en cause par une action en nullité pour vice du consentement[1114]. Cette solution ne doit pas pour autant être appliquée aux autres cas d'homologation tel que celui du changement de régime matrimonial : en effet, les dispositions contenues dans l'article 279 ne se retrouvent pas dans cette situation. Par un arrêt important du 14 janvier 1997[1115], la Cour de cassation a admis que « la cour d'appel a justement retenu que les prescriptions de l'article 460 du nouveau Code de procédure civile sont sans effet sur cette action, dès lors que l'homologation judiciaire laisse subsister le caractère contractuel du changement de régime matrimonial des époux, de sorte que la convention des parties pouvait être annulée pour des causes qui lui sont propres ». Cette solution semble avoir été confirmée à nouveau et étendue à d'autres cas d'homologation. La Cour de cassation a ainsi confirmé sa solution par un arrêt du 12 décembre 2000[1116] mais l'a également appliquée dans un cas de divorce sur requête conjointe[1117].

647. L'étendue du contrôle du juge varie selon les dispositions de la loi. Il procède avant tout à

1112 Cass. Civ. 1ère, 12 décembre 2000, n°98-19.147, Bull. 2000, I, n°318, p.206 ; *RJPF*, 2001, p.24, J. VASSAUX ; *Dr. et Pat.*, 2001, p.105, A. BÉNABENT.

1113 Voir en ce sens, BALENSI (I.), *op. cit.* p. 239.

1114 Cass. Civ. 2ème, 13 novembre 1991, n°90-17.840, Bull. 1991, II, n°303, p.160.

1115 Cass. Civ. 1ère, 14 janvier 1997, n°94-20.276, Bull. 1997, I, n°20, p.12.

1116 Cass. Civ. 1ère, 12 décembre 2000, précité.

1117 Cass. Civ 1ère, 25 janvier 2000, n°97-21.119, Bull. 2000, I, n°19, p.12.

un contrôle de légalité, cette vérification a pour conséquence de ne plus permettre la remise en cause des éléments contrôlés sauf par le biais des voies de recours. Ainsi, lorsque le juge homologue la convention de divorce, il contrôle la persistance de la volonté des époux et que leur consentement est libre et éclairé. La Cour de cassation a ainsi refusé la nullité d'une convention pour dol[1118]. Mais qu'en est-il des points où le juge n'exerce pas de contrôle ? Il semblerait possible qu'une action en nullité puisse être engagée dans ce cas, l'intervention du juge ne pouvant purger la convention de la totalité des vices, son contrôle étant limité.
Il est donc nécessaire de prendre en compte l'étendue du contrôle du juge pour accepter ou non la nullité de l'acte contractuel malgré l'homologation.

II- LES EFFETS DE L'HOMOLOGATION DE LA DIRRECTE SUR LE CONTRAT

648. La décision d'homologation de la DIRECCTE a des conséquences majeures sur l'acte qui lui est soumis. Puisque la rupture conventionnelle ainsi que le projet de « grand » licenciement économique sont conditionnés par l'obtention de l'homologation de l'autorité administrative, il est nécessaire de rechercher les recours disponibles suite à l'intervention du tiers en matière de rupture conventionnelle (A) mais aussi en matière de plan de sauvegarde de l'emploi (B).

A- LE CONTENTIEUX DE LA RUPTURE CONVENTIONNELLE

649. L'objectif du législateur lors de la mise en place du dispositif de rupture conventionnelle a été de sécuriser la rupture par la mise en place d'une homologation et de purger, par la même occasion, tout risque de contentieux, en décourageant les parties de recourir au juge.

650. La difficulté résidait au moment de l'élaboration de la loi dans la double nature de la rupture conventionnelle homologuée : en effet, l'homologation relève en principe de l'ordre administratif, tandis que la convention de rupture relève naturellement du conseil des prud'hommes c'est-à-dire de l'ordre judiciaire. Face à cette difficulté intrinsèque au double contentieux déjà connue avec l'autorisation administrative de licenciement, le législateur a fait le choix d'opter pour un contentieux unique en confiant celui-ci au juge prud'homal. Ainsi que le rappelle l'article L.1237-14 alinéa 4 du Code du travail « l'homologation ne peut faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la convention. Tout litige concernant la convention, l'homologation ou le refus

1118 Cass. Civ. 1ère 13 novembre 1991, précité.

d'homologation relève de la compétence du conseil des prud'hommes, à l'exclusion de tout autre recours contentieux ou administratif ».

Par conséquent, seul le conseil des prud'hommes est compétent pour connaître des litiges relatifs à la rupture conventionnelle ainsi qu'à l'acte d'homologation, « tout litige lié à une rupture conventionnelle étant – hors salariés protégés- du ressort du Conseil des Prud'hommes, cela exclut la mise en œuvre de toute autre voie de recours, non seulement les recours devant le tribunal administratif, mais également les recours gracieux devant le DDTEFP (la DIRECCTE) et les recours hiérarchiques devant le ministre[1119] ».

651. L'homologation de la rupture conventionnelle ne purge pas de tous ses vices la rupture conventionnelle : en effet, comment le pourrait-elle ? Pour que la convention de rupture soit purgée de tous ses vices, cela nécessite comme dans le cas d'une homologation judiciaire un contrôle approfondi de l'acte par l'autorité administrative. Or, comme on le sait, celle-ci n'a que quinze jours pour se prononcer sur l'homologation ou son refus. Faute de temps, la DIRECCTE homologue les ruptures conventionnelles, de manière tacite, sans vérification. L'homologation qui était présentée comme un véritable garde-fou contre l'arbitraire, se révèle davantage être une simple formalité administrative. Par conséquent, la Cour de cassation a dû se prononcer sur des cas de ruptures conventionnelles viciées. A titre d'illustration, la Cour suprême dans un arrêt du 30 janvier 2013[1120] a déclaré qu'était nulle la convention de rupture conclue alors que la salariée était au moment de la signature de l'acte de rupture conventionnelle dans une situation de violence morale causée par une situation de harcèlement moral. Puisque la liberté du consentement des parties ne peut être contrôlée par l'administration du travail, c'est au juge que revient la tâche d'annuler une convention viciée.

652. Enfin, lorsque le juge prud'homal annule le refus d'homologation de l'autorité administrative, a-t-il pouvoir d'homologuer la rupture conventionnelle en lieu et place de la DIRECCTE ? Le Conseil des prud'hommes de Valence avait estimé deux fois qu'il était compétent pour homologuer les ruptures conventionnelles dont il a connaissance[1121], évinçant ainsi le rôle revenant à l'autorité administrative.

Néanmoins, une circulaire de la Direction Générale du Travail[1122] est venue préciser, suite à cette

1119 Circulaire DGT n°2008-11 du 22 juillet 2008, précitée.

1120 Cass. Soc. 30 janvier 2013, n°11-22.332, Bull. 2013, V, n°24 ; *JCP G*, 2013, p.371, D. Corrignan-Carsin ; *CSBP*, 2013, p.83, A. Serre ; *JCP S*, 2013, p.33, C. Leborgne-Ingelaere ; *JSL*, 2013, p.20, M. Hautefort.

1121 CPH Valence, 14 octobre 2008, n°F 08/00501 et CPH Valence, 6 novembre 2008, n°08/00642.

jurisprudence, que « dans cette hypothèse, l'annulation d'un refus d'homologation a pour effet de ressaisir, dans les conditions du droit commun, l'autorité compétente à qui il appartient de statuer en tenant compte de l'autorité de la chose jugée. En aucun cas le conseil des prud'hommes n'est compétent pour accorder l'homologation de la rupture conventionnelle ».
Cependant, le CPH de Nanterre dans une ordonnance de référé du 5 janvier 2010[1123] a refusé de suivre les dispositions de la circulaire et a, en sa forme des référés, homologué une rupture conventionnelle refusée par l'autorité administrative au motif qu'il y aurait un trouble manifestement illicite d'attendre un jugement au fond compte tenu des délais de jugement au fond du CPH et que la demande avait un caractère d'urgence compte tenu du projet professionnel du salarié. Peu de temps après, le CPH de Toulouse[1124] en revanche, en sa forme des référés, refuse d'homologuer la convention de rupture au motif que l'urgence n'étant pas caractérisée, il n'y a pas lieu de statuer en la forme des référés et que le litige appelle davantage l'appréciation des juges du fond.

653. La Cour d'appel de Versailles[1125], quant à elle, reprend la solution du CPH de Nanterre, estime que « les dispositions d'ordre public du code du travail disposent que le conseil des prud'hommes qui est saisi d'un contentieux consécutif au refus d'homologation de l'administration, est investi d'un pouvoir d'appréciation global, portant à la fois sur l'homologation ou le refus d'homologation, et la validité de la convention ; qu'il s'ensuit que le conseil a une compétence étendue à l'homologation d'une convention de rupture, après avoir apprécié si les conditions de procédure et de fond ont été respectées ».

654. Enfin, un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation en date du 14 janvier 2016[1126] vient mettre fin à la divergence jurisprudentielle des juges du fond en suivant les prescriptions de la Direction Générale du travail. En l'espèce, un salarié et son employeur avaient conclu une rupture conventionnelle. La demande d'homologation de la convention de rupture ayant été adressée à l'administration avant le délai de rétractation de quinze jours laissé aux parties, la DIRECCTE a

1122 Circulaire DGT n°2009-04 du 17 mars 2009 relative à la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, disponible sur : « http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Circulaire_n_2009-04_du_17_mars_2009.pdf ».

1123 CPH Nanterre, ordonnance de référé, 5 janvier 2010, RG n°R 09/00648, minute n°10/00001.

1124 CPH Toulouse, 22 janvier 2010, n°R10-4.

1125 CA Versailles, 6ème ch., 14 juin 2011, n°10-01005.

1126 Cass. Soc. 14 Janvier 2016, n°14-26.220, Publication au bulletin à venir ; *Lexbase Hebdo Ed. Soc.*, 2016, n°641, G. AUZERO ; *JCP G*, 2016, p.230, G. DEDESSUS-LE-MOUSTIER ; *JCP S*, 2016, p.26, G. LOISEAU ; *CSBP*, 2016, p.145, J. ICARD.

donc logiquement refusé d'homologuer ladite convention. L'employeur forme un pourvoi en cassation au motif que le Conseil de prud'hommes est compétent pour connaître d'un refus d'homologation d'une convention de rupture, non seulement pour dire que la convention de rupture réunissait toutes les conditions pour être homologuée, mais aussi accorder cette homologation. La Cour de cassation confirme l'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 12 septembre 2014, estimant « qu'il n'entre pas dans les pouvoirs du juge judiciaire de prononcer, en lieu et place de l'autorité administrative, l'homologation d'une convention de rupture conclue en application des articles L. 1237-11 et suivants du code du travail ». La Cour de cassation conclut donc que le juge ne peut se substituer à l'administration du travail. Il ne peut qu'annuler le refus d'homologation et renvoyer les parties devant la DIRECCTE pour que celle-ci puisse rendre une nouvelle décision.

655. Contrairement au contentieux de l'homologation de la rupture conventionnelle dont le bloc de compétence a été mis à la charge du juge judiciaire, le contentieux de l'homologation du PSE est confié au juge administratif.

B- LE CONTENTIEUX DE L'HOMOLOGATION DU PSE

656. La loi du 14 juin 2013 a confié à la juridiction administrative le traitement du contentieux de l'homologation du PSE au détriment du juge judiciaire. En effet, la décision d'homologation du PSE doit être analysée comme une décision administrative s'imposant à toutes les parties qui ont un intérêt à agir. L'article L.1235-7-1 du Code du travail précise que « l'accord collectif mentionné à l'article L. 1233-24-1, le document élaboré par l'employeur mentionné à l'article L. 1233-24-4, le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, les décisions prises par l'administration au titre de l'article L. 1233-57-5 et la régularité de la procédure de licenciement collectif ne peuvent faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision de validation ou d'homologation mentionnée à l'article L. 1233-57-4. Ces litiges relèvent de la compétence, en premier ressort, du tribunal administratif, à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux ».
C'était une volonté marquée du législateur de réformer le rôle de l'administration du travail dans le droit du licenciement collectif : « la réforme du rôle de l'administration, désormais central, dans les procédures de licenciement constitue l'une des innovations majeures [...] suivant les orientations fixées par les partenaires sociaux [...] Les nouveaux pouvoirs accordés à l'administration sur la procédure de licenciement, qui induisent un contrôle de ses décisions en la matière, conduisent à confier une partie du contentieux à leur juge naturel, le juge administratif. Le tribunal administratif

se substitue au tribunal de grande instance, mais ni au conseil de prud'hommes ni au juge pénal[1127] ».
Les partenaires sociaux ont souhaité maintenir la possibilité d'assurer un double degré de juridiction et dans un souci de sécurité juridique, rendre le dénouement du contentieux plus rapide.

657. L'importance de la motivation de la décision administrative se révèle ainsi au moment du contentieux puisque le juge administratif peut s'en servir comme point d'appui afin de justifier le refus éventuel. La décision de la DIRECCTE ne peut faire l'objet d'un recours hiérarchique. Le mode de recours en matière de PSE est spécifique : effectivement, la décision d'homologation peut seule faire l'objet d'un recours devant le juge administratif. Le document unilatéral de l'employeur, le contenu du PSE ne peuvent faire l'objet d'un recours particulier, la contestation les concernant doit être intégrée à celle relative à la décision d'homologation ou de refus d'homologation de l'autorité administrative.

658. Depuis l'adoption de la loi du 14 juin 2013, de nombreuses décisions ont été rendues par les juges administratifs saisis d'un recours pour excès de pouvoir, afin de préciser la portée de leur contrôle sur les décisions rendues par l'autorité administrative. Les juges contrôlent que l'administration a bien apprécié le PSE dans son ensemble et non chaque mesure proposée[1128]. Tout comme l'administration du travail, le juge administratif n'est pas compétent pour se prononcer sur le motif économique du PSE puisque ce pouvoir relève du juge judiciaire. Le juge administratif vérifie que l'administration, dans sa motivation, a bien « énonc[é] les éléments de droit et de fait qui en constituent le fondement, de sorte que les personnes auxquelles ces décisions sont notifiées puissent à leur seule lecture en connaître les motifs [1129]» mais cela n'implique pas, pour le Conseil d'État, de prendre « explicitement parti sur le respect de chacune des règles dont il lui appartient d'assurer le contrôle [1130]».

659. La loi du 6 août 2015 dite « loi *Macron* »[1131] a modifié les dispositions de l'article L.1235-16 du Code du travail relatives aux conséquences de l'annulation d'une homologation pour défaut

1127 Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi, 27 mars 2013, p.253 et p.258.

1128 CE 22 juillet 2015, n°383481, précité.

1129 CE, 22 juillet 2015, n°385816, précité.

1130 CE, 22 juillet 2015, n° 385816, précité.

1131 Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JORF n°0181 du 7 août 2015, p.13537, texte n°1.

ou insuffisance de motivation de la DIRECCTE. A présent, lorsque le juge administratif annule la décision d'homologation en cas d'insuffisance de motivation, « l'autorité administrative prend une nouvelle décision suffisamment motivée dans un délai de quinze jours à compter de la notification du jugement à l'administration. Cette décision est portée par l'employeur à la connaissance des salariés licenciés à la suite de la première décision de validation ou d'homologation, par tout moyen permettant de conférer une date certaine à cette information. Dès lors que l'autorité administrative a édicté cette nouvelle décision, l'annulation pour le seul motif d'insuffisance de motivation de la première décision de l'autorité administrative est sans incidence sur la validité du licenciement et ne donne lieu ni à réintégration, ni au versement d'une indemnité à la charge de l'employeur [1132]».

660. Lorsque le juge administratif annule la décision d'homologation en cas d'absence ou d'insuffisance du PSE, son jugement emporte l'annulation de la procédure de licenciement ainsi que de tous les licenciements notifiés selon l'article L.1235-10 du Code du travail. L'annulation de la décision d'homologation permet au salarié, s'il le souhaite de poursuivre son contrat de travail si le licenciement n'a pas été prononcé ou de considérer comme nul le licenciement déjà mis en œuvre.
Le juge peut également prononcer l'annulation de la décision d'homologation lorsque la procédure ou son formalisme n'ont pas été respectés. Le salarié, si les parties en conviennent, peut être réintégré tout en gardant les avantages qu'il avait acquis.

661. La DIRECCTE a également un pouvoir de contestation : en cas d'annulation de la décision d'homologation par le juge, l'autorité administrative peut faire appel de la sanction judiciaire. Celle-ci doit respecter l'autorité de la chose jugée. Elle doit en tout état de cause faire en sorte de se conformer à la décision du juge et se prononcer à nouveau sur la demande d'homologation qui lui a été adressée.

662. **Conclusion du Chapitre I :** L'homologation, qui consiste à faire intervenir un tiers dans un but de perfection de l'acte juridique, pourtant présente tant dans la jurisprudence, dans la loi et dans la doctrine, est une des notions les plus nébuleuses du droit. Au delà de la simple approbation, l'intrusion du tiers dans la loi des parties se justifie par la nécessité dans certains domaines de vérifier, contrôler le contenu de l'accord avant même son exécution. Le degrés d'intervention du tiers homologateur varie alors selon l'acte sur lequel va porter son attention.
Cette entremise du tiers peut paraître comme une tentative de soumission de la liberté contractuelle des parties à l'autorité d'un tiers. Elle est néanmoins, pour elles, un gage de sécurité en prévision de

1132 Article L.1235-16 du Code du travail.

contestation.

Il convient de voir maintenant de quelle manière les tiers peuvent également intervenir au lieu et place des parties pour contester l'accord auquel ils sont totalement étrangers.

CHAPITRE II- LA CONTESTATION *A POSTERIORI* DU CONTENU DE L'ACCORD PAR UN TIERS

663. Le droit des contrats, qui irrigue l'ensemble des branches du droit, tente depuis quelques années de préserver l'équilibre entre les parties à l'acte juridique. Il est en effet important de protéger la partie faible afin que le contrat ne devienne pas l'instrument de domination de la partie forte[1133]. Les techniques de protection peuvent être utilisées au moment de la conclusion du contrat : c'est notamment l'exemple du tiers à qui est faite l'obligation de conseiller et d'informer les parties d'un éventuel déséquilibre ou encore le tiers représentant de l'incapable qui protège les intérêts de ce dernier et pallie son incapacité au moment de la formation du contrat. Ces immixtions de tiers au moment de la formation du contrat se justifient par la volonté du législateur de prévoir en amont la protection de la partie faible et de préserver les intérêts des particuliers.

664. Ces techniques de protection peuvent aussi intervenir une fois que l'acte a été conclu, par le biais d'un mécanisme de contrôle et de sanctions du contenu contractuel lorsqu'il présente une anomalie.

665. Le contrôle du contenu du contrat par le tiers se justifie depuis plusieurs années par le constat qui est fait de l'existence d'un déséquilibre contractuel notamment en matière de consommation, le professionnel profitant du contrat pour y intégrer des dispositions laissant peu de marge de manœuvre au consommateur. Plus récemment, c'est au droit de la distribution que s'est intéressé le pouvoir législatif ayant constaté que les distributeurs pouvaient être à l'origine d'un déséquilibre contractuel au détriment des fournisseurs. Afin de protéger ces derniers, le Code de commerce permet à toute personne justifiant d'un intérêt, au ministère public, au ministre chargé de l'économie ou au président de l'Autorité de la concurrence d'intervenir dans les relations des opérateurs commerciaux afin de faire cesser toutes pratiques abusives. La présente analyse portera plus spécialement sur l'action du tiers ministre de l'Economie celle-ci ayant le plus fait l'objet de débats. Enfin, l'ordonnance du 10 février 2016 a choisi de consacrer le déséquilibre significatif en droit commun des contrats posant la question de son articulation avec l'existence des dispositions spéciales. Dans les deux domaines du droit de la consommation et du droit commercial en particulier, dans lesquels le risque de déséquilibre contractuel est plus important, se sont multipliées

1133 STRICKLER (Y.), « La protection de la partie faible en droit civil », *LPA*, 2004, p.6.

les interventions de tiers pour renforcer la protection de l'équilibre économique du contrat (Section I). Dans les domaines consumériste et commercial mais aussi dans de nombreux contrats nécessitant une régulation du marché, les Autorités administratives indépendantes se présentent comme les nouveaux acteurs de la police du contrat (Section II).

SECTION I- MULTIPLICATION DES INTERVENTIONS DE TIERS EN VUE DU RENFORCEMENT DE LA PROTECTION DE L'ÉQUILIBRE ÉCONOMIQUE

666. Partant du constat que le consommateur était la partie faible dans le contrat de consommation, le législateur a très tôt cherché à le protéger. C'est notamment pour cette raison qu'il a été prévu, en droit de la consommation, la possibilité de sanctionner les contrats dans lesquels se manifeste un déséquilibre significatif au détriment d'un non-professionnel ou consommateur. Le législateur a souhaité par la suite transposer la notion de déséquilibre significatif au droit de la distribution. Néanmoins, les contours de la notion restent encore floues en droit commercial, puisqu'aucun texte n'en donne une définition claire. Le juge va donc devoir oeuvrer pour répondre aux nombreuses questions que pose l'introduction du déséquilibre significatif en droit commercial, et depuis l'ordonnance du 10 février 2016[1134] en droit commun des contrats. C'est notamment au travers des actions menées par le tiers ministre de l'économie, garant de la partie faible en droit commercial que les premières réponses seront données (I).

667. Afin de permettre l'effectivité des sanctions prévues tant par le droit commercial que par le droit de la consommation, c'est logiquement que le législateur a modernisé, au fil des réformes dans ces deux domaines, l'intervention de tiers aux contrats. Ces tiers interviennent une fois le contrat formé et en cours d'exécution. L'adoption récente de lois dans le domaine de la consommation a renouvelé le rôle des tiers agents de la DGCCRF et associations de consommateurs (II).

1134 Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, précitée.

I- L'ACTION DU TIERS MINISTRE DE L'ÉCONOMIE, PROTECTEUR DES DISTRIBUTEURS EN DROIT COMMERCIAL

668. A l'occasion de différentes assignations du ministre de l'économie, le juge a eu l'occasion de se prononcer sur la nature de l'action menée par le ministre de l'économie en vertu de l'article L.442-6 III du Code de commerce. Si la doctrine a longtemps débattu sur ce sujet, il semblerait que les juges aient tranché en faveur de la qualification d'action autonome du tiers ministre (A). Puisque le ministre se porte garant de l'équilibre du contrat et de l'ordre public économique, les sanctions attachées à son action doivent être étudiées (B).

A- L'ACTION AUTONOME DU TIERS MINISTRE DE L'ÉCONOMIE

669. L'originalité du mécanisme de protection de l'article L.442-6 III du Code de commerce réside dans l'intervention de tiers au contrat en sus de la partie lésée dès lors que le contrat est atteint d'un déséquilibre significatif. Cette prérogative n'est pas nouvelle : c'est, en effet, l'article 36 de l'ordonnance n°86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence[1135] qui a introduit la possibilité pour le ministre de l'économie ou le Président de l'Autorité de la concurrence de demander des réparations et l'interdiction des pratiques discriminatoires dans « une mission de police économique[1136] ». Cette ordonnance a, par ailleurs, mis fin aux sanctions pénales prévues en cas de pratiques restrictives de concurrence. Le fournisseur, en situation de dépendance économique, n'osant pas, bien souvent, engager d'action contre le distributeur de peur d'éventuelles représailles de ce dernier, le législateur a donc créé la possibilité pour le ministre chargé de l'économie ou le ministère public ou encore le président de l'Autorité de la concurrence d'engager une action afin de demander la réparation du préjudice causé. La loi NRE[1137] du 15 mai 2001 modifie l'article L.442-6 III du Code de commerce au terme duquel « l'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le

1135 Ordonnance n°86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, JORF du 9 décembre 1986, p.14773.

1136 RAYNARD (J.), « Le ministre, le juge et le contrat. Réflexions circonspectes à propos de l'article L.442-6 III du Code de commerce », *JCP E*, 2007, p.1864.

1137 Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, JORF n°113 du 16 mai 2001, p.7776, texte n°2.

président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article ».

670. Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie, le ministère public et le Président de l'Autorité de la concurrence peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu. Ils peuvent enfin demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées. La réparation des préjudices subis peut également être demandée. Dans tous les cas, il appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel ou à la personne immatriculée au répertoire des métiers qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation[1138]

671. La loi NRE a donc accru les pouvoirs des tiers au contrat de distribution. Ces derniers peuvent engager une action devant les juridictions civile ou commerciale lorsqu'ils constatent un déséquilibre significatif. De plus, le ministre chargé de l'économie ainsi que le ministère public ont la possibilité de demander une cessation des pratiques illicites, la nullité des clauses illicites ainsi que la répétition de l'indu. « Il s'agissait moins de soutenir les victimes que de lutter contre des pratiques réputées restreindre la diversité de l'offre de produits, bloquer l'accès au marché des petits fournisseurs et favoriser la hausse des prix à la consommation[1139] ». L'article L.442-6 III procure donc au ministre de l'économie, au ministère public ainsi qu'au Président de l'Autorité de la concurrence un pouvoir d'action de plus en plus important. La loi reconnaît à ces trois autorités le pouvoir de s'immiscer dans des rapports de droit privé, d'intervenir dans un contrat privé auquel ils n'ont pas consenti et pour lequel ils n'ont aucun intérêt direct. Contrairement à la jurisprudence antérieure à la loi NRE du 15 mai 2001, il est devenu tout à fait possible pour l'autorité publique de s'immiscer dans les relations *inter partes* des contractants faisant fi de la base de la théorie contractuelle. Le pouvoir du tiers ministre, ministère public ou Président de l'Autorité de la concurrence prévaut sur la liberté des parties.

672. L'action du ministre de l'économie est celle qui a retenue le plus l'attention de la

1138 Article L.442-6 III du Code de commerce.

1139 LUCIANI (A.-M.), « Constitutionnalité du pouvoir conféré au ministre de l'Économie pour faire cesser les pratiques restrictives de concurrence », *JCP G*, 2011, p.1199.

jurisprudence ainsi que celle de la doctrine. Outre la reconnaissance par le Conseil constitutionnel de la conformité de l'article L.442-6 I 2° à la norme suprême[1140], ce dernier a également dû se prononcer, à l'occasion d'une autre QPC[1141], sur la constitutionnalité de l'action du ministre de l'Economie. Le Conseil des sages a tout d'abord jugé que si l'article L.442-6 III alinéa 2 porte une limitation à la liberté contractuelle et donc à la liberté d'entreprendre en laissant la possibilité pour le ministre de demander la nullité de clause librement consentie par les parties au contrat, cette immixtion du tiers dans le contrat est justifiée par la préservation de l'ordre public économique. De plus, il précise que de l'article 16 de la DDHC[1142] découlent le droit à un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable et également le principe du contradictoire. Ces droits sont respectés par l'article L.442-6 III puisque la partie qui s'estime victime peut également intenter une action parallèle devant la juridiction. Le tiers ministre doit néanmoins informer le cocontractant lésé de l'action qu'il engage ainsi que l'auteur présumé des pratiques illicites, ce dernier ayant la possibilité d'appeler en cause son cocontractant.

673. En 2008, la qualification de l'action ministérielle – action en substitution ou action autonome - a suscité de nombreuses interrogations. La Cour de cassation a répondu à ces questionnements dans un arrêt de la chambre sociale du 8 juillet 2008[1143]. En l'espèce, en septembre 2001 la société coopérative Groupements d'achats des centres Leclerc (le Galec) ayant constaté que la société Carrefour bénéficiait de prix plus avantageux par leurs fournisseurs communs a réclamé à ces derniers réparation par la voie de protocoles d'accords transactionnels. Le ministre de l'Economie estimant que cet accord transactionnel était contraire à l'article L.442-6 I 2° et L.442-6 II a assigné la société Le Galec en constatation de leur nullité, en restitution des sommes perçues et en paiement d'une amende civile de deux millions d'euros. La Cour d'appel de Versailles le 3 mai 2007[1144] rejette la demande du ministre estimant « qu'il avait introduit cette action de substitution sans en informer les fournisseurs titulaires des droits et qu'il a poursuivi la procédure sans les y associer alors que dix-sept d'entre eux avaient expressément exprimé leur volonté contraire en

1140 Cons. Constit. 13 janvier 2011, n°2010-85, QPC, JORF du 14 janvier 2011, p.813 ; *JCP E*, 2011, p.42, D. MAINGUY ; *LPA*, 2011, p.17, A. DADOUN.

1141 Cons. Constit. 13 mai 2011, n°2011-126, QPC, JORF du 13 mai 2011, p.8400 ; *Gaz. Pal*., 2011, p.37, CABINET FRESHFIELDS BRUCKHANS DERINGER LLP ; *CCC*, 2011, p.24, M. MALAURIE-VIGNAL ; *Rev. Lamy Concu*., 2011, p.32, J.-C., GRAL.

1142 Article 16 DDHC : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

1143 Cass. Com. 8 juillet 2008, n°07-16.761, Bull. 2008, IV, n°143 ; *D*., 2008, p.3046, M. BANDRAC ; *RDC*, 2008, p.1373, F. TORT ; *CCC*, 2008, p.27, M. MALAURIE-VIGNAL.

1144 CA Versailles 12ème ch., section 2, 3 mai 2007, RG 05/9223.

violation de l'article 6 § 1 de la Convention qui garantit à toute personne le droit à ce que sa cause soit entendue équitablement devant un tribunal indépendant et impartial qui décidera des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil ».

674. La Cour de cassation, pour qualifier l'action ministérielle, doit alors choisir entre la qualification d'action de « substitution » (le ministre serait alors soumis aux souhaits des fournisseurs) ou d'action autonome. La position des juges est claire : l'intervention du tiers ministre est une « action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs ».
L'action du ministre étant autonome, il n'agit donc pas en substitution des fournisseurs. Cette action s'apparenterait davantage à celle d'organisations syndicales en défense de salariés par le mécanisme d'une représentation consentie. Cependant, dans ce second cas de figure, il est nécessaire que ceux en faveur de qui l'action est intentée soient informés et gardent la possibilité de s'y opposer. Le Conseil constitutionnel avait, à ce propos, confirmé dans une décision que si l'organisation représentative avait le droit d'intenter une action en défense des intérêts d'un salarié c'est à la condition que celui-ci en soit informé et qu'il ait la possibilité de s'y opposer[1145]. C'est le raisonnement que choisit de retenir la Cour d'appel de Versailles[1146] dans l'affaire jugée par la Cour de cassation le 8 juillet 2008. Mais ce raisonnement est rejeté par les juges de cassation : en effet, pour la haute cour, c'est la loi qui a attribué au ministre la qualité pour défendre les intérêts d'autrui. Il est alors nécessaire de procéder à une distinction entre la qualité pour agir et l'intérêt pour agir[1147]. Celui qui détient par la loi la qualité pour agir, peut engager l'action qu'il souhaite de manière autonome ce qui constitue une différence fondamentale avec le mécanisme de la représentation conventionnelle.

675. La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) confirme la position de garant de l'ordre public du ministre de l'économie et la conformité de son action avec l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle énonce, en effet, dans un arrêt du 17 janvier 2012[1148] que « le ministre agit avant tout en défense de l'ordre public économique qui n'est pas limité aux intérêts immédiats des fournisseurs ». Le ministre, tiers au contrat, devient un « plaideur

1145 Cons. Constit. 25 juillet 1989, déc. n°89-257, JORF du 28 juillet 1989, p.9503.

1146 CA Versailles 12ème ch. section 2, 3 mai 2007, RG n° 05/9223.

1147 BALLOT-LÉNA (A.), « Autonomie de l'action du ministre chargé de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence », *JCP E*, 2008, p.33.

1148 CEDH, 5ème sect., 17 janvier 2012, n°51255/08.

ordinaire[1149] ». Son action étant autonome, il n'a pas à demander l'accord des victimes et celles-ci ne peuvent s'y opposer au risque de commettre une entrave au droit du ministre d'accéder à un tribunal.

676. Néanmoins, la décision du Conseil constitutionnel rendue le 13 mai 2011[1150] nuance cette analyse. En effet, si le Conseil reconnaît la constitutionnalité de l'action du ministre, celui-ci émet toutefois une réserve d'interprétation considérant que « ni la liberté contractuelle ni le droit à un recours juridictionnel effectif ne s'opposent à ce que, dans l'exercice de ce pouvoir, cette autorité publique poursuive la nullité des conventions illicites, la restitution des sommes indûment perçues et la réparation des préjudices que ces pratiques ont causés, dès lors que les parties au contrat ont été informées de l'introduction d'une telle action ». La réserve d'interprétation émise par le Conseil pose une limite à la recevabilité de l'action autonome du tiers ministre. Cette réserve a été reprise par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 27 mai 2015[1151]. Dès lors que l'action du ministre tend à demander la nullité des conventions illicites, la restitution des sommes indûment perçues et la réparation des préjudices que ces pratiques ont causés, il doit informer les parties à la convention de la mise en œuvre de son action. Mais dès lors que son action tend seulement à faire cesser, pour l'avenir, l'insertion de clauses jugées illicites au regard de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, dans les contrats conclus entre les parties, son action est recevable peu important l'absence d'information des parties.
Cette faculté est justifiée par la défense de l'intérêt général au delà des intérêts particuliers. Si l'intérêt général peut être défini comme « ce qui est pour le bien public, à l'avantage de tous[1152] », la préservation de l'intérêt général réside ici dans la protection du marché et de la concurrence.

677. De plus, refuser au ministre de l'économie de procéder à une action autonome aurait vidé cette prérogative législative de sa substance, à savoir remédier à l'absence d'action des victimes ne souhaitant ou ne pouvant pas agir. C'est ainsi que le rapport fait au nom de la commission des finances de l'économie générale et du plan sur le projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques devant l'Assemblée Nationale[1153] a estimé que « compte tenu de la situation de

1149 LUCIANI (A.-M.), « Conformité de l'article 6 de la Convention EDH des pouvoirs du ministre de l'Economie pour lutter contre les pratiques restrictives de concurrence », *JCP G*, 2012, p.741.

1150 Cons. Constit. 13 mai 2011, n°2011-126, QPC, JORF du 13 mai 2011, p.8400.

1151 Cass. Com., 27 mai 2015, n°14-11.387, GALEC c/ ministre de l'Économie du Redressement Productif et du Numérique, publication en cours ; *RTD Com*, 2015, p.578, B. BOULOC ; *RTD Com*, 2015, p.486, M. CHAGNY.

1152 CORNU (G.), (dir.), *Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant*, V° *Intérêt*, PUF, 11ème éd., p.585.

1153 BESSON (E.) (rap.), « Rapport fait au nom de la commission des finances de l'économie générale et du plan sur le projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques devant l'Assemblée Nationale », n°2864, 12 janvier 2001, p.90.

faiblesse de certains fournisseurs, il s'agissait du seul moyen d'obtenir réparation dans de nombreux cas où le fournisseur est particulièrement vulnérable ».

678. Néanmoins, l'action du tiers de l'article L.442-6 III peut faire l'objet de critique. En effet, le ministre de l'économie, tout comme le ministère public et le Président de l'Autorité de la concurrence sont des tiers au contrat dont ils contestent la régularité. Il ne devrait pas être possible pour eux de mener cette action si la partie qu'ils souhaitent défendre s'y oppose.

Cette intervention semble être justifiée au nom de l'intérêt général et des règles d'ordre public économique. L'intérêt général et l'ordre public économique entrent en conflit avec les intérêts privés des contractants. Néanmoins, lorsque le tiers ministre demande la répétition de l'indu ou la réparation du préjudice subi, ce sont les intérêts privés qui sont là en jeu. La partie au contrat devrait pouvoir s'opposer à une telle action si elle le souhaite.

679. Le législateur laisse le pouvoir à ces tiers de contester un contrat ayant été *a priori* à la base négocié ou dont les termes ont été, à tout le moins, acceptés par les deux parties. « Le propre du contrat, c'est d'être la chose des parties, une affaire privée[1154] » rappelle un auteur. Lorsque le contrat se noue, il se construit sur l'organisation du contenu contractuel tel qu'il a été souhaité par les contractants. Or, l'intrusion du tiers autorité publique vient nécessairement bouleverser cet équilibre puisqu'il est permet à un tiers plaideur qui n'a pas participé à la détermination du contenu contractuel de le contester. Il convient de souligner que le législateur, en rendant possible cette action autonome du ministre de l'économie (ainsi que du ministère public et du Président de l'Autorité de la concurrence) de contester le contenu du contrat, prend le risque que ne soient pas prises en compte les situations individuelles des parties. En effet, la partie contractante lésée a pu consentir à un contrat déséquilibré, espérant ainsi profiter d'autres avantages de cette relation par ailleurs. Cette réflexion, qui peut être menée par le partenaire commercial en position de faiblesse, peut relever d'une appréciation totalement personnelle mais qui ne contredit pas pour autant l'ordre public.

680. L'action autonome du ministre de l'économie pourrait faire naître un doute sur sa qualité de tiers au contrat. Néanmoins, la Cour de cassation a réaffirmé cette qualité à l'occasion d'une action menée contre la société Apple[1155]. En effet, le Ministre chargé de l'économie a assigné la société

1154 ATIAS (C.), *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, PUAM, 3ème éd., 2006, p.15.

1155 Cass. Civ. 1ère, 6 juillet 2016, n°15-21.811, parution au Bulletin à venir ; *D.*, 2016, p.1910, J.-C. RODA.

Appel Distribution International et la société Apple France sur le fondement de l'article L. 442-6, III, du Code de commerce afin de faire prononcer la nullité de certaines clauses du contrat de distribution conclu entre la société Appel distribution international et la société Orange. Les sociétés Apple soulèvent l'incompétence de la juridiction étatique sur le fondement de la clause compromissoire stipulée au contrat de distribution. La Cour d'appel de Paris rejette le contredit et leur exception d'incompétence aux motifs que la clause compromissoire contenue dans le contrat entre les sociétés Apple et la société Orange ne s'applique qu'aux parties. Or, le ministre est un tiers au contrat de distribution. Le principe de compétence-compétence ne peut s'appliquer qu'à des engagements souscrits entre des parties à un ou plusieurs contrats[1156].

De plus, l'action engagée par le ministre était, au regard de sa nature et de son objet, « de celles dont la connaissance est réservée aux juridictions étatiques ». La Cour ajoute que la clause compromissoire est inapplicable en raison du caractère autonome de l'action du ministre. Enfin, pour la Cour d'appel, l'action engagée par le ministre contre la société Apple distribution international, en présence de la société Orange, était une action reposant, par principe, sur des considérations d'ordre public visant à la protection du fonctionnement du marché et de la concurrence. Le pourvoi formé par les sociétés Apple est rejeté. La Cour de cassation confirme la décision de la Cour d'appel aux motifs que « l'action ainsi attribuée au titre d'une mission de gardien de l'ordre public économique pour protéger le fonctionnement du marché et de la concurrence est une action autonome dont la connaissance est réservée aux juridictions étatiques au regard de sa nature et de son objet ; que, le ministre n'agissant ni comme partie au contrat ni sur le fondement de celui-ci, la cour d'appel a caractérisé l'inapplicabilité manifeste au litige de la convention d'arbitrage du contrat de distribution ». Cette solution confirme que l'action du ministre de l'économie est autonome, et qu'il est un tiers garant de l'équilibre contractuel et de l'ordre public.

681. Afin d'assurer l'effectivité de la mission du tiers ministre, le législateur a prévu différentes sanctions pouvant être demandées par le ministre devant le juge. Cependant, tout comme la nature de l'intervention de ce dernier, les outils mis à sa disposition sont sources d'interrogations.

1156 A ce titre, dans un arrêt du 18 octobre 2011, la Cour de cassation avait jugé que le ministre peut former sa demande, à son choix devant la juridiction du domicile du défendeur, celle du lieu du fait dommageable ou celle du lieu dans le ressort de laquelle le dommage a été subi puisque, confirmation de sa qualité de tiers au contrat, le ministre ne peut être logiquement lié par une clause d'attribution de compétence contenue dans le contrat litigieux : Cass. Com. 18 octobre 2011, n°10-28.005, Bull. 2011, IV, n°160 ; *CCC*, 2012, p.21, N. MATHEY.

B- DE LA COMPLEXITÉ ET DE LA DIVERSITÉ DES SANCTIONS DU DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF EN DROIT COMMERCIAL

682. Tout d'abord, l'article L.442-6 I du Code de commerce rappelle que chaque pratique abusive « engage la responsabilité de son auteur », cette responsabilité pouvant être demandée par le tiers ministre de l'économie (ou le ministère public ou le Président de l'Autorité de la concurrence). Sur ce point, la qualification de la responsabilité – délictuelle ou contractuelle- est délicate. En effet, la partie lésée et l'auteur des pratiques illicites sont liés par un contrat mais la responsabilité est recherchée par le ministre qui n'entretient avec l'auteur de ces pratiques aucun rapport contractuel, puisqu'il est tiers au contrat comme cela vient d'être démontré.

683. La Cour de cassation a affirmé que la nature de la responsabilité mise en œuvre par l'article L.442-6 I du Code de commerce est une responsabilité - bien qu'aucun texte ne vienne donner de précision à ce sujet - de nature délictuelle. Dans un premier arrêt en date du 6 février 2007[1157], la Cour relève que « le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels, engage la responsabilité délictuelle de son auteur ». Cette solution a été réaffirmée par la suite à plusieurs reprises[1158]. Néanmoins, par un arrêt du 18 octobre 2011[1159], la Cour de cassation a jugé que « si les pratiques restrictives de concurrence sont généralement constatées à l'occasion de relations commerciales fondées sur un contrat, c'est, au travers de l'exécution du contrat, le comportement d'un opérateur économique ayant une pratique injustifiée au regard du jeu normal de la concurrence qui est sanctionné par l'action ouverte par l'article L. 442-6 du code de commerce, l'arrêt retient que l'action autonome du ministre aux fins de cessation de ces pratiques et aux fins d'annulation des contrats qui en sont le support revêt la nature d'une action en responsabilité quasi-délictuelle ». Cette action en responsabilité est justifiée par le caractère délictuel des pratiques sanctionnées par le Code de commerce. La justification de la thèse

1157 Cass. Com. 6 février 2007, n°04-13.178, Bull. 2007, IV, n°21 ; *Rev. Lamy Dr. Aff.*, 2007, p.43, C. ANADON ; *JCP E*, 2007, p.26 ; *CCC*, 2007, p.22, C. MALAURIE-VIGNAL.

1158 Cass. Com. 21 octobre 2008, n°07-12.336, inédit ; Cass. Com. 13 janvier 2009, n°08-13.976, Bull. civ. IV, n°3 ; Cass. com., 15 septembre 2009, n°07-10.493, inédit ; Cass. com., 13 octobre 2009, n°08-20.411, inédit ; Cass. com., 9 mars 2010, n°08-20.036, inédit.

1159 Cass. Com. 18 octobre 2011, n°10-28.005, précité.

en faveur d'une responsabilité délictuelle tient également au fait que l'abus qui résulte des pratiques énoncées à l'article L.442-6 I doit être qualifié de délictuel : « Le déséquilibre ne résulte pas d'un contrat mais d'un comportement[1160] ».

684. La nature de la responsabilité du cocontractant justifie ici l'intervention de la qualité de tiers du ministre. En effet, puisque l'action du ministre est une action autonome et non de substitution, il ne représente donc pas la victime des pratiques abusives et agit donc indépendamment de l'action qui lui est propre. La responsabilité demandée par le ministre est donc bien une responsabilité de nature délictuelle.

685. Outre l'action en responsabilité du cocontractant fautif, le tiers Ministre a également la possibilité de demander la nullité des clauses abusives. En théorie, les tiers sont protégés par le principe d'inopposabilité du contrat. Ce dernier ne peut les atteindre. Mais il est des cas où le droit permet à un tiers intéressé de contester le contrat auquel il n'est pas partie et dont les effets lui sont étrangers par le biais d'une action en nullité. Ainsi, dès lors que le contenu du contrat viole une règle édictée dans l'intérêt général, « toute personne intéressée » peut en demander la nullité.

686. La condition requise pour que le tiers puisse intenter une action est l'existence d'un intérêt légitime comme le prévoit l'article 31 du CPC[1161]. Mais si tous les individus ont un intérêt à ce que les lois soient respectées, ce dernier n'est pas suffisant pour que n'importe qui puisse demander à ce que le contrat soit annulé.

687. Il est nécessaire que la nullité du contrat ait pour celui qui souhaite agir « un intérêt d'une acuité particulière [1162]». Les parties au contrat étant des personnes intéressées n'ont pas de difficulté à démontrer leur intérêt pour agir. Mais il en est différemment pour le tiers. Il doit alors prouver qu'il a un intérêt particulier à demander la nullité de l'acte. En d'autres termes, il faut que « le tiers se prévale d'un intérêt qui soit en rapport étroit avec la nullité[1163] ». La nullité de l'acte peut alors être invoquée dès lors que l'annulation permet de protéger l'intérêt général. Le ministère public est

1160 GICQUIAUD (E.), « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », *RTD Com*., 2014, p.267.

1161 « L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé ».

1162 *Id*.

1163 TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 11ème éd., Paris, Précis Dalloz. 2013, p.443.

un tiers particulièrement intéressé à l'annulation de certains actes[1164]. Outre le ministère public, le législateur a donc laissé la possibilité au tiers ministre de l'économie puisqu'il peut arguer d'intérêt dans la sauvegarde de l'équilibre contractuel et de l'ordre public économique.

688. Ici encore les textes ne disent pas si c'est une nullité relative ou absolue et si la nullité est partielle ou totale mais énumèrent seulement les hypothèses dans lesquelles peut être invoquée la nullité de la clause ou du contrat. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 octobre 2014, la Cour estime que « les contrats contraires aux dispositions des articles L.442-6 du Code de commerce sont entachés d'une nullité absolue, invocable par toute personne intéressée ». Cette solution apporte deux précisions : le tiers ministre peut demander la nullité de la clause ou du contrat litigieux sur la base de ce texte (en tant que tiers au contrat et en l'absence de texte il n'aurait aucun droit de demander la nullité du contrat litigieux) et cette nullité doit être absolue. De plus, il est admis en l'absence des textes que, au-delà du tiers, la victime puisse également demander la nullité du contrat contraire à l'ordre public concurrentiel.

689. Enfin, le tiers ministre peut également demander à ce que ces clauses soient supprimées pour l'avenir. Cette possibilité existe déjà en droit de la consommation puisque selon l'article L.621-7 et suivants nouveaux, les associations de consommateur sont en droit de demander toute mesure destinée à faire cesser des agissements illicites ou à supprimer dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs une clause illicite. Néanmoins, en droit de la distribution rien de tel n'est prévu par les textes. C'est la jurisprudence qui a déduit du droit du Ministre de demander la suppression des clauses illicites, cette même suppression pour les contrats à venir. En effet, dans les arrêts Eurauchan et Provera, le juge a décidé que le Ministre était fondé à demander la suppression pour l'avenir de clauses jugées illicites.
Il a également été jugé que le ministre de l'Economie est légitime à agir contre des clauses abusives créant un déséquilibre significatif dans des contrats-types proposés à des partenaires commerciaux[1165].

690. Des éclaircissements doivent être apportés quant à la nature de l'action du ministre ainsi que sur les contours de la notion de déséquilibre significatif. Les prochaines décisions jurisprudentielles devront donc faire l'objet d'une attention toute particulière. Récemment, le

1164 Article 423 CPC : « En dehors de ces cas, il peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci ».

1165 Cass. Com. 29 septembre 2015, n°13-25.043, inédit.

législateur a également opéré plusieurs changements en droit de la consommation renforçant encore davantage le rôle des tiers dans la loi *Hamon* du 17 mars 2014 et dans l'ordonnance du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation[1166].

II- LE RENOUVEAU DU RÔLE DES TIERS DANS LA LOI « *HAMON* » DU 17 MARS 2014

691. Par leurs actions, les fonctionnaires de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) et les associations de consommateurs influencent en qualité de tiers le contenu du contrat. En effet, la loi *Hamon* du 17 mars 2014 relative à la consommation puis l'ordonnance du 14 mars 2016 ont sur ce point renforcé les pouvoirs des agents de contrôle de la DGCCRF dans la lutte contre les clauses abusives (A) et a instauré en France une procédure d'action de groupe (B).

A- LE RENFORCEMENT DES POUVOIRS DES AGENTS DE LA DGCCRF

692. La loi *Hamon* du 17 mars 2014[1167], qui avait pour objectif de repenser l'équilibre entre consommateurs et professionnels et améliorer les relations interprofessionnelles, a eu pour effet de renforcer les pouvoirs des agents de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) en matière de répression des clauses abusives en droit de la consommation. L'ordonnance du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation créée un Livre V entièrement dédié aux pouvoirs d'enquête et aux suites à donner aux contrôles des agents de la DGCCRF.

693. Les agents de la DGCCRF détiennent un pouvoir de visites et de saisies ainsi que des pouvoirs d'enquête et d'établissement de procès-verbaux mais aussi d'accès aux locaux de l'entreprise et peuvent demander la communication de documents en application des articles L.450-1, L.450-3 à L.450-4, L.450-7 et L.450-8 du code de commerce et L.511-6 nouveau du Code de la consommation. Ces pouvoirs ont pour but de permettre aux agents de la DGCCRF de rechercher des clauses abusives.

Bien que les tiers doivent respecter une situation contractuelle à laquelle ils n'ont pas été partie, les agents de la DGCCRF ont également la possibilité en tant que tiers d'impacter le contrat des parties puisqu'ils disposent d'un pouvoir d'injonction : ils peuvent, à cet effet, ordonner au professionnel de

1166 Ordonnance du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation, précitée.

1167 Loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, JORF n°0065 du 18 mars 2014, p.5400, texte n°1.

supprimer toute clause illicite ou interdite (article L.521-2). Ce pouvoir d'injonction existait déjà avant l'adoption de la loi *Hamon* du 17 mars 2014 mais n'était pas efficace. La création de listes noire et grise rend son utilisation plus facile : l'agent de la DGCCRF fait injonction au professionnel de procéder à la suppression d'une clause ou de plusieurs clauses abusives, cette injonction peut également faire l'objet d'une mesure de publicité telle que le prévoit l'article L.521-2 alinéa 2 nouveau du Code de la consommation.
L'agent de la DGCCRF, lorsqu'il constate que le contrat proposé par le professionnel contient une ou plusieurs clauses abusives, peut assortir son injonction d'une amende administrative selon l'article L.241-2 nouveau du code de la consommation. Une amende peut également être prévue si le professionnel n'a pas procédé à la suppression de la clause abusive après injonction de l'agent administratif. L'article L.522-1 et suivants prévoit que cette amende ne peut être supérieure à 3000 euros pour une personne physique et 15000 euros pour une personne morale. L'agent de la DGCCRF est donc un tiers ayant des pouvoirs de contrôle élargi.

694. En outre, les agents de l'Administration ont la possibilité de demander au juge civil ou administratif d'ordonner que soit supprimée toute clause illicite, interdite ou abusive insérée par un professionnel dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné aux consommateurs ou aux non-professionnels ou dans tout contrat en cours d'exécution, de déclarer que cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le même professionnel avec des consommateurs ou non-professionnels, et de lui ordonner d'en informer à ses frais les consommateurs ou non-professionnels concernés par tous moyens appropriés[1168]. La possibilité de recourir au juge pour faire cesser ces pratiques illégales existait déjà avant l'adoption de la loi *Hamon*, la nouveauté réside dans l'effet *erga omnes* de ces décisions confirmé par l'ordonnance du 14 mars 2016. Il faut noter néanmoins que la disposition, à l'ancien article L. 141-1 VIII 1° qui prévoyait la suppression dans tout contrat en cours « ou non » n'a pas été reprise dans l'ordonnance de 2016.

695. Les tiers agents de la DGCCRF interviennent donc dans le but de protéger la partie faible au contrat en demandant la suppression des clauses abusives pour les contrats en cours mais aussi les contrats à venir. Le tiers agent a donc un « pouvoir de police » sur le contrat.

696. Outre la possibilité de contestation et la demande de suppression des clauses abusives dans le contrat par les agents de la DGCCRF, les associations de consommateurs agréées au niveau

1168 Article L.524-1 nouveau du Code de la consommation.

national ont également la possibilité d'agir en justice en défense des intérêts des consommateurs.

B- L'ASSOCIATION DE CONSOMMATEURS, TIERS AU CONTRAT DE CONSOMMATION

697. L'action de groupe, longtemps réclamée en France, a été finalement introduite par la loi *Hamon* du 17 mars 2014[1169]. La loi *Hamon* est, sur ce point, une des lois les plus importantes et les plus innovantes en matière de droit de la consommation.

698. Le Centre de droit de la Consommation de Montpellier avait, dès les années 1970, commencé un travail de réflexion autour d'une modernisation du droit de la consommation et notamment de la possibilité pour les associations de consommateurs, tiers au contrat de ces derniers, d'entamer des procédures pour la défense des intérêts de leurs membres et des consommateurs de manière générale. Par la suite, la loi *Royer,* adoptée en 1973[1170], a institué une action civile exercée par les associations dans l'intérêt collectif des consommateurs. La loi *Neiertz* du 18 janvier 1992[1171] a institué l'action en représentation conjointe pour les associations de consommateurs. Le projet de loi relatif à la consommation présenté le 2 mai 2013 a inclus dès les premiers articles les dispositions relatives à l'action de groupe. Finalement, la loi du 17 mars 2014 créé l'article L.423-1 du Code de la consommation repris à l'article L.623-1 nouveau qui énonce qu' « une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée en application de l'article L. 811-1 peut agir devant une juridiction civile afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles » donnant ainsi naissance à l'action de groupe française. Enfin, la loi de modernisation de la justice du 21ème siècle donne un socle commun à toutes les actions de groupe .

699. L'action de groupe est possible dès lors que une procédure permettant à des consommateurs victimes d'un même dommage de la part d'un professionnel, d'agir en justice. L'action de groupe est donc le mécanisme par lequel un tiers (l'association de défense des consommateurs) au contrat de

1169 Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, JORF n°0065 du 18 mars 2014, p.5400, texte n°1.

1170 Loi n°73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, JORF du 30 décembre 1973, p.14139.

1171 Loi n°92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs, JORF n°170017 du 21 janvier 1992, p.968.

chacun d'entre eux (contrat entre professionnels et consommateurs) va pouvoir rééquilibrer la balance contractuelle. Il est en effet « anticontractuel, antiéconomique, et sans doute immoral qu'une partie puisse, en toute immunité, obtenir un prix ne correspondant pas à la quantité ou qualité de prestation offerte en échange[1172] ». Au-delà de l'intérêt pour les consommateurs de récupérer les sommes indûment versées aux professionnels, l'action de groupe engagée par les associations a pour avantage de permettre « une meilleure corrélation entre les obligations des parties, entre le prix payé et la prestation réalisée[1173] ». Celle-ci a des effets sur les contrats déjà conclus mais également sur la formation de tous les contrats à venir, sur leur contenu et la validité des obligations qui y sont intégrées. L'objectif de l'action de groupe doit être perçue comme une action en réparation d'un préjudice mais également une action en prévention de potentiels préjudices.

700. Afin de pouvoir engager une action de groupe, le législateur a imposé plusieurs obligations : il est nécessaire que l'association de défense des consommateurs soit représentative au niveau national et ait reçu un agrément pour agir en justice tel que l'article L.623-1 du Code de la consommation le prévoit. Une circulaire du 26 septembre 2014 mentionne à ce titre les quinze associations pouvant agir en justice[1174]. L'association doit être représentative d'une pluralité consommateurs lésés dans leurs droits ayant subi un préjudice individuel patrimonial résultant d'un dommage matériel. Ce préjudice a pour source un manquement du professionnel à ses obligations légales ou contractuelles. Le manquement à des obligations légales peut être constitué notamment par un défaut d'information due au consommateur tandis que le manquement à des obligations contractuelles réside en outre dans des pratiques anticoncurrentielles.

701. Outre l'action de groupe en droit de la consommation, la loi de modernisation de la justice du 21ème siècle a prévu un régime commun de l'action de groupe pour les actions ouvertes en matière de discrimination, de droit du travail, de droit de l'environnement, de santé publique et de droit des données personnelles[1175]. Ainsi, lorsque « plusieurs personnes placées dans une situation similaire subissent un dommage causé par une même personne, ayant pour cause commune un

1172 DÉPINCÉ (M.) et MAINGUY (D.), « L'introduction de l'action de groupe en droit français », *Jcl. Concurrence – consommation*, fasc. 15, 2014, n°4.

1173 *Ibid.*

1174 Circulaire du 26 septembre 2014 de présentation des dispositions de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et du décret n°2014-1081 du 24 septembre 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation, BOMJ n°2014-10 du 31 octobre 2014, p.2.

1175 Article 60 de la loi de modernisation de la justice du 21ème siècle adoptée le 12 octobre 2016.

manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles[1176] » elles peuvent exercer une action de groupe dans le but, soit de faire cesser ces manquements, soit d'engager la responsabilité de la personne ayant causé le dommage, pour obtenir la réparation des préjudices subis[1177].

Seules les associations agréées et les associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins dont l'objet réside dans la défense des intérêts auront la possibilité d'exercer cette action[1178]. Le texte prévoit également que l'association peut participer à un processus de médiation judiciaire dans le but d'obtenir réparation des préjudices individuels[1179].

702. Outre l'action de groupe, les associations de consommateurs ont également la possibilité d'agir en justice afin de demander la suppression de clauses abusives selon les dispositions de l'article L.621-2 nouveau du Code de la consommation. Ce dernier énonce que « les associations de consommateurs mentionnées à l'article L. 621-1 et agissant dans les conditions précisées à cet article peuvent demander à la juridiction civile, statuant sur l'action civile ou à la juridiction répressive, statuant sur l'action civile, d'ordonner au défendeur ou au prévenu, le cas échéant sous astreinte, toute mesure destinée à faire cesser des agissements illicites ou à supprimer une clause illicite dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs ou dans tout contrat en cours d'exécution.

Elles peuvent également demander, selon le cas, à la juridiction civile ou à la juridiction répressive de déclarer que cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques en cours d'exécution conclus par le défendeur ou le prévenu avec des consommateurs et de lui ordonner d'en informer à ses frais les consommateurs concernés par tous moyens appropriés. ».

703. Contrairement au nouvel article, l'ancien article L.421-2 précisait que les associations de consommateurs pouvaient également demander l'annulation d'une clause abusive même dans les contrats qui n'étaient plus proposés, mettant ainsi fin à la jurisprudence antérieure contraire. En effet, un arrêt de la Cour de cassation du 13 mars 1996[1180] prévoyait que l'action collective en suppression des clauses abusives devient sans objet si, lorsque le juge est amené à statuer, le contrat litigieux n'est plus proposé aux consommateurs. La Cour de cassation déclarait alors que l'action de

1176 Article 62 de la loi de modernisation de la justice du 21ème siècle adoptée le 12 octobre 2016.

1177 Article 62 de la loi précitée.

1178 Article 63 de la loi précitée.

1179 Article 75 de la loi précitée.é

1180 Cass. Civ. 1ère, 13 mars 1996, n°93-21.070, Bulletin 1996, I, n°134, p.95.

l'association était devenue sans fondement. Cette solution avait également été réitérée dans un arrêt du 23 janvier 2013[1181]. De même, les juges de la Cour de cassation avaient rejeté par un arrêt du 8 janvier 2009[1182] la demande d'une association pour suppression de clauses abusives car celles-ci ne figuraient pas plus dans le contrat modifié. Il était nécessaire que les dispositions contractuelles sur lesquelles se basait l'association de consommateur soient encore d'usage le jour où le juge était amené à statuer.

Cette jurisprudence était très critiquable car elle réduisait amplement la portée de l'ancien article L.421-6 du Code de la consommation. Elle avait pour inconvénient non négligeable de permettre aux professionnels de ne pas être sanctionnés en leur laissant la possibilité de modifier les contrats litigieux en cours de procédure incluant de nouvelles clauses parfois similaires à celles pour lesquelles l'action avait été engagée par l'association. Cette jurisprudence avait donc pour effet de ne pas empêcher les professionnels de réutiliser ces mêmes clauses litigieuses dans des contrats ultérieurs puisqu'elles avaient échappé à la sanction du juge et de plus, elle empêchait toute réparation du préjudice des consommateurs lésés.

704. La loi *Hamon* avait donc mis fin à cette jurisprudence. La Cour de cassation, en application des nouvelles dispositions, avait jugé par un arrêt du 1er octobre 2014[1183] que l'association « avait, [...] sollicité la suppression de clauses illicites ou abusives sans limiter sa demande à l'ancien contrat, d'autre part, que le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif des clauses contractuelles invoquées par une partie dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet ». Le contrat qui est modifié en cours d'instance n'empêche donc pas le juge de vérifier d'office le caractère abusif de nouvelles clauses puisque l'association ne s'était pas limitée à l'ancien contrat. La Cour de cassation a fait également application, dans cet arrêt, pour la première fois, de la jurisprudence européenne du 4 juin 2009[1184]. Dans cette affaire, le tribunal hongrois doutant du caractère potentiellement abusif d'une clause s'est adressé à la Cour de justice des communautés européennes pour une interprétation de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives[1185], demandant s'il devait examiner d'office le caractère abusif de cette clause. La Cour européenne précise à cette occasion que les dispositions de la directive sont applicables même

1181 Cass. Civ. 1ère, 23 janvier 2013, n°10-21.177 et 10-22.815, inédit.

1182 Cass. Civ. 1ère, 8 janvier 2009, n°06-17.630, inédit.

1183 Cass. Civ. 1ère, 1er octobre 2014, n°13-21.801, Bull. Octobre 2014, n°8, p.172 ; *Rev. Lamy Dr. Civ*., 2014, p.14, C. LE GALLOU ; *CCC*, 2015, p.38, G. RAYMOND ; *Gaz. Pal*., 2015, p.22, S. PIEDELIÈVRE ; *RJDA*, 2015, p.545.

1184 CJCE, 4 juin 2009, aff. n°C-243/08, Pannon GSM Zrt./ Erszébet Sustikné Gyorfi.

1185 Directive 93/13/CEE du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOUE n°95 du 21 avril 1993, p.29.

lorsque le consommateur ayant conclu avec un professionnel un contrat contenant une clause abusive, n'engage pas d'action pour contester cette dernière en raison de la méconnaissance de ses droits ou du coût que pourrait engendrer cette action.
Par conséquent, la Cour estime que « le rôle qui est ainsi attribué par le droit communautaire au juge national dans le domaine considéré ne se limite pas à la simple faculté de se prononcer sur la nature éventuellement abusive d'une clause contractuelle, mais comporte également l'obligation d'examiner d'office cette question, dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet, y compris lorsqu'il s'interroge sur sa propre compétence territoriale ».

705. Il est regrettable de constater que la modification de la partie législative du Code de la consommation et notamment la recodification de l'article L.421-2 alinéa 2 à l'article L.621-2 alinéa 2 ne s'est pas faite à droit constant et la faculté de demander la suppression de clause abusive dans des contrats n'étant plus en cours a disparu.

706. L'association de consommateurs constitue donc un tiers au contrat et agit en tant que représentant des consommateurs. Dans ce cas, il est le mandataire des consommateurs à l'instance afin de demander la suppression de clauses abusives notamment. Tout comme le tiers ministre de l'économie, elles ont bien qualité à agir et l'exerce dans l'intérêt collectif.

707. Le pouvoir législatif est intervenu ces dernières années pour réformer le droit de la distribution et de la consommation ainsi que le droit commun des contrats afin de garantir l'équilibre contractuel. Soucieux de protéger les parties qui se situeraient en position de faiblesse et qui n'oseraient pas ou ne voudraient pas dénoncer la présence de clauses abusives sources de déséquilibre significatif dans leur contrat, le législateur a souhaité qu'un tiers puisse sanctionner les abus auxquels les parties peuvent être confrontées.

708. Par ailleurs, la multiplication des autorités administratives indépendantes recouvrant de nombreux secteurs a eu pour effet de diminuer l'autonomie des parties afin de contrôler la licéité des contrats. Ces entités apparaissent comme de véritables autorités de police du contrat.

SECTION II- LES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES, NOUVEAUX ACTEURS DE LA POLICE DU CONTRAT

709. L'action des tiers au service du contrôle du contenu contractuel telle qu'elle vient d'être soulevée dans les domaines consumériste et commercial s'accompagne de la présence d'Autorités Administratives Indépendantes dans le domaine économique afin de veiller au bon équilibre entre l'exercice de la liberté contractuelle et celui de la libre concurrence[1186] (I). Par ailleurs, dès lors que l'Etat a permis la privatisation de certains secteurs tels que l'énergie ou la télécommunication, il était nécessaire que cette privatisation se double d'un contrôle important de tiers administratifs (II).

I- L'INTERVENTION D'AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES PROTECTRICES DU CONTENU DU CONTRAT DANS LE DOMAINE ÉCONOMIQUE

710. La commission des clauses abusives intervient en matière consumériste dans les relations contractuelles unissant un professionnel à un non-professionnel ou consommateur. Elle a pour mission notamment d'édicter des recommandations qui viennent réajuster l'équilibre du contrat (A). Plus jeune mais ayant néanmoins des pouvoirs similaires, le rôle de la commission d'examen des pratiques commerciales a fait l'objet d'une réforme avec l'adoption de la loi *Hamon* du 17 mars 2014 (B). Enfin, l'Autorité de la concurrence est certainement l'autorité la plus importante en matière de régulation des pratiques contractuelles notamment depuis la mise en place des procédures d'engagements par le biais desquelles elle privilégie la négociation plutôt que la sanction (C).

A- L'INTERVENTION DE LA COMMISSION DES CLAUSES ABUSIVES EN MATIÈRE CONTRACTUELLE

711. La Commission des clauses abusives, autorité administrative indépendante relève du ministère chargé de la consommation. Elle est, depuis la loi du 1er juillet 2010[1187] régie par les articles L.534-1 devenu L.822-4 et suivants et R.534-13 devenu R.822-18 et suivants du Code de la consommation. Sa composition assure la représentation de tous les acteurs du droit de la

1186 HERVIEU (M.), *Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats*, th., préf. D. MAZEAUD, Dalloz, Paris, NBT, 2012, p.419.

1187 Loi n°2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, JORF n°0151 du 2 juillet 2010, p.12001, texte n°1.

consommation puisqu'elle compte un tiers de représentants des consommateurs, un tiers de représentants des professionnels et un tiers de magistrats - dont l'un a la qualité de président- et d'universitaires.

712. Il faut rappeler que la Commission exerce une mission consultative puisqu'il lui est fait obligation de rendre des avis sur les projets de décrets en rapport avec l'article L.212-1 du Code de la consommation et qui déterminent les clauses présumées abusives ainsi que les clauses irréfragablement abusives[1188]. Elle peut également être saisie par un juge au cours d'une instance durant laquelle il est fait état du caractère abusif d'une clause. Cet avis ne lie pas pour autant le juge.

713. La Commission intervient surtout par l'édiction de recommandations. Elle a, en effet, pour rôle de rechercher si les contrats proposés aux consommateurs par les professionnels contiennent des clauses qui pourraient s'avérer abusives. Son travail aboutit à l'édiction de recommandations qui proposent la suppression ou modification des clauses qu'elle détecte comme potentiellement abusives. Ces recommandations n'ont toutefois pas un caractère contraignant. Le juge peut s'en servir comme support afin de juger du caractère abusif de la clause mais il garde le pouvoir de ne pas suivre les recommandations de la Commission.

714. La Commission joue un rôle de surveillance et de prévention dans les relations consuméristes. Elle vient limiter le pouvoir des professionnels à l'égard des consommateurs et des non-professionnels, professionnels qui auraient tendance à imposer de manière arbitraire des clauses illicites. Elle doit « assurer, au moment de la formation du contrat, l'effectivité des exigences propres à l'équilibre contractuel qui imprègne l'ordre public consumériste[1189] ». Pour cela, elle s'efforce de rechercher les clauses qui seraient à l'origine d'un déséquilibre notamment au moment de la formation du contrat. A titre d'illustration, la Commission a recommandé que soit retirée du contrat toute clause qui « a pour objet ou pour effet de prévoir lors de la signature du contrat un engagement ferme du non-professionnel ou consommateur et un engagement éventuel du professionnel[1190] ». Ainsi, le professionnel ne peut, par le biais d'une clause, s'octroyer un délai de réflexion qui lui permette de vérifier la solvabilité de son client si le consommateur ou non-professionnel ne dispose du même délai de réflexion pour faire valoir son droit de rétractation.

1188 Article L.212-1 alinéa 4 et 5 du Code de la consommation.

1189 HERVIEU (M.), *Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats*, th., préf. D. MAZEAUD (D.), Dalloz, Paris, NBT, 2012, p.110.

1190 CCA, recomm. n°80-03 relative à la formation du contrat, BOSP du 8 août 1980.

Cette disposition a été renouvelée par la Commission dans une recommandation de synthèse[1191]. De même, il a été prévu dans cette dernière que doit être considérée comme étant une clause abusive causant un déséquilibre entre les parties le fait de « restreindre l'obligation pour le professionnel de respecter les promesses faites, les garanties accordées ou les engagements pris par son préposé ou son agent ». La Commission a également jugé qu'était abusive une clause qui prévoit que le déclenchement de la garantie est fonction de l'appréciation du professionnel[1192].

Très récemment, la Commission a dû se prononcer sur les contrats dits de « service de réseautage social » (de type Facebook). Parmi ses recommandations (près de 46), elle recommande que soient réputées non écrites car abusives des clauses prévoyant la conservation des données à caractère personnel du consommateur ou du non-professionnel sans aucune limitation de durée ou pour une durée qui excède celle nécessaire aux finalités du traitement[1193].

Enfin, la Commission a rendu un avis[1194] après saisine par un jugement rendu par le tribunal d'instance de Dieppe du 3 juillet 2015 et estime qu'une clause insérée dans un contrat de crédit dans lequel une société de crédit interdit aux emprunteurs de souscrire de nouveaux crédits et les oblige à ne pas accepter de nouvelles charges financières susceptibles d'aggraver leur endettement, sauf accord exprès de la société, a pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.

715. Elle peut également être saisie par des professionnels ou des associations de consommateurs au titre de l'article L.822-5 nouveau du Code de la consommation. Ceux-ci peuvent demander à la Commission son avis sur la conformité de certains contrats-types ou de projets de contrats à la législation. Ces avis forment un outil stratégique pour les professionnels qui sont tentés de les suivre puisqu'ils jouent le rôle d' « homologations " quasi-juridictionnels " du contrat-type, qui sera produit devant le juge si, malgré tout, un litige est né[1195] ».

Toutes ces recommandations, qui peuvent être perçues comme des moyens de pression à l'encontre des professionnels, ont pour but de les empêcher de choisir les conditions du contrat de manière discrétionnaire lors de la rencontre des volontés avec le non-professionnel ou

1191 CCA, recomm. de synthèse n°91-02 relative à certaines clauses insérées dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, BOCCRF du 6 septembre 1991.

1192 CCA, recomm. n° 89-01 concernant les clauses relatives aux contrats d'assurance des véhicules automobiles de tourisme, BOCCRF du 14/07/1989.

1193 CCA, recomm. N° 2014-02 relative aux contrats proposés par les fournisseurs de services de réseaux sociaux,

1194 CCA, avis n° 15-01 relatif à un contrat de restructuration de crédit.

1195 HERVIEU, (M.), *op. cit.*, p.665.

consommateur.
Intervenant en tant que protecteur de l'ordre public, la Commission des clauses abusives use de son pouvoir de recommandation afin de peser sur la formation du contrat, en en renforçant l'équilibre et la loyauté entre les parties. Elle « s'attaque aux clauses qui autorisent la fixation initiale et unilatérale du contenu du contrat par le professionnel[1196] ».

716. La CEPC peut être rapprochée de la Commission des clauses abusives du droit de la consommation Fortement inspirée de cette autorité administrative indépendante, la Commission d'examen des pratiques commerciales assure la stabilité contractuelle.

B- L'INTERVENTION DE LA COMMISSION D'EXAMEN DES PRATIQUES COMMERCIALES

717. Créée par la loi du 15 mai 2001[1197], la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) peut faire l'objet d'une saisine par le ministre de l'Economie, le président de l'Autorité de la concurrence... afin d'émettre des avis non contraignants sur les éléments pour lesquels elle a été saisie. La CEPC fait l'objet de nouvelles dispositions depuis la loi *Hamon* du 17 mars 2014[1198] à l'article L.440-1 du Code de commerce. Selon ce dernier, la CEPC a pour mission de donner des avis ou de formuler des recommandations sur les questions, les documents commerciaux ou publicitaires, y compris les factures et contrats couverts par un secret industriel et commercial, et les pratiques concernant les relations commerciales entre producteurs, fournisseurs et revendeurs, qui lui sont soumis. L'avis rendu par la commission porte notamment sur la conformité au droit de la pratique ou du document dont elle est saisie. La commission exerce, en outre, un rôle d'observatoire régulier des pratiques commerciales, des facturations et des contrats conclus entre producteurs, fournisseurs, revendeurs qui lui sont soumis.

718. La CEPC bénéficie d'un pouvoir d'influence non négligeable. Au delà de la recherche des clauses abusives, elle tente d'éradiquer toute disposition contractuelle qui procèderait d'un abus de dépendance, caractérisé par une restriction de concurrence ainsi que par le fait pour une partie de s'octroyer un avantage de manière injustifiée[1199]. Elle exerce son influence par le biais d'avis

1196 HERVIEU, (M.), *op. cit.*, p.122.

1197 Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, JORF n°113 du 16 mai 2001, p.7776, texte n°2.

1198 Loi n°2014-344 du 17 mars 2014, précitée.

1199 CHAGNY (M.), *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, th., préf. J. GHESTIN, Dalloz, Paris, NBT, 2004, 1108p.

adressés aux professionnels afin qu'ils modifient les dispositions contractuelles jugées abusives. Ce pouvoir d'émettre des avis est doublé du pouvoir d'émettre des recommandations aux contractants qui l'ont sollicitée. Ces recommandations permettent une moralisation des relations contractuelles et des pratiques commerciales toujours dans une recherche de prévention des litiges.

719. Enfin, en matière de pratiques concurrentielles, l'Autorité de la concurrence bénéficie d'un important pouvoir de contrôle.

C- L'ORIGINALITÉ DES PROCÉDURES D'ENGAGEMENTS DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE

720. L'Autorité de la Concurrence (anciennement Conseil de la concurrence) est sans doute l'AAI la plus importante en matière de régulation des pratiques concurrentielles. Son immixtion dans la sphère contractuelle est notable grâce notamment à un pouvoir de contrôle important sur les pratiques contractuelles. A ce titre, elle dispose de nombreux moyens afin de veiller au bon fonctionnement du marché et de mettre fin à des situations d'abus de positions dominantes ou de pratiques anticoncurrentielles.

721. Parmi ces moyens, l'Autorité de la concurrence dispose de pouvoirs de contrôle : lorsque l'autorité administrative a un doute sur une atteinte à la concurrence, elle peut mettre en place un examen approfondi des pratiques. A l'issue de cet examen, l'Autorité peut obliger les parties, outre à interdire une opération, leur demander de la modifier. La procédure d'engagements[1200] est un outil offert aux entreprises qui, sur la base de négociations, permet à celles-ci de proposer des engagements à l'autorité administrative afin d'échapper à d'éventuelles sanctions. Par cette procédure, l'Autorité de la concurrence va obliger l'entreprise à modifier son comportement ainsi que les contrats pour lesquels elle fait l'objet de poursuites, pour l'avenir. Il y a donc une véritable emprise de l'autorité administrative sur le contenu du contrat.

722. La volonté du législateur lors de la mise en place de cette procédure d'engagements a été de privilégier la négociation plutôt que la sanction puisque sanctionner une entreprise n'a pas pour effet immédiat de mettre fin à une pratique anticoncurrentielle. La procédure d'engagements est plus efficace puisqu'elle est proposée par l'entreprise elle-même, conduisant à la modification des contrats portant atteinte à l'ordre concurrentiel. L'Autorité de la concurrence, en intervenant dans les contrats, peut alors user de deux moyens : à la fois la répression et la négociation de manière à ce que les contrats soient en adéquation avec la libre concurrence. A titre d'illustration, en 2004,

1200 Article L.464-2 du Code de commerce.

l'Autorité de la concurrence a diminué de 90% une sanction destinée à la Poste suite à une procédure d'engagements que cette dernière avait proposé dans laquelle elle s'engageait à supprimer des clauses litigieuses anticoncurrentielles[1201]. De même en 2006, l'autorité était intervenue auprès de la Société Festina, intervention qui avait abouti à une procédure d'engagements impliquant la modification de contrats contrariant la libre concurrence[1202].
Enfin, la décision relative à la société Photomaton reflète le pouvoir de l'Autorité tiers de contester les contrats en cours et ainsi d'influencer les contrats à venir : en effet, le 26 octobre 2009 l'Autorité de la concurrence a, par son intervention et la prise d'engagements de la société Photomaton, permis que cette dernière modifie voire supprime certaines clauses d'exclusivité intégrées à ses contrats en faveur d'une société en position dominante, diminue la durée de ses contrats et s'abstienne de conclure des contrats contenant des clauses de tacite reconduction[1203].

723. L'autorité de régulation a incontestablement trouvé un atout dans cette solution négociée plutôt que dans celle de la sanction. La procédure d'engagements s'avère être un moyen de régulation de l'organisation et du fonctionnement du marché. La mission de contrôle et de police de cette AAI consiste à appréhender l'acte juridique en fonction des effets qu'il induit sur les autres et sur le marché.

724. Ainsi, si l'AAI estime que le contrat porte atteinte au marché, elle peut être amenée à obliger les parties à modifier le contrat présent ainsi que les contrats futurs.
La Commission des clauses abusives, la CPEC et l'Autorité de la concurrence ont une influence notable sur le monde du droit économique. D'autres AAI ont investi d'autres domaines du droit.

II- L'ÉTENDUE DE L'INFLUENCE DES AAI DANS LES AUTRES DOMAINES DU DROIT

725. En dehors de l'Autorité de la concurrence, d'autres autorités sectorielles interviennent également dans un but de régulation du marché. C'est notamment le cas de la Commission de régulation de l'énergie (CRE) et de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP). Ces deux AAI ont la possibilité d'enjoindre les entreprises de modifier pour l'avenir certains de leurs contrats litigieux. Leur domaine d'action est plus restreint que celui de

1201 Cons. Conc., DC n°04-D-65 du 30 novembre 2004, relative à des pratiques mises en œuvre par LA POSTE dans le cadre de son contrat commercial.

1202 Cons. Conc., DC n°06-D-24 du 4 juillet 2006, relative à la distribution des montres commercialisées par la société Festina France.

1203 Aut. Conc. DC n°09-D-32 du 26 octobre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Photomaton.

l'Autorité de la concurrence étant donné leurs domaines de spécialisation et les marchés sur lesquels elles sont amenées à intervenir mais leurs fonctions et attributions sont quasiment similaires.

726. L'ARCEP en matière de régulation des réseaux tient ses pouvoirs des articles L.36-5 et suivants du Code des postes et des communications électroniques (CPCE) en matière de communications électroniques et L.5 et suivants du même code en matière de réglementation applicable aux services postaux. Depuis la loi du 9 juillet 2004[1204], l'ARCEP a vu ses prérogatives renforcées notamment dans la détermination du contenu des contrats litigieux qu'elle doit contrôler en matière de communications électroniques.
La loi du 20 mai 2005[1205] dans le secteur postal a encouragé l'autorité de régulation dans cette voie puisqu'elle peut être, selon l'article L.5-4 du CPCE, saisie par un des contractants sur un litige relatif notamment à la conclusion de contrats spéciaux dérogeant aux conditions générales de l'offre du service universel.

727. Ce pouvoir de modification ou d'immixtion dans les contrats soumis à leur contrôle a été étendu à deux autres AAI : la Commission de régulation de l'énergie (CRE) ainsi qu'à l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF). Le titre III du Code de l'énergie reconnaît à la CRE des pouvoirs en matière de règlement des différents mais également des pouvoirs de sanction. Il en est de même pour l'ARAF dans le Code des transports. Ces deux AAI détiennent un pouvoir de détermination du contenu du contrat soumis à son contrôle. Les décisions prises par elles sont exécutoires et le non respect de leurs décisions peut être sanctionné soit par l'interdiction d'accès au réseau ou par une sanction pécuniaire.

728. A titre d'illustration, la CRE a été saisie d'un litige opposant GDF à la société Altergaz. Lors de sa décision du 8 mars 2006[1206], la CRE a enjoint GDF de compléter les conditions générales de ses contrats et protocole d'accès aux stockages de gaz naturel. Cette décision avait fait l'objet d'un appel qui a confirmé la solution retenue par l'autorité administrative[1207].

729. Ce pouvoir de régulation par la modification du contenu du contrat est également présent

1204 Loi n°2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communications audiovisuelle, JORF n°159 du 10 juillet 2004, p.12483, texte n°1.

1205 Loi n°2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales, JORF n°117 du 21 mai 2005, p.8825, texte n°1.

1206 CRE, 8 mars 2006, Altergaz/GDF.

1207 CA Paris, 1ère ch., section H, 23 janvier 2007, GDF/Altergaz, n°06/06163.

en matière d'audiovisuel. En effet, la loi du 9 juillet 2004[1208] modifiant la loi du 30 septembre 1986[1209] a élargi les pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel : ainsi depuis cette loi, le CSA peut ordonner aux opérateurs la modification de certaines conventions qu'ils sont amenés à conclure en matière de distribution de programmes de télévision ou de radio.

730. Toutes ces autorités de régulation sectorielles peuvent ainsi légalement, par leur immixtion dans la sphère contractuelle et à l'occasion de contrôle ou de différends portés à leur connaissance, obliger les parties ou l'un des contractants à modifier le contenu du contrat, la modification portant le plus souvent sur les conditions tarifaires ou les conditions techniques[1210].

731. En réalité, cette diversité des tiers AAI fait suite à la privatisation de nouveaux marchés tels que les communications ou encore l'énergie. Avant la privatisation de ces secteurs, l'Etat avait la main mise sur ces réseaux de distribution. Ayant accepté de mettre fin à l'étatisation de ces structures, justifié par un intérêt économique, l'Etat n'a pas pour autant totalement déserté le terrain des secteurs régulés. L'immixtion de l'Etat dans les rapports qu'entretiennent les gestionnaires de réseaux avec leurs cocontractants dans des marchés traitant de ressources rares[1211], se traduit justement par la création d'AAI aux pouvoirs de contrôle et de sanctions importants.

732. Puisque « tout n'est pas contractuel dans le contrat[1212] », et qu'un déséquilibre est patent dans ces domaines, nous rejoignons l'analyse du Professeur Christophe Jamin selon qui « plus le rapport de force entre les parties accuse un déséquilibre, plus l'intervention de tiers (juge, administrateur, législateur ou...régulateur) est justifiée[1213] ».

733. **Conclusion du Chapitre II** : L'environnement économique devenant de plus en plus instable et concurrentiel, l'intervention de tiers protecteur de la partie faible au contrat est largement

1208 Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, JORF n°159 du 10 juillet 2004, p.12483,texte n° 1 .

1209 Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, JORF du 1 octobre 1986, p.11755.

1210 HERVIEU (M.), *op. cit*., p.253.

1211 JAMIN (C.), « Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », in FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, coll.Thèmes et commentaires, 2006, p.183.

1212 DURKHEIM (E.), *De la division du travail social*, 11ème éd., PUF, 1986, p.189.

1213 JAMIN (C.), « Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés », in FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, coll.Thèmes et commentaires, 2006, p.183.

justifiée. Le législateur a cherché à innover en matière de droit de la consommation en faisant une place importante à l'action de groupe et en renforçant les pouvoirs des agents de la DGCCRF. En matière commerciale, le ministre de l'Economie a, par la place d'une action autonome, maintenant la possibilité de protéger l'ordre public économique au détriment de distributeurs parfois peu scrupuleux.

Le législateur a également renforcé, dans de nombreux domaines du droit, les pouvoirs d'Autorités Administratives Indépendantes. Très présentes en matière commerciale et en droit de la consommation, elles dépassent la liberté contractuelle des parties pour préserver l'équilibre économique. L'influence de ces AAI s'est également développée dans tous les autres domaines du droit où l'Etat a choisi de privatiser certains marchés en gardant un contrôle sur le contenu contractuel.

734. **Conclusion du titre II** : Si les parties sont libres de choisir et de modifier le contenu de leur contrat, il est certains secteurs dans lesquels l'intervention d'un tiers a été rendue indispensable. Le contrôle de ces tiers est varié et a un double objectif : en amont de toute contestation, l'ingérence du tiers est justifiée par le besoin de contrôler le juste équilibre contractuel. Ce contrôle permet de sécuriser l'acte juridique dans des domaines sensibles mais aussi de préserver l'intérêt général. Cette ingérence est également justifiée lorsque le contrat présente un déséquilibre tel qu'il devient un instrument de domination de la partie forte sur la partie faible. Le tiers doit alors intervenir pour rétablir l'équilibre au moment de l'exécution du contrat et pour prévenir la formation des contrats futurs.

Conclusion de la partie II : La détermination du contenu contractuel est, selon l'autonomie de la volonté, laissée à l'appréciation des parties. C'est à elles que revient le choix de déterminer librement le contenu des droits et obligations qui résultent de leur lien contractuel. Mais force est de constater que cette affirmation doit être nuancée : en effet, afin de préserver la sécurité juridique des conventions, l'intervention de tiers devient une nécessité voire un impératif de plus en plus important. Ces interventions de tiers sont très hétérogènes : elles peuvent résider dans l'assistance des parties, dans la rédaction de leur contrat, dans le contrôle de l'acte rédigé mais aussi se manifester dans la contestation de leur accord s'il se trouve particulièrement déséquilibré. Elles poursuivent cependant un but commun : la préservation d'un intérêt, que ce soit celui des parties ou l'intérêt général.

CONCLUSION GÉNÉRALE

735. Selon la théorie de l'autonomie de la volonté, seuls les consentements des parties vont permettre la conclusion du contrat et la détermination de leurs obligations. Le Droit objectif exclut toute intervention de tiers qui influencerait l'élaboration de l'accord. Cependant, la définition classique du tiers comprise comme celui qui s'oppose aux parties et qui est entièrement désintéressé à la situation contractuelle qui est née, ne peut plus convaincre. Force est de constater que la notion de tiers au contrat a subi des transformations. Le tiers à l'acte juridique n'est plus seulement celui qui n'a pas consenti au contrat et qui ne peut en tirer un avantage ou supporter les charges issus de celui-ci. Le tiers n'a plus un rôle passif, il participe activement à la construction des relations contractuelles.

736. L'étude des tiers a permis de démontrer que ces derniers influencent tant la rencontre des volontés que la détermination du contenu contractuel. Qu'ils interviennent en soutien des parties ou pour corriger les défauts du contrat, leur immixtion dans le contrat, « chose des parties », se justifie à plusieurs titres : l'accroissement du phénomène de contractualisation, concomitamment au recul de la tutelle de l'Etat sur les conventions, a rendu nécessaire l'intervention de tiers au service de la sécurité juridique des conventions ainsi que de l'équilibre contractuel. Assurer la sécurité et l'équilibre du contrat par la présence d'un tiers au stade de l'élaboration de l'acte juridique a une double finalité : protéger les intérêts des particuliers mais également l'intérêt général.

737. Les nouveaux enjeux que posent le droit de la consommation ainsi que le droit de la distribution notamment prouvent que l'intervention du tiers est une véritable nécessité au stade de l'élaboration du contrat et que leur présence ne cesse de se multiplier. Il est donc selon nous nécessaire de renouveler la catégorie des tiers au stade de l'élaboration de l'acte juridique.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux, spéciaux, traités et manuels

ANCEL (P.) et RIVIER (M.-C.)(dir.), *Le juridictionnel et le conventionnel dans le règlement des différends*, Economica, Paris, coll. Etudes juridiques, 2001, 154p.

ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003, 1680p.

ATIAS (C.), *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, PUAM, 3ème éd., 2006, p.15.

AUBRY (C.) et RAU (C.), *Droit civil français*, Tome I, LGDJ, 2ème éd., Paris, 1842, p.390

AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français : d'après la méthode de Zachariae*, 4ème éd., 1871, Tome IV, 784p.

AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.), *Droit du travail*, Dalloz, 30ème éd., Paris, coll. Précis, 2016, 1618p.

AYNÈS (L.) (dir.), *L'authenticité : Droit, histoire, philosophe*, La documentation Française, 2ème éd., Paris, 2013, 230p.

BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ-Lextenso, 11ème éd., Issy-les-Moulineaux, coll. Domat, 2015, 696 p.

BÉNABOU (V.-L.) et CHAGNY (M.), *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires - Actes, 2008, 158p.

BEUDANT (C.) et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.), *Cours de droit civil français*, *Tome XII : Contrats civils divers*, Rousseau & Cie, 2nde éd., Paris, 1947, 543p.

CADIET (L.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, Paris, coll. Grands dictionnaires, 2004, 1362p.

CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 9ème éd., Paris, coll. Manuels, 2016, 950p.

CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI-MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, PUF, 2ème éd., Paris, coll. Thémis Droit, 2013, 997 p.

CAMERLYNCK (G.H.), *Le contrat de travail*, Tome I, Dalloz, 2ème éd., Paris, 1988, 299 p.

CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, Paris, 2016, 1093p.

CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Paris, coll. Thèmes et commentaires, 2008, 343 p.

CLAY (T.) et CADIET (L.), *Les modes alternatifs de règlement des conflits,* Dalloz, 1ère éd., Paris, coll. Connaissance du droit, 2016, 166p.

COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, 10ème éd., Dalloz, Paris, coll. Précis, 2015, 1046p.

CORNU (G.), (dir.), *Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant*, P.U.F., 11èmeéd., Paris, coll. Quadrige dicos poche, 2016, 2000p.

CORNU (G.), *L'apport des réformes récentes du code civil à la théorie du droit civil*, Les cours de droit, Paris, 1970-1971, 240p.

CORNU (G.) et FOYER (J.), *Procédure civile*, PUF, 3ème éd., Paris, coll. Thémis, 1996, 800p.

COUSI (P.) et MARION (G.), *Les intermédiaires du commerce : concessionnaires, agents commerciaux, représentants V. R. P., courtiers et commissionnaires : analyse et étude comparative*, LGDJ, Paris, 1963, 184 p.

DE POULPIQUET (J.), *Responsabilité des notaires. Civile, disciplinaire, pénale*, Dalloz, 2ème éd., Paris,

coll. Dalloz référence, 2000, 360 p.

DE THEUX (A.), *Le droit de la représentation commerciale. Étude comparative et critique du statut des représentants salariés et des agents commerciaux, Allemagne, Belgique, France, Italie, Pays-Bas, Luxembourg*, T.I, C.I.DC., Bruxelles Centre interuniversitaire de droit comparé, Bruxelles, 1975, 556p.

DE VAUPLANE (H.) et BORNET (J.-P.), *Droit de la bourse*, Litec, Paris, 1994, 394 p.

DISSAUX (N.) (dir.), *Le mandat, un contrat en crise ?*, Economica, Paris, coll. Etudes juridiques, 2011, 164 p.

DROSS (W.) et MALLET-BRICOURT (B.), *La transaction : propositions en vue de la réforme du Titre XV Livre troisième du Code civil "Des transactions"*, La Documentation française, Paris, coll. Perspectives sur la justice, 2014, 475 p.

ESTOUP (P.), *La justice française, acteurs, fonctionnement et médias*, Litec, Paris, 1989, 297 p.

FAGES (B.), *Droit des obligations*, LGDJ-Lextenso, 6ème éd., Paris, coll. Manuels, 2016, 588p.

FAVENNEC-HÉRY (F.) et VERKINDT (P.-Y.), *Droit du travail*, LGDJ, 5ème éd., Paris, coll. Manuels, 2016, 656p.

FERRIER (D.) et FERRIER (N.), *Droit de la distribution*, LexisNexis, 7ème éd., Paris, coll. Manuels, 2014, 480p.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Droit civil. Les obligations. L'acte juridique*, T.I, Dalloz, 16ème éd., Paris, coll. Sirey Université, 2014, 544p.

GÉRARD (P.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformations et déplacements*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1983, 584p.

GHESTIN (J.), JAMIN (C.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ, 3ème éd., Paris, 2001, 1340p.

GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) ET SÉRINET (Y.-M.), *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome I : le contrat-le consentement*, LGDJ, 4ème éd., Paris, 2013, 1552p.

GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome II : L'objet et la cause, les nullités*, LGDJ, 4ème éd., Paris, 2013, 1680p.

GIRARD (P.-F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, Rousseau, Paris, 1906, 1115p.

GOUJON-BETHAN (T.), *L'expertise non judiciaire à l'aune des droits fondamentaux,* L'Harmattan, coll. Droit privé et sciences criminelles, 2014, 194p.

GRYNBAUM (L.), LE GOFFIC (C.), MORLET (L.), *Droit des activités numériques*, Dalloz, 1ère éd., coll. Précis Dalloz, Paris, 2014, 1040p.

GUILLAUME-HOFNUNG (M.), *La médiation*, PUF, 7ème éd., Paris, Que sais-je, 2015, 128 p.

GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), *Procédure civile : droit interne et européen du procès civil*, Dalloz, 33ème éd., Paris, coll. Précis, 2016, 1693p.

GURVITCH (G.), *Traité de sociologie*, P.U.F, Paris, 1960, 466p.

HÉRON (J.) et LE BARS (T.), *Droit judiciaire privé*, LGDJ-Lextenso, 6ème éd., Issy-les-Moulineaux, coll. Domat droit privé, 2015, 998p.

HUET (J.), DECOCQ (G .), GRIMALDI (C.) et LÉCUYER (H.), *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 3ème éd., Paris, 2012, 1684p.

JULIEN (J.), *Droit de la consommation*, 1ère éd., LGDJ-Lextenso, Paris, coll. Domat, 2015, 674p.

JULIEN (J.), *Droit des obligations*, 2ème éd., Larcier, Bruxelles, coll.Métiers du droit, 2014, 349p.

KOJÈVE (A.), *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, Paris, coll. Bibliothèque des idées, 1981, 592 p.

LALOU (H.) et AZARD (P.), *Traité pratique de la responsabilité civile*, Dalloz, 6ème éd., Paris, 1962, 1023p.

LARROUMET (C.), *Traité de droit civil. Les obligations : le contrat, Tome III*, Economica, 7ème éd., Paris, 2014, 1091p.

LOCRÉ, *Esprit du code de commerce*, Tome I, Garnery, Paris, 1811, 406p.

LYON-CAEN (C.) et RENAULT (L.), *Traité de droit commercial*, Tome III, LGDJ, 5ème éd., Paris, 1906, 957p.

MALAURIE (P.), AYNES (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *Droit des contrats spéciaux*, LGDJ, 8ème éd., Issy-les-Moulineaux, coll. Droit civil, 2016, 712 p.

MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit des obligations*, LGDJ, 8ème éd., Paris, coll. Droit civil, 2016, 912p.

MARTY (G.), JESTAZ (P.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil. Les obligations*, Tome II, Sirey, 2ème éd., Paris, 1989, 457p.

MAZEAUD (H.), (L.) et (J.), *Leçons de droit civil*, Tome III, Montchrétien, 5ème éd., 1984, p.133.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des Lois*, Tome I, Titre XI, Ch. IV, Barillot, Genève, 1748, 1086p.

MOYSE (J.-M.) et AMOYEL (G.), *Agent immobilier : Statut juridique, Achat, Vente, Location, Gestion*, Editions Delmas, 17ème éd., Paris, 2016, 621 p.

MOURY (J.), *Droit des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers*, Dalloz, 1ère éd., Paris, coll. Dalloz Référence, 2011-2012, 206p.

MOUSSA (T.) (dir.), *Droit de l'expertise*, Dalloz, 3ème éd., Paris, coll. Dalloz Action, 2016, 650p.

OPPETIT (B.), *Théorie de l'arbitrage*, PUF, Paris, coll. Droit éthique société, 1998, 127p.

PÉTEL (P.), *Le contrat de mandat*, Dalloz, Paris, coll. Connaissance du droit, 1994, 126p.

PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, Tome II, LGDJ, 2ème éd., Paris, 1902, 1078p.

PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, Tome X, LGDJ, 2ème éd., par Hamel, Paris, 1952, 991p.

RANOUIL (V.), *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, PUF, Paris, Travaux et recherches de la Faculté de droit et des sciences économiques de Paris – Série "Sciences historiques", 1980, 165 p.

RAY (J.-E.), *Droit du travail, Droit vivant*, Editions Liaisons, 25ème éd., Paris, coll. Droit vivant, 2016, 711p.

RAYNARD (J.) et SEUBE (J.-B.), *Droit civil. Contrats spéciaux*, LexisNexis, 8ème éd., Paris, coll. Manuels, 2015, 530p.

RÉMY (B.) (dir.), *Le mandat en question*, Bruylant, Bruxelles, 2013, 208p.

ROYER (J.-P.), *Histoire de la justice en France*, PUF, 4ème éd., Paris, coll. Droit fondamental, 2010, 1312p.

SALAS (D.), *Le tiers pouvoir. Vers une autre justice*, Fayard, Paris, 2012, 291p.

SAVATIER (R.), AUBY (J.-M.) et SAVATIER (J.), *Traité de droit médical*, Librairies techniques, Paris, 1956, 574 p.

SERVERIN (E.), LASCOUMES (P.) et LAMBERT (T.), *Transactions et pratiques transactionnelles*, Economica, Paris, 1987, 256p.

SUPIOT (a.), *Les juridictions du travail, Tome IX*, CAMERLYNCK (G.-H.) (dir.), *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 1987, 768p.

TERRÉ (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 11ème éd., Paris, coll. Précis, 2013, 1620p.

TEYSSIÉ (B.), CÉSARO (J.-F.), MARTINON (A.), *Droit du travail. Relations individuelles*, LexisNexis, 3ème éd., coll. Manuels, 2014, 882p.

TOPOR (L.), *La médiation familiale*, PUF, Paris, coll. Que sais-je ?, 1992, 127p.

VOGEL (L), *Traité de droit des affaires : Tome I, Du droit commercial au droit économique,* LGDJ-Lextenso, Issy-les-Moulineaux, 2016, 1454p.

Thèses et mémoires

ATTUEL-MENDES (L.), *Consentement et actes juridiques*, th., préf. E. LOQUIN, Litec, coll. Bib. dr. entr., 2008, Paris, 475 p.

AUSSEL (J.-M.), *Essai sur la notion de tiers en droit civil français*, th., Imprimeries de la Charité, Montpellier, 1953, 478p.

BIGUENET-MAUREL (C.), *Le devoir de conseil des notaires*, th., préf. J. DE POULPIQUET, Defrénois, coll. Doctorat et notariat, 2006, Paris, 333 p.

CANUT (F.), *L'ordre public en droit du travail*, th., préf. F. GAUDU, L.G.D.J., Paris, coll. Bib. Institut André Tunc, 2007, 532p.

CHANTEPIE (G.), *La lésion*, th., préf. G. VINEY, LGDJ, coll. Bib. dr. privé, 2006, Paris, 579p.

COHEN (D.), *Arbitrage et société*, th., préf. B. OPPETIT, LGDJ, Paris, 1993, 368p..

BLOUGH (R.), *Le forçage, du contrat à la théorie générale*, th., préf. D. FENOUILLET, PUAM, 2011, 556p.

DE POULPIQUET (J.), *La responsabilité civile et disciplinaire des notaires : de l'influence de la profession sur les mécanismes de responsabilité*, th., préf. P.-A. SIGALAS, Paris, LGDJ, 1974, 472p.

DE SAINT-HILAIRE DELMAS (P.), *Le tiers à l'acte juridique*, th., préf. J. HAUSER, LGDJ, coll. Bib. dr. privé, 2000, Paris, 571p.

DEVÉSA, (P.), *L'opération de courtage*, th., préf. J.-M. MOUSSERON, Litec, coll. Bib . dr. Entr., 1993, Paris, 480p.

DIDIER (P.), *De la représentation en droit privé*, th., préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, coll. Bib. Dr. privé, 2000, Paris, 461 p.

DISSAUX (N.), *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, th., préf. C. JAMIN, LGDJ, coll. Bib. dr. privé, 2007, Paris, 662 p.

DUMONT (M.-P.), *L'opération de commission*, th., préf. J.-M. MOUSSERON, Litec, coll. Bib. dr. entr., Paris, 2000, 710 p.

FAUCHER (B.), *La conciliation judiciaire*, th. Paris II, 1980.

FLATTET (G.), *Les contrats pour le compte d'autrui. Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en droit français*, th., préf. J. HAMEL, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1950, 312 p.

FOURNIER (F.), *L'agence commerciale. Dix ans après la mise en vigueur du nouveau statut*, th. Préf. D. FERRIER, Litec, coll. Bib. dr. entr., Montpellier, 2005, 382 p.

GABRIEL (A.), *La personne de confiance dans la loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades*, Mémoire, PUAM, Aix-Marseille, 2004, 159 p.

GARDOUNIS (E.), *La détermination du prix dans le contrat : étude comparée entre le droit français et le droit hellénique,* Bruylant, 2007, 792p.

GRIGNON (P.), *Le fondement de l'indemnité de fin de contrat des intermédiaires du commerce*, th., préf. D. FERRIER et J.-M. MOUSSERON, Litec, coll. Bib. dr. entr., Montpellier, 2000, 380 p.

HERVIEU (M.), *Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats*, th., préf. D. MAZEAUD, Dalloz, Paris, NBT, 2012, 806p.

JARROSSON (C.), *La notion d'arbitrage*, th., préf. B. OPPETIT, Paris, LGDJ, 1987, 408p.

JEAMMIN-PETIT (E.), *La mission de conciliation du juge. Réflexions sur l'office du juge*, th. ANRT, Nantes, 2006, 500p.

JOLY-HURARD (J.), *Conciliation et médiations judiciaires*, th., préf. S. GUINCHARD, PUAM, Institut de droit des affaires, Aix-en-Provence, 2003, 476 p.

LEPRINCE (C.), *L'assistance dans les actes juridiques*, th. dactyl., Rennes I, 2014, 543p.

L'HÔTE (D.), *Essai d'une théorie générale de l'interposition de personne, De l'action en nom propre pour le compte d'autrui*, th. dactyl., Nancy II, 2002, 688p.

LESBATS (C.), *Les accords de volonté entre époux dans le divorce*, th., préf. R. LE GUIDEC, Nantes, 1999, 423p.

MARÉCHAL (S.), *Le prix de vente laissé à l'arbitrage d'un tiers*, th., 1970, Lille II, p.36.

MEKKI (M), *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, th., préf. J. GHESTIN, LGDJ, Paris, coll. Bib. dr. privé, 2004, 910p.

MOREAU (P.), *L'homologation judiciaire des conventions*, th., préf. G. DE LEVAL, Larcier, 2008, Bruxelles, 517p.

PAULY (P.), *Nature de la responsabilité civile des notaires*, th., Bordeaux, 1952, 174 p.

PÉTEL (P.), *Les obligations du mandataire*, th., préf. M. CABRILLAC, Litec, coll. Bib. dr. entr. Paris, 1988, 390 p.

ROUHETTE (G.), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. dactyl., Paris, 1965, 641p.

STORCK (M.), *Essai sur le mécanisme de représentation dans les actes juridiques*, th., préf. D. HUET-WEILLER, LGDJ, Paris, 1982, 270 p.

TRICOIT (J.-P.), *La médiation dans les relations de travail*, th., préf. B. Bossu, LGDJ, Paris, BDS, 2008, 581p.

AMRANI-MEKKI (S.), « L'avocat du 21 siècle . - Projet J21, procédure participative et acte de procédure d'avocats », *JCP G*, 2015, p.1774.

AMRANI-MEKKI (S.), « Les "nouveaux" titres exécutoires : les accords amiables homologués », *Dr. et Pat.*, 2013, p.55.

ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ*, 1999, p.771.

ANTONMATTÉI (P.-H.), « Clauses d'objectifs », *Dr. et Pat.*, 2001, p.118

AUBERT (J.-L.), « A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD civ*, 1993, p.269.

AUCKENTHALER (F.), « Commettant, commissionnaire à la vente : détermination du véritable titulaire de la créance envers le tiers contractant », *D.*, 1998, p.53.

AUZERO (G.), « La rupture conventionnelle du contrat de travail : l'illusion de la sécurisation », *RDT*, 2008, p.522.

AYNÈS (L.), « L'obligation de loyauté », in *L'obligation*, *APD*, tome 44, 2000, p. 195.

AYNÈS (L.), « Le devoir de renégocier », *RJC*, 1999, p.17.

BAKOUCHE (D.), « Réforme du droit des contrats et des obligations : observations sur l'imprévision dans l'ordonnance du 10 février 2016 », *Lexbase Hebdo éd. Privée*, 2016.

BALENSI (Y.), « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD civ*, 1978, p.43.

BARDET-BLANVILLAIN (A.), « Les conventions homologuées en droit de la famille : unité ou diversité ? », *Gaz. Pal.*, 2003, p.4.

BENICHOU (M.), « La conservation des actes d'avocat », *Journal des sociétés*, 2011, p.39.

BENSAMOUN (A.), « La personne de confiance (Réflexions sur une institution émergente en matière familiale et médicale) », *RRJ*, 2007, p.1669.

BERGER (P.), « Le contreseing d'avocat », *Journal des sociétés*, 2011, p.24.

BERNARD (A.), « La responsabilité du comptable estimateur », *Gaz. Pal.*, 2005, p.2.

BERRY (E.), « L'exemple du mandat de protection future », in RÉMY (B.) (dir.), *Le mandat en question*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p.161.

BLÉRY (C.) et TEBOUL (J.-P.), « Une nouvelle ère pour la procédure civile (suite mais sans doute pas fin) », *Gaz. Pal.*, 2015, p.7.

BOCCARA (E.), « Un nouveau-né chez les MARL », *Gaz. Pal*., 2011, p.3.

BOULEAU (K.) et DIDIER (P.), « Réforme de la justice prud'homale issue de la loi "Macron" : le décret d'application est enfin publié », *Lexbase Hebdo Ed. Soc*., 2016, n°659.

BOULISSET (P.), « Tentative de conciliation par le juge », *Annales des loyers*, 2002, p.616.

BOULMIER (D.) « Faciliter la conciliation prud'homale... mais pour qui ? », *DS*, 2013, p. 837.

BOULMIER (D.), « Le bureau de conciliation », *Droit ouvrier*, 2004, p.98.

BOULOC (B.), « Agent commercial. statut égal. Exclusion », *RTD Com*, 2008, p.616.

BUTRUILLE-CARDEW (C.), « Le droit de la famille collaboratif (Collaborative Law), *AJ Fam*., 2007, p.29.

BUTRUILLE-CARDEW (C.), « Le droit de la famille du XXI^{ème} siècle : collaboratif ou pas ? », *Gaz. Pal.*, 2008, p.25.

CADIET (L.), « Propos introductifs : « faire lien » », in CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, Paris, 2008, p.169.

CADIET (L.), « Arbiter, arbitrator. Gloses et postegloses sous l'article 1843-4 du Code civil », in *Mélanges Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p.161.

CADIET (L.), « Le juge et l'évaluation d'un prix de cession par un tiers », *RDC*, 2004, p.750.

CANIVET (G.), « Le juge et la recherche de la solution du conflit », *SSL*, 2002, p.6.

CARON (C.), « Places de marché en ligne : l'harmonie des jurisprudences française et de l'Union européenne », *CCE*, 2012, p.25.

CASEY (J.), « Annulation pour dol d'une convention de changement de régime matrimonial », *JCP N*, 2003, p.62.

CHAINE (L.), « L'authenticité et le Notariat », *JCP N*, 1985, p.125.

CHANTEPIE (G.), « L'efficacité attendue du contrat », *RDC*, 2010, p.347.

CHANTEPIE (G.), « De la nature contractuelle des contrats-types », *RDC*, 2009, p.1233.

CHASSAGNARD-PINET (S.) et VERKINDT (P.-Y.), « La rupture conventionnelle du contrat de travail », *JCP S*, 2008, p.25.

CLÉMENT (P.), JEAMMAUD (A.), SERVERIN (E.) et VENNIN (F.), « Les règlements non juridictionnels des litiges prud'homaux », *DS,* 1987, p.55.

CORNU (G.), note sous Cass. Civ. 1ère, 19 février 1968, *RTD civ*, 1968, p.559.

COUVRAT (P.) et GIUDICELLI-DELAGE (G.), « Conciliation et médiation », *JCl. Proc. civ.*, fasc. 160, 2003.

CROZE (H.) et FRADIN (O.), « Transaction et force exécutoire » in MALLET-BRICOUT (B.) et NOURISSAT (C.) (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, Coll. Thèmes et

commentaires, Paris, 2006, p.95.

CROZE (H.) et LAPORTE (C.), « Mais où est donc passé l'article 1441-4 du Code de procédure civile ? », *Gaz. Pal.,* 2012, p.16.

DEHARO (G.), « Expertise et estimation du prix de cession par un « expert » : analyse de l'article 1843-4 du code civil », *RTD Com*, n°4, 2007, p.643.

DE LA VAISSIÈRE (F.), « Quelles inspirations pour la réforme « Duflot » de la loi du 6 juillet 1989 ? », *AJDI*, 2015, p.321.

DE POULPIQUET (J.), « La responsabilité du rédacteur d'acte « sous signature juridique. Ebauche d'une étude prospective », *JCP N*, 2010, p.13.

DEPONDT (A.), « Vive le notariat ! », *JCP N,* 2011, p.6.

DESDEVISES (Y.), « Conciliation et médiation » in CADIET (L.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, Paris, 2004, p.194.

DESDEVISES (Y.), « Le particularisme de la procédure prud'homale », *Justices*, 1997/4, p.27.

DESDEVISES (Y.), « Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents de procédure civile », *D.*, 1981, chron., p.244.

DEVÉSA (P.), « Courtage », *JCl. Com*., fasc.326, 2014.

DISSAUX (N.), « Agent commercial », *JCl. Com*., fasc. 324, 2014.

DISSAUX (N.) « Courtage », *Rép. Dal. Com*., 2016.

DISSAUX (N.), « En l'absence de pouvoir de négociation du contrat, le distributeur d'abonnements de téléphonie mobile ne bénéficie pas du statut d'agent commercial », *JCP G*, 2008, p.44.

DISSAUX (N.), « La nature juridique du mandat d'entremise », *D.*, 2009, p.2724.

DISSAUX (N.), « Mandat et contrat de travail » in DISSAUX (N.) (dir.), *Le mandat, un contrat en crise ?*, Economica, Paris, 2011, p.53.

DOUDET (S.), « La fin du juge conciliateur », *SSL*, 2013, p.94.

DRAI (P.), « Le délibéré et l'imagination du juge » in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, p. 108.

DUONG-GODEFROY (L.), « Vers une régulation juridique des places de marché de commerce en ligne entre particuliers », *D.*, 2015, p.2513.

DUPRÉ (M.), « Un processus en vue de la conclusion d'un Marl : la convention de procédure participative », *LPA*, 2012, p.3.

DURANTON (G.), « Courtiers », *Rép. Dal. Com.*, 2013.

ESTOUP (P.), « La conciliation judiciaire : avantages, obstacles et perspectives », *Gaz. Pal.*, 1989, p.302.

ETIENNEY DE SAINTE MARIE (A.), « L' « interprétation créatrice » : l'interprétation et la détemination du contenu du contrat », *RDC*, 2015, p.166.

FABRE (A.), « Loi "Macron" : barème, référentiel, grille - l'indemnisation des licenciements injustifiés en quête de prévisibilité », *Lexbase Hebdo Ed. Soc.*, 2015, n°623.

FENOUILLET (D.), « Le mandat de protection future ou la double illusion », *Defrénois*, 2009, p.142.

FERRAND (F.), « Preuve », *Rép. Dal. Proc. Civ.*, 2016.

FOULON (M.) et STRICKLER (Y.), « Accords et force exécutoire en France », *Gaz. Pal.*, 2013, p.8.

FRÉMEAUX (S.), « L'avenir de l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial », *Defrénois*, 2000, p.529.

GAUTHIER (P.-Y.), « Où la Cour de cassation applique la règle « Qui peut le plus, peut le moins » pour la sanction de l'inexécution d'une transaction », *RTD Civ.*, 2013, p.138.

GENICON (T.), « Mandat et représentation », in RÉMY (B.), (dir.), *Le mandat en question*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p.33.

GHESTIN (J.), « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *JCP N*, 1993, p.259.

GICQUIAUD (E.), « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », *RTD Com*., 2014, p.267.

GORCHS (B.), « La conciliation comme « enjeu » dans la transformation du système judiciaire », *Droit et Société*, 2006, p.226.

GORCHS (B.), « Le contrôle judiciaire des accords de règlement amiable », *Revue de l'arbitrage*, 2008, p.47.

GORCHS-GELZER (B.), « Le décret du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends. Une cote mal taillée entre changement des mentalités et continuité des pratiques », *Droit et procédures*, 2012, p.117.

GOURDOU (J.) et LEMOULAND (J.-J.), « Contentieux à l'occasion de la déclaration d'un PACS : les juridictions administratives ne sont pas compétentes », *D*., 2004, p.295.

GRIGNON (P.), « VRP (Voyageurs, Représentant, Placiers) », *Rép. Dal. Com*., 2015.

GRIMALDI (M.) et REYNIS (B.), « L'acte authentique électronique », *Defrénois*, 2003, p.1023.

GRIMALDI, (C.), « Mandat et courtage », in DISSAUX (N.) (dir.), *Le mandat, un contrat en crise ?*, Economica, Paris, 2011, p. 80.

GROSLIÈRE (J.), « Le congé en matière de bail », *JCP G,* 1959, I, 1937, n°3.

GRUMBACH (T.), « Rappels et illustrations de l'office du juge devant le bureau de conciliation prud'homale. Une véritable audience initiale », *RTD*, 2009, p.53.

HANINE-ROUSSEL (J.-J.), « Agents commerciaux. Qualité d'agent », *JCl. Contr. Distrib*., fasc. 3490, 2016.

HAUSER (J.) et LEMOULAND (J.-J.), « Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. Dal. Civ,* 2016.

HAUSER (J.), « Le juge homologateur en droit de la famille », in ANCEL (P.) et RIVIER (M.-C.) (dir), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, p.116.

HENNEBELLE (D.), « La spécificité de la nature juridique du ducroire d'intermédiaire », *JCP E*, 2000, p.1366.

HUBER (R.), « La standardisation par la formule », *JCP N*, 2012, p.46.

IZORCHE (M.-L.), « A propos du « mandat sans représentation », *D.*, 1999, p.369.

JACQUES FLOUR :« Sur une notion nouvelle de l'authenticité », *Defrénois,* 1972, p.977.

JAMIN (C.), « L'acte d'avocat », *D*., 2011, p.960.

JARROSSON (C.), « LES CONCESSIONS RÉCIPROQUES DANS LA TRANSACTION », *D*., 1997, p.267.

JARROSSON (C.), « La médiation et la conciliation : essai de présentation », *Dr. et Pat*., 1999, p.77.

JARROSSON (C.), « La transaction comme modèle », in ANCEL (P.) et RIVIER (M.-C.), (dir), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différents*, Economica, 2001, p.58.

JEAMMAUD (A.), « Conflit, différend, litige », *Droits*, 2002, p.16.

JEULAND (E.), « Expertise », *Rép. Dal. Soc.*, 2016.

JOSSERAND (L.), « Le contrat dirigé », *D*., 1933, chron., p.89.

JOURDAIN (P.), « La faute délictuelle encore déduite de manquements contractuels », *RTD civ*, 1993, p.362.

KENFACK (H.), « Droit des transports. Janvier 2013-Juillet 2014 », *D.*, 2014, p.2272.

KERNALEGUEN (F.), « La solution conventionnelle des litiges civils », *in* CADIET (L.) (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Économica, 1987, p.65.

LAFOND, (J.), « Notaires et avocats dans le nouveau droit du divorce », *JCP N*, 2005, p.531.

LAFONT (P.), « Force probante de l'acte d'avocat », *Journal des sociétés*, 2011, p.16.

LAGARDE (X.), « Transaction et ordre public », *D.*, 2000, p.217.

LAITHIER (Y.-M.), « L'inopposabilité du contrat serait-elle une sanction de son inexécution ? », *RDC*, 2013, p.83.

LANGLADE-O'SUGHRUE (J.-P.), « Pour la liberté totale de changer de régime matrimonial . - A propos de deux arrêts rendus par la Cour de cassation le 9 juillet 1991 », *JCP N*, 1992, p.251.

LAPEYRE (A.), « L 'authenticité », *JCP G*,1970, I, 2365, n°14.

LE CANNU (P), « Le reflux de l'article 1843-4 : hommage à la liberté contractuelle, sécurisation des promesses et des pactes », *Bull. Joly Soc.*, 2014, p.360.

LE TOURNEAU (P.), « Mandat », *Rép. Dal. civ.*, 2016.

LÉAUTÉ (J.), « Les contrats-types », *RTD Civ*, 1953, p.430.

LEDOUBLE (D.), « Dix questions sur les litiges comptables liés à l'acquisition d'une entreprise », *JCP E,* 2002, p.701.

LELOUP (J.-M.), « La directive européenne sur les agents commerciaux », *JCP E*, 1987, 15024.

LEQUETTE (Y.), « Ouverture. Les mutations de l'ordre public contractuel», *RDC*, 2012, p.262.

LEVENEUR (L.), « Détermination du prix par un tiers : le tiers répond de toutes ses fautes dans

l'exécution de sa mission », *CCC*, 2004, p.22.

LEVENEUR (L.), « Le forçage du contrat », *Dr. et Pat.*, 1998, p.69.

LOEPER (P.), « Peut-on encore être tiers estimateur aujourd'hui ? », *Gaz. Pal.*, 2008, p.35.

LOISEAU (G.) et MARTINON (A.), « L'homo-ubéricus est-il un salarié », *CSBP*, 2016, p.283.

LOISEAU (G.), « Contrats de confiance et contrats conclus intuitu personae », in BÉNABOU (V.-L.) et CHAGNY (M.), *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, Actes, 2008, p.97.

LOKIEC (P.), « La personne de confiance. Contribution à l'élaboration d'une théorie de la décision en droit médical », *RDSS*, 2006, p.866.

LOKIEC (P.), « Rupture du contrat (VI : Rupture conventionnelle) », *Rép. Dal. Dr. Trav.*, 2016.

LUCIANI (A.-M.), « Conformité de l'article 6 de la Convention EDH des pouvoirs du ministre de l'Economie pour lutter contre les pratiques restrictives de concurrence », *JCP G*, 2012, p.741.

LYON-CAEN (A.), « Actualité du droit du travail, brefs propos », *DS*, 1988, p. 542.

MALAURIE (P.), « Changement conventionnel de régime matrimonial et suppression de l'homologation judiciaire », *Defrénois*, 1998, p.913.

MALAURIE (P.) : « Le mariage à la française », *LPA*, 2009, p.6.

MALAURIE (P.), « La réforme de la protection juridique des majeurs », *Defrénois*, 2007, p.557.

MALEVILLE (M.-H.), « La responsabilité civile des intermédiaires professionnels au titre du devoir de conseil », *JCP G*, 2000, p.731.

MALLET-BRICOUT (B.), « La nouvelle "habilitation familiale", ou le millefeuille de la représentation des majeurs protégés », *RTD civ.*, 2016, p.190.

MARGUÉNAUD (J.-P.) et DAUCHEZ (B.), « Nul ne peut être notaire et partie : émergence d'un nouvel adage européen ?- Réflexions autour CEDH, 18 novembre 2010, Richet et Le Ber c/France », *JCP N,* 2011, p.21.

MASSIP (J.), « Changement de régime matrimonial en présence d'un petit-enfant mineur », *Defrénois,* 2010, n°3, p.320.

MARTY (G.), « Rôle du juge dans l'interprétation des contrats », in *Etudes sur le rôle du juge, Travaux de l'Association H. Capitant*, 1949, p.94.

MAYAUX (L.), « Assurances terrestres », *Rép. Dal. Civ*., 2014.

MAZEAUD (D.), « La responsabilité du débiteur contractuel à l'égard des tiers : évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation ? », *D*., 2012, p.659.

MAZEAUD (D.), « Le régime de l'indemnisation du tiers victime d'un préjudice causé par l'inexécution d'un contrat », *RDC*, 2007, p.269.

MÉGRET (G.), « Le tiers estimateur de l'article 1843-4 du Code civil n'est pas un expert », *JCP G*, 2013, p.721.

MEKKI (M), « Article 1991 à 2002 : Mandat », fasc. 20, *JCl. Civ*., 2012.

MEKKI (M.), « La distinction entre acte juridique et acte matériel à l'aune du contrat de mandat », in Rémy (B.), *Le mandat en question*, Bruylant, 2013.

MICHAUD (P.), « Acte d'avocat : l'acte de la liberté contractuelle sera-t-il une révolution ? En route vers une modification du tarif des notaires ? », *Gaz. Pal.,* 2011, p.13.

MIGNOT (M.), « La mention manuscrite de la caution », *LPA*, 2012, p.15.

MOLFESSIS (N.), « Les pratiques juridiques, source du droit des affaires. Introduction », *LPA*, 2003, p.4.

MORTIER (R.), « Consécration du devoir de conseil de l'expert-comptable dans l'exercice de ses activités juridiques accessoires », *Dr. des Soc.*, 2013, p.24.

MORTIER (R.), « Le nouvel article 1843-4 du Code civil issu de l'ordonnance n°2014-863 du 31 juillet 2014 », *Dr. des Soc*., 2014, p.13.

MORTIER (R.), « Le nouvel article 1843-4 du Code civil issu de l'ordonnance n°2014-863du 31 juillet 2014 », *Dr. des Soc*., 2014, p.13.

MORTIER (R.), « Le tiers estimateur (C.civ., art.1592 et 1843-4)», in *La sortie de l'investisseur,* ouvrage collectif du centre de recherches en Droit financier de l'Université de Paris I-Panthéon-Sorbonne, éd. Litec, 2007, p.112.

MOULON (E.), « Formes et forces des accords en matière familiale », *Gaz. Pal*., 2011, p.10.

MOULY (J.), « La détermination du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats », D., 2016, p.1013.

MOURY (J.), « Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers (étude des articles 1592 et 1843-4 du code civil) », *Revue des sociétés*, 1997, p.455.

MOURY (J.), « Jeux d'ombres sur la détermination du prix par les tiers estimateurs des articles 1592 et 1843-4 du Code civil », *Rev. des Soc.*, 2005, p.513.

MOURY (J.), « Le cadre de la responsabilité du tiers estimateur », *Gaz. Pal.*, 2008, p.35.

MOURY (J.), « Réflexions sur l'article 1843-4 du code civil après l'arrêt rendu le 5 mai 2009 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation », *Rev. des Soc.*, 2009, p.503.

MURAT (P.), « L'acte authentique : rédaction et réception. Rapport de synthèse », *JCP N*, 2012, p.1062.

NORMAND (J.), « Conclusions » in ANCEL (P.) et RIVIER (M.-C.), *Le juridictionnel et le conventionnel dans le règlement des différends*, Economica, Paris, 2001, p.142.

NORMAND (P.-E.), « La loi, le contrat et l'acte authentique », *JCP N*, 1990, p.359.

OST (F.), « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice » in GÉRARD (P.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformations et déplacements*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1983, p.1.

PAILLER (P.), « Une transaction inexécutée n'a pas autorité de la chose jugée », *D.*, 2012, p.2577.

PANDO (A.), « Médiateur du MINEFI : Bilan 2013 », *LPA*, 2014, p.3.

PANSIER (F.-J.) et CHARBONNEAU (C.), « Commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades », *LPA*, 2002, p.5.

PAULZE D'IVOY (B.), « Expertise et prix de cession de droits sociaux », *Bull. Joly Sociétés*, 1995, p.313 ;

PEREZ (M.) et SERVERIN (E.), Le droit du travail en perspective contentieuse 1993-2004, *DACS-2,* novembre 2005, p.46.

PERROT (R.), « Ordonnance sur requête. Nature juridique (absence de chose jugée) », *RTD civ*, 1999, p.464.

PETIT (J.-G.), « Une justice de proximité : la justice de paix (1790-1958) », Note de synthèse, décembre 2002, p.4.

PIAU (D.), « Nouvelle procédure prud'homale : un simple ravalement de façade plutôt qu'une vrai rénovation », *Gaz. Pal.*, 2016, p.17.

PIGNARRE (G.), « Obligations d'information et de conseil, Rapport français », in *La responsabilité liée aux activités juridiques*, Séminaire du GRERCA des 19 et 20 septembre 2014.

PILLET (G.), « Le contreseing de l'avocat et la responsabilité civile professionnelle du rédacteur d'acte », *AJ fam.*, 2011, p.300.

PUIG (P.), « La transaction : atouts et risques », *LPA*, 2009, p.29.

RADÉ (C.), « Les effets de la transaction », in MALLET-BRICOUT (B.) et NOURISSAT (C.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Paris, 2006, p.90.

RADÉ (C.), « L'ordre public social et la renonciation du salarié », *DS*, 2002, p.931.

RAYMOND (G.), « PACS et droit des contrats », *CCC*, 2000, p.4.

RAYNARD (J.), « Le ministre, le juge et le contrat. R2flexions circonspectes à propos de l'article L.442-6 III du Code de commerce », *JCP* E*,* 2007, p.1864.

REMERY (J.-P.), « Les voies de recours dans la réforme de la loi de sauvegarde des entreprises ». *JCP G*, 2009, p.15.

RÉMY (P.), « Clause de fixation par un expert ; application de l'article 1592 du code civil ; distinction du mandat, de l'expertise et de l'arbitrage », *RTD* c*iv*, 1991, p.356.

REVET (T.), « L'uniformisation de l'interprétation : contrats-types et contrats d'adhésion », *RDC*, 2015, p.199.

REVET (T.), « Le juge et la révision du contrat », *RDC*, 2016, p.373.

REYNOUARD (A.), « Sur une notion ancienne de l'authenticité : l'apport de l'électronique », *Defrénois*, 2003, p.1117.

RIPERT (G.), « La représentation dans les actes juridiques », Discussions suivant le rapport présenté aux journées de droit civil de la Haye et de Leyde, 1948, Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, Paris, 1949, p.150.

RIVIER (M.-C.), « L'efficacité de la solution contractuelle », in CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.), La contractualisation de la production normative, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Paris, 2008, p.223.

RIVIÈRE-MARIETTE (S.) et MOLLARD-COURTAU (C.), « Le droit collaboratif : une alternative efficace à l'intervention d'un tiers impartial dans le règlement amiable d'un litige ? », *Gaz. Pal.*, 2013, p.15.

ROUAST (A.), « La représentation dans les actes juridiques », rapport présenté aux journées de droit civil de la Haye et de Leyde, 1948, Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, Paris, 1949, p.110.

SAINTOUREINS (B.), « Le distributeur d'abonnements de téléphonie mobile ne relève pas du statut des agents commerciaux », *RTD com*, 2008, p.495.

SAUPHANOR (S.), « La convention de procédure participative : aspects pratiques (À propos de la loi du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires) », *Gaz. Pal.*, 2001, p.10.

SAVATIER (R.), « Un attribut essentiel de l'état des personnes : la santé humaine », *D.*, 1958, chron. 17, p.98.

SAVATIER (X.), « La recevabilité de l'action en nullité de la convention de changement de régime matrimonial malgré son homologation judiciaire », *D.*, 1997, p.273.

SÉNÉCHAL (J.), « La diversité des services fournis par les plates-formes en ligne et la spécificité de leur rémunération, un double défi pour le droit des contrats », *AJCCD*, 2016, p.79.

SIMLER (P.), « Article 1156 à 1164 », fasc. n° 10, *JCl. Civ.*, 2015.

STARCK (B.), « Les rapports du commentant et du commissionnaire avec les tiers », in *Le contrat de commission, Etudes de droit commercial*, sous la direction de J. HAMEL, Dalloz, 1949, p.157.

STOFFEL-MUNCK (P.), « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC*, 2016, p.30.

STOFFEL-MUNCK (P.), « La diffusion des pratiques juridiques en droit des affaires », *LPA*, 2003, p.36.

SUPIOT (A.), « Déclin de la conciliation prud'homale », *DS*, 1985, p.225.

THÉRY (P.), « L'efficacité de l'acte notarié : forces et faiblesses », *JCP N,* 2012, p.35.

THIBIERGE (C.), « De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *RTD civ*, 1994, p.278.

THIBIERGE (N.), « Une inutile contrefaçon : l'acte d'avocat », *Les Annonces de la Seine*, 2009, p.14.

THIERRY (J.), « Faut-il supprimer le contrôle judiciaire du changement de régime matrimonial ? », *D*., 2000, p.68.

TOMASIN (D.), « Mandat et contrat de travail » in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, Presses de l'Université des sciences sociales, Toulouse, 2002, p.212.

TOSI (J.-P.), « Chronopost 3 : l'épilogue ? », *D.*, 2005, p.1864.

UETTWILLER, (J.-J.), « Quels effets de l'acte d'avocat sur la responsabilité de l'avocat rédacteur d'acte ? », *Journal des sociétés*, 2011, p.36.

VAN COMPERNOLLE (J.), « Le juge et la conciliation en droit judiciaire belge », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p.523.

VAREILLE (B.), « Changement de régime matrimonial, nature de la convention homologuée : admission de l'action en nullité pour fraude », *RTD civ*, 1997, p.985.

VAROCLIER (J.), « L'acte d'Avocat ; much ado about nothing ? », *Gaz. Pal*. 2011, p.14.

VERT (F.), « La tentation de la médiation obligatoire », *Gaz. Pal*., 2014, p.9.

VIGNAL (T.),« La loi du 28 octobre 1997 adaptant la convention de la Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux », *JCP G*, 1998, p. 1149.

VIVANt (M.) et ROBIN (A.), « Convention de ducroire », *JCl. Contr. Distrib.*, fasc. n° 2940, 2005.

WAQUET (P.), « Les objectifs », *DS*, 2001, p.120.

WICKER (G.) et FERRIER (N.), « La représentation », *JCP G,* 2015, p.29.

ZARKA (J.-C.), « Le "Défenseur des droits" », *D.*, 2011, p.1027.

ZATARA (A.-F.), « L'homologation en droit privé », *RRJ*, n°2004/1, 2004, p.85.

ZAVARO (M.), « La conciliation dans le contentieux prud'homal », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Julien*, Edilaix, 2004, p.415.

Rapports

BÉTEILLE (L.), « Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, de modernisation des professions judiciaires et juridiques réglementées », n°131, Session ordinaire 2010-2011, p.35.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps,* Rapport au Garde des sceaux, ministre de la justice, La Documentation Française, Paris, 1999, 255p.

GUINCHARD (S.), *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport au Garde des Sceaux, La Documentation Française, 2008, 342p.

Rapport du Comité consultatif national d'éthique : « Consentement éclairé et information des personnes qui se prêtent à des actes de soin ou de recherche », 1998, disponible sur : http://www.ccne-ethique.fr/fr/publications/consentement-eclaire-et-information-des-personnes-qui-se-pretent-des-actes-de-soin-ou#.WAzq65OLRE5.

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 25.

Rapport de présentation et texte de la proposition de loi de MM. Alain Claeys et Jean Leonetti créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, La Documentation Française, 2014, 43p.

Rapport annuel de la Cour de cassation 2001, La documentation Française, 2001.

Rapport annuel de la Cour de cassation 2005, La Documentation Française, 2005.

Rapport annuel de la Cour de cassation 2006, La Documentation Française, 2006.

Avis, chartes, conditions générales et règlements professionnels

Avis du Comité économique et social européen sur le thème «La consommation collaborative ou participative: un modèle de développement durable pour le XXI e siècle», 21 janvier 2014, JOUE du 11 juin 2014, disponible sur http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2014.177.01.0001.01.FRA.

Charte du Droit familial collaboratif approuvée en 2008 par le conseil de l'Ordre français des avocats du Barreau de Bruxelles disponible sur : http://www.barreaudebruxelles.be/PDF/documents/CHARTEDROITFAMILIALCOLLABORATIF.pdf.

Charte du Droit familial collaboratif approuvée en 2008 par le conseil de l'Ordre français des avocats du Barreau de Bruxelles disponible sur : http://www.barreaudebruxelles.be/PDF/documents/CHARTEDROITFAMILIALCOLLABORATIF.pdf.

Règlement Intérieur National de la profession d'avocat : http://cnb.avocat.fr/Reglement-Interieur-National-de-la-profession-d-avocat-RIN_a281.html.

Règlement national des notaires : http://www.notaires.fr/sites/default/files/reglement_national_-_reglement_intercours_-_arrete_du_22_07_2014_-_jo_du_01_08_2014_0.pdf.

Conseil National des Barreaux, « Livre Blanc : Justice du XXI^{ème} siècle. Les propositions du Conseil National des Barreaux », février 2014, p.16.

Conditions de service d'Airbnb : https://www.airbnb.fr/terms.

Conditions générales de Blababar : https://www.blablacar.fr/blog/conditions-generales.

Conditions d'utilisation et générales de vente d'Amazon : https://www.amazon.fr/gp/help/customer/display.html?nodeId=548524

Conditions générales d'utilisation de PriceMinister : http://www.priceminister.com/help/r_contract.

Conditions générales d'utilisation du service de Ouicar : http://support.ouicar.fr/hc/fr/articles/209052925-Conditions-G%C3%A9n%C3%A9rales-d-Utilisation-du-service.

Lois spéciales

Loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des Droits, JORF n°0075 du 30 mars 2011 page 5497, texte n° 1.

Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Cinquième République, JORF n°0171 du 24 juillet 2008, p.11890, texte n° 2.

Lois ordinaires

Loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actif-ve-s adoptée le 21 juillet 2016 en attente d'adoption des décrets d'application.

Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, JORF n°0028 du 3 février 2016, texte n°1.

Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JORF n°0181 du 7 août 2015, p.13537, texte n°1.

Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, JORF n°0040 du 17 février 2015, p.2961, texte n°1.

Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JORF n°0072 du 26 mars 2014, p.5809, texte n° 1.

Loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, JORF n°0138 du 16 juin 2013, p.9958, n°1.

Loi n°2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées, JORF n°0074 du 29 mars 2011, p.5447, texte n° 1.

Loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires, JORF n°0297 du 23 décembre 2010, p.22552, texte n° 1.

Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, JORF n°0148 du 26 juin 2008, p.10224, texte n°2.

Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, JORF n°56 du 7 mars 2007 p. 4325, texte n° 12.

Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités, JORF n°145 du 24 juin 2006, p.9513, texte n°1.

Loi n°2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, JORF n°173, 27 juillet 2005, p.12160, texte n°2.

Loi n°2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur, JORF n°26, 1er févier 2005, p.1658, texte n°1.

Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JORF n°0143, 22 juin 2004, p.11168, texte n°2.

Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, JORF n°122, 27 mai 2004, p.9319, texte n° 1.

Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, JORF, 5 mars 2002, p.4161, texte n° 3.

Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002, p.4118, texte n°1.

Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002 p.4118, texte n°1.

Loi n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, publiée au JORF n°62 le 14 mars 2000 p.3968.

Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, JORF n°265, 16 novembre 1999, p.16959, texte n° 1.

Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, JORF n°34 du 9 février 1995, page 2175.

Loi n°91-593 du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants, JORF n°148, 27 juin 1991, p. 8271.

Loi n°73-6 du 3 janvier 1973 (modifiée par la suite par la loi n°76-1211 du 24 décembre 1976 et par les décrets n°73-253, 73-254 et 73-255 du 9 mars 1973).

Loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce, JORF du 4 janvier 1970, p.142.

Loi n°65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, JORF du 14 juillet 1965, p.6044.

Loi n°57-277 du 7 mars 1957 précisant le statut professionnel des voyageurs, représentants et placier, JORF 8 mars 1957, p.2563.

Loi n°49-178 du 9 février 1949 supprimant la tentative de conciliation dans les affaires du ressort des tribunaux de première instance, JORF du 10 février 1949, p.1499.

Loi n°49-178 du 9 février 1949 supprimant la tentative de conciliation dans les affaires du ressort des tribunaux de première instance, JORF du 10 février 1949, p.1499.

Loi du 18 juillet 1937 relative au statut légal des VRP, JORF 20 juillet 1937, p.8162.

Ordonnances

Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n°26.

Ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille, JORF n°0240 du 16 octobre 2015, p.19304, texte n° 10.

Ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, JORF n°0192 du 21 août 2015, p.14721, texte n°43.

Ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JORF n°0266 du 17 novembre 2011, page 19286.

Ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre 1945 portant institution de l'ordre des experts comptables et des comptables agréés et réglementant les titres et professions d'expert comptable et comptable agréé, JORF n°0222 du 21 septembre 1945, p.5938.

Directive

Directive 2013/11/UE du Parlement Européen et du Conseil, du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, JOUE L 165, 18 juin 2013.

Circulaires

Circulaire du 25 juin 2012 portant présentation des principales dispositions des décrets n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends et modifiant le code de procédure civile, n°2012-349 du 12 mars 2012 relatif aux rétributions des missions d'aide juridictionnelle accomplies par les avoués et les avocats devant la cour d'appel, n° 2012-350 du 12 mars 2012 portant diverses dispositions en matière d'aide juridictionnelle et d'aide à l'intervention de l'avocat. Modification des attestations de mission, de la table des natures de procédure et des logiciel, BOMJ n°2012-06 du 29 juin 2012.

Circulaire CIV 99-02 du 10 novembre 1999 relative aux modalités de l'enregistrement des déclarations de pacte civil de solidarité dès la promulgation de la loi , BO du ministère de la justice 1999/76, abrogée par la circulaire Circulaire CIV 2000-02 du 11 octobre 2000 d'application de la loi et des décrets relatifs au pacte civil de solidarité , BO du ministère de la justice 2000/80 p. 10-45.

Circulaire CIV 2007-03 du 5 février 2007 relative à la présentation de la réforme du pacte civil de solidarité.

Décrets

Décret n° 2016-660 du 20 mai 2016 relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail, JORF n°0120 du 25 mai 2016, texte n°30.

Décret n° 2015-1607 du 7 décembre 2015 relatif aux conditions de désignation des médiateurs d'entreprises, JORF n°0285 du 9 décembre 2015, p.22702, texte n°66.

Décret n° 2015-1382 du 30 octobre 2015 relatif à la médiation des litiges de la consommation, JORF n°0253 du 31 octobre 2015, p.20408, texte n°42.

Décret n°2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends, JORF n°0062 du 14 mars 2015, p.4851, texte n°16.

Décret n° 2013-721 du 2 août 2013 portant fixation du montant du barème de l'indemnité forfaitaire prévue à l'article L. 1235-1 du code du travail, JORF n°0182 du 7 août 2013, p.13498, texte n° 30.

Décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends, JORF n°0019 du 22 janvier 2012, p.1280, texte n° 9.

Décret n° 2007-1702 du 30 novembre 2007 relatif au modèle de mandat de protection future sous seing privé, JORF n°0280 du 2 décembre 2007 p.19537, texte n° 7.

Décret n°2002-612 du 26 avril 2002 instituant un médiateur du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, JORF n°100 du 28 avril 2002, p.7702, texte n°7.

Décret n° 96-1091 du 13 décembre 1996 modifiant le décret no 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs, JORF n°292 du 15 décembre 1996 p.18424.

Décret n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice, JORF du 23 mars 1978 p.1265.

Décret n°75-1123 du 5 décembre 1975 instituant un nouveau code de procédure civile, JORF du 9 décembre 1975, p.12521.

Décret n°73-1122 du 17 décembre 1973 instituant une quatrième série de dispositions destinées à s'intégrer dans le nouveau code de procédure civile, JORF du 22 décembre 1973, p.13660.

Décret n°72-678 du 20 juillet 1972 fixant les conditions d'application de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et fonds de commerce, JORF du 22 juillet 1972, p.7773.

Décret n°71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires publié, JORF du 3 décembre 1971, p.11795.

INDEX

- A -

Acte authentique :

- Différence avec l'acte d'avocat : 397 et s.
- Points communs avec l'acte d'avocat : 406 et s.

Acte d'avocat :

- Différence avec l'acte authentique : 397 et s.
- Points communs avec l'acte authentique : 406 et s.
- Résultant d'une procédure participative–: 106 et s.
- Renouveau du rôle de l'avocat avec l' - : 378 et s.

Acte d'homologation : 592 et s.

- Recours contre l' - : 640 et s.

Acte juridique :

- et distinction avec acte matériel : 216 et s.

Agent de la DGCCRF : 692 et s.

Association de consommateurs :

- Action de groupe : 697 et s.
- Action collective : 701 et s.

Autorité Administrative Indépendante : 709 et s.

- Autorité de la concurrence : 720 et s.
- Commission clause abusive : 711 et s.
- Commission d'examen des pratiques commerciales : 717 et s.
- Commission de régulation de l'énergie : 727 et .

Avocat : 54 et s.

- Acte d'avocat **:** *voir ce mo*t.
- Rédacteur d'actes : 378 et s.
- Responsabilité : 422 et s.

- C -

Clause de ducroire : 76 et s.

- Remise en cause de la qualité de tiers : 80 et s.
- Représentant et - : 265 et s.

Conciliation :

- Définition : 33.
- Nature de l'accord conclu suite à une - : 110 et s.

Consentement :

- Vérification de la qualité du - : 296 et s.

Contrat de bail : 432 et s.

Contrat de travail : 443 et s.

Contrat-type : 455 et s.

- D -

DIRECCTE :

- Vérification du consentement par la - : 331 et s.
- Contrôle du contenu de la convention par la - : 603 et s.

Droit collaboratif : 55 et s.

- E -

Erreur grossière : 558 et s.

Etat :

- Détermination du prix par l'- : 430 et s.

- F -

« Forçage » du contrat : 468 et s.

- G -

Greffier : 298 et s.

- H -

Habilitation familiale : 183 et s.

Homologation :

- Conséquences de l' – par le juge : 630 et s.
- Nature de l'accord résultant de l' - : 717 et s.
- Effets de l'- : 319 et s.
- rupture conventionnelle : 604 et s.
- Plan de sauvegarde l'emploi : 608 et s.

- I -

Intermédiaires :

- Agent commercial : 59 et s.
  Mandataire d'intérêt commun : 60 et s.

- Agent immobilier : 31.
  Qualification de mandataire de l'- : 31
  Rémunération du - : 35.

- Commissionnaire : 38 et s.
  Qualité de tiers du - : 41et s.

- Courtier : 28 et suivants.
  Rémunération du - : 32 et s.
  Plateforme numérique : 92 et s.

- Salarié : 45 et suivants.
  Définition : 45.
  Qualité de tiers représentant du - : 52 et s.
  Rémunération du - : 56 et s.

- Voyageur – représentant – placier : 47 et s.

- J -

Juge :

- Tiers conciliateur : 68 et s.
- Procès-verbal de conciliation : 99 et s.
- Et contenu contractuel : 476 et s.

– Etendue du contrôle du - : 580 et s.

- L -

Liberté contractuelle : 15, 30, 34, 37 et s., 81, 95, 172 et s., 432 et s., 447 et s., 474 et s., 585 et s.

Ligue professionnelle :

– Homologation : 620 et s.

- M -

Mandat :

– Définition
– Mandat de protection future : 176 et s.
– Mandat de fait : 168 et s.

Médiateur :

– Médiateurs spécialisés : 43 et s.
– Médiateur d'entreprise : 45 et s.
– Médiateur de la République : 48 et s.
– Médiateur de l'Autorité des Marchés Financiers : 50
– Médiateur du Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie : 51
–

Médiation :

– Définition : 33.
– Nature de l'accord conclu suite à une - : 110 et s.

Ministre de l'économie :

- Action autonome du - : 669 et s.

- N -

Notaire :

– Mission d'authentification du - : 364 et s.
– Responsabilité : 415 et s.

- O -

Obligation de conseil et d'information :

- Tiers intermédiaires : 277 et s.
- Tiers notaire : 368 et s.

- P -

Personne de confiance : 168 et s.

Plateforme numérique : 83 et s.

- Qualification de courtier de la - : 92 et s.

- R -

Rédacteurs d'actes :

- Fixation du contenu contractuel : 361 et s.
- A titre accessoire : 387 et s.

Représentant :

- De l'incapable :

  Représentant légal : 152 et s.
  Qualité de tiers du - : 157 et s.
  Représentant conventionnel : 167 et s.

- Du capable :

  Obligation du tiers - : 230 et s.
  Responsabilité du tiers - : 246 et s.

Représentation :

- Action pour le compte d'autrui : 222 et s.

Responsabilité :

- Intermédiaires : 69 et s., 288 et s.
- Tiers représentant légal : 187 et s.
- Tiers représentant conventionnel : 191 et s.
- Rédacteur d'actes : 414 et s.
- Tiers estimateur : 548 et s.

- S -

Standardisation : 455 et s.

- T -

Théorie de l'imprévision : 478 et s.

Tiers :

- Définition : 5
- Renouvellement de la notion de - : 6 et s.

Tiers estimateur : 490 et s.

- et arbitre : 494 et s.
- et expert : 503 et s.
- Pouvoirs : 538 et s.
- Qualification de mandataire : 508 et s.
- Qualités du - : 521 et s.

Transaction :

- Définition : 112 et s.
- Effets extinctif de la - : 119 et s
- Inexécution de la - : 123 et s.

TABLE DES MATIÈRES

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS....7
SOMMAIRE....11
INTRODUCTION GÉNÉRALE....13

PARTIE I – L'INTERVENTION DU TIERS FAVORISANT L'ACCORD DES PARTIES....25

Titre I- Le tiers facilitateur de la rencontre des volontés....26

Chapitre I – L'intervention du tiers dans la recherche d'un contractant....27

Section I – L'intervention du tiers prospecteur pour le compte d'autrui....29

I- La qualification du tiers au regard de la finalité de sa mission....29

A- La qualification de tiers prospecteur chargé de négocier le contrat....29

B- La qualification de tiers prospecteur chargé de négocier et de conclure le contrat....34

C- Les limites de la distinction : le tiers intermédiaire agent commercial....44

II- La responsabilité du tiers chargé de rechercher un contractant....49

A- L'irresponsabilité du tiers intermédiaire en cas de non-conclusion ou d'inexécution du contrat principal....49

B- La clause de ducroire comme exception à l'exonération de responsabilité du tiers entremetteur....52

Section II- La nouvelle approche de la notion de tiers prospecteur par les plateformes numériques....55

I- Les nouvelles formes d'intermédiation au regard des définitions européennes et françaises....55

II- Le courtage comme qualification la plus adéquate....60

Chapitre II- L'intervention du tiers dans la recherche de l'accord des parties à un différend....64

Section I- Le rôle des tiers intervenant dans la résolution des litiges.....67

I- L'intervention de tiers indépendants et impartiaux dans la pratique des MARC..... 68

A- Le conciliateur et le médiateur au service du justiciable.....68

B- L'avocat dans la procédure participative.....76

II- Le renouveau du rôle du juge dans la résolution négociée des conflits.....82

A- Une mutation du rôle du juge dans les MARC..... 82

B- Les différentes manifestations de l'intervention du juge.....85

Section II- L'accord résultant de l'intervention du tiers : un vecteur de paix sociale 96

I- L'implication du tiers dans la construction de l'accord.....97

A- La sécurité juridique de l'accord conclu sous l'égide du juge.....97

B- L'acte d'avocat, aboutissement de la procédure participative assistée par avocat 99

C- L'influence de l'intervention du tiers médiateur ou conciliateur sur la conclusion de l'accord..... 100

II- Les effets de la conclusion d'un accord sur le différend.....104

A- Les effets de la transaction.....104

B- Les effets des accords obtenus en dehors du juge.....108

Titre II- Le tiers participant à la qualité du consentement..... 112

Chapitre I- Le tiers intervenant dans l'expression du consentement.....114

Section I- Le tiers représentant de l'incapable.....117

I- Le tiers représentant, personne de confiance de l'incapable.....118

A- La qualité de tiers du représentant légal remise en cause.....118

B- La qualité de tiers représentant conventionnel : de la gestion de patrimoine à la gestion de personne..... 121

1) Le tiers personne de confiance par la mise en place d'un « mandat de fait »

.....122
2) Le tiers mandataire dans la mise en place d'un mandat de protection future
.....126
3) Le tiers dans la mise en place d'une habilitation familiale.....129

II- La responsabilité du tiers représentant quant aux actes juridiques passés au nom de l'incapable..... 130
A- Les pouvoirs et la responsabilité du tiers représentant légal de l'incapable....130
B- Les pouvoirs et la responsabilité du tiers, personne de confiance et mandataire
.....132
1) Pouvoir et responsabilité du tiers, personne de confiance au sens du Code de la santé publique.....132
2) Devoirs et responsabilité du tiers de confiance, mandataire dans le cadre du mandat de protection future.....134

Section II- Le tiers représentant du capable..... 137

I- L'intervention du tiers représentant tendant à la réalisation d'un acte pour autrui.....138
A- Les conditions nécessaires à la représentation en vue de la réalisation d'un acte juridique..... 138
1) L'expression de la volonté et la délimitation du pouvoir du tiers représentant
.....138
2) La réalisation d'un acte juridique.....141
B- L'action pour le compte d'autrui : la raison d'être de la mission du tiers représentant..... 144

II- Les conséquences de l'intervention du tiers représentant sur l'acte juridique conclu pour autrui.....147
A- Les obligations à la charge du tiers représentant 147
1) Respect du devoir de diligence et de loyauté envers le représenté.....147
2) Obligation de reddition des comptes.....150
B- La responsabilité du représentant : La qualité de tiers du représentant remise en cause 152

1) La responsabilité du représentant dans son rapport avec le représenté.....152
2) La responsabilité du représentant dans son rapport avec le tiers-contractant 157
3) La convention de ducroire.....159

Chapitre II- Le tiers garant de la qualité du consentement.....162

Section I- Le tiers intermédiaire délivrant une information.....164

I- Le contenu de l'obligation de conseil et d'information des intermédiaires professionnels..... 165

II- La responsabilité du professionnel manquant à son devoir d'information et de conseil.....168

Section II- Le tiers vérifiant la qualité du consentement..... 172

I- Le tiers vérifiant la qualité du consentement lors de la conclusion d'un Pacte civil de solidarité..... 173

II- Le juge vérifiant l'intégrité du consentement lors de l'homologation.....177
A- Les modalités de la vérification du consentement des parties.....177
B- Les effets de l'intervention du juge homologateur sur la convention 180

III- La vérification de l'intégrité du consentement par la DIRECCTE dans le cadre de la rupture conventionnelle.....184

PARTIE II- L'INTERVENTION DU TIERS DANS LA DÉTERMINATION DU CONTENU DU CONTRAT.....191

Titre I- L'intervention du tiers dans la fixation du contenu du contrat.....193

Chapitre I- L'intervention de différents tiers dans la rédaction du contrat.....195

Section I- Le tiers professionnel du droit au service du renforcement de la sécurité juridique..... 196

I- La nature de l'intervention des tiers professionnels du droit.....197

A- La mission d'authentification du tiers notaire..... 197

1) Précisions sur la notion d'authenticité.....197

2) Le respect de l'obligation d'information et de conseil du tiers notaire.....200

3) Une intervention en matière d'authentification du tiers notaire tempérée ?202

B- Le renouveau du rôle de l'avocat par l'avènement de l'acte sous signature juridique ?.....205

C- Le tiers rédacteur d'acte à titre accessoire.....209

II- Les conséquences de l'intervention des professionnels du droit sur l'accord des parties..... 213

A- Les différences fondamentales entre acte authentique et acte d'avocat.....213

B- Les points communs des actes suite à l'intervention du tiers.....217

C- La responsabilité du tiers rédacteur d'acte 220

Section II- L'interventionnisme institutionnel et professionnel dans la détermination du contenu contractuel.....226

I- L'influence de l'Etat sur la détermination du prix.....227

A- Les illustrations des interventions étatiques sous l'angle de la détermination du prix..... 227

1) L'intervention étatique en matière de contrat de bail.....227

2) L'intervention étatique dans le contrat de travail.....232

B- Les conséquences de ces interventions sur la liberté contractuelle.....233

II- La pratique juridique, source de création du droit par l'intervention de tiers 237

III- L'intervention du juge dans le contenu contractuel.....243

A- Le « forçage du contrat » par le juge..... 243

B- L'intervention du juge en matière d'imprévision.....249

Chapitre II- L'intervention du tiers estimateur en cas de difficulté dans la fixation du prix 252

Section I- La détermination par un tiers estimateur d'un prix juste.....254

I- La qualification de l'intervention du tiers fixateur du prix.....255

A- Des qualifications légales inadéquates 255

1) L'impossible assimilation du tiers à un arbitre.....255

2) L'impossible assimilation du tiers et de l'expert.....258

B- La qualification de mandataire du tiers estimateur en débat.....260

1) La qualité de mandataire du tiers évaluateur.....260

2) Les insuffisances de la qualité de mandataire du tiers évaluateur.....262

II- Les qualités inhérentes au tiers estimateur..... 264

Section II- Les effets de l'intervention du tiers estimateur sur le contrat des parties 270

I- Une responsabilité basée sur le contrat de mandat.....271

A- La force de la décision du tiers estimateur.....271

1) Nature de la convention initiale des parties 271

2) Pouvoirs du tiers estimateur.....273

3) La force obligatoire de la décision expertale.....276

B- La responsabilité du tiers estimateur pour mauvaise gestion ou dol.....278

II- La remise en cause de la décision du tiers estimateur à la suite d'une erreur grossière..... 282

A- Les caractéristiques de l'erreur grossière..... 282

B- L'avenir de la notion d'erreur grossière après l'ordonnance du 31 juillet 2014 286

Titre II- L'intervention du tiers dans la vérification du contenu de l'accord.....289

Chapitre I- L'intervention du tiers contrôleur du contenu de l'accord 290

Section I- La diversité des interventions du tiers homologateur.....291

I- L'intervention du juge en matière d'homologation.....292

A- L'étendue du contrôle du juge homologateur.....292

1) Une intervention « allégée » du juge homologateur.....292

2) Une intervention « approfondie » du juge homologateur.....294

B- La nature hybride de l'acte d'homologation.....298

II- L'intervention de l'administration du travail homologatrice 303

A- L'homologation de la rupture conventionnelle par l'administration du travail 303

B- L'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi par l'administration du travail.....306

III- L'intervention des instances sportives professionnelles homologatrices….310

Section II- Les conséquences de l'intervention du tiers homologateur sur le contrat des parties.....316

I- Les conséquences de l'intervention du juge homologateur.....317

A- L'homologation dans un but de perfection de l'acte juridique.....317

B- Les recours disponibles suite à l'intervention du juge homologateur.....322

1) Les recours ouverts contre l'acte d'homologation.....322

2) Les recours ouverts contre l'acte homologué..... 324

II- Les effets de l'homologation de la DIRRECTE sur le contrat.....326

A- Le contentieux de la rupture conventionnelle.....326

B- Le contentieux de l'homologation du PSE..... 329

Chapitre II- La contestation a posteriori du contenu de l'accord par un tiers 333

Section I- Multiplication des interventions de tiers en vue du renforcement de la protection de l'équilibre économique.....335

I- L'action du tiers ministre de l'économie, protecteur des distributeurs en droit commercial.....336

A- L'action autonome du tiers ministre de l'économie.....336

B- De la complexité et de la diversité des sanctions du déséquilibre significatif en droit commercial..... 343

II- Le renouveau du rôle des tiers dans la loi « Hamon » du 17 mars 2014.....346

A- Le renforcement des pouvoirs des agents de la DGCCRF.....346

B- L'association de consommateurs, tiers au contrat de consommation.....348

Section II- Les autorités administratives indépendantes, nouveaux acteurs de la police du contrat..... 353

I- L'intervention d'Autorités administratives indépendantes protectrices du contenu du contrat dans le domaine économique..... 353

A- L'intervention de la Commission des clauses abusives en matière contractuelle 353

B- L'intervention de la Commission d'examen des pratiques commerciales.....356

C- L'originalité des procédures d'engagements de l'Autorité de la Concurrence 357

II- L'étendue de l'influence des AAI dans les autres domaines du droit.....358

CONCLUSION GÉNÉRALE.....362

BIBLIOGRAPHIE.....363

INDEX.....395

TABLE DES MATIÈRES.....401

L'intervention du tiers à la formation du contrat

La formation du contrat suppose la rencontre de deux ou plusieurs volontés en vue de créer des effets de droit. Elle repose sur un échange de consentements des parties, dont est *a priori* exclue la figure du tiers.
Le tiers est, en effet, classiquement défini par la négative en opposition aux parties, comme celui qui ne peut subir les effets du contrat ni profiter de ses bénéfices, car il n'y a pas consenti. Toutefois, la présence des tiers lors de l'élaboration du contrat n'est pas inconnue en droit positif. Mais le délitement de l'Etat tiers garant du contrat et l'avènement de la contractualisation se sont accompagnés d'une multiplication de tiers intervenant au stade de la formation du contrat.
L'objet de cette étude est de démontrer que l'intervention de tiers est de plus en plus sollicitée lors de la phase d'élaboration de l'accord. Le tiers ne doit plus être considéré seulement comme étant celui qui est étranger à la volonté des parties. Il influence, voire même, contraint cette volonté.
Il semble important aujourd'hui d'élargir la qualité de tiers au contrat. Les interventions de tiers au stade de la formation de l'accord, qu'elles aient pour but de protéger les intérêts particuliers des contractants et/ou l'intérêt général, constituent une limite à la volonté autonome des individus et, par conséquent, restreignent la liberté contractuelle des contractants en influençant tant la rencontre des consentements que la détermination du contenu contractuel.
Mots clefs français: tiers - formation du contrat - consentement - contenu contractuel - liberté contractuelle - intérêts particuliers - intérêt général.

Third party involment in the formation of the contract

The formation of the contract requires the meeting of two or more minds in order to create legal effects. It is based on an exchange of the parties consent', from which any third party is theorically excluded.
The third party is, indeed, classically negatively defined by opposition towards the parties as one that cannot suffer the contract's effects or enjoy its benefits because it has not consented to it. However, the presence of third parties during the agreement of the terms of the contract is not unknown in positive law. But the State disintegration as a third party guarantor of the contract, and the advent of contractualization, are accompanied by a proliferation of third party interventions during the contract formation stage.
The purpose of this study is to demonstrate that third party interventions are increasingly requested during the formulation phase of the agreement. The third party should no longer be considered purely as an alien to the parties' wills. It influences, and even, compels this will.
Today it would seem important, in contract matters, to broaden the capacity of a third party. Third party interventions during the agreement formulation, whether to protect the interests of contracting parties and / or the public interest, constitute a restriction to people's individual autonomy, and, therefore, limit contractual freedom by influencing both the meeting of the minds and the determination of contractual content.

Keywords : Third party – formation of the contract – consent – contents of a contract – freedom of contract – particular interests - public interest

Unité de recherche/Research unit : CRDP, Centre René Demogue: 1 place Déliot 59000 Lille, crdp@univ-lille2.fr, http://crdp.univ-lille2.fr
Ecole doctorale/Doctoral school : *Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion, n° 74, 1 place Déliot, 59000 Lille, ecodoc.univ-lille2.fr;* http://edoctorale74.univ-lille2.fr
Université/University : *Université Lille 2, Droit et Santé, 42 rue Paul Duez, 59000 Lille,* http://www.univ-lille2.fr