

# Droit civil

Tome 4

Les Obligations

*22<sup>e</sup> édition refondue*

Jean Carbonnier

puf

THÉMIS

COLLECTION FONDÉE ET DIRIGÉE PAR MAURICE DUVERGER

THÉMIS DROIT PRIVÉ

SOUS LA DIRECTION DE CATHERINE LABRUSSE-RIOU  
*Professeur à l'Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne*

---

JEAN CARBONNIER

*Droit civil*

4 / Les Obligations



---

PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS . . . . .	13
------------------------------------	----

**LES OBLIGATIONS**

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — <b>La notion d'obligation</b> . . . . .	25
1. <i>Nature de l'obligation</i> . . . . .	25
1. Le devoir . . . . .	25
2. Le possible . . . . .	29
2. <i>Classifications des obligations</i> . . . . .	34
1. Classification des obligations d'après l'objet . . . . .	34
2. Classification des obligations d'après la source . . . . .	36

LIVRE I

**LES CONTRATS (L'ACTE JURIDIQUE)**

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — <b>Les notions d'acte juridique et de contrat</b> . . . . .	47
1. Classification des actes juridiques . . . . .	47
2. La philosophie du contrat . . . . .	53
— Autonomie de la volonté . . . . .	53
— Morale et contrat . . . . .	54

TITRE I : **La formation du contrat**

SOUS-TITRE I : **Les conditions de validité du contrat**

PRÉAMBULE. — <b>La période précontractuelle</b> . . . . .	71
CHAPITRE I. — <b>La structure du contrat</b> . . . . .	81
1. <i>Le consentement</i> . . . . .	81
1. L'existence du consentement . . . . .	81
— Nature de la volonté dans le contrat . . . . .	82
— Nécessité du consentement . . . . .	84

2. L'intégrité du consentement . . . . .	97
— L'erreur . . . . .	98
— Le dol . . . . .	100
— La violence . . . . .	102
— La lésion . . . . .	104
2. <i>La capacité</i> . . . . .	116
3. <i>L'objet</i> . . . . .	116
1. Objet simple . . . . .	117
2. Objet complexe . . . . .	122
4. <i>La cause</i> . . . . .	125
1. Existence de la cause . . . . .	126
2. Caractère licite de la cause . . . . .	130
<b>CHAPITRE II. — La conformité du contrat aux exigences sociales</b> . . . . .	143
1. <i>Les exigences sociales quant au contenu du contrat</i> . . . . .	143
1. Le civisme contractuel . . . . .	144
— L'ordre public et les bonnes mœurs . . . . .	144
— La fraude à la loi . . . . .	149
2. La justice contractuelle . . . . .	156
— Dans le droit classique . . . . .	157
— Dans le droit de la concurrence . . . . .	161
3. La sincérité contractuelle . . . . .	168
— La transparence . . . . .	169
— La simulation . . . . .	172
2. <i>Les exigences sociales quant à la forme et à la preuve du contrat</i> . . . . .	179
1. Les exigences de forme . . . . .	179
— Les contrats formalistes . . . . .	179
— Les formalités contractuelles . . . . .	182
2. Les exigences de preuve . . . . .	186
— L'exigence de l'écrit . . . . .	187
— Les exigences auxquelles l'écrit doit satisfaire . . . . .	190
<b>SOUS-TITRE II : L'annulation du contrat</b>	
1. L'action en nullité . . . . .	204
2. Le jugement d'annulation . . . . .	206

<b>SOUS-TITRE III : Les ensembles contractuels</b>	
1. Les ensembles structurels . . . . .	215
2. Les ensembles d'origine volontaire . . . . .	216
3. Les ensembles engendrés par l'habitude . . . . .	218
<b>TITRE II : Les effets du contrat</b>	
<b>SOUS-TITRE I : L'exécution du contrat</b>	
<b>CHAPITRE I. — Sphère d'application de la loi contractuelle</b> . . . . .	231
1. <i>Sphère d'application de la loi contractuelle dans l'espace</i> . . . . .	231
1. Les parties . . . . .	233
— La représentation . . . . .	233
— Les incidences du droit successoral ou familial . . . . .	236
2. Les tiers . . . . .	242
— Contrats conclus par les parties à leur intention propre . . . . .	242
— Contrats conclus par les parties à l'intention de tiers . . . . .	244
3. Les ayants cause . . . . .	252
— Les acquéreurs à titre particulier . . . . .	253
— Les créanciers chirographaires . . . . .	254
2. <i>Sphère d'application de la loi contractuelle dans le temps</i> . . . . .	258
1. Le terme et la condition . . . . .	258
— Le terme . . . . .	259
— La condition . . . . .	262
2. La durée des contrats . . . . .	270
<b>CHAPITRE II. — Difficultés d'application de la loi contractuelle</b> . . . . .	277
1. L'interprétation des contrats . . . . .	277
2. La révision des contrats . . . . .	280
<b>SOUS-TITRE II : L'inexécution du contrat</b>	
<b>CHAPITRE I. — Les dommages-intérêts</b> . . . . .	293
1. <i>Les conditions générales du droit à dommages-intérêts</i> . . . . .	295
1. La responsabilité du débiteur . . . . .	295
— Le dommage . . . . .	295
— La faute . . . . .	298
— La relation de cause à effet entre la faute et le dommage . . . . .	301

2. La libération du débiteur . . . . .	307
— Force majeure ou cas fortuit . . . . .	307
— Autres causes de libération . . . . .	310
2. <i>La réalisation du droit à dommages-intérêts</i> . . . . .	315
1. La mise en demeure . . . . .	316
2. La condamnation à dommages-intérêts . . . . .	318
3. <i>Les conventions relatives aux dommages-intérêts</i> . . . . .	327
1. Conventions portant sur le droit aux dommages-intérêts . . . . .	327
2. Conventions portant sur l'évaluation des dommages-intérêts . . . . .	330
CHAPITRE II. — <b>La résolution</b> . . . . .	339
1. <i>La résolution du contrat pour manquement de l'un des contractants à ses obligations.</i> . . . . .	339
1. La résolution judiciaire . . . . .	340
2. Les clauses expresses de résolution . . . . .	343
2. <i>La résolution en vertu de la théorie des risques</i> . . . . .	347
3. <i>Les diminutifs de la résolution</i> . . . . .	352
1. L'exception d'inexécution . . . . .	353
2. La suspension du contrat . . . . .	354

## LIVRE II

**LES ENGAGEMENTS QUI SE FORMENT SANS CONVENTION  
(LE FAIT JURIDIQUE)**

**TITRE I : Le dommage causé à autrui  
comme source d'obligation (la responsabilité civile)  
SOUS-TITRE I : Conditions de la responsabilité civile**

CHAPITRE I. — <b>Les constantes de la responsabilité civile : le dommage et la causalité</b> . . . . .	377
1. <i>Le dommage</i> . . . . .	377
1. Caractères généraux du dommage réparable . . . . .	377
2. Catégories de dommages réparables . . . . .	380

2. <i>La causalité</i> . . . . .	390
1. Le rapport de causalité . . . . .	390
2. La cause étrangère non imputable . . . . .	392
CHAPITRE II. — <b>Les différents régimes de responsabilité civile : le fait dommageable</b> . . . . .	401
1. <i>La responsabilité du fait personnel</i> . . . . .	401
1. Le fait . . . . .	402
2. L'homme . . . . .	405
3. L'illicite . . . . .	418
2. <i>La responsabilité du fait d'autrui</i> . . . . .	426
1. La responsabilité du fait des mineurs . . . . .	428
— Responsabilité des père et mère du fait de leurs enfants mineurs . . . . .	428
— Responsabilité de l'artisan du fait de ses apprentis . . . . .	432
— Responsabilité des accidents scolaires . . . . .	433
2. La responsabilité du fait des préposés . . . . .	440
— Conditions d'application de la responsabilité des commettants . . . . .	440
— Effets de la responsabilité des commettants . . . . .	443
3. <i>La responsabilité du fait des choses</i> . . . . .	450
1. Les cas particuliers de responsabilité du fait des choses . . . . .	450
— Responsabilité du fait des animaux . . . . .	451
— Responsabilité de la ruine des bâtiments . . . . .	452
2. La responsabilité générale du fait des choses . . . . .	460
— Conditions d'ouverture de l'action en responsabilité . . . . .	461
— Moyens de défense du gardien . . . . .	465
4. <i>La responsabilité du fait des produits défectueux</i> . . . . .	478
1. Domaine d'application . . . . .	480
2. L'action en responsabilité . . . . .	482
5. <i>L'indemnisation des victimes dans les accidents de la circulation</i> . . . . .	486
1. Domaine d'application de la loi . . . . .	487
2. Ouverture du droit à indemnisation . . . . .	488
3. Réalisation du droit à indemnisation . . . . .	490
<b>SOUS-TITRE II : Mise en œuvre de la responsabilité civile</b>	
CHAPITRE I. — <b>Le procès en responsabilité civile</b> . . . . .	503
1. L'action en responsabilité . . . . .	503
2. Le jugement statuant sur la responsabilité . . . . .	505

CHAPITRE II. — <b>Les relations entre les responsabilités civiles.</b> . . . . .	513
1. Relations entre les diverses responsabilités délictuelles . . . . .	513
2. Relations entre les responsabilités délictuelle et contractuelle . . . . .	514

**TITRE II : L'avantage reçu d'autrui comme source d'obligation**

CHAPITRE I. — <b>Les quasi-contrats</b> . . . . .	527
1. <i>La gestion d'affaire</i> . . . . .	528
1. Conditions de la gestion d'affaire . . . . .	529
2. Effets de la gestion d'affaire . . . . .	530
2. <i>Le paiement de l'indu</i> . . . . .	535
CHAPITRE II. — <b>L'enrichissement sans cause.</b> . . . . .	543
1. Eléments de l'enrichissement sans cause . . . . .	543
2. Sanction de l'enrichissement sans cause . . . . .	545

**LIVRE III**

**LE RÉGIME GÉNÉRAL DES OBLIGATIONS**

**TITRE I : Le rapport d'obligation**

CHAPITRE I. — <b>La cession du rapport d'obligation</b> . . . . .	557
1. <i>La cession de créance</i> . . . . .	557
1. La cession de créance du droit commun . . . . .	558
2. Les titres négociables . . . . .	563
2. <i>La cession de dette</i> . . . . .	569
3. <i>La cession de contrat.</i> . . . . .	573
CHAPITRE II. — <b>L'extinction du rapport d'obligation.</b> . . . . .	579
1. <i>Le paiement</i> . . . . .	579
1. Le paiement en général . . . . .	580
— Le droit commun du paiement . . . . .	580
— Le régime particulier des paiements monétaires . . . . .	585
2. Le paiement avec subrogation . . . . .	589
— Sources de la subrogation personnelle . . . . .	590
— Effets de la subrogation personnelle . . . . .	591

3. Le paiement par compensation . . . . .	594
— La compensation légale . . . . .	594
— La compensation conventionnelle et la compensation judiciaire . . . . .	597
4. Le paiement en cas de pluralité de créanciers ou de débiteurs . . . . .	602
— Modalités de l'obligation tenant à la pluralité de sujets . . . . .	602
— La solidarité passive . . . . .	604
2. <i>La novation.</i> . . . . .	609
1. Conditions de la novation . . . . .	610
2. Effets de la novation . . . . .	612
3. <i>La libération gratuite du débiteur</i> . . . . .	617
1. La remise de dette . . . . .	617
2. La prescription . . . . .	620
— Les prescriptions ordinaires . . . . .	621
— Les prescriptions présomptives . . . . .	624
— Les délais qui ne sont pas des prescriptions . . . . .	626
<b>TITRE II : Le pouvoir de contrainte</b>	
CHAPITRE I. — <b>Les pouvoirs du créancier sur le patrimoine du débiteur</b> . . . . .	637
1. Les mesures conservatoires . . . . .	637
2. L'exécution forcée . . . . .	640
CHAPITRE II. — <b>Les coercitions sur la personne du débiteur</b> . . . . .	647
1. La règle de l'article 1142 . . . . .	647
2. Les coercitions permises . . . . .	650
INDEX . . . . .	659

## PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

- a. = article.
- al. = alinéa.
- Arch.* = *Archives de Philosophie du droit.*
- arg. = tirer argument de.
- A.S.* = *L'Année sociologique.*
- B.G. = Bibliographie générale du sujet.
- B.G.B. = Bürgerliches Gezetzbuch (Code civil allemand de 1900).
- Bull.* = *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles).*
- C.E.D.H. = Convention (ou Cour) européenne des Droits de l'Homme.
- C. = Code.
- C. Just. = Code Justinien (529).
- Codes français : C. Ass. = Code des assurances (1976).
- C.C. ou C. Nap. = Code civil ou Code Napoléon (1804).
- C. Com. = Code de commerce (1807).
- C. Consom. = Code de la consommation (1993 ; cf. *infra*, n° 6).
- C.C.H. = Code de la construction et de l'habitation (1978).
- C. P. = Code pénal (1810), remplacé depuis 1994 par le N.C.P.
- C. Fam. = Code de la famille et de l'aide sociale (1956).
- C.G.I. = Code général des impôts (1975).
- C.O.J. = Code de l'organisation judiciaire (1978).
- C. Pr. C. = Nouveau Code de procédure civile (1975)\*.
- C. Pr. Intell. = Code de la propriété intellectuelle (1992).
- C. Pr. P. = Code de procédure pénale (1958), réformé en 1992, réreformé en 1993, sans être remplacé.
- C. Ru. = Code rural (1955), et nouveau Code rural, mis en vigueur par livres successifs (1983-1996).
- C.S.P. = Code de la Santé publique (1953).
- C.S.S. = Code de la Sécurité sociale (1956).
- C. Tr. = Code du Travail (1973).
- C. Urb. = Code de l'Urbanisme (1973).

\* Le nouveau C. Pr. C. n'étant pas encore complet, une partie de l'ancien (1806) demeure provisoirement en vigueur. Les références au C. Pr. C. sans autre précision visent le nouveau code ; les références à l'ancien sont signalées par la mention [ancien].

- Contrats, C., C.* = revue *Contrats, Concurrence, Consommation*  
 C.C.It. = Code civil italien de 1942.  
 C.C.S. = Code civil suisse de 1907.  
 C.O. = Code des obligations (suisse, 1911).  
 C.R.C.C. = Commission de révision du C.C. (V. Introduction, n° 81).  
 cf. = conférer, comparer.  
 d. = décret.  
 d. i. = dommages et intérêts  
 d.-l. = décret-loi.  
 D. = Dalloz (V. Introduction, n° 145).  
 D. I.R. = Dalloz, *Informations rapides*.  
 D. Som. = Dalloz, *Sommaires de jurisprudence*.  
 Dig. = *Digeste* (533).  
*Droits = Droits, revue française de théorie juridique.*  
*Dr. pros. ou R.R.J., Droit prospectif* ou *Revue de la recherche juridique* (Aix-en-Provence).  
*et al. = et alii*, et les autres auteurs d'un ouvrage collectif, qui nous pardonneront de ne pas les citer nommément.  
 G.P. = *Gazette du Palais* (V. Introduction, n° 145).  
 J.C.P. = *Jurisclasseurs périodiques (Semaine juridique)*, V. Introduction, n° 145).  
 l. = loi.  
 n. = note (de jurisprudence).  
 N.C.P. = Nouveau Code pénal (1992, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> mars 1994).  
 o., ord. = ordonnance.  
 opp. = opposer.  
 Pop. = *Population* (revue de l'I.N.E.D., Institut national d'Etudes démographiques).  
 R. = *Revue*.  
 R.H.D. = *Revue historique de droit*.  
 R.I.D.C. = *Revue internationale de droit comparé*.  
 R.T. = *Revue trimestrielle de droit civil*.  
 Rép. = Répertoire.  
 Rép. not. = *Répertoire du notariat Defrénois*.  
 S. = Sirey (V. Introduction, n° 145).  
 sol. impl. = solution implicite (d'un arrêt).  
 spéc. = spécialement à cette page.  
 Th. = Thèse de doctorat (en droit).  
 U.E. = Union européenne.  
 v. = voir.

Les articles cités sans autre référence se rapportent, en principe, au C.C.

Pour la commodité des renvois, les développements ont été divisés en numéros, chiffres gras entre crochets en début de ligne et en haut des pages.

[1]

## Les obligations

Les obligations n'ont pas fait l'objet d'un livre distinct dans le C.C. C'est confondues avec d'autres matières qu'elles sont réglementées dans le livre III, sous la rubrique générale *des différentes manières dont on acquiert la propriété* (cf. a. 711), ce qui est une voie peu suggestive pour aborder le sujet, car, si les obligations ont parfois pour conséquence une acquisition de la propriété (ex. dans la vente), ce qui les caractérise avant tout, c'est qu'elles portent sur une activité, un service de la personne.

On concevrait une étude générale des obligations qui les envisagerait toutes de front, quelle qu'en fût la source. Mais il est plus clair de ne pas mélanger aux autres celles qui viennent des contrats, et l'usage s'est ainsi établi de séparer, dans le droit des obligations, le contractuel et le reste (l'extra-contractuel, le mot est entré en 1985 dans le C.C., a. 2270-1). Encore faut-il préciser que, dans le contractuel, l'étude des types concrets, spéciaux, de contrats (vente, louage, etc.), est faite entièrement à part. Finalement, sous le nom de théorie générale, de régime général des obligations, on n'examine qu'un assez petit nombre d'effets communs à toutes les variétés d'obligations, aux contractuelles comme aux autres. Avec, ici encore, d'ailleurs, une réserve : les effets tenant au crédit que le créancier consent au débiteur sont traités distinctement, comme formant une fraction particulière du droit des obligations, le droit du crédit. Le crédit et les *contrats spéciaux*, venant à un autre moment dans l'enseignement du droit civil, n'avaient pas leur place dans le présent volume. Nous y avons retenu seulement trois aspects du droit des obligations : les *contrats*, les *engagements qui se forment sans convention*, le *régime général des obligations*. C'est, à peu près, la substance des titres III et IV, au livre III du C.C.



## [2] LE DROIT CIVIL DES OBLIGATIONS

Le droit civil n'est pas seul à régir la matière des obligations. D'autres branches du droit ont mordu sur son domaine et ont constitué sur ses frontières d'autres droits des obligations. Deux exemples peuvent d'emblée en être cités, respectivement datés de Napoléon et d'aujourd'hui.

Dès 1807, le Code du commerce avait soustrait au Code civil (et celui-ci d'avance y avait consenti, a. 1107) les « transactions commerciales », c'est-à-dire les contrats conclus entre commerçants pour les besoins de leurs commerces, et même, de façon unilatérale, boiteuse, les contrats passés par eux avec des non-commerçants. A la vérité, le Code de 1807 avait fourni directement peu de règles aux contrats du commerce terrestre, à peine davantage à ceux du commerce maritime : son apport le plus incisif au droit des obligations se rencontrait, sans doute, dans la sanction instituée de l'inexécution des engagements, le régime de la faillite.

En 1978, les deux lois *Scrivener* du 10 janvier (78-22 pour les opérations de crédit, 78-23 pour les produits et services) ont marqué l'entrée du droit de la consommation dans notre système juridique. Ces lois et d'autres encore ont été refondues, en 1993, dans un Code de la consommation, appelé à régir les rapports de droit entre les consommateurs et les professionnels. Ainsi s'est formé un nouveau droit des obligations. Il a son originalité : en contraste avec le droit civil qui avait joué la carte d'une égalité théorique entre les personnes, il présuppose l'infériorité de l'un des contractants, et il y remédie par des règles de protection. Inévitablement, des interférences se produisent entre ces deux droits dont les matières se recouvrent. Mais c'est surtout le droit de la consommation qui bouscule le droit civil, le pénètre, le modifie.

Ces deux exemples n'étaient destinés qu'à encadrer un phénomène plus vaste, qui s'est mis en évidence au fil de ce demi-siècle : la dissociation du droit privé des obligations en une multiplicité de sous-ensembles. Pour répondre à une complexité croissante de la vie sociale et des relations économiques, il a fallu des législations de plus en plus différenciées, ce qui a déterminé parmi les juristes une spécialisation qui va s'affinant. Le mouvement, on le sait, touche toutes les sciences, comme tous les métiers. Mais, dans le droit des obligations qui est droit des contrats, l'ouverture à la créativité est plus grande : la liberté

contractuelle y fait éclore des combinaisons inédites qui ne se contenteront pas longtemps du droit commun.

Ainsi se sont séparés du droit commercial le droit de la banque, puis celui de la bourse, peut-être un droit de la concurrence. On aurait pu penser que l'immobilier, par le poids de la tradition et ses attaches notariales, était voué à demeurer dans le giron du droit civil. Il est, pourtant, de moins en moins étranger au monde des affaires, et le droit de la construction, de la promotion immobilière, du crédit immobilier font l'objet de spécialités reconnues. Nous en passons, et de meilleurs, tel le droit des assurances.

Nous devons, toutefois, mettre résolument à part le droit du travail. C'est un droit des obligations, et il a pour centre un contrat, mais si énorme. Il l'est par son pouvoir même, dans une société de salariat généralisé (et, *a contrario*, de chômage menaçant). Il l'est aussi par le trait ineffaçable qu'il porte d'être un contrat partisan, légitimement partisan.

Nous pourrions arrêter là cette revue s'il ne nous fallait pas compter avec des droits plus insolites parce que venus d'ailleurs, capables de se camper au-dessus de tous les autres, comme des droits autonomes : les droits issus des traités internationaux (selon l'a. 55 de la Constitution, les traités l'emportent sur la loi nationale). Ceux de ces traités qui ont donné ses assises à l'Union européenne ont introduit en France le droit communautaire. Non seulement Bruxelles peut, par ses directives, dicter une loi au législateur français, mais, par ses règlements, il fait loi directement en France, et le droit des obligations est son terrain favori.

Que reste-t-il donc pour le droit civil des obligations ? On pourrait s'amuser à forger des hypothèses qui seraient vides tout à la fois d'influence commerciale, de consommateur à protéger et de droit communautaire à respecter. Mais on se dit que, plus commodément, les *Bulletins* des Chambres civiles devraient nous fournir en exemples de cette sorte. Pourtant, même après défalcation de la part dévolue à la responsabilité extracontractuelle, si l'on admet que celle-ci nous déplace hors sujet — les exemples recueillis laissent souvent le jugement indécis : l'apparente pureté de l'hypothèse n'est-elle pas le résultat fortuit d'une insuffisante saisie des faits à l'entrée de la procédure ? Mais peut-être mettrons-nous la main sur une série plus claire et plus probante avec les arrêts que la première Chambre civile consacre moins à des applications qu'à des épures de droit des obligations — à ces schémas dépouillés que l'on réunit sous l'appellation générique du *rapport d'obligation*, que nous retrouverons en fin de parcours (*infra*, nos 314-364). Là se déploie, probablement, avec le plus d'aisance cet

usage de l'esprit géométrique, *mos geometricus*, que Leibnitz, philosophe sur le droit, assignait pour caractéristique au droit des obligations. Une indication qui pourra ressurgir.

### [3] L'AVENIR DU DROIT CIVIL DES OBLIGATIONS

S'il y a lieu de s'interroger sur cet avenir, c'est qu'il peut sembler brouillé, sinon compromis, par le phénomène de pluralisme juridique (ainsi l'appelleraient des sociologues) dont le constat vient d'être dressé : sur le même thème des obligations d'autres systèmes, sous-systèmes de droit cohabitent avec le droit civil. La solution désirable impliquera toujours un certain retour à l'unité, mais elle peut être cherchée soit sur une ligne de synthèse, soit dans une réflexion plus radicale.

a) La *synthèse* est la ligne tranquillisante du *statu quo*. — Car le droit des obligations que nous enseignons est un droit de synthèse. Le droit civil — le Code civil et ses interprétations classiques — y tient la place d'un principe : il a valeur de *droit commun*. Les autres droits — les droits particuliers des obligations, droit commercial, droit de la consommation, etc. — se situeront autour de lui comme des *exceptions* ou des *tempéraments*, ou même seront présentés plus crûment *en marge*.

Il y a synthèse, il n'y a pas amalgame et confusion. Tout juriste sera à même de discerner qu'une jurisprudence spécifiquement commerciale ne crée pas du droit civil. Plus délicat est probablement le rééquilibrage des rapports entre le droit commun et le droit de la consommation, même si le premier paraît voué à plier sous le poids de l'ordre public de protection que véhicule l'autre. Quant à canaliser le droit communautaire, ce ne peut être que travail politique pour politiciens, dans une actualité mouvante et incertaine.

En nouant des contacts effectifs avec ces droits particuliers, réputés plus dynamiques, plus inventifs, le droit civil des obligations pouvait espérer communiquer un nouveau souffle à ses propres structures. Il ne faut pas se dissimuler, toutefois, les limites de l'opération.

Les droits particuliers eux-mêmes ne pouvaient pas toujours se reconnaître dans la présentation forcément abrégée, superficielle qu'on en faisait, très insuffisante pour nourrir une étude approfondie, à plus forte raison pour asseoir une pratique sérieuse.

De son côté, le droit civil, tiraillé par les exceptions et les concurrence qu'il a accrochées à ses flancs, a fini par perdre ses propres

repères. L'autonomie de la volonté avait été sa philosophie primordiale, sinon sa pensée unique, et malgré les accroc qu'elle a subis depuis un demi-siècle — la montée de l'ordre public, l'invasion de l'interventionnisme, du dirigisme — on ne saurait prétendre que ce fondement se soit écroulé.

Seulement, les droits voisins sont venus jeter des idéaux différents à la traverse. Il y a dans l'échange, dans la réciprocité, une philosophie latente, on le croit sans peine depuis Lévi-Strauss : elle est le ressort du droit commercial. Si l'économie de marché peut être une philosophie, c'est la philosophie du droit communautaire (fût-ce après habillage à l'allemande, économie *sociale* de marché). Un commissaire pourra, cependant, y avoir infiltré sa nuance : telle directive sent l'écologie, tandis que telle autre respire le grand large. Le droit de la consommation se meut dans un cercle bien plus étroit. Oncle plutôt que père, il se contente d'avoir l'esprit de tutelle en réponse à l'esprit d'enfance : le consommateur est un majeur que son contrat replace en état de minorité.

Ainsi, la difficulté de la méthode synthétique ici en cause ne vient pas seulement de ce qu'elle doit mener en quadrige plusieurs sous-ensembles normatifs, mais aussi de ce qu'il lui faut tenir artificiellement rassemblées des idéologies disparates. C'est, pourtant, à l'heure actuelle, la manière usuelle d'exposer et d'enseigner le droit des obligations. A preuve — en forme d'aveu — que, dans ce qui va suivre, nous n'avons que très incomplètement osé nous en affranchir, et les droits particuliers auront pu continuer à s'entrelacer, çà et là, au droit civil.

b) *Une réflexion radicale devrait conclure à une séparation définitive entre le droit civil des obligations et les droits particuliers des obligations qui se pratiquent ailleurs.*

1° Les droits particuliers seront renvoyés en exclusivité aux auteurs et aux juges qui en ont professionnellement la pleine maîtrise.

2° Le droit civil des obligations, épuré des alluvions que le xx<sup>e</sup> siècle y a déposées en se retirant, se repliera de lui-même sur le Code civil de 1804. Encore sera-t-il rationnel de prolonger celui-ci de l'application classique, tranquille qu'il avait reçue avant l'août 1914, la chute de la maison Germinal, plus collectivement la chute des monnaies européennes. S'il y a un droit civil des obligations, il n'est pas historiquement dissociable du système monétaire qui lui donnait un sens — un sens qui n'a jamais été reconquis ni par la France ni par l'Europe (ni à 12, ni à 15, ni même à 2, le fameux couple franco-allemand).

Ainsi épuré, cependant, le droit civil des obligations n'est-il pas voué, comme tous les purs, à être inefficace ? Un droit théorique, pour-

quoi pas ? fait de schémas, de modèles explicatifs, de rapports géométriques. Quel plus bel avenir pour le Code des obligations de Napoléon que de devenir raison écrite, à l'instar du droit romain de Justinien, engendrant peut-être une race de néo-pandectistes profonds ?

#### [4] ÉTAT DES LIEUX

##### I. — BIBLIOGRAPHIES DU DROIT CIVIL DES OBLIGATIONS

1) Bibliographie générale. — a) *Traité*s. — Ch. et R. Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, 1934, t. VIII, IX et IX bis, par G. Lagarde, R. Perrot, Rodière ; Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI et VII : *Obligations*, 2<sup>e</sup> éd., 1952, par P. Esmein, Radouant, Gabolde ; Ripert et Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil de Planiol*, t. II, 1957 ; Aubry et Rau, 6<sup>e</sup> éd. par P. Esmein, t. IV, VI, XII, 1946-1958 ; 8<sup>e</sup> éd. par Ponsard et Fadlallah, t. VI-2, 1989, par Dejean de La Batie ; J. Ghestin et al., *Traité de droit civil, La formation du contrat* par J. Ghestin, 3<sup>e</sup> éd., 1993, *Les effets du contrat*, par J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billaud, 2<sup>e</sup> éd., 1994.

b) *Manuels en usage*. — A. Bénabent, *Les obligations*, 7<sup>e</sup> éd., 1999 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, 1996 ; J. Flour et J.-L. Aubert, *Les obligations, L'acte juridique*, 8<sup>e</sup> éd., 1998, *Le fait juridique*, 8<sup>e</sup> éd., 1999, *Le rapport d'obligation*, Y. Flour et E. Savaux, 1999 ; Chr. Larroumet, *Droit civil*, t. III : *Les obligations*, 4<sup>e</sup> éd., 1999 ; Ph. Malaurie et L. Aynes, *Les obligations*, 9<sup>e</sup> éd., 1998 ; G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, *Droit civil, Les obligations*, 2<sup>e</sup> éd., t. I (*Les sources*), 1988, t. II (*Le régime*), 1989 ; Malinvaud, *Droit des obligations, les mécanismes juridiques des relations économiques*, 6<sup>e</sup> éd., 1996 ; Mazeaud et Fr. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, 1<sup>er</sup> vol. : *Obligations, Théorie générale*, 9<sup>e</sup> éd., 1998 ; A. Sériaux, *Droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., 1998 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, 5<sup>e</sup> et 6<sup>e</sup> éd., 3 vol., 1995-1998 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Obligations*, 7<sup>e</sup> éd., 1999.

*N. B.* — Cette liste des manuels ne sera pas reprise sous chaque division du présent volume.

2) Bibliographie propre à la responsabilité civile, v. *infra*, n<sup>os</sup> 199 et 283.

3) Bibliographie complémentaire.

a) Bibliographie très traditionnelle, celle des auteurs qui ont contribué à former la théorie civiliste des obligations autour du C.C. pendant le XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup> encore.

Suscité par une matière qui a toujours semblé éminemment favorable à la théorie, il existe un genre littéraire des obligations. A commencer par le *Traité* de Pothier (1761), dont l'École de l'Exégèse, au siècle dernier, fit un si grand cas, parce qu'elle y voyait le guide habituel des rédacteurs du C.C. et, partant, une clef pour l'interprétation du titre des *contrats*. Nous y chercherions plutôt aujourd'hui le mélange — très fort malgré la limpidité — de la technicité et du moralisme. Chez les Exégètes, émerge la *Théorie et pra-*

*tique des obligations*, par Larombière, un magistrat, 5 vol., 1858 (dans l'ordre des articles du C.C., mais avec des vues souvent originales). Moins loin de nous, le *Traité des obligations en général*, de René Demogue, 7 vol., 1923 s., enrichi par la connaissance des théories étrangères, surtout italiennes, fourmillait d'idées novatrices (sur Demogue, cf. le portrait pénétrant de Chr. Jamin, *Mélanges Terré*, 1999, 125). La *Théorie générale des obligations* d'E. Gaudemet (publiée en 1937 ; citée : Gaudemet) était l'exposé remarquable de la doctrine classique, rénovée par la réflexion sur le B.G.B.

Les théoriciens germaniques, de leur côté, avaient profondément labouré cette matière. Le lecteur français pouvait les aborder à travers deux ouvrages : pour l'Allemagne, Saleilles, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de C.C. pour l'Empire allemand*, 3<sup>e</sup> éd., 1925 (citée : *Obligation*) ; pour la Suisse, A. von Tuhr, *Partie générale du Code fédéral des obligations*, trad. de Torrénté, 1931 (citée von Tuhr).

b) Bibliographie contemporaine de droit comparé, v. *infra*, n<sup>o</sup> 13. — On notera, au passage, une tendance qui s'affirme de plus en plus chez les « comparatistes », spécialement en Allemagne ; ils appellent leur discipline à donner une armature théorique au *droit communautaire*, en le faisant apparaître non plus seulement sous la forme des traités (de Rome à Maastricht) et des textes de Bruxelles, mais aussi par une projection des concordances et ressemblances existant entre les principes des différents droits nationaux. Ainsi se dégagerait le *droit privé commun européen* ; v. les très riches développements de R. Schulze, *R.I.D.C.*, 95, 7, et sur l'hypothèse de l'unité d'un droit privé européen, H. Coing, *Europäisches Privatrecht*, 2 vol., 1985. Autres tranchées ouvertes en direction d'une unification européenne, mais limitées cette fois-ci aux obligations et aux contrats (et, du même coup, plus crédibles), le mouvement lancé par le P<sup>r</sup> Gandolfi, non pas *ex nihilo*, mais à partir du C.C. italien de 1942 (cf. *R.T.*, 92, 707 ; de ce projet de Code, le livre I, sur le contrat en général, allait être terminé en novembre 1999) ; le plan d'action de J. Basedow (Un droit commun des contrats pour le Marché commun, *R.I.D.C.*, 98, 7) ; et enfin, d'une technique différente, les *Principes Lando*. Ces « principes de droit européen des contrats », élaborés en 1995 par un groupe international qu'animait le juriste danois Lando, se présentent comme de simples recommandations facultatives, à l'usage des contractants, éventuellement des arbitres et des juges. On peut se demander, cependant, si tout ce travail doctrinal ne sera pas court-circuité par un flot de directives venu de Bruxelles, la Commission de l'U.E. s'arrogeant compétence sur toute la matière contractuelle, malgré le principe de subsidiarité inscrit au *Traité* de Maastricht (cf. *infra*, n<sup>o</sup> 266).

##### [5] II. — OBSERVATIONS SUR LE DROIT COMMERCIAL DES OBLIGATIONS

1) *Contrats commerciaux*. — Ripert, Roblot et al., *Traité de droit comm.*, t. 1 et 2, 1994-1996, n<sup>os</sup> 2951 et 1482 s. ; Collart-Dutilleul et Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 1993 ; Bézard, Le nouveau visage du juge économique et financier, *Etudes Sayag*, 1997, 147 ; Grandjean, Le procès commercial de l'avenir, *ibid.*, 253. La commercialité vient à un contrat de ce qu'il est conclu par un commerçant avec un autre commerçant pour les besoins de leur commerce, ou même avec un non-commerçant (et c'est alors un acte dit *mixte*). Objectivement, expliquait-on autrefois, les contrats commerciaux ne se distinguent des contrats civils que par une adaptation à un milieu,

à une culture différents. Mais, aujourd'hui, ce n'est plus suffisamment rendre compte. Le droit commercial invente, crée des combinaisons, des montages ; le droit commercial, plus exactement la pratique des entreprises, avalisée par les tribunaux consulaires et, en dernière instance, par la chambre commerciale qui lui confère une légitimité de droit privé, l'incorpore au système privatiste, quitte à contraindre celui-ci à des distorsions.

2) *Rapports du droit commercial et du droit civil des obligations.* — Au début du siècle, les commercialistes recouraient aux mécanismes élémentaires du droit civil des obligations pour expliquer les originalités de leur propre droit (cf. Putman, *Moyens de paiement*, 1995, n° 4). Cependant, une autre question s'était ouverte, qui tendait à remettre en cause plus radicalement les rapports du droit commercial au droit civil des obligations : l'unification. Soutenue (non sans repentirs) par le commercialiste italien Vivante, elle préconisait de fondre les deux droits dans une même codification. En Suisse, le Code fédéral des obligations avait donné l'exemple, et en Italie, le Code civil de 1942 allait consacrer l'idée. Chez nous, la thèse de Vivante avait fait peu de disciples : la plupart des commercialistes se sont montrés attachés à l'autonomie de leur droit (v. cependant les nuances de Ripert, Roblot *et al.*, *op. cit.*, nos 11 et 12 ; cf. Marty, *R.T. comm.*, 81, 681).

Il n'en est que plus remarquable que, subrepticement, l'unification se soit faite sous la V<sup>e</sup> République — non point par une codification (celle-ci a été frappée d'inertie), mais par la nouvelle répartition des forces qui s'est opérée entre les sources du droit, par les œuvres vives de la jurisprudence. Il aura suffi de quelques magistrats à forte personnalité pour que la chambre commerciale entreprenne une politique d'entrée massive de la jurisprudence commerciale dans la conception d'ensemble du droit privé. Ils étaient convaincus de la valeur exceptionnelle à attribuer à leur matière pour son dynamisme (en comparaison peut-être de certains aspects plus mornes du droit civil). Ils pensaient disposer, par leurs liaisons avec les grands tribunaux consulaires (celui de Paris, en particulier), avec les grands milieux d'affaires, d'une information privilégiée sur les endroits où se décaient les mystérieux « besoins de la pratique ». C'était un groupe puissant. On mesure sa puissance à ses résultats : sur nombre de points, il a fait admettre comme des postulats du droit les intérêts du commerce.

### [6] III. — OBSERVATIONS SUR LE DROIT DES OBLIGATIONS DANS LE DROIT DE LA CONSOMMATION

1) *Comment s'est constitué le droit de la consommation.* — La brusque montée d'une législation protectrice des consommateurs a été, en tous pays, un des phénomènes juridiques les plus voyants des années 70 (cf. *Travaux de l'Association Capitant*, 1973 ; *R.I.D.C.*, 82, 507-1113). En France, le mouvement s'est traduit par une série de lois : l. 22 déc. 1972 sur le démarchage et la vente à domicile ; et surtout les deux l. 10 janv. 1978, les deux grandes lois *Scrivener*, 78-22 dans le domaine des opérations de crédit, 78-23 sur les produits et services ; par la suite, la l. 13 juill. 1979 sur les emprunts dans le domaine immobilier ; la loi *Neiertz* 89-1010 du 31 déc. 1989, sur le surendettement... Il existait entre tous ces textes assez de cohérence pour que l'on pût parler d'un *droit de la consommation* en train de se constituer (cf. Bihl, *Vers un droit de la consommation*, *G.P.*, 74, *Doctr.*, 2, 754 ; Baumann, *Droit de la consommation*, 1977 ; Calais-

Auloy et Steinmetz, *Droit de la consommation*, 1996 ; Cas et Ferrier, *Traité de droit de la consommation*, 1986) — droit des rapports entre professionnels et non-professionnels, distinct à la fois du droit civil et du droit commercial des contrats, et animé par une finalité propre, la *protection* d'une poussière d'individus non producteurs, non plus la stimulation objective de l'économie (Malinvaud, *La protection du consommateur*, D. 81, chr. 49 ; Pizzio, *L'introduction de la notion du consommateur en droit français*, D. 82, chr. 95 ; V. Wester-Ouisse, *J.C.P.*, 99, 1, 176 (la notion en jurisprudence pénale). Ce droit de la consommation était campé parfois en rival du droit classique des contrats, comme s'il était appelé à le supplanter (cf. Bihl, *loc. cit.*). Mais d'autres contestaient qu'il eût une autonomie réelle (cf. Berlioz, *J.C.P.*, 79, 1, 2954) ; faisant observer qu'il n'avait pas innové radicalement, qu'il avait plutôt développé (en les exagérant peut-être) des mécanismes (par exemple la sanction des vices du consentement ou de l'ordre public) qui étaient déjà contenus dans le droit du C.C. (cf. Rouhette, « *Droit de la consommation* » et théorie générale des contrats, *Etudes Rodière*, 1981, 247 s.). Certains n'ont voulu voir dans le mouvement « consumériste » — fût-il renforcé d'une alliance intermittente avec l'écologie, elle n'est pas, elle non plus, « productiviste » — rien qu'un épiphénomène ou, si l'on veut, un effet superstructurel de la société de consommation. Mais celle-ci même est-elle plus qu'un épisode dans l'évolution économique du monde occidental (cf. Herpin, *A.S.*, 93, 311) ? L'accent pourra revenir, un beau matin, de la consommation vers la production ; les économistes de l'offre l'emporteront sur ceux de la demande ; et la protection des acheteurs et usagers sera cherchée non plus dans un contrôle problématique de la *qualité*, mais dans l'abaissement plus aisément tangible des *prix* — lui-même obtenu par la liberté réelle de la concurrence. Ainsi vaticinaient les intellectuels. Sans attendre, cependant, le droit de la consommation s'était installé sur une position forte : un secrétariat d'Etat à défaut de ministère, une organisation, du personnel, l'appui de *lobbies* — et bientôt un Code, même hâtif.

2) *Le Code de la consommation.* — Il est arrivé sans crier gare, promulgué dans une loi 93-949 du 26 juillet 1993. On espérait une œuvre scientifique, celle qui avait été préparée sous la direction du P<sup>r</sup> Calais-Auloy. Ce qui est venu est un travail administratif de compilation. Malgré un effort de présentation (*sommaire* en tête, *table de concordance* à la fin), ce n'est que la reprise, sans innover, de tout ce qui avait été promulgué antérieurement. D'où, chez les premiers commentateurs, une impression non dissimulée de déception (v. Beauchard, *Hommage Cornu*, 1994, 9 ; Bureau, D. 94, chr. 291 ; cf. plus généralement, sur la protection illusoire promise au consommateur, A. Bateur, D. 96, chr. 82). Il n'empêche que, par la promulgation immédiate de son Code, bien ou mal ficelé, le droit de la consommation a réalisé politiquement un coup de maître. Il s'est constitué en corps autonome de droit.

Ce qui devrait déjà entraîner des conséquences pratiques. Il s'est fait reconnaître — parlementairement — comme affaire de spécialistes, une matière dont les modifications, les extensions surtout, se régleront entre fidèles sans passage préalable sous les projecteurs du droit commun. Les textes produits doivent cesser d'être traités comme des textes quelconques, d'une normativité banale, comparable à celle du droit civil des obligations, même si, plus jeunes, plus progressistes, ils sont aptes à lui donner des leçons (ce fut la première vision des rapports entre les deux droits ; ex. J. Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, *R.T.*, 94, 239) ; en réalité, c'est un système différent de droit qui se dresse, en conflit avec le système

civiliste — conflit à résoudre, comme d'autres, suivant une norme de conflit, et celle-ci reste à déterminer (ex. A. Karimi, *J.C.P.*, 96, 1, 3918), d'après quelle rationalité supérieure, on ne sait. Les notions qui doivent servir de critère (v. surtout l'a. L. 132-1), professionnel et non professionnel, ont des replis contentieux. A quoi s'ajoute le fait que le système « consumériste » opérant en cheville claire-obscur avec le droit communautaire vient à nous porter des reflets du semi-extranéité (est-on assuré, du reste, que la Cour de justice de Luxembourg n'exercera pas un droit de suite et de poursuite sur les articles de ses directives reconnaissables à travers le Code de la consommation ?). L'événement de 1993, c'est qu'au flanc de notre système civil d'obligations a été accroché un système *autopoïétique* (les normes engendrent des normes) dont on ignore comment il pourra être maîtrisé.

## Chapitre préliminaire

### LA NOTION D'OBLIGATION

*L'obligation (dette, engagement, ces mots sont synonymes suivant le vocabulaire du C.C.) a déjà été rencontrée et décrite dans l'opposition du droit personnel et du droit réel, car elle n'est elle-même que la face passive du droit personnel ou droit de créance (v. t. III, n° 38). Ici, elle sera considérée d'une manière principale : dans sa nature et ses classifications.*

#### [7] 1 / Nature de l'obligation

Dans sa notion la plus dépouillée, l'obligation apparaît comme un lien de droit existant spécialement entre deux personnes, en vertu duquel l'une *doit* faire quelque chose pour l'autre. Le verbe *devoir* est au cœur de la notion (un verbe qui est plus facilement senti que défini). Mais, humainement, *devoir* ne suppose-t-il pas *pouvoir* ? Il n'y a, au ras du droit, d'obligation que dans le possible. Le *devoir* et le *possible* sont les deux faces de l'obligation.

#### 1 | LE DEVOIR

Dans toute obligation, il y a un *devoir* ; mais tout *devoir* n'est pas une obligation. Pour être, au sens technique, une obligation, il faut que le *devoir* soit un lien *de droit*, ce qui implique la *sanction étatique*, et qu'il lie spécialement une personne à une *autre*, ce qui postule *l'existence d'un créancier* déterminé.

► *La sanction étatique*

C'est elle qui fait la différence entre les devoirs de bienséance, de morale ou de religion, d'une part (cf. Introduction, n° 16), et, d'autre part, les obligations juridiques. Non point que les deux domaines soient absolument séparés. En particulier, beaucoup de devoirs moraux sont en même temps des obligations juridiques (ex. celui qui, par sa faute, a causé un dommage à autrui est tenu, à la fois en conscience et devant la loi, de le réparer). Mais il est des devoirs moraux qui ne sont que cela (ainsi, la plupart des devoirs de charité) : bien qu'ils ne soient pas toujours dépourvus d'une certaine sanction extérieure (la réprobation du milieu social), ils manquent de cette sanction spécifique qui vient de la puissance publique. Aussi les qualifie-t-on parfois d'*obligations imparfaites*.

L'obligation juridique est celle qui produit un effet garanti par l'Etat et par ses tribunaux. Cet effet, cependant, n'est pas toujours complet, et il convient ici de distinguer entre *obligation civile* et *obligation naturelle*. L'une et l'autre sont des obligations juridiques, produisent des effets de droit, mais bien moindres quant à l'obligation naturelle, obligation dépourvue d'action en justice (a. 1235, al. 2).

a) *Notion de l'obligation naturelle*. — Le C.C. n'a pas énuméré les obligations naturelles, et l'on ne saurait en donner une liste close. Puisqu'elles ont leur demeure entre l'obligation civile et le devoir purement moral, il est plausible d'aller à leur recherche des deux côtés à la fois. Ce qui a permis de découvrir deux catégories d'obligations naturelles, et il faut en ajouter peut-être une troisième. De chacune, il ne sera question que par voie d'exemples.

1° *Obligations civiles dégénérées ou manquées*. — Certaines obligations civiles qui n'ont plus, ou qui n'ont pas, assez de force pour vivre comme telles subsistent à l'état d'obligations naturelles.

Le cas le plus typique d'*obligation civile dégénérée* est celui de la dette éteinte par prescription. Elle n'est qu'imparfaitement éteinte : le débiteur reste libre de ne pas profiter de la prescription et, s'il paie en connaissance de cause, il n'y a point lieu à répétition de l'indu.

On parle d'*obligation civile manquée* à propos d'obligations annuées pour une incapacité qui a un caractère artificiel (ex. mineur proche de la majorité, majeur en tutelle ayant contracté dans un intervalle lucide). Si le débiteur devenu capable, ou son héritier, paie volontairement cette dette, le paiement est valable.

2° *Devoirs de conscience transformés en obligations naturelles*. — Il arrive à la jurisprudence de traiter l'accomplissement d'un devoir de conscience, d'un devoir moral, comme l'acquittement d'une obligation naturelle.

C'est sous cette forme (refus de l'action, absence de la répétition de l'indu) qu'ont quelquefois été consacrés par les tribunaux des devoirs de famille, des *devoirs alimentaires*, que le C.C. n'avait pas pris en considération (ex. entre frères et sœurs).

Ce peut être pareillement une obligation naturelle que de réparer un dommage que l'on a causé à autrui dans des conditions qui excluaient l'existence d'une responsabilité juridique, ou de restituer l'enrichissement que l'on a reçu d'autrui dans des conditions qui excluaient l'action de *in rem verso*.

3° *Dettes d'honneur*. — Il résulte, par ex., des a. 1965 et 1967 que, dans le contrat de *jeu*, le gagnant ne peut réclamer en justice l'exécution de sa créance, mais que, si le perdant a volontairement payé, le paiement est définitif. Ce mécanisme évoque l'a. 1235, al. 2. Toutefois, la morale n'ayant que faire dans les jeux, mais seulement l'honneur mondain, c'est d'une obligation de convenance, non de conscience qu'il peut s'agir. Encore cette analyse est-elle discutée. Des auteurs considèrent plutôt que le jeu, étant illicite, ne peut donner lieu à aucune obligation, fût-ce naturelle, et que, si la répétition est déniée par l'a. 1967, c'est en raison de la maxime *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* (*infra*, n° 110).

b) *Effets de l'obligation naturelle*. — L'obligation naturelle a une véritable existence *juridique* : elle est susceptible de *paiement*, peut-être aussi de *novation*.

1° *Paiement*. — PREMIÈRE PROPOSITION : *Le paiement de l'obligation naturelle ne peut être exigé du débiteur par une action en justice*. Tandis que tout droit, en principe, est muni d'action (cf. Introduction, n° 187), le droit du créancier de l'obligation naturelle est un droit démuné d'action.

— DEUXIÈME PROPOSITION : *si le débiteur a payé volontairement, le paiement est juridiquement efficace*. Cela signifie :

Que la répétition de l'indu est impossible (a. 1235, al. 2) : il n'y a pas indu (ce qui a été payé était dû, quoique non civilement).

Que le paiement ne constitue pas une donation. Sans doute, l'obligation naturelle n'était pas représentée par une expression pécuniaire dans le patrimoine du créancier, de sorte que le paiement, quand il intervient, paraît se traduire par l'entrée gratuite d'une valeur dans ce patrimoine. Mais c'est du côté du débiteur que

manque l'esprit de gratuité caractérisant les donations : il a l'intention de se libérer (d'une dette préexistante), non pas l'intention libérale. Le paiement d'une obligation naturelle ne peut donc être soumis au régime des donations (même indirectes).

2° *Passage à l'obligation civile.* — Si le débiteur d'une obligation naturelle prend l'engagement de la payer (en principe par écrit, mais les tempéraments des a. 1347-1348 sont ici applicables), il la transforme en obligation civile et, à partir de là, le créancier aura contre lui une action en justice. Il y a, non pas novation au sens technique (v. *infra*, n° 348), mais création (par acte unilatéral) d'une obligation civile, qui a pour cause l'ancienne obligation naturelle. La jurisprudence s'était fréquemment appuyée sur le mécanisme novatoire (avant les l. 15 juill. 1955 et 3 janv. 1972) pour donner un effet civil aux promesses d'entretien faites par le père de l'enfant adultérin (cf. a. 342-3, al. 1, *in fine*).

### ► *L'existence d'un créancier*

Il convient de se prémunir contre un emploi vague du mot obligation. Certains devoirs peuvent être regardés comme des devoirs juridiques, parce que leur inobservation est sanctionnée par l'Etat et ses tribunaux, mais ils ne constituent pas des obligations au sens technique, des rapports de débiteur à créancier, faute d'un créancier qui ait le droit d'en exiger l'exécution. Cela se voit dans deux séries d'hypothèses :

1° *Actes et formalités obligatoires.* — La loi impose souvent d'accomplir un acte ou une formalité, ou de l'accomplir dans un certain délai, sous peine de ne pas acquérir un droit, ou d'encourir une déchéance. De là semble résulter une obligation *lato sensu* à la charge de la personne intéressée : ex. la demande de garantie pour vices rédhibitoires *doit* être intentée par l'acheteur dans un bref délai (a. 1648) ; pour que les offres réelles soient valables, il *faut*, etc. (a. 1258). A cette obligation paraît même correspondre un droit, en ce sens que la partie adverse pourra se prévaloir de ce que la déchéance a été encourue, de ce que le droit n'a pas été acquis. Mais il n'y a là aucune créance : la partie ne pourrait exiger en justice l'accomplissement des actes en question (ex. le vendeur ne pourrait réclamer l'introduction de la demande de garantie, etc.). On est en présence, si l'on veut, d'une obligation (*lato sensu*), nullement d'un rapport d'obligation.

2° *Devoirs absolus.* — La loi impose à chaque homme des devoirs envers tous ses semblables. Ex. les parents ont le devoir de surveiller l'enfant mineur qui habite avec eux : l'automobiliste le devoir de rouler à droite : le passant le devoir de ne pas pénétrer dans la propriété d'autrui, etc. Ces devoirs sont établis dans l'intérêt de tous ou, du moins, dans un intérêt indéterminé. Si l'un d'eux est violé et qu'il en découle un dommage pour une personne, une obligation véritable naît, avec un créancier : l'obligation de réparer le dommage. Mais, en attendant (malgré l'impropriété fréquente du langage courant), il n'y a pas techniquement d'obligation, de rapport d'obligation, personne — parmi les victimes éventuelles — ne pouvant se détacher d'avance pour prétendre à un droit de créance et en réclamer l'exécution.

## 2 | LE POSSIBLE

Il n'y a d'obligation juridique qu'autant que le devoir est possible. Une maxime du droit dit qu'à *l'impossible nul n'est tenu* (*impossibile nulla obligatio*). C'est plus qu'une simple excuse : c'est une *exclusion* de l'obligation ; mais il faut que l'impossibilité réponde à une certaine *notion*.

a) *Exclusion de l'obligation par l'impossibilité de l'accomplir.* — Il n'y a pas, dans le C.C., de théorie générale, mais plusieurs règles procédant d'une idée commune. Suivant le *moment* où elle se manifeste, l'impossibilité empêche l'obligation de naître ou éteint l'obligation déjà née.

1° *Impossibilité préexistante* : l'obligation ne naîtra pas (un acte juridique est nul quand il a un objet impossible, cf. *infra*, n° 55, ou s'il est affecté d'une condition impossible ; a. 900, 1172 ; cf. *infra*, n° 135).

2° *Impossibilité survenant après coup* : l'obligation est éteinte. Cela peut s'entendre de deux manières. Directement, d'abord : l'obligation impossible ne pourra être exécutée (a. 1302, pour un cas particulier, la perte de la chose due) ; ce qui ne paraît être qu'une constatation de la réalité. Mais aussi indirectement : l'inexécution de l'obligation impossible ne constituera pas une faute, ne donnera lieu à aucune responsabilité. C'est la théorie de la force majeure (ou du cas fortuit), l'aspect le plus pratique du principe qu'il n'y a d'obligation juridique que du possible. La force majeure est libératoire pour le débiteur contractuel, c'est une cause étrangère qui ne peut lui être imputée (a. 1137, cf. *infra*, n° 162) ; exonératoire pour celui qui, en dehors d'un contrat, a causé un dommage à autrui (cf. *infra*, n° 214). Et pourquoi ? parce que le débiteur n'a pas pu exécuter le contrat (ex. des bandits se sont emparés des choses qu'il devait livrer) ; parce que l'auteur du fait dommageable n'a *pas pu* empêcher le dommage (ex. le navire abordeur a été jeté par la tempête sur l'abordé).

b) *Notion de l'impossibilité qui exclut l'obligation.* — Le droit se montre, dans l'ensemble, plutôt exigeant pour en reconnaître l'existence.

1° L'impossibilité doit être *insurmontable*. L'extrême difficulté de faire son devoir n'en dispense pas ; il n'est pas contradictoire à l'essence de l'obligation d'être lourde, onéreuse, écrasante, tant qu'elle n'est pas radicalement impossible.

2° L'impossibilité doit être *objective*. Une obligation qui est en soi possible ne cesse pas de l'être parce qu'elle se trouve dépasser les forces de l'individu obligé. Chacun supporte le risque d'être faible. Tel est du moins le principe (on se demande, pourtant, si la faute, donc l'obligation ne devraient pas, quelquefois, s'apprécier *in concreto* ; c'est-à-dire se mesurer sur ce que pouvait subjectivement l'individu).

## [8] ÉTAT DES QUESTIONS

### I. — NATURE DE L'OBLIGATION

a) *L'obligation en général.* — C'est surtout en pensant à l'*exécution* que les sociologues s'y sont intéressés (cf. *infra*, n° 265). — Sur le *concept technique de l'obligation*, on

peut faire l'observation que l'usage moderne l'applique à trop de choses et, par là, le déforme. Il est une foule d'actions qu'il faut accomplir si l'on veut obtenir ou, à l'inverse, éviter un certain résultat. Il n'y a pas là, pour autant, des rapports d'obligation techniquement constitués, avec débiteur et créancier. Le *falloir* est plus vaste que le *devoir*, le *devoir* plus vaste que l'*obligation*. Pothier (*Obligations*, n° 1), Demolombe (XXIV, n° 4 s.) marquaient la distinction. — Se rappeler que l'obligation tend souvent, de nos jours, à devenir un rapport de droit triangulaire : le créancier, le débiteur et l'*Etat* (maître de la monnaie, quelquefois des prix, de beaucoup de forces majeures). L'*Etat*, en attendant après le 1<sup>er</sup> janvier 2002 la Banque centrale européenne (B.C.E., à Francfort).

b) *La pratique des engagements non juridiques*. — Elle se rencontre à des hauteurs différentes. Entre parents ou amis, on peut répugner à donner force de droit, débouchant sur des actions en justice, à des promesses que l'on échange en privé (cf. ce qu'écrivait Pothier, *Obligations*, n° 3, du père qui promet à son fils, étudiant en droit, un voyage de vacances, en cas qu'il emploie bien son temps). Si la promesse dépasse le cercle des intimes, c'est d'engagement d'honneur que l'on parlera (ex. *R.T.*, 58, 105), *pudoris et aequitatis vinculum*, dit encore Pothier (n° 375 s.) : celui qui le viole sera déshonoré dans son milieu social, mais il n'encourt pas de responsabilité juridique (v. Lefebvre, *L'honneur*, Th. Poitiers, 1947 ; Ammar, *L'engagement d'honneur*, Th. Paris I, 1990 ; Beignier, *L'honneur et le droit*, 1994 ; cf. en psychosociologie, M. Gautheron et al., *L'honneur, image de soi ou don de soi*, 1992). Il arrivera que des tribunaux soient amenés à accorder certains effets à des engagements de cette sorte (ex. *Civ.*<sup>2</sup>, 27 nov. 1985, *R.T.*, 86, 749, n. J. Mestre), ou même à reconnaître comme un droit la volonté de rester en dehors du droit (ex. *Com.*, 8 déc. 1987, *R.T.*, 88, 522). C'est surtout le grand capital qui affectionne les combinaisons non juridiques (cf. *L'hypothèse du non-droit*, Fac. droit Liège, 1978, spéc. rapport Pevtchin et Kahn ; Oppetit, *L'engagement d'honneur*, D. 79, chr. 107). Les multinationales se donnent des « codes de bonne conduite », dont elles n'abandonnent pas le contrôle aux Etats. En France, les banques ont répandu, sous des noms divers (lettre d'intention, lettre de confort), la pratique d'un cautionnement purement moral, néanmoins très efficace entre sociétés de réputation indiscutée : la caution ne s'engage qu'à prodiguer de bons conseils de prudence en cours d'obligation et d'exhortations à payer le jour de l'échéance. Se placer sous le droit coûterait cher et ne serait pas plus efficace, outre qu'un procès peut toujours faire une contre-publicité. Ces sociétés recourent, d'ailleurs, le plus souvent à l'arbitrage pour régler leurs différends, avec une clause d'amiable composition (a. 1474, C. Pr. C.), d'où les arbitres tirent le pouvoir de décider autrement que d'après les règles de droit : en équité, en morale. Il se peut, au demeurant, que la pratique des lettres d'intention, en se développant, ait fini par créer un usage bancaire sur le fondement duquel des effets juridiques pourraient être reconnus à l'engagement : ex. *Com.*, 21 déc. 1987, *D.*, 89, 112 ; *Com.*, 19 mars 1991, *D.*, 91, *I.R.* 163 ; *Com.* 8 nov. 1994, *Petites Affiches*, 29 sept. 1995 ; cf. Najjar, *D.*, 89, chr. 217.

c) *Le possible*. — Les différentes théories qui se relient à cette idée seront étudiées distinctement. Il y a entre elles beaucoup de nuances. L'inspiration, cependant, est commune (cf. Demogue, VI, n° 530 s.), et il est bon de la marquer — comme on a marqué, ailleurs, les effets de la nécessité (cf. t. III, n° 129) — afin d'éviter, dans la conception de l'obligation, les tentations du sublime : le droit n'est fait ni pour les héros ni pour les saints, mais pour les hommes médiocres que nous sommes. La

maxime « A l'impossible nul n'est tenu » ne serait point à sa place au fronton d'un lycée, mais elle a sa place au Digeste (50, 17, 185). Cette séparation étant faite, il est permis de trouver que notre droit manque d'indulgence dans l'appréciation de l'impossibilité. Le reproche atteint surtout notre théorie de la force majeure (cf. *infra*, n° 166). On peut répondre, il est vrai, que cette sévérité est venue par l'expérience de la malice humaine : la difficulté de payer n'est pas toujours due à la volonté de ne pas payer mais c'est un fait que la volonté de ne pas payer fait toujours surgir la difficulté de payer. D'où la règle : que la difficulté, si grande qu'elle soit, n'exclut pas l'obligation. Comme tant de règles du droit, à une utilité globale elle sacrifie la justice dans des cas particuliers. On remarquera que le législateur n'aime guère reconnaître que tout n'est pas possible au droit (ce qui est une différence avec Dieu, Matthieu, 19:26). Ex. d'aveu, cependant : a. 270 (« autant qu'il est possible »). Les Anglais disent : raisonnablement, nous : en tant que de raison (ex. a. 815-6).

## II. — OBLIGATION NATURELLE

B.G. — J.-J. Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, Th. Toulouse, 1955, n° 317 s. ; Michelle Gobert, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Th. Paris, 1956 ; Rotondi, *R.T.*, 79, 1.

## HISTOIRE

Suivant l'interprétation classique (contestée par Cornioley, *Naturalis obligatio*, Th. Genève, 1964), l'*obligatio naturalis* aurait été imaginée à Rome pour atténuer le principe que l'esclave, n'ayant pas de personnalité juridique, ne pouvait s'obliger par ses contrats selon le droit civil : il le pouvait selon le droit naturel, en ce sens qu'après son affranchissement il était tenu d'une obligation naturelle, dont le paiement était valable et n'était pas traité comme donation. Une autre source, proprement romaine, tenait au principe du formalisme : le seul consentement ne pouvait faire naître d'obligation civile, mais il faisait naître une obligation naturelle. La notion fut étendue à bien d'autres cas, mais sans construction systématique. On rencontrait aussi nos hypothèses modernes (obligations civiles dégénérées ; devoirs moraux, fondés sur une idée de réciprocité et de reconnaissance [*pietas*]). La notion, cependant, était moins illimitée que chez nous, si les effets en étaient plutôt plus étendus (ex. compensation en certains cas). Pour l'Ancien Droit on a opposé à la conception de Domat (part. 1, liv. 1, tit. 1, sect. 5, n° 9), plus technique, et qui a peut-être inspiré le C.C. (v. cep. l'ancien a. 349, où l'obligation naturelle désignait un devoir de *pietas*), celle de Pothier (*Obl.*, n° 173, 191), plus moralisante (l'obligation qui oblige dans le for de l'honneur et de la conscience).

## SOCIOLOGIE

Phénomène de mauvaise (ou de bonne) conscience. Plusieurs types à étudier : le débiteur qui n'acquiesce pas l'obligation naturelle (ni ne promet de l'acquiescer) ; celui qui l'acquiesce et ne s'en repent point ; celui qui l'acquiesce (ou promet de l'acquiescer) et s'en repent. La jurisprudence ne nous fait connaître que la troisième catégorie, ce qui fausse nos perspectives.



## THÉORIE JURIDIQUE

a) *Fondement de l'obligation naturelle*. — Les Exégètes s'étaient partagés entre une *conception technique* (d'ailleurs restrictive quant aux cas), n'admettant guère comme obligations naturelles que des obligations civiles dégénérées ou manquées (ex. Baudry-Lacantinerie-Barde, II, n° 1656), et une *conception moralisante*, acceptant de placer certains devoirs moraux sous la protection de l'a. 1235, al. 2 (Demolombe, XXIV, n° 7). Le B.G.B. (§ 814) et le C.O. (a. 63), par leurs références expresses au devoir moral, devaient imprimer un nouvel élan à la seconde thèse. Mais c'est la *Règle morale* de Ripert (n° 186 s.) qui a rendu familière l'idée que l'obligation naturelle est un devoir moral montant à la vie juridique. Conception éminemment subjectiviste : pas de liste *a priori* des obligations naturelles ; mais, dans chaque cas, un paiement ayant eu lieu, les tribunaux rechercheront si, en conscience, le *solvens* pouvait se croire tenu de le faire. Dans le même mouvement moraliste, mais avec des conséquences très différentes, il a été soutenu (Savatier, *Des effets et des sanctions du devoir moral*, Th. Poitiers, 1916) que, tout devoir moral devant être une obligation civile, l'obligation naturelle peut être tout le contraire d'un devoir moral : une obligation à laquelle le droit civil a, par hostilité, et souvent parce qu'elle est illicite (ex. dette de jeu), retiré l'appui de l'exécution forcée. Bien que l'appellation même y fût une invitation, il ne semble pas que l'on se soit demandé si l'obligation naturelle n'était pas l'obligation selon le droit naturel plutôt que selon la règle morale, ce qui eût amené à creuser la différence entre les deux notions (le droit naturel est plus étroit, et ne paraît pas pouvoir inclure des devoirs de charité, donc des libéralités).

Peut-être serait-ce ici le lieu d'introduire, en la modifiant, la théorie de l'Italien Oppo (*Adempimento e liberalità*, 1947), selon qui le droit positif, dans l'obligation naturelle, prendrait en considération des règles appartenant à un autre ordre normatif que le sien, sans pour autant les traiter comme règles juridiques. Ne pourrait-on soutenir que cet ordre normatif est un droit naturel disparu avec l'état de nature ? plus historiquement, un droit archaïque refoulé par notre civilisation juridique (ainsi, par la disparition de la famille étendue, de la *gens*, si l'on songe à la créance naturelle des frères et sœurs) ? A moins que, plaçant le droit naturel devant nous plutôt que derrière, nous ne préférions définir l'obligation naturelle comme obligation selon la loi du siècle à venir, et supposer que les tribunaux entendent traiter le *solvens* comme un ami du progrès à qui il serait interdit de vieillir.

b) *Mécanisme de l'obligation naturelle*. — L'explication la plus classique est procédurale : créance civile = droit + action, créance naturelle = droit – action. Mais l'explication n'est pas suffisante, car il y a des droits démunis d'action qui ne répondent pas, pour autant, à des obligations naturelles (ex. grosses réparations à la charge du nu-propriétaire, t. III, n° 100 ; primes d'assurances sur la vie, a. L. 132-20 C. Ass.). On dit aujourd'hui : la sanction n'étant pas de l'essence du droit, il n'est pas irrationnel qu'un créancier ait un droit sans pouvoir de contrainte ; l'obligation naturelle serait une illustration de la différence entre *Schuld* et *Haftung* (v. Dupeyroux, *op. cit.*, n° 344 s. ; cf. *infra*, n° 313).

Beaucoup d'auteurs modernes ont mis l'accent sur le caractère de spontanéité qu'implique l'a. 1235, al. 2. L'obligation naturelle, a-t-on dit, est une « obligation civile dans les limbes, qui attend sa délivrance d'un acte du débiteur lui-même » ; et de préci-

ser : une obligation civile, sous condition purement potestative de la part du débiteur (Bonnecase, *Supplément*, V, n° 144 s.). Cet acte du débiteur, quoique matérialisé dans le fait de l'exécution, semble pouvoir être analysé comme un acte juridique ; ce serait un cas de plus où l'acte juridique unilatéral peut produire des effets de droit (Cl. Thomas, *Essai sur les obligations naturelles en droit privé français*, Th. Montpellier, 1932 ; Gobert, *op. cit.*, p. 151 s.).

c) *Distinction entre l'exécution de l'obligation naturelle et la donation*. — V. J.-J. Dupeyroux, *op. cit.*, n° 317 s. et Com. 11 févr. 1992, *Bull.*, n° 67. L'a. 2225, que l'on peut généraliser, bien qu'il ne soit relatif qu'aux dettes prescrites, paraît atténuer la distinction (v. Cendrier, *Des effets de l'obligation naturelle à l'encontre des créanciers civils*, Th. Rennes, 1932). Il permet aux créanciers civils de s'opposer à ce que leur débiteur acquitte une obligation naturelle avant de les avoir eux-mêmes payés. Cette préférence accordée aux créanciers civils sur les créanciers naturels suggère l'idée que l'acquittement d'une obligation naturelle est un acte gratuit, proche de la donation, auquel un débiteur ne doit pas avoir le droit de procéder s'il n'est pas en mesure de faire face à son passif d'obligations civiles (*nemo liberalis nisi liberatus*). Mais v. Dupeyroux, *op. cit.*, n° 342.

d) *Promesses d'exécuter l'obligation naturelle*. — Ex. Civ., 14 janv. 1952, D. 52, 177 ; Civ.<sup>1</sup>, 24 juin 1971, *Bull.*, n° 234 ; Civ.<sup>1</sup>, 14 févr. 1978, *Bull.*, n° 59. Il a longtemps été classique d'y voir une novation (par changement de nature ?) ; *contra*, Ripert, *Règle morale*, n° 191. L'objection est qu'il n'y a ici rien à éteindre, puisque l'obligation naturelle ne pouvait être ramenée à exécution. La Cour de cassation a expressément récusé la qualification de novation, Civ.<sup>1</sup> 10 oct. 1995, D. 97, 155, n. G. Pignarre et Molfessis, D. 97, chr. 85. Alors que la novation supposerait une convention, c'est d'un engagement unilatéral qu'il s'agit ici, transformant directement l'obligation naturelle en obligation civile. D'autres analyses avaient été suggérées dans la doctrine moderne : on parlait tantôt de confirmation (Planiol-Radouant, n° 993), tantôt d'acte attributif d'efficacité (ce serait l'acte d'*accertamento* du droit italien, plus qu'un acte purement déclaratif, Dupeyroux, *op. cit.*, n° 373, qui compare la promesse d'exécution à une constitution de sûreté).

## POLITIQUE LÉGISLATIVE

La doctrine du XX<sup>e</sup> s. s'est enchantée de l'obligation naturelle, image d'un droit dépourvu de sanction comme il y en eut au Paradis. L'importance pratique est-elle à proportion de l'intérêt théorique ? Le rôle de l'obligation naturelle, a-t-on pu écrire (Gobert, *op. cit.*, p. 87 s.), est de troubler l'ordre juridique positif. Est-ce, pour autant, un instrument d'évolution (sinon de révolution) ? On peut lui attribuer le mérite d'avoir frayé la voie aux réformes du droit de la filiation (1912, 1955, 1972) qui avaient été, en effet, précédées d'une phase jurisprudentielle où le devoir alimentaire du père naturel ou adultérin était reconnu sous forme d'obligation naturelle. L'a. 1235, al. 2, a d'ailleurs continué à se manifester sur d'autres points du droit de la famille, en corrigeant sporadiquement certaines rigidités ou impuissances de la loi positive : ainsi, entre enfants et parents (Civ.<sup>1</sup> 30 juin 1976, D. 78, 488 ; Civ.<sup>1</sup> 5 avr. 1993, D. 93, *I.R.*, 132) ; entre époux (Civ.<sup>2</sup> 9 mai 1988, D. 89, 289) ou ex-époux (Civ.<sup>2</sup> 25 janv. 1984, D. 84, 442, *J.C.P.*, 86, 2, 20540 ; Civ.<sup>2</sup> 27 nov. 1985, *R.T.*, 86, 749) ; entre concubins (Civ.<sup>1</sup>

6 oct. 1959, D. 60, 515); voire en faveur des parents de la compagne (Civ.<sup>1</sup> 18 juill. 1995, *Petites Affiches*, 21 juill. 1997, s'ils étaient malades, sans ressources...). Cependant, quand il s'agit de redresser des injustices sociales, il ne faut guère compter sur l'obligation naturelle : entre étrangers les mouvements du cœur sont rares, et la loi impérative est plus efficace.

## [10] 2 / Classifications des obligations

Les obligations, même à ne parler que des juridiques, sont fort diverses. On peut les classer d'après leur *objet* ou d'après leur *source*.

### 1 | CLASSIFICATION DES OBLIGATIONS D'APRÈS L'OBJET

Le C.C. a distingué trois objets de l'obligation : donner (c'est-à-dire transmettre la propriété, *dare*, et non pas consentir à une donation, *donare*), faire ou ne pas faire (a. 1101, 1126). Il a attaché une si grande importance à cette conception de l'objet qu'il en a fait la base de sa réglementation des effets de l'obligation (a. 1136-1145), où il oppose en deux groupes l'obligation de donner à l'obligation de faire ou de ne pas faire. Mais, quoique l'opposition se justifie par des différences de régime (ex. a. 1142), une synthèse est concevable : le concept de prestation, venu du droit romain (*praestare*), peut recouvrir les trois termes. Ou bien, si l'on préfère rester dans l'énumération du C.C., les trois termes peuvent se ramener à un seul, qui est faire (ne pas faire, c'est encore faire). Ce qu'il y a d'essentiel dans l'objet de l'obligation, c'est l'activité, le service, l'effort à la fois corporel et mental du débiteur.

Il est, cependant, une autre manière de distinguer les obligations par leur objet. C'est de mettre à part l'*obligation de somme d'argent* ou *obligation monétaire*, en l'opposant à toutes les autres obligations ou *obligations en nature*, comme à l'économie en nature s'oppose l'économie monétaire. Au plan de l'exécution (a. 1405 et 1425-1 C. Pr. C.), deux procédures distinctes répondent à la distinction de fond : l'injonction de payer (une somme d'argent) et l'injonction de faire (pour toutes les exécutions en nature).

### ► *Les obligations en nature*

Elles ont pour caractéristique d'être insensibles aux variations monétaires ; d'où la conséquence capitale que le créancier n'est pas exposé au risque de la dépréciation de la monnaie. Il en est différentes espèces.

a) *Les obligations de donner* (à l'exception des obligations de donner de l'argent). Outre le sens vague du langage quotidien (ex. donner congé), le verbe *donner a*, en droit français, deux sens techniques à ne pas confondre : faire une donation (*donare*, a. 894) et faire une dation (*dare*), ce qui signifie, comme en droit romain, transférer la propriété d'une chose, constituer un droit réel. Les obligations de donner sont des obligations de *dare*.

1° *Obligations de donner des corps certains, des biens individualisés*. — Ces obligations ne peuvent exister qu'en théorie et le temps d'un éclair, puisque, selon l'a. 1138 (cf. t. III, n<sup>os</sup> 107 s.), dès qu'elles sont nées, elles sont exécutées. Tout ce qui peut subsister, c'est une obligation de livrer la chose, d'en transférer la possession (a. 1127, 1604), qui est une obligation de faire (cf. *infra*, n<sup>o</sup> 372).

2° *Obligations de donner des choses de genre* (autres que la monnaie). — Cette sorte d'obligations, à la différence de la précédente, se rencontre couramment dans la pratique (surtout en matière mobilière), parce que le contrat, par lui-même, ne pouvant transférer la propriété de biens non individualisés, l'obligation de *dare* persiste jusqu'à l'individualisation.

b) *Les obligations de faire ou de ne pas faire*. — Deux traits les marquent : elles sont toujours mobilières, quand bien même elles sembleraient se matérialiser dans des immeubles (ex. engagement de construire une maison, cf. L. 222-1 C.C.H.) ; elles sont insusceptibles d'exécution forcée directe (a. 1142 ; v. *infra*, n<sup>o</sup> 372).

1° *Obligations de faire* (prestations personnelles). — La catégorie est extrêmement vaste : exécuter un travail, mener une négociation, conserver une chose, etc. ;

2° *Obligations de ne pas faire* (prestations négatives). — Ex. engagement de non-concurrence pris par un employé pour le jour où il quittera l'entreprise. Une variété particulière en est l'obligation de supporter (*ad patiendum*), obligation en forme d'autorisation (ex. une personne s'engage à souffrir le bruit excessif venant d'un atelier voisin, c'est-à-dire à ne pas réclamer de dommages-intérêts pour inconvénients anormaux de voisinage, cf. t. III, a. 168).

► *L'obligation monétaire*

Elle a une extrême importance pratique. L'obligation par excellence, celle qui est la base du crédit, est l'obligation de somme d'argent.

a) *Nature particulière.* — A première vue, ce n'est que l'obligation de transférer la propriété d'une certaine quantité d'instruments monétaires, donc une obligation de donner des choses de genre. Mais les instruments monétaires ne sont pas des choses de genre comme les autres : ils n'ont de sens que par les unités idéales qu'ils représentent, et ne peuvent être regardés comme des marchandises. De son objet, l'obligation de somme d'argent tire une nature toute particulière : obligation de fournir des signes émis par l'Etat, elle est, en dernière analyse, l'obligation de substituer l'Etat à soi-même (de déléguer l'Etat, au sens de l'a. 1276) pour la satisfaction du créancier.

b) *Régime particulier.* — Ce régime, dérogame au droit commun de l'obligation de choses de genre, se manifeste dans le C.C. quant à l'objet du paiement (a. 1895, qui exclut toute considération de la qualité de l'objet, parce que l'argent n'est pas une marchandise ; cf. t. III, nos 9 s., 30), et quant aux *dommages-intérêts moratoires* (a. 1153 ; cf. *infra*, n° 168). Une autre particularité tient à notre système d'exécution forcée. Les saisies, voies d'exécution normales, sont essentiellement des procédures tendant à liquider les biens du débiteur, à les convertir en argent ; de sorte qu'un créancier de somme d'argent est toujours assuré, pour peu que le débiteur soit solvable, de recevoir exactement ce à quoi il avait droit (cf. n° 371).

[11] 2 | CLASSIFICATION DES OBLIGATIONS  
D'APRÈS LA SOURCE

Si l'on songe que l'homme peut être obligé aussi bien pour avoir apposé une signature au bas d'un papier que pour n'avoir pas, au volant de sa voiture, appuyé sur le frein, on se dit que les sources des obligations sont fort dissemblables, et qu'une mise en ordre est utile. Deux classifications seulement seront retenues ici : celle du *Code civil*, que le sceau de la loi met à part, et une autre, doctrinale, mais qui, aujourd'hui, a acquis une certaine prépondérance, la *distinction de l'acte juridique et du fait juridique*.

► *Classification des sources des obligations dans le Code civil*

Empruntée par le C.C. à Pothier, qui la tenait d'une chaîne de romanistes, elle distingue cinq sources d'obligations.

a) *Les cinq sources.* — La liste s'établit par la combinaison des a. 1101 et 1370, qu'annonçait l'a. 711.

1° *Le contrat* (défini par l'a. 1101) : c'est un accord de volonté destiné à créer des obligations ;

2° *Le quasi-contrat*, dont le C.C. donne la définition (a. 1371) et deux exemples (gestion d'affaire et paiement de l'indu) : c'est un fait volontaire et licite, qui peut présenter une analogie extérieure avec un contrat (ex. la gestion d'affaire avec le mandat), mais qui ne comporte aucun accord de volonté ; il oblige son auteur envers les tiers, et parfois les tiers envers lui ;

3° *Le délit*, auquel on rapporte l'a. 1382 : c'est un fait illicite, volontaire et même intentionnel ; le fait de causer un dommage à autrui avec l'intention de le causer ;

4° *Le quasi-délit*, auquel on rapporte l'a. 1383 : c'est un fait illicite, volontaire (en ce sens qu'il ne peut être imputé qu'à une personne pourvue de volonté), mais non intentionnel (car l'auteur du fait, s'il a voulu le fait lui-même, n'en a pas voulu le résultat dommageable) ;

5° *La loi*, qui fait naître certaines obligations directement, en dehors de toute volonté privée, sans que l'on puisse observer un fait personnel à l'obligé : c'est l'idée qu'en donne l'a. 1370, al. 2 et 3 (obligations de voisinage, obligations des tuteurs).

b) *Groupement des sources.* — On remarque des symétries. Contrat et quasi-contrat ont en commun un caractère licite, qui les oppose au délit et au quasi-délit, faits *illicites*. Contrat et délit ont en commun un caractère *intentionnel* : ici l'intention de causer le dommage, là l'intention de créer des obligations ; tandis que quasi-contrat et quasi-délit ont un caractère *non intentionnel*, impliquant une dégradation de la volonté par rapport au contrat et au délit. Exclue de ces balances, la loi apparaît comme un réceptacle auquel seront attribuées toutes les obligations qui ne peuvent trouver place ailleurs. Cependant, l'a. 1370, al. 2, lui reconnaît une valeur propre lorsque, pour l'opposer tout à la fois aux quasi-contrats, délits et quasi-délits, il souligne qu'elle est, non pas un fait *privé*, mais une *autorité*, une manifestation de la puissance publique.

La loi rejoint les trois autres sources dans l'a. 1370, al. 1, pour former la catégorie plus vaste des *engagements qui se forment sans convention*, par antithèse aux *obligations conventionnelles*. Là se trouve, au fond, la grande classification du C.C. (ce sont les rubriques mêmes des deux titres qui divisent la matière des obligations), et quoique la seconde étiquette puisse sembler purement négative, on n'est pas tellement loin de la distinction moderne entre l'acte et le fait juridique.

► *La distinction de l'acte juridique et du fait juridique*

Ce sont des notions plus larges que les catégories de la classification traditionnelle.

a) *Acte juridique*. — C'est toute manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit. Non seulement la manifestation de deux volontés concordantes, l'accord de volonté dont le type est le contrat, mais la manifestation d'une volonté unilatérale (ex. testament). Et non seulement, du reste, la manifestation de volonté destinée à créer des obligations, mais celle qui tend à un effet de droit quelconque : à créer des droits réels (ex. acte constitutif d'une servitude), ou un état de famille (ex. mariage) ;

b) *Fait juridique*. — C'est soit un événement purement matériel, vide de tout contenu volontaire (ex. dans l'a. 2003, la mort, qui met fin au contrat), soit un agissement animé d'une certaine volonté (ex. dans l'a. 1372, le fait d'avoir commencé à agir oblige à continuer, dans la l. 5 juill. 1985 sur les accidents de la circulation, le fait purement passif d'être victime ouvre droit à réparation), d'où découlent des effets de droit, des modifications dans l'ordonnement juridique, mais sans que ces effets aient été directement recherchés (d'où la différence avec l'acte juridique). La notion de *fait* juridique (le mot *fait* se rencontre dans les a. 1370, 1371, 1382) recouvre le quasi-contrat, le délit et le quasi-délit de la classification traditionnelle, parfois aussi la loi (ex. les obligations de voisinage découlent du fait matériel de la contiguïté), mais non pas toujours (ex. les obligations du tuteur datif viennent d'un complexe de fait et d'acte juridiques : décès des parents de l'enfant et délibération du conseil de famille).

Il n'est pas interdit de combiner cette distinction de l'acte et du fait juridiques avec les deux grandes rubriques du C.C., car il y a, à peu de chose près, coïncidence, et la combinaison peut rendre plus claire la portée de la division retenue : par-delà *les contrats*, il existe une notion plus large de *l'acte juridique*, et *les engagements qui se forment sans*

*convention* peuvent être ramenés à l'unité à travers une notion du *fait juridique*. A ces deux groupes de sources seront consacrés les livres I et II qui vont suivre, le livre III rassemblant des questions communes, *le régime général des obligations* indépendamment de leurs sources.

[12] ÉTAT DES QUESTIONS

Michel Villey, Métamorphoses de l'obligation, *Arch.*, 70, 287. Sur le *praestare* du Droit romain, V. N. Kanayama, qui la réinterprète en « obligation de garantir », *Mélanges C. Mouly*, 1998, 375. — Des controverses théoriques se sont élevées autour de l'obligation de donner (*dare*, transférer la propriété) ; cf. P. Bloch, *R.T.*, 88, 673, Tallon, *D.* 92, chr. 68 (réveil), et Muriel Fabre-Magnan, *R.T.*, 96, 85 (mythe).

a) *L'obligation monétaire*. — Sur la distinction des obligations monétaires et des obligations en nature, Ch. Bruneau, Th. Paris II, ronéo., 1984. On peut regretter que le C.C., à la différence de quelques codes étrangers (ex. C.C.It., a. 1277-1284), n'ait pas réglementé dans son ensemble l'obligation de somme d'argent, alors qu'il a consacré à l'obligation de corps certains tant de dispositions que rend inutiles le principe de l'a. 1138. Cf. G. Sousi, La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent, *R.T.*, 82, 514. Certaines analyses de la doctrine germanique méritent attention. 1° En correspondance avec une distinction déjà rencontrée dans la théorie de la monnaie (v. t. III, n° 30), la distinction entre la dette de monnaie générique (portant sur une certaine quantité de monnaie nationale, sans précision de type) et la dette de monnaie spécifique (*Geldsortenschuld*), portant sur une espèce de monnaie déterminée (ex. la dette de monnaie étrangère, ou bien [avant 1914] la dette de 100 louis d'or). La dette de monnaie spécifique, à la différence de l'autre, ressemble à une dette de marchandises. On conçoit pour elle ce qui est rationnellement inconcevable pour l'autre : une impossibilité totale d'exécution (ex. si un contrôle des changes est établi, ou si la monnaie d'or est retirée de la circulation). Toutefois, ce qui atteste une originalité monétaire persistante, le débiteur ne sera pas, pour autant, libéré, comme le demanderaient les principes ; sa dette fera l'objet d'une conversion en monnaie nationale, sur un certain pied (ex. la dette de 100 louis d'or sera convertie, par application de la formule nominaliste, en une dette de 2 000 francs-papier). 2° La distinction entre la dette de monnaie (*Geldschuld*) et la dette de valeur (*Wertschuld*). On entend par dette de valeur (cf. Nussbaum, *Das Geld*, § 16, I, II ; Pédamon, *La réforme monétaire de 1948 en Allemagne occidentale*, Th. Poitiers, 1954, p. 12 s. ; P. Raynaud, Les dettes de valeur en droit français, *Mélanges Brêthe de La Gressaye*, 1968, p. 611 s. ; Pierre-François, *La notion de dette de valeur en droit civil*, Th. Paris, 1975 ; Pillebout, *Mélanges Holleaux*, 1990, 357 ; Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, 1992, n° 220), une obligation portant non pas sur une quantité fixe d'unités monétaires mais sur une valeur, qui pourra se traduire, selon le moment, par une quantité variable de ces unités (c'est un peu dans ce sens que l'économie politique oppose la valeur au prix). Dans le cas de la dette de monnaie, le débiteur est tenu d'une obligation de donner : il doit donner un certain nombre d'unités monétaires, qu'il appartiendra ensuite au créancier d'utiliser. Ici, le

débiteur est tenu d'une obligation de *faire* : il doit procurer au créancier un certain résultat, quel qu'en soit le prix.

Ex. le débiteur d'aliments, au lieu d'être obligé de *donner* 1 000 F de pension à son créancier, est obligé de *faire* en sorte que celui-ci soit à l'abri du besoin ; le responsable d'un dommage, au lieu d'être obligé de *donner* une indemnité de 100 000 F à la victime, est obligé de *faire* en sorte que celle-ci soit rendue *indemne*, se retrouve, quel qu'en soit le coût final, dans la situation antérieure. Il faudra, par la suite, que l'obligation de faire se résolve en une obligation de somme d'argent. Mais, en attendant, il n'y a qu'une obligation de faire, modelée sur les besoins ou le dommage, et sans expression monétaire actuelle. La dette de valeur est une obligation en nature. Toutefois, si l'on considère qu'elle tient la place d'une obligation de somme d'argent et qu'elle est destinée à être finalement convertie en une telle obligation, on est amené à y voir une catégorie intermédiaire. Ce qui est important, c'est que, dans sa phase d'attente et d'élasticité, elle demeure en dehors des variations monétaires : tant qu'elle n'est pas cristallisée en un montant fixe, le créancier d'une telle obligation échappe à la dépréciation de la monnaie.

Les lois modernes ont une tendance marquée à reculer le plus possible la date d'évaluation des droits (ex. l. 13 juill. 1965, a. 1469 ; l. 28 déc. 1967, a. 1099-1 ; l. 3 juill. 1971, a. 922), et pareillement la jurisprudence (pour l'évaluation des dommages, cf. *infra*, nos 169, 285) : dans l'intervalle, le créancier a donc la situation d'un créancier de valeur, non de somme fixe, et c'est l'effet recherché, de protection contre l'érosion monétaire.

b) *La classification des sources des obligations.* — La classification du C.C. a fait l'objet de nombreuses critiques : la loi traitée en fourre-tout, alors qu'elle est la source suprême du droit ; l'inconsistance de la notion de quasi-contrat, le quasi-délit séparé du délit, alors que le régime en est (à peu près) le même ; la fermeture aux sources nouvelles, telles que volonté unilatérale, enrichissement sans cause, responsabilité sans faute (fondée sur le risque). — Planiol (*R. critique de législ.*, 1904, 224) avait proposé une *classification bipartite* : *contrat* et *loi*. Il englobait dans celle-ci le quasi-contrat et la responsabilité ; il ne lui semblait pas possible, en revanche, de ramener le contrat à la loi, la loi n'intervient dans le contrat que pour sanctionner l'accord des volontés privées, qui est quelque chose d'irréductible (préjugé individualiste). La l. 5 juill. 1985, en consacrant dans l'a. 2270-1 la notion de *l'extra-contractuel*, a donné un sens à ce ditype : il y a le contrat et, en face, tout le reste, qui vient de la loi. La doctrine moderne s'est partagée entre des schémas très divers : délits et quasi-délits, contrats et autres sources (ex. Starck, n° 4 ; le dernier compartiment ramène au droit romain, *Variae causarum figurae* ; cf. *R.H.D.*, 72, 618). L'élargissement du contrat à l'acte juridique paraît acquis ; la notion de fait juridique est moins incontestable (cf. Gaury, D. 77, 414). Il est réaliste de mettre en lumière l'ubiquité de la loi et sa fonction créatrice aussi bien sous l'acte juridique que sous le fait juridique (v. Bonnecase, *Supplément*, I, nos 375 s., II, nos 433 s.) : seule la loi a le pouvoir de modifier l'ordonnement juridique, spécialement de créer des obligations ; mais, à elle seule, elle resterait inerte, elle a besoin d'être mise en mouvement soit par un acte, soit par un fait juridique. Les sociologues, enfin, ont présenté leur classification (H. Lévy-Bruhl, *Aspects sociologiques du droit*, 1955, p. 97 s.), à partir d'une critique de l'autonomie de la volonté : obligations contraintes (non librement consenties ; aussi bien jadis celles de

l'affranchi ou du serf qu'aujourd'hui celles du salarié, voire de l'usager dans le contrat d'adhésion), obligations mutuelles (ex. obligations entre associés ; pas de contrainte du créancier, c'est la vie du groupe qui en est le fondement), obligations fondées sur un appauvrissement qui oblige l'enrichi à rétablir l'équilibre (en somme, l'enrichissement sans cause serait la source la plus générale d'obligations, comme pour les classiques la volonté). Gomaa, *Théorie des sources de l'obligation*, Th. Paris, 1968, avait proposé une théorie des sources fondée sur la distinction entre *Schuld* et *Haftung* (cf. *infra*, n° 313), entre rapport d'obligation et pouvoir de contrainte : le rapport d'obligation serait toujours engendré par un fait juridique, le pouvoir de contrainte par un jugement (cf. S. Tanagho, *De l'obligation judiciaire*, Th. Paris, 1965). Mais il est des obligations sans contrainte (ex. l'obligation naturelle), et des contraintes sans jugement (ex. par l'effet d'un droit de rétention ou de la compensation légale). Outre qu'en droit positif la classification du C.C. fait loi, avec ses compartiments bien commodes (ex. l'interprète peut compléter, par un appel analogique à la responsabilité contractuelle, le régime rudimentaire de la gestion d'affaire ou du paiement de l'indu).

c) L'acte et le fait. — Otez-leur l'épithète *juridique*, les deux mots vont flotter sur des significations changeantes et vagues. L'acte, c'est l'action, puis l'interaction — le ressort de toute une sociologie (Taliott Parsons, 1902-1979). Sous le fait, on peut entendre, outre des phénomènes matériels, des comportements humains. Il arrive aux juristes de reconquérir ces notions à l'état brut et de les re-juridiciser. On retrouve du contrat dans l'interaction, et les comportements sont pris en compte par le droit en bien d'autres domaines que la responsabilité pour faute (ex. dans le droit des personnes et de la famille ; cf. Y. Fages, *Le comportement*, 1997).

*Les contrats*  
(*L'acte juridique*)

Il est des actes juridiques qui ne sont pas des contrats. Mais, si les actes juridiques de cette sorte sont relativement fréquents, il faut reconnaître que (hormis le testament, qui est de droit successoral) ils présentent très peu de difficultés propres et passent inaperçus dans la pratique. Aussi est-ce surtout du contrat qu'il sera question dans ce livre premier.

Après un *préambule* de notions générales, qui concernera l'acte juridique aussi bien que les contrats, c'est à ceux-ci que sera consacrée notre étude principale. Le contrat y sera envisagé dans ses *conditions de formation* et dans ses effets.

## ÉTAT DES QUESTIONS

## HISTOIRE

a) *Ancien droit*. — J. Yver, *Les contrats dans le très ancien droit normand (XI<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> s.)*, Th. Caen, 1926 ; M. Castaing-Sicard, *Les contrats dans le très ancien droit toulousain*, Th. Toulouse, 1959 ; P.-C. Timbal, *Les obligations contractuelles d'après la jurisprudence du Parlement (XIII<sup>e</sup>-XIV<sup>e</sup> s.)*, 2 vol., 1973-1977 (synthèse extrêmement suggestive pour le civiliste) ; Gazzaniga, *Introduction historique au droit des obligations*, 1992.

Au XVIII<sup>e</sup> siècle, l'École du droit naturel, la philosophie des Lumières (et par en dessous, diraient les marxistes, la montée de la bourgeoisie) orientent l'opinion vers la liberté du commerce et, partant, des contrats (cf. J. Hilaire, *Le droit des affaires et l'histoire*, 1995).

b) *Code Napoléon*. — Par son attachement à l'ordre public, par son esprit rural, il était peut-être moins franchement favorable à la liberté qu'il n'en a eu réputation (cf. Ghestin, n<sup>o</sup> 36). Le fait est que le droit des affaires, qui postule cette liberté, ren-

contre même aujourd'hui des résistances dans la mentalité française, où le besoin de protection est récurrent (cf. Champaud, *Droit des affaires*, 1981, p. 10, 14, 47).

c) *XX<sup>e</sup> siècle*. — Cf. Cornu, L'évolution du droit des contrats en France, *R.I.D.C.*, 1979, 447 s. ; Le Tourneau, Quelques aspects de l'évolution du contrat, *Mélanges Raynaud*, 1985, 348 ; B. Berlioz-Houin et Berlioz, Le droit des contrats face à l'évolution économique (Adaptation et discordances), *Etudes R. Houin*, 1985, 3 s. ; Alpa, L'avenir du contrat, *R.I.D.C.*, 85, 71 (du même, dans un angle plus théorique, *Sociologia del contratto, nuove idee, vecchi schemi, R. Sociologia del diritto*, 1984/2, 7 s.) ; L'évolution contemporaine du droit des contrats (journées R. Savatier, Poitiers, 1985), 1986 ; Cadiet et al., *Le droit contemporain des contrats*, Rennes, 1987. Le rétrécissement de la liberté contractuelle a été une constante de l'évolution. Mais la signification n'en a pas été constamment la même. Jusque vers 1970, il s'agissait surtout de dirigisme économique. Depuis lors, une autre finalité a surgi, au point de devenir un instant prépondérante ; la protection du consommateur.

#### DROIT COMPARÉ

A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, 1961 ; Witz, *Droit privé allemand*, I : *Actes juridiques, droits subjectifs*, 1992 ; Pédamon, *Le contrat en droit allemand*, 1993. Le droit allemand (non pas expressément le B.G.B.) consacre un principe d' « autonomie privée », qui est l'équivalent du nôtre. Mais, ce qui est remarquable, c'est que, si ce principe est rattaché à Loi fondamentale (constitutionnelle) c'est à travers l'a. 2 qui garantit à chacun le « droit au libre épanouissement de la personnalité ». Au demeurant, il est notoire que le droit allemand, bien plus que le nôtre (qui a beaucoup de traits d'économie mixte), est dominé par une passion pour la concurrence et le marché. — Pour le droit suisse, v., de P. Engel, son très pénétrant *Traité des obligations*, 1973 (cité Engel), et *Contrats de droit suisse*, 1992 ; de P. Tercier, *Les contrats spéciaux*, 1995. — Pour le droit anglais, v. David et al., *Le contrat en droit anglais*, 1984 ; D. Tallon et D. Harris, *Le contrat aujourd'hui, comparaison franco-anglaise*, 1987.

#### ÉCONOMIE POLITIQUE

Venue des Etats-Unis (ex. R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston, 1981) avec un temps de retard, *l'analyse économique du droit* propose beaucoup de directions de recherche propres à renouveler la théorie, sinon toujours la pratique juridique, spécialement dans la matière des contrats (cf. le « Quadrige » de *Sociologie juridique*, 1994, p. 54, 58 et ce « Thémis » de *Droit civil*, Introduction, n° 27, ainsi que dans *Droit prospectif*, Aix, 1987, p. 409-640, un très riche ensemble d'articles).

#### THÉORIE JURIDIQUE

*Formation ou exécution du contrat : quel est le moment principal ?* — Cf. J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Th. Paris, 1971. Suivant la conception, spiritualiste ou matérialiste, que l'on se fait du contrat, on placera son centre de gravité soit dans la manifestation des volontés, soit dans l'accomplissement des prestations, et, partant, son moment décisif soit à l'instant de sa *formation*, soit à celui de ses

*effets* (de son exécution ou inexécution). La discussion n'est pas sans conséquences pratiques. Ex. s'il faut déterminer la sphère d'application des lois dans le temps (cf. Introduction, n° 135) : avec la première thèse, la loi en vigueur au jour où le contrat a été formé reste compétente pour le régir pendant toute sa durée, tandis que la seconde thèse permettrait d'avoir égard à une loi nouvelle entrée en vigueur à l'époque de l'exécution. De même, s'il faut déterminer qui devient propriétaire de l'objet vendu quand l'acheteur paie avec l'argent d'un tiers (cf. t. III, n° 114) : selon la première thèse, ce ne peut être que l'acheteur, parce qu'il a manifesté la volonté d'acheter ; selon la seconde, ce pourrait être le tiers parce que la prestation procède matériellement de lui. Il n'est pas douteux que, conformément aux postulats volontaristes, notre droit, dans l'ensemble, attache plus d'importance à la formation qu'à l'exécution du contrat. Le réalisme de l'autre thèse mériterait, pourtant, attention.

LES NOTIONS  
D'ACTE JURIDIQUE ET DE CONTRAT

Ce qu'il y a de spécifique dans l'acte juridique, et qui l'oppose au fait juridique, c'est qu'il est un mécanisme monté pour une *fin* pratique : produire des effets de droit. Ce mécanisme est à la fois divers et uniforme : divers, en ce que les combinaisons qu'il affecte ne sont pas toujours les mêmes, de sorte qu'il existe plusieurs types d'actes juridiques, dont il convient de faire une *classification* ; uniforme, pourtant, en ce que son moteur ne change pas, qui est la volonté humaine, libérée par le principe de *l'autonomie de la volonté*, et rattrapée peut-être par la morale.

[14] 1 | CLASSIFICATION DES ACTES JURIDIQUES

Puisque la volonté est le moteur des actes juridiques, leur première classification viendra de là : suivant qu'ils émanent d'une seule volonté ou de deux (ou plusieurs) volontés, on distingue les *actes juridiques unilatéraux et bilatéraux* (ou plurilatéraux). Ce n'est pas une simple différence de degré : il y a dans la coopération de deux volontés une autre nature que dans la volonté solitaire, et dans l'affirmation du *nous* autre chose qu'un pluriel du *je*.

► *L'acte juridique unilatéral*

C'est toute manifestation de volonté par laquelle une personne, agissant seule, détermine des effets de droit, soit à sa charge, soit même à son profit. On rencontre dans le C.C. un certain nombre



d'actes (traditionnels) répondant à cette définition. Mais, au-delà de ces *actes unilatéraux reconnus par la loi*, la doctrine moderne a proposé de donner une valeur à la *notion générale de l'acte unilatéral*.

a) *Les actes unilatéraux reconnus par la loi*. — Il ne faut pas y comprendre les *aveux* (a. 1354 s.), qui sont des preuves, non des actes juridiques, et se bornent à déclarer le droit préexistant sans le modifier ; ni les manifestations de volonté accompagnant certains *faits* juridiques (tel l'*animus* colorant, dans l'occupation, la prise de possession ; cf. t. III, n° 241), car l'essentiel y est le fait lui-même dans sa matérialité. Ces éliminations faites, on peut répartir les actes unilatéraux (du droit patrimonial) en cinq groupes, de l'un à l'autre très dissemblables :

1° Le *testament* (a. 895). — C'est l'acte unilatéral le plus pur ; mais la volonté solitaire y reçoit sa consécration de la mort ;

2° La *promesse écrite de payer*. C'est l'opération que l'a. 1326 (cf. *infra*, n° 97) qualifie d'acte juridique et dépeint comme acte unilatéral (sous une seule signature). Elle s'apparente à la souscription du billet à ordre en droit commercial (a. 183 C. Com.). Il se pouvait que le promettant fût déjà tenu d'une obligation. Auquel cas l'écrit n'est qu'une reconnaissance de dette, un simple aveu. Mais, en l'absence d'un engagement préexistant, l'écrit a une fonction créatrice. Les formalités de l'a. 1326 donne un être à un acte unilatéral ;

3° La *fondation* (l. 23 juill. 1987, sur le mécénat, a. 18). — C'est l'acte par lequel une personne (ou plusieurs, mais une suffit) décide d'affecter des biens lui appartenant à la réalisation d'une œuvre (quels en sont les formes et les effets ? la suite du texte ne les règle qu'incomplètement) ;

4° Les *renonciations*. — C'est un groupe important (cf. t. I, n° 185) : renonciations à succession ; à usufruit ou à servitude, déguerpissement (v. t. III, nos 40, 146), etc. Ce sont des actes *abdcatifs*. L'idée générale est qu'il ne dépend que du titulaire d'un droit de l'abdiquer, puisque son intérêt est seul en cause. Ce n'est pas, pourtant, toujours exact : la renonciation à une créance ou remise de dette ne s'opère pas en forme d'acte unilatéral (*infra*, n° 352) ;

5° Les *décisions accessoires* requises pour le fonctionnement d'institutions *principales*, notamment de contrats déjà constitués. Ex. les offres réelles (de payer ; *infra*, n° 329) ; le congé, qui, dans le bail, manifeste la volonté qu'a une partie de mettre fin au contrat (a. 1736 s.) ; dans le louage d'ouvrage, la réception des travaux (a. 1792-6) ; le choix dans l'obligation alternative (a. 1190) ; dans le mandat, la ratification (a. 1998, al. 2), la révocation (a. 2004) ; enfin, beaucoup d'actes procéduraux (à commencer par la demande en justice). Les actes unilatéraux de cette sorte ont un caractère commun : ils viennent s'insérer dans un

ensemble qui a été fondé bilatéralement, et ils se ressentent dans leur nature de cette origine contractuelle (consensuelle).

Les actes unilatéraux reconnus par la loi ne sont pas soumis, comme tels, à un *régime juridique* uniforme. Il y a lieu de leur transposer, en principe, le régime des contrats, qui représente le droit commun de l'acte juridique, sauf à en éliminer toutes les règles qui supposent nécessairement l'existence de deux parties (on écarte ainsi l'a. 1116, parce qu'il n'envisage le dol, en tant que cause de nullité, que d'une *partie* à l'égard de l'autre, et aussi l'a. 1304, parce qu'il parle d'une *convention*).

b) *La notion générale de l'acte unilatéral*. — En proposant de reconnaître force obligatoire à la volonté unilatérale en général, on a voulu tantôt expliquer des *mécanismes préexistants*, tantôt faire admettre des *mécanismes nouveaux* dans le droit des obligations.

1° *Explication de mécanismes préexistants*. — (Par ex. de l'engagement du promettant envers le bénéficiaire dans la stipulation pour autrui ; v. *infra*, n° 124), de la signature de billet dans l'a. 1326.

2° *Admission de mécanismes nouveaux*. — On pose en principe qu'une personne peut, par une manifestation de sa seule volonté, faire naître à sa charge une obligation au profit d'une autre personne, et que cette obligation aura une existence juridique avant d'être acceptée par le bénéficiaire. Le raisonnement permettrait, en particulier, de rendre irrévocable, pendant les pourparlers qui précèdent la conclusion d'un contrat, l'*offre de contracter* faite par l'un des intéressés et non encore acceptée par l'autre (cf. *infra*, n° 28), ou encore de considérer un individu comme immédiatement engagé pour avoir fait une *promesse de récompense* à qui lui rendrait un service (ex. à qui rapporterait un objet perdu ; cf. t. III, n° 244), lors même que le service lui aurait été rendu dans l'ignorance de la promesse (ce qui empêcherait de supposer une acceptation tacite). Mais ces vues n'ont guère pénétré dans la pratique, qui, pour arriver au résultat souhaitable, préfère invoquer d'autres moyens que la force obligatoire de l'acte unilatéral (ex. l'abus du droit de celui qui retire brusquement une offre de contracter, la gestion d'affaires de celui qui, sans le savoir, a mérité la récompense). On donne un meilleur point d'appui à l'offre de récompense lorsque l'on peut supposer, comme certains arrêts incitent à le faire, une obligation naturelle de récompenser qui se transformera ensuite en obligation civile par engagement unilatéral (cf. *supra*, n° 9).

[15] *L'acte juridique bilatéral*

Le C.C. (a. 1101 s.) paraît en distinguer deux grandes catégories : *convention et contrat* ; mais, après avoir placé le contrat au centre, il le ramifie, en opposant deux à deux ses *différentes variétés*.

a) *Distinction de la convention et du contrat*. — Il est impliqué dans la définition de l'a. 1101 que le contrat est l'espèce d'un genre plus étendu qui est la convention. Ils ont ceci de commun que ce sont tous deux des accords de volonté (donc, des actes juridiques bilatéraux). Seulement, le *contrat* est un accord de volonté destiné à créer des obligations (et aussi, faut-il ajouter au vu de l'a. 1138, à transférer la propriété), tandis que la *convention* est un accord de volonté destiné à produire un *effet de droit quelconque*, qui, aussi bien que de créer des obligations, peut être d'en transférer (ex. délégation) ou d'en éteindre (ex. remise de dette). Toute convention n'est donc pas un contrat, mais tout contrat est une convention (ce qui explique que ce mot-ci soit souvent employé pour l'autre, même dans le C.C.). Dans un même contrat, il peut y avoir une multiplicité de clauses. La clause est une partie de contrat portant sur un point particulier. La clause est au contrat ce que l'article est à la loi.

b) *Classifications légales du contrat*. — Les a. 1102 à 1106 en font apparaître trois :

1° *Contrats synallagmatiques et unilatéraux*. — Ce qui fait le contrat *synallagmatique* (a. 1102), c'est la réciprocité des obligations qui en découlent ; chaque partie est à la fois créancière et débitrice de l'autre ; il y a un enchevêtrement de rapports obligatoires. Ex. vente, louage, contrat de travail, société, mandat. A l'opposé, dans le contrat *unilatéral* (a. 1103), qu'il ne faut pas confondre avec l'acte juridique unilatéral (le contrat unilatéral est un acte bilatéral), il ne naît d'obligations qu'à la charge d'une partie. A y regarder de plus près, les contrats unilatéraux sont de plusieurs types :

— *Contrats de restitution* : ex. prêt, dépôt, où il n'y a d'engagement que de l'emprunteur et du dépositaire, tenus de restituer en fin de contrat une chose qui leur a été remise (v. cep. *infra*, n<sup>os</sup> 91, 93) ;

— *Promesses de payer* : une personne promet de faire une prestation à une autre. Il ne s'agit pas d'un engagement par volonté unilatérale, car la promesse est acceptée par le créancier, ce qui noue un contrat. Mais ce contrat est rigoureusement unilatéral (comme la *stipulatio* romaine). C'est le cas très pratique du billet (cf. a. 183

C. Com.) souscrit au profit d'une personne (à telle date, je paierai tant à X) : dès que le billet est remis au bénéficiaire (à X), il y a contrat ;

— *Promesses de contracter*, dont l'exemple le plus fréquent est la promesse unilatérale de vente (cf. a. 1589) : une personne s'engage à vendre son bien à une autre personne, si celle-ci demande à l'acheter dans un délai déterminé (le promettant s'est obligé à vendre ; mais non le bénéficiaire à acheter, il a une option).

Un contrat de restitution, ordinairement unilatéral, peut devenir exceptionnellement synallagmatique par l'adjonction d'une clause : ex. dépôt salarié. Il ne faut pas confondre cette situation avec le cas des *contrats synallagmatiques imparfaits*. Le dépôt, le commodat, le gage ne supposent, par eux-mêmes, d'obligation qu'à la charge de la partie qui, ayant la chose entre les mains, est tenue de la restituer. Ce sont des contrats unilatéraux. Mais si, en cours de contrat, le débiteur de restitution est amené à faire des dépenses pour conserver la chose, il va devenir créancier à son tour, créancier d'indemnité. Ne peut-on parler alors de synallagmatiques imparfaits ? Cependant, la créance d'indemnité est accidentelle, elle naît d'un fait postérieur et extérieur au contrat, d'une gestion d'affaires, dont le contrat a seulement été l'occasion. L'opinion dominante est que l'on ne peut appliquer ici le régime des contrats synallagmatiques, parce qu'il n'existe entre les obligations des deux contractants qu'une juxtaposition de hasard, non une corrélation.

La corrélation, l'*interdépendance* entre les engagements assumés de part et d'autre et qui se servent mutuellement de *cause* (*infra*, n<sup>o</sup> 59) est, en effet, ce qui caractérise le plus profondément le contrat synallagmatique. De là certaines règles qui lui sont propres, et qui font le *principal intérêt* pratique de la distinction (mais il en est d'autres ; ex. a. 1325-1326, *infra*, n<sup>o</sup> 97) : la résolution pour inexécution des obligations de l'un des contractants, l'*exceptio non adimpleti contractus*, la théorie des risques (cf. *infra*, n<sup>os</sup> 191 s.), toutes règles qui concernent essentiellement les contrats synallagmatiques, parce qu'elles tendent à empêcher la rupture d'un équilibre, qui n'a de sens que là où il y a une réciprocité d'obligations.

2° *Contrats à titre onéreux et à titre gratuit*. — C'est l'opposition que décrivent les a. 1105-1106 (en termes peu adéquats). Le *contrat à titre onéreux* est celui où chacune des parties n'entend faire une prestation qu'en échange d'une contre-prestation, n'entend donner qu'à condition de recevoir. Ex. vente, louage, prêt à intérêt (l'intérêt est la contrepartie du service rendu en mettant l'argent à la disposition temporaire de l'emprunteur). Le *contrat à titre gratuit* (notion plus large

que le contrat de bienfaisance) est celui où l'un des contractants *entend* procurer à l'autre un avantage sans contrepartie (il y faut l'intention, intention libérale, hors laquelle il peut y avoir enrichissement sans cause ou lésion, mais non pas contrat à titre gratuit). Le prototype est la *donation entre vifs* (a. 894), qui est un transfert de valeurs de patrimoine à patrimoine, l'enrichissement qu'une personne procure à autrui en s'appauvrissant, mais sublimé par l'*animus donandi*. Le nom de *contrat de bienfaisance* est réservé à une variété particulière de contrat à titre gratuit : celle où il n'y a pas de transfert de valeurs opéré, mais seulement, ce qui est moins palpable, service rendu sans contrepartie. Ex. prêt d'argent sans intérêt, commodat (cf. a. 1876), mandat non salarié (cf. a. 1986), dépôt non rémunéré (cf. a. 1517), prestation gratuite de travail (le « coup de main » ; 1. 8 août 1962, complémentaire à la loi d'orientation agricole, a. 20), contrat d'hébergement ou d'occupation à titre gratuit (par lequel on loge une personne à titre provisoire sans lui faire payer de loyer).

L'*intérêt pratique* le plus général de la distinction tient à la manière d'apprécier les droits et devoirs des contractants. Celui qui reçoit un avantage ou un service gratuit ne peut se montrer aussi exigeant que s'il l'avait payé. C'est pourquoi le donateur, à la différence d'un vendeur (a. 1625), ne doit pas garantir (à automobile donnée, on ne soulève pas le capot), et dans les contrats de bienfaisance, la responsabilité de celui qui rend un service sans rémunération est jugée avec plus d'indulgence que de droit commun (cf. a. 1927, 1928-2°, 1992). On pourrait observer encore que les donations sont vues par la loi plus défavorablement que les ventes, parce qu'elles tendent à dépouiller les héritiers et les créanciers du donateur (d'où, contre elles, l'institution de la réserve héréditaire, une ouverture plus large de l'action paulienne ; cf. *infra*, n° 367). Mais l'observation, très nette pour les donations, ne vaudrait point pour les contrats de bienfaisance.

3° *Contrats commutatifs et aléatoires*. — C'est une sous-distinction des contrats à titre onéreux. Les contrats à titre onéreux sont, en général, *commutatifs* ; mais quelques-uns sont *aléatoires*, parce que la prestation à laquelle l'une des parties est obligée dépend, dans son existence ou son étendue, d'un événement incertain, d'un hasard, d'un aléa (a. 1104). L'éponyme en est le jeu, mais c'est à peine un contrat (cf. a. 1965). Quant à l'assurance (a. 1964), on doute si, devenue un contrat de sécurité, elle peut être encore un contrat aléatoire. L'exemple le plus sérieux est finalement le contrat de rente viagère (a. 1968).

L'*intérêt* de la distinction se limite à ceci : qu'un contrat qui serait exposé à l'action en rescision pour lésion s'il était commutatif ne le

sera pas s'il est aléatoire (ex. la vente d'un immeuble moyennant une rente viagère ne pourra donner lieu aux a. 1674 s.) ; l'aléa exclut la lésion (cf. *infra*, n° 78).

## 2 | LA PHILOSOPHIE DU CONTRAT

### [16] I. — Autonomie de la volonté

C'est une théorie de philosophie juridique, suivant laquelle la volonté humaine est à elle-même sa *propre loi*, se crée sa propre obligation : si l'homme est obligé par un acte juridique, spécialement par un contrat, c'est parce qu'il l'a voulu ; le contrat est le principe de la vie juridique ; la volonté individuelle, le principe du contrat. Cette théorie a marqué le C.C., en harmonie avec l'idéologie individualiste de 1804. Notre époque, à l'opposé, a fortement réagi contre elle, et c'est un des aspects de la socialisation du droit civil. Il faut prendre garde, toutefois, que l'autonomie de la volonté n'a jamais été posée comme un absolu dans les lois ; même en 1804, l'affirmation philosophique avait dû, pour passer dans le Code, se tempérer de restrictions. Ces restrictions se sont considérablement accrues. L'autonomie de la volonté n'en conserve pas moins, même aujourd'hui, valeur de principe, fût-ce sous le nom plus courant de *liberté contractuelle*. Aussi peut-il être utile de faire la synthèse de ses conséquences pratiques les plus importantes.

#### ► *Autonomie de la volonté quant au fond*

Elle se manifeste *au moment de la formation du contrat, puis une fois le contrat formé*.

1° *Dans la formation du contrat*, l'individu a une double liberté : contracter ou ne pas contracter (c'est l'option fondamentale), mais encore et surtout déterminer à son gré le contenu du contrat. C'est cette dernière liberté que l'on nomme proprement *liberté contractuelle*, et l'on y voit souvent l'essentiel de l'autonomie de la volonté. Elle autorise les parties à créer *ex nihilo* un aménagement de leurs rapports, partant à écarter tous les modèles qui pouvaient leur être proposés par la loi. Sans doute, toutes les règles légales ne se laissent pas ainsi élimi-

ner ; il en est qui sont impératives, ou d'ordre public. *L'ordre public* est la limite de la liberté contractuelle (l'a. 6, qui le dit, est, en même temps, une proclamation *a contrario* de cette liberté). Mais l'ordre public est une exception, et un axiome du libéralisme déclare que *tout ce qui n'est pas défendu est permis* (Décl. des Droits de 1789, a. 5) ;

2° Une fois le contrat formé, chaque partie peut, en quelque manière, s'y retrancher et, de là, repousser toute immixtion de la puissance publique (l'autre contractant eût-il appelé celle-ci à son aide). Ni le juge ne peut réviser le contrat, ni le législateur l'altérer (les lois nouvelles ne sont pas applicables, en principe, aux contrats en cours ; cf. Introduction, n° 135). Seules les parties elles-mêmes pourraient, d'un commun accord, modifier le contrat une fois conclu ; mais ce serait un nouveau contrat, et pour le principe d'autonomie, un nouveau triomphe. L'a. 1134, qui énonce cet effet obligatoire des conventions, est, dans le C.C., la consécration la plus directe de l'autonomie de la volonté.

#### ► *Autonomie de la volonté quant à la forme*

C'est à la fois l'existence du contrat et son interprétation qui sont en cause.

1° Le contrat a une existence juridique par la seule force de la volonté sans que celle-ci ait besoin d'être revêtue de quelque empreinte qui lui serait conférée d'en haut. C'est encore une liberté que l'affranchissement de l'homme à l'égard des rites sociologiques ou des formalités bureaucratiques. Le *consentement*, non point la *forme*, est une condition essentielle pour la validité du contrat (a. 1108). D'où le nom de *consensualisme* juridique que l'on donne à cet aspect de l'autonomie de la volonté : en principe, tous les contrats sont consensuels, et le formalisme apparaît comme une exception, sinon comme une aberration ;

2° L'interprétation du contrat doit se faire par la recherche de ce que les contractants ont voulu au plus profond de leur volonté (a. 1156). Point de formules sacramentelles, sous lesquelles ils seraient engagés sans l'avoir réellement voulu, parce que la société y aurait déposé, en dehors d'eux, avant eux, une certaine signification.

## [17] II. — Morale et contrat

Alors que, jusqu'à la première guerre mondiale, la séparation du droit et de la morale était enseignée comme un principe peu discutable, elle est aujourd'hui sérieuse-

ment remise en question (cf. Introduction, n° 16, 19). Aussi est-il devenu habituel de recenser et de cultiver les rencontres entre les deux systèmes de normes. Dans le domaine des contrats, l'inventaire peut être présenté en un diptyque.

a) *Pénétration de la morale dans les contrats*. — C'est la loi elle-même qui a ouvert la porte, çà et là, à la morale. Mais l'interprétation judiciaire a pu élargir ou rétrécir l'ouverture, selon que les juges étaient plus ou moins enclins à moraliser. D'un droit moraliste, il n'est pas inattendu qu'il réprime ou récompense, cherchant à découvrir l'immoralité ou la moralité là où elle est.

1° L'immoralité peut entacher le contrat lui-même ou se situer dans l'attitude personnelle d'un contractant.

— Le *contrat immoral*, c'est, dans le droit du C.C., le contrat qui porte atteinte aux *bonnes mœurs* (a. 6, 1133 ; cf. *infra*, n° 71), ce qui s'entend surtout de la morale sexuelle. Pour le droit des affaires (petites ou grandes), le contrat immoral, c'est souvent le contrat inégal, et par des notions nouvelles — l'*excès*, l'*abus* — des lois des années 70 (sur les clauses pénales, n° 178, sur la protection du consommateur, n° 79) s'efforcent de saisir l'immoralité du contrat à travers sa démesure.

— De tout temps, des imputations telles que dol (*infra*, n° 42), violence (n° 43), fraude (n° 73, 367) ont dénoncé le *comportement immoral* d'un contractant. Si la chute du contrat s'ensuit, c'est avec une signification moralisatrice, comme la sanction d'un délit civil. A notre époque, la protection du consommateur entraîne des sévérités accrues : la simple rétention d'informations, le mensonge publicitaire sont traités comme des manquements à un devoir de transparence, de sincérité (cf. *infra*, n° 82, 83).

2° Positivement cette fois, la sincérité est prise en compte par le droit, comme test de la *moralité du contractant*, sous les espèces de la *bonne foi*. Il ne s'agit plus de la notion technique du droit des biens (v. t. III, n° 120). La notion est ici une notion-morale : c'est la probité candide dans l'accomplissement des obligations (v. n° 112). Mais de l'acception primitive qui n'avait l'air que d'innocence passive, la pratique contemporaine est passée à une conception plus dynamique : le devoir de coopération à la mise en œuvre du contrat. La même tension entre innocence et coopération est, du reste, perceptible dans une autre application de la bonne foi, la bonne foi du débiteur, à laquelle la loi sur le surendettement réserve ses bienfaits (v. n° 371).

Dans ces différents cas, la morale se contente d'imprégner des contrats : autre chose serait d'en créer.

b) *Rôle créateur de la morale contractuelle*. — Tantôt c'est l'*acquiescement d'un devoir moral* qui restitue à un contrat paralysé la vie juridique ; tantôt c'est une figure de contrat qui se constitue à partir d'*engagements moraux*.

1° L'*acquiescement d'un devoir moral*. — Le modèle est celui de l'*obligation naturelle* (*supra*, n° 2). La loi n'impose pas au débiteur de reconnaître son devoir moral, ni ne s'oppose à ce qu'il le reconnaisse. Mais, s'il le reconnaît en s'en acquittant, elle intervient pour lui interdire le retour en arrière : le regret serait immoral. Le résultat n'en est pas moins de restituer une existence juridique à une obligation, et par derrière à un contrat qui n'en avait pas ou n'en avait plus.

Un schéma semblable se retrouve dans l'*aveu judiciaire* (cf. Introduction, n° 16, 177). C'est un devoir moral de dire la vérité. L'aveu en est l'accomplissement, et il est

irrévocable à moins qu'il n'ait été surpris : l'a. 1356, al. 4, fait écho à l'a. 1235, al. 2. Faute de preuve par hypothèse, le contrat était jusqu'à l'aveu dans le néant : la morale le fait sortir des limbes.

2° *Les engagements moraux.* — Les parties choisissent de laisser leur accord en dehors du droit et bâtissent ainsi un contrat qui imite le droit sans en avoir les effets — qui n'en a ni les avantages (ex. l'action en justice l'exécution forcée) ni les inconvénients (ex. une moindre spontanéité de la confiance, un durcissement des interprétations). De ces combinaisons la pratique offre toute une gamme (cf. *supra*, n<sup>os</sup> 7, 8) :

— *L'engagement d'honneur.*

— *Le cautionnement moral.* Il peut se rencontrer dans les relations familiales (ex., le père garantit le sérieux de son fils sans pour autant s'obliger à payer à sa place, quoique le créancier compte un peu là-dessus). Mais les banques ont, sous des noms variés, considérablement développé l'usage de la combinaison.

— *Le contrat informel.* Entre grandes sociétés, la morale des affaires paraît souvent aussi sûre que le droit pour rendre exécutoires les engagements réciproques. Ces engagements seront pris sans référence au droit.

## [18] ÉTAT DES QUESTIONS

### I. — Classification des actes juridiques

B.G. — *Droits*, 90 (12, numéro spécial sur *Le contrat*) ; Ghestin, *La notion de contrat*, D. 90, chr. 147 ; Alba Negri, *L'espressione unilaterale dell'impegno ossia, « Le consentement de la partie qui s'oblige »*, 2 vol., Padoue, 1998.

Plusieurs questions de *théorie juridique* (non sans conséquences de *politique législative*).

a) *L'acte juridique en général.* — Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, 1997. La doctrine germanique avait élaboré, au-dessus de la théorie du contrat, une théorie de l'acte juridique, dont le B.G.B. consacra l'essentiel dans sa partie générale (§ 104-185). Cet exemple a exercé une grande séduction sur les auteurs français. Il peut paraître scientifique de traiter dans leur ensemble certaines notions comme le consentement et ses vices, la capacité, la représentation, le terme et la condition, les nullités, etc., qui peuvent avoir une application non seulement dans les contrats, mais dans des actes aussi divers que le testament, l'acceptation de succession, les renonciations, le congé en matière de bail, etc. D'ores et déjà, d'ailleurs, le C.C. fournirait assez d'éléments pour construire cette théorie générale de l'acte juridique (ce qu'a fait Bonnacase, *Supplément II*, n<sup>o</sup> 366). Mais justement on ne peut s'empêcher de constater que les matériaux viennent à peu près exclusivement du droit des contrats, tandis que les actes juridiques non contractuels sont tellement différents entre eux que leurs règles propres ne se prêtent pas à la généralisation. Ce pourrait être un motif pratique pour s'en tenir à la méthode qui fait de la réglementation des contrats le droit commun des actes juridiques — sauf peut-être à le dire expressément, comme l'a fait le C.C.S., a. 7 (« les dispositions générales du droit des obligations relatives à la conclusion, aux effets et à l'extinction des contrats sont aussi applicables aux autres matières

du droit civil »). Néanmoins, la C.R.C.C. (*Travaux*, 1946-1957, p. 237 s.), non sans discussion, s'était prononcée pour une théorie de l'acte juridique.

b) *La renonciation.* — Les analyses théoriques ont été stimulées par l'originalité de ses caractères d'acte unilatéral et abdicatif : P. Raynaud, *R.T.*, 36, 763 ; Seillan, *R.T.*, 66, 686 ; Grammatikas, *Théorie générale de la renonciation*, Th. Paris, 1971 ; F. Dreifuss-Netter, *Les manifestations de volonté abdicatives*, Th. Strasbourg, 1985. Pour la théorie générale, v. Introduction, n<sup>os</sup> 185-186.

c) *L'acte unilatéral.* — Le mouvement d'idées parti de la doctrine germanique s'est propagé en France grâce à Saleilles (*Obligation*, n<sup>os</sup> 141 s.) et à René Worms (*De la volonté unilatérale*, Th. Paris, 1891). Cf. J. Chabas, Th. Paris, 1931 ; Martin de La Moutte, Th. Toulouse, 1951 ; J. Mestre, *R.T.*, 92, 98, et 94, 103 ; Jestaz, *L'engagement par volonté unilatérale*, in *Les obligations en droit français et en droit belge*, Bruxelles-Paris, 1994, 3 ; M.-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral*, 1996 ; Jamin, D. Mazeaud *et al.*, *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, 1999. Ce qui freine le développement de l'acte unilatéral, c'est la difficulté qui lui est congénitale d'y distinguer le droit du non-droit, la volonté affirmée de l'ébauche de volonté, l'acte juridique du projet. Témoin des difficultés qui se présentent assez souvent pour le testament, l'acte unilatéral par excellence, cf. Grimaldi, *Les dernières volontés, Hommage G. Cornu*, 1994, 1997 : ex. Civ.<sup>1</sup> 5 nov. 1996 (le prétendu projet aurait bien pu être un acte), *R.T.*, 99, 169.

Il faut décanter le problème. Une foule d'actes unilatéraux n'ont jamais fait difficulté. Il est bien plus naturel à l'homme de vouloir tout seul que de vouloir à deux, et le droit ne pouvait pas ne pas attacher de conséquences à un acte aussi familier de la vie que celui qui consiste à prendre une décision (cf. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, 1996, à l'intérieur de leur fonctionnement). La décision sera un acte juridique pour peu qu'elle revête une forme qui la sépare de la simple velléité, et qu'elle soit prise par l'individu dans la sphère de ses droits. Ce qui ne signifie pas nécessairement dans les limites de son patrimoine : ex. le congé donné par le bailleur a des effets aux dépens du patrimoine du preneur ; mais la décision est prise à l'intérieur de la sphère de droits que le bail avait préalablement définie au bailleur. Cette analyse peut s'appliquer aux ratifications (ex. Civ.<sup>3</sup> 7 mars 1979, D. 79, *I.R.*, 395) et elle vaut aussi pour toutes les options (ex. celle du bénéficiaire dans la promesse de vente ; cf. Najjar, *Le droit d'option ; contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Th. Paris, 1967). La difficulté n'a véritablement surgi que lorsqu'on s'est demandé si un individu pourrait, par sa seule volonté (pourvu qu'elle eût une certaine extériorité, c'est le postulat pratique), se constituer débiteur d'autrui (de prétendre se constituer ainsi créancier, il n'a jamais été question) — débiteur d'une personne avec laquelle il n'aurait aucune relation juridique, préexistante, peut-être même d'une personne encore indéterminée. Le créancier éventuel, peut-on dire, a dû compter sur les signes que le pollicitant a donnés de sa volonté ; cette confiance légitime ne doit pas être déçue. Mais c'est supposer qu'il a connu la manifestation de volonté. S'il l'a connue et a agi en conséquence, on sera aisément conduit à présumer qu'il l'a acceptée tacitement et qu'un contrat s'est formé. C'est assez la position de la jurisprudence française : elle recherche avant tout s'il est intervenu en temps utile une acceptation, au moins tacite, de la manifestation de volonté (cf. pour des donations, où l'a. 932 forme, d'ailleurs, un obstacle de plus à l'admission de l'acte unilatéral, Civ., 18 oct. 1909,

S. 11, 1, 489, Paris, 25 mars 1891, S. 92, 2, 129 ; pour une promesse de vente, Req., 29 avr. 1903, S. 08, 1, 404). Seulement, la question, est par là, quelque peu noyée. La question, c'est la force obligatoire de l'acte unilatéral *avant* même qu'il ait été porté à la connaissance du bénéficiaire éventuel. Cela semble une exaspération métaphysique de l'autonomie de la volonté, une hypertrophie (germanique ?) du sentiment de l'honneur dans un droit qui ne confond pas l'engagement d'honneur avec l'obligation civile, un retour au système des *væux* (ex. Nombres, 30 : 3 ; cf., pour le droit romain, Turlan, L'obligation *ex voto*, *R.H.D.*, 1955, 504) dans une législation qui n'a plus de divinité pour recevoir la promesse. Aussi conçoit-on que les codifications de ce siècle n'aient pas, en définitive, admis comme principe général l'engagement par voie unilatérale (B.G.B., § 305 [cf. Witz, *Droit privé allemand*, I, n° 117] ; C.C.It., 1987), se bornant à en consacrer quelques applications particulières, dont la plus caractéristique est, sans doute, la promesse de récompense faite *incertis personis* (ex. C.C.It., 1989 s. : le pollicitant est lié dès que la promesse est rendue publique ; mais son engagement est limité à une année, et peut même être révoqué auparavant pour un juste motif).

[19] d) *Les différentes variétés du contrat*. — La notion de *pacte*, traditionnelle en certains emplois (ex. pactes sur succession future, ils furent interdits par la Révolution ; cf. a. 1130, al. 2), a été introduite dans le C.C., a. 376-1, par la l. 4 juin 1970 sur l'autorité parentale. L'idée latente est que le pacte est plus souple que le contrat, doit être interprété *intuitu personae*. Cf. Alibert, *Le pacte en droit privé*, D. 96, chr. 73.

Sur la distinction des *contrats synallagmatiques* et des *contrats unilatéraux*, v. Houin, Th. Paris, 1937. — Le face à face des a. 1325 et 1326 a suscité un effort pour analyser et qualifier. Le prêt n'est pas assujéti à l'a. 1325 : c'est un contrat unilatéral, Civ.<sup>1</sup> 28 mars 1984, *Bull.*, n° 120. Y est assujéti, à l'inverse, le contrat passé entre l'émetteur et le bénéficiaire d'une carte de crédit, il est synallagmatique, Civ.<sup>1</sup> 24 févr. 1987, *Bull.*, n° 69. Ce qui parfois brouille la distinction, c'est la présence d'une obligation accessoire : si la sèche promesse de vente est un contrat unilatéral, Civ.<sup>3</sup> 11 févr. 1975, D. 75, *J.R.*, 107 ; cf. *J.C.P.*, 44, 2, 2687, un dédit prévu à la charge du bénéficiaire peut la rendre synallagmatique, Civ.<sup>1</sup> 13 févr. 1968, *J.C.P.*, 68, 2, 15477 (est-il sûr, toutefois, que, dans l'a. 1102, la réciprocité vise d'autres obligations que celles qui confèrent à un type de contrat son nom et son essence ?). Il peut même arriver aux juges de fonder le caractère synallagmatique sur une contrepartie extérieure à l'acte rédigé : Civ.<sup>1</sup> 27 oct. 1982, *Bull.*, n° 305 ; Civ.<sup>1</sup> 8 févr. 1984, *Bull.*, n° 57. Encore doivent-ils ne pas aller la chercher trop en amont, Civ. 7 juin 1979, *Bull.*, n° 168. Quoique les a. 1325 et 1326 donnent l'impression de deux textes alternatifs, il serait faux de poser en thèse que ce qui ne relève pas du « double original » relève nécessairement du « bon pour » et inversement. Il y a un *no man's land*, mais les actes juridiques qu'on y trouve ne sont pas des contrats (ex. quittances, Soc. 18 juill. 1952, D. 52, 617 ; renonciations, Civ.<sup>1</sup> 15 juin 1973, *Bull.*, n° 205). — La promesse de contracter a son prototype dans la promesse unilatérale de vente, qui ne s'est dégagée qu'au xx<sup>e</sup> s. de la vision confuse qu'en avait eue le C. Nap., a. 1589-1590 (cf. F. Bénac-Schmidt, 1983, R. N. Schütz, L'exécution des promesses de vente, *Rép. not.*, 99, 833). Mais la pratique connaît aussi la promesse synallagmatique de contracter, qui vaut contrat définitif de même que vaut vente la promesse synallagmatique de vendre à laquelle fait allusion l'a. 1589, al. 1<sup>er</sup> (Civ.<sup>3</sup> 23 janv. 1991, D. 92, 457, n. Najjar, Civ.<sup>3</sup> 11 juin 1992, *Bull.*, n° 206). — Les difficultés de la distinction du *titre onéreux* et du *titre gratuit* ne peuvent être bien étudiées qu'à propos de la donation.

La distinction des *contrats commutatifs* et des *contrats aléatoires* (cf. Kahn, *La notion de l'aléa dans les contrats*, Th. Paris, 1925, Grua, *R.T.*, 83, 263, et, plus largement Benabent, *La chance et le droit*, Th. Paris, 1973) s'est beaucoup transformée depuis 1804 : le calcul des probabilités a pratiquement fait disparaître l'aléa du côté de l'entrepreneur (compagnie d'assurances ou loterie nationale), ne le laissant subsister que du côté de l'usager ; même dans les rentes viagères entre particuliers, les tables de mortalité permettent d'attribuer une valeur aux prestations considérées comme aléatoires. N'y aurait-il pas lieu, dès lors, de soumettre à un réexamen la règle suivant laquelle la rescision pour lésion n'est pas admissible dans cette variété de contrats ? Cf. Savatier, D. 1939, 1, 81 ; Deprez, La lésion dans les contrats aléatoires, *R.T.*, 1955, 1. Bien remarquer, aussi, où va la formule, que *l'aléa exclut la lésion* : c'est qu'entre majeurs il n'y a, en principe, que des contrats aléatoires, un jeu perpétuel. Epousant les balancements de la jurisprudence, la doctrine tend finalement à beaucoup relativiser la distinction de l'a. 1104 (cf., à partir des effets de l'aléa, Grua, *R.T.*, 83, 263).

e) *Droit des contrats en général et droit des contrats spéciaux* (cf. a. 1639). — La distinction rappelle celle que font les criminalistes entre le droit pénal général et le droit pénal spécial (qui analyse les diverses incriminations, meurtre, vol, etc.). Elle s'appuie sur la structure même du livre III du C.C. : d'un côté, le titre III ; de l'autre, la série des titres VI à XVI (vente, échange, louage, etc.). La théorie générale du contrat devrait puiser davantage dans la matière des contrats spéciaux, plus concrète, plus réaliste. Cf. Ghestin-Jamin, *La vente*, 1998 ; Collart-Dutilleul et Delebecq, *Contrats civils et commerciaux*, 1998 ; Malaurie-Aynès, *Les contrats spéciaux*, 13<sup>e</sup> éd., 1999 ; Benabent, *Les contrats spéciaux*, 4<sup>e</sup> éd., 1999 ; B. Gross-Ph. Bühr, *Contrats*, I, 1993 (vente, baux) ; J. Huet, *Les principaux contrats spéciaux*, 1996 ; Antonmattei et Raynard, *Contrats spéciaux*, 1997. — Comment les classer ? deux essais de classification : Overstake, 1969, B. Bergmans, *Dr. pros.*, 90 (3), 431. — Au sein des contrats spéciaux vient jouer, comme un souvenir du droit romain, la distinction des contrats *nommés* et *innomés*, dont l'art. 1107, al. 1, a l'air de dire qu'elle est aujourd'hui sans conséquence. Elle répond, tout de même, à une donnée psychologique. La preuve en est qu'en présence d'une combinaison inédite que les contractants eux-mêmes n'ont pas *qualifiée* (cf. Ghestin [*Effets*], n°s 62 s., *Droits* [18], 1994), les juristes s'efforcent de la rapprocher d'un type de contrat déjà étiqueté par la loi ou par la pratique ; ce qui permettra d'en compléter les stipulations en lui étendant l'ensemble de la réglementation de ce type. Ce n'est qu'en désespoir de cause que l'on renonce à nommer pour se résigner à parler d'un contrat *sui generis* (cf. a. 1831-1 : ce monstre a été baptisé).

#### PRATIQUE EXTRAJUDICIAIRE

Il y a un art (ou une science) du contrat, qui est une part de la dogmatique juridique (négociation, rédaction, suivi de l'exécution, extinction). Ouvrage essentiel, Mousseron, *La technique contractuelle*, 1988.

#### [20]

#### II. — *Autonomie de la volonté*

Ghestin, n°s 36 s. V. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité*, 1997 (la théorie de l'autonomie est spécialement visée, et c'est un mythe) ; Ranouil,

*L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, 1980 ; N. Chardin, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, 1988 (la volonté qui est autonome, c'est la volonté rationnelle, soustraite à la pression des besoins et des désirs) ; C. Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, *R.T.*, 97, 357.

## HISTOIRE

V. Tison, *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'Ancien Droit français*, Th. Paris, 1931 ; M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 1957, p. 321 s., et *Arch.*, 1968, 1 ; Barmann, *R.I.D.C.*, 1961, 18 ; Timbal, I, 15 s. ; Gazzaniga, Domat et Pothier, *Le contrat à la fin de l'Ancien Régime*, *Droits*, 90 (12), 37. L'autonomie de la volonté a une histoire qui s'est poursuivie sur deux plans distincts : le fond et la forme, ou plutôt (chronologiquement) la forme et le fond. Il y a eu deux conquêtes successives : le consensualisme et la liberté contractuelle (cf. *supra*, n° 16). En tant que théorie de philosophie juridique, on date volontiers l'autonomie de la volonté de l'École du droit naturel. Celle-ci, cependant, a prolongé des courants antérieurs : 1° le *droit romain*, dans son effort (où la pensée stoïcienne a dû jouer un rôle) pour se dégager du formalisme et exalter la *voluntas* (cf. Monier, II, n° 62, Magdelain, *Le consensualisme dans l'édit du Préteur*, *Varia*, 1957) ; 2° le *droit canonique*, qui, en faisant apparaître le péché dans la violation de la foi jurée, donna une valeur morale et religieuse à l'engagement de l'homme (cf. Roussier, *Fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Eglise*, Th. Paris, 1933 ; Prévost, Th. Paris, 1939) ; 3° l'*Humanisme*, ainsi Erasme, dans sa *Diatrise* sur le libre arbitre, réhabilite la *vis humanae voluntatis*, et c'est peut-être sous l'impression d'une lecture récente de ce morceau que Dumoulin rédigea en 1525 sa célèbre consultation dans l'affaire de Ganey, où il ramène la communauté conjugale imposée par la coutume à n'être qu'un effet de la volonté toute-puissante des époux ; 4° la *Réforme*, car on a pu soutenir (Tawney, *La religion et l'essor du capitalisme*, 1951, p. 188) que la volonté avait été, dans l'action, l'essence du puritanisme, bien que celui-ci crût à la prédestination.

A la veille de la Révolution, l'idée de contrat avait elle-même une signification révolutionnaire, dès lors qu'il fallait abattre un régime économique fondé sur la réglementation et le corporatisme (laisser faire, laisser passer = laisser contracter). Le *Contrat social* de Rousseau avait créé un climat favorable au volontarisme (par une analogie purement verbale, car ce Contrat social est tout autre chose que le contrat du droit civil ; cf. Spitz, *Droits*, 90 (12), 25). Mais c'est davantage encore à Kant qu'il convient de rapporter la théorie en ce qu'elle a de catégorique (l'expression même, autonomie de la volonté, semble empruntée à la *Critique de la raison pratique*). Les philosophes républicains de la III<sup>e</sup> République (Renouvier, Fouillée) firent du contrat le pivot de toute justice. Aollas aussi (II, p. 17) avait été « contractualiste » : il avait eu, toutefois, l'originalité, parmi ceux de son temps, d'apercevoir que le contrat peut servir à l'exploitation de l'homme par l'homme.

Le passage au XX<sup>e</sup> s. s'accompagne d'un renouvellement des idées. Sans sortir du C.C., on glissa de l'a. 1134 à l'a. 1370, du contrat, décidément trop utopique, au quasi-contrat, enchevêtrement d'obligations naissant spontanément. Le philosophe offi-

ciel était un homme d'Etat, Léon Bourgeois, pontife d'un radicalisme modéré, apôtre d'une paix universelle par le droit international (cf. Olszak, *Dr. pros.*, 1995 (1), 31). Sa doctrine prit nom *solidarisme* : c'était la projection en philosophie politique d'un mécanisme du droit civil des obligations, de la solidarité active et passive des a. 1197 à 1216 (*infra*, n° 347). Le solidarisme eut son heure de gloire — et d'action — au début du siècle : il imprima un élan au développement des sociétés de secours mutuel dans la classe ouvrière : ces sociétés qui, plus tard, expirèrent en se transfusant dans les Caisses de sécurité sociale.

Cependant, une voix dissidente aurait pu se faire entendre : la thèse de Gounot, Dijon, 1912, dont le titre était significatif, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé ; contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*. Sur le moment, on n'y prit pas garde. Par la suite seulement on y redécouvrit un des nombreux signes qui, à travers une réaction « communautariste », avait annoncé l'approche de la Grande Guerre. Car, dans les législations comme dans l'idéologie, l'attachement à l'autonomie de la volonté ne se démentait guère. Le B.G.B. (1900), le C.O.S. (1911) étaient libéraux, individualistes (ah ! s'il n'y avait pas eu cette guerre, disait la Suisse, le potentiel libéral de notre Code eût éclaté davantage encore !). Plus remarquable : le C.C.It. de 1942 — tout fasciste, donc anti-individualiste que fût le régime — consacra une rubrique (a. 1322) à *l'autonomia contrattuale*. Et le long du XX<sup>e</sup>, cette autonomie aurait pu puiser de nouvelles forces au passage dans plus d'une mode intellectuelle : la philosophie de l'engagement, si fort prisée vers 1950, puis le courant libertaire révélé par mai 1968 (« il est interdit d'interdire »), plus tard l'engouement pour l'autogestion. Mais sans doute devra-t-elle davantage à des événements historiques : les Révolutions de 1989 dans les pays de l'Est, une déroutée des régimes communistes qui a été comprise comme un triomphe de l'économie de marché.

Le Conseil constitutionnel avait commencé par affirmer qu'aucune source de valeur constitutionnelle ne garantit la liberté contractuelle (3 août 1994, *J.C.P.*, 95, 2, 22404), puis il avait eu l'air d'hésiter (30 déc. 1996, *R.T.*, 97, 416). Mais, dans une décision plus récente (14 juin 1998, *R.T.*, 99, 78, n. J. Mestre) il fait défense au législateur de porter à l'*économie* des conventions et contrats *légalement* conclus une atteinte d'une *gravité* telle qu'elle méconnaisse *manifestement* la liberté *décollant* de l'a. 4 de la déclaration. Les pessimistes relèveront beaucoup de circonlocutions et craindront que la liberté contractuelle ne soit un jour constitutionnalisée solidairement avec l'ordre public. Il faut, néanmoins, saluer le progrès. Sur l'ensemble de la question, cf. Terneyre, *Mélanges G. Peiser*, 1995, 473, Molfessis, *R.T.*, 99, 798.

## [21]

## SOCIOLOGIE

V. Terré, Sur la sociologie du contrat, *Arch.*, 1968, 71 ; et *Le contrat à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, *R. Sciences morales et politiques*, 95, 299. — Les durkheimiens se sont surtout préoccupés des origines du contrat (avec un parti pris évolutionniste aujourd'hui discuté, cf. Rouland, *Anthropologie juridique*, 1988, n° 160). Deux séries de faits à en retenir : 1° Il est des formes primitives où le contrat implique, non pas, comme aujourd'hui, un lien spécialisé et de pur intérêt, mais une alliance totale et mystique des deux contractants, un rapport analogue à la parenté, un changement radical d'état (v. G. Davy, *La foi jurée, étude sociologique du problème du contrat*, Th. Lettres Paris,

1922). On contracte comme on se marie. Tel est le *blood-covenant* où le contrat se forme par mélange des sangs des contractants. De là procéderait aussi le célèbre (plutôt que lumineux) *potlatch* (observé dans des tribus indiennes au N.-E. du Canada) : c'est, semble-t-il, un festin accompagné de danses rituelles, où un chef remet des dons à ses hôtes, créant ainsi à leur charge l'obligation de lui en rendre autant et plus (on n'est pas tellement loin des dîners et des bals que donnent à charge de revanche tant de civilisés). Ce que Marcel Mauss (*A.S.*, 1925, 30) devait traduire d'une formule évocatrice : le don, forme archaïque de l'échange ; 2° Il est d'autres formes primitives où la promesse tire sa force obligatoire des bandelettes de la magie (Huvelin, *Magie et droit individuel*, *A.S.*, 1905-1906, 1 s. ; Noailles, *Du droit sacré au droit civil*, 1949, pour le droit romain ; L. Gernet, *Anthropologie de la Grèce antique*, 1968, 175 s. ; cf. C. Faralli, *Diritto et magia*, Milan, 1982). Plus tard, le ressort sera plus proprement religieux : l'invocation de la divinité et le serment ; pour la Rome ancienne, cf. Magdelain, *Essai sur les origines de la sponsio*, Th. Paris, 1943. — Ce genre d'observations avait facilement conduit les durkheimiens vers des conclusions défavorables à l'autonomie de la volonté : le pouvoir d'obliger ne peut venir au contrat que d'un ordre qui le dépasse et qui est la société.

Beaucoup des recherches auxquelles s'est intéressée l'ethnologie concernent l'origine de l'obligation et du crédit plutôt que celle du contrat. Il est une variété de contrat, qui semble se manifester très tôt, d'où aucune obligation n'a pratiquement le temps de naître, parce que les prestations s'y exécutent immédiatement, sans même laisser derrière elles la traînée d'une obligation de garantie. Ce sont notamment les échanges de denrées consommables sur les marchés — variété innombrable et populaire, *contrats manuels*. L'essentiel n'y est pas l'engagement, mais la réciprocité des volontés instantanées, la rencontre des intérêts, le jeu, peut-être la liberté. — Dans les analyses de la psychologie sociale, il y a à glaner des idées sur la genèse du mécanisme contractuel *au niveau de l'individu*. L'homme est une solitude mais qui cherche à se dépasser, qui va à la rencontre de « l'autre » — bien mieux, qui est capable de se mettre à la place de « l'autre ». Suivant le mot de G. H. Mead (*Mind, self and society*, 1934), échanger, vendre, acheter, contracter, cela n'est possible que lorsque l'individu peut assumer les rôles des autres, lorsque l'attitude de vendre évoque en lui celle d'acheter et que les deux se contrôlent réciproquement. Autre racine du contrat, la fidélité (cf. Nédoncelle, *De la fidélité*, 1953). L'habitude contractuelle est ambivalente : la présomption est que le « bon client » obtient de meilleures conditions (cf. la pratique publicitaire des « cartes de fidélité ») ; en revanche, il est psychologiquement captif (v. C. Ass. a. L. 113-15, qui se méfie des renouvellements par surprise).

#### ÉCONOMIE POLITIQUE

Poughon, Une constante doctrinale, l'approche économique du contrat, *Droits*, 1990 (12), 47 ; Hauser, L'apport du droit économique à la théorie de l'acte juridique, *Mélanges Derruppé*, 1991, 1 ; Oppetit, Droit et économie, *Arch.*, 92, 17.

A mi-chemin entre la sociologie et l'économie politique, la théorie des jeux — en si grande vogue aujourd'hui (Morton D. Davis, *La théorie des jeux*, trad., 1973) — fournirait, sans doute, des éléments précieux au juriste. Il y a — du moins en économie

libérale — un jeu contractuel, et pas seulement dans le contrat de jeu. Comment expliquer autrement le double principe, et que l'aléa exclut la lésion, et que l'on n'a pas égard à la lésion dans les contrats passés par les majeurs ? Le droit des contrats apparaît ainsi comme une série de règles du jeu. Une règle du jeu très importante (l'a. 1134 ne la traduit que très imparfaitement, mais les tribunaux ont souci qu'elle soit toujours respectée, spécialement dans les contrats commerciaux), c'est que, la partie une fois engagée, un joueur ne peut demander à l'arrêter, les choses n'étant plus entières (cf., pour un contrat aléatoire, a. 1978 s.).

#### POLITIQUE LÉGISLATIVE

Que ferons-nous du contrat ? Les uns disent : c'est une invention admirable (comme la roue). A tous les points de vue. *Pratique* : la loi ne peut tout prévoir, elle est trop abstraite et lointaine ; les besoins étant subjectifs et variant d'un individu à un autre, nul ne peut mieux que chaque intéressé en connaître la pression et l'importance (que l'on compare les complications du loyer dit scientifique, dans la l. 1<sup>er</sup> sept. 1948, a. 27 s., à la simplicité de sa fixation par contrat). *Psychologique* : le mal de la contrainte est moins amèrement ressenti par le débiteur qui s'est obligé volontairement (*volenti non fit injuria*) ; la régression du contrat détermine une recrudescence du droit pénal. *Economique* : l'échange des richesses et des services atteint l'optimum par l'initiative individuelle et le contrat est l'instrument de cette liberté. Cf. Mousseron, *R.T.*, 88, 481 (éloge du contrat comme instrument de prévention et d'imputation des risques). Mais d'autres ont répliqué : c'est une source d'*injustice* ; le contrat se prête à des effets de domination (féodalité), d'exploitation (ouvrier, consommateur) ; entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime, la loi qui libère (la formule, ou à peu près, est de Lacordaire, et a servi de programme aux catholiques sociaux). Et les esprits scientifiques ajoutent : c'est une source de *désordre* ; le jeu aveugle et incohérent des égoïsmes individuels qui s'expriment dans les contrats fait obstacle à une planification rationnelle de l'économie.

La controverse dépasse le droit civil. Cependant, même d'un point de vue idéologiquement socialiste, il ne peut y avoir de condamnation générale du contrat. Il vaut par l'usage qui en est fait. Or, il peut être, en régime capitaliste, un moyen de lutte : les salariés obtiennent souvent plus et plus vite, de la liberté contractuelle, par la discussion d'une convention collective ou d'un accord d'entreprise, que de l'intervention de la loi (cf. G. Lyon-Caen, Défense et illustration du contrat de travail, *Arch.*, 1968, 59). Il n'est guère de syndicat qui ne déclare privilégier la négociation, pour commencer ou pour finir.

Rien de tel pour se rassurer sur l'avenir du contrat que d'observer qu'en U.R.S.S., dans le système juridique le moins libéral qui fût, en économie comme en politique, le contrat avait su trouver un emploi : 1° Des contrats étaient conclus, d'une entreprise d'Etat à l'autre, pour l'exécution des plans économiques (c'est que le contrat est un instrument de calcul économique), et il y avait lieu à un débat entre contractants, encore que ce débat dût être finalement arbitré par l'autorité (v. David et Hazard, *Le droit soviétique*, II, p. 63 s.) ; 2° Entre particuliers, ou entre particuliers et magasins d'Etat, n'avaient jamais cessé les contrats ayant pour objet les biens de consommation : c'est que contracter (faire son marché, brocanter) est un plaisir de la vie, dont il serait



insensé de priver les gens. Une autonomie de la volonté, cantonnée et limitée, peut apparaître à tous les régimes comme un salutaire exercice psychique.

En tout cas, dans le régime mi-libéral, mi-interventionniste, qui a été celui de la France sous la V<sup>e</sup> République, le contrat — passé avec de grandes sociétés ou avec des organisations professionnelles — est devenu entre les mains de l'Etat, grâce à sa souplesse et à sa mobilité, un instrument de l'intervention économique. Cf. Vasseur, Un nouvel essor du concept contractuel, les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle, *R.T.*, 1964, 4; Jacquot, Les interventions économiques de l'Etat par voie contractuelle en France (renaissance du phénomène contractuel), *Travaux de la Faculté de Droit de Liège*, 1971; Verdier et Langlois, *Aux confins de la théorie des sources du droit, une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif*, D. 1972, chr. 253.

#### THÉORIE JURIDIQUE

*Arch.*, 1968; G. Alpa, Le contrat individuel et sa définition, et Les nouvelles frontières du droit des contrats, *R.I.D.C.*, 88, 327 et 98, 1015; Rouhette (définition) et D. Tallon (survol comparatif), in *Droits*, 90 (12), 59 et 81. — *Par quel mécanisme la volonté se donne-t-elle sa propre loi dans le contrat?* Beaucoup, se plaçant du côté du débiteur, attribuent l'obligation à un pouvoir, à une énergie créatrice de la volonté (cf. Demogue, I, n° 15) : je veux, donc je m'oblige. La psychologie volontariste de Maine de Biran et de Jouffroy avait pu, au siècle dernier, prédisposer les esprits à accueillir cette explication. Toutefois, on comprend mal comment une obligation, qui est sentie comme venant du dehors, pourrait sortir d'un phénomène purement intérieur. Aussi des philosophes ont-ils songé à déplacer l'action créatrice de la volonté vers son expression, la parole. Tel est le sens de la théorie des *actes de langage* (cf. John R. Searle, *Speech Acts*, 1960) : Si je dis « je promets de vous payer 1 000 F », je suis *ipso facto* obligé. Les mots sont *performatifs*. Mais n'est-ce pas parce qu'il y a un témoin pour m'entendre, c'est-à-dire la société, gardienne du droit ?

Gino Gorla, mort en 1992 (*Il contratto ; problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casuistico*, 1955, § I, 6) s'était livré à une critique très prenante de cette idée que la volonté se crée, par une énergie propre, sa propre obligation. Et il proposait de déplacer l'explication du débiteur au créancier : ce qui fait la force obligatoire du contrat, c'est la confiance du créancier, non la promesse du débiteur. En Angleterre, on parle volontiers, depuis Adam Smith, des attentes raisonnables (*reasonable expectations*) du créancier. *L'Unfair Contract Terms Act* de 1977, à côté de clauses nulles, en prévoit d'autres qui sont soumises au *test of reasonableness* (le juge étant l'homme raisonnable par excellence). Raisonnable, ce n'est pas la rationalité, la logique rigoureuse, mais un bon sens pratique. Quelque chose de cette manière de penser se retrouve dans notre loi du 21 juillet 1983 sur la sécurité des consommateurs, a. 1<sup>er</sup> (... conditions raisonnablement prévisibles, sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre ; a. L. 221-I C. Consom.), et maintenant, par la l. 19 mai 1998, dans l'a. 1386-4 C.C. La personne (le contractant) *raisonnable* étaient déjà dans l'a. 1112 C. Nap. Mais les *attentes* sont venues des Anglo-Saxons par des directives de Bruxelles, et l'on peut reconnaître à la notion la vertu modératrice de couper assez tôt la chaîne de la causalité, l'étendue des dommages-intérêts dans la responsabilité (contractuelle ou délictuelle ; cf. *infra*, n°s 158, 213).

Emmanuel Lévy (*Vision socialiste du droit*, 1926 ; *Les fondements du droit*, 1933) avait déjà mis en relief le rôle de la confiance légitime dans le mécanisme de l'obligation. Bien mieux, l'Ecole du Droit naturel, quoique l'on puisse lui reprocher d'avoir exalté à l'excès la volonté créatrice, n'a pas ignoré cette conception pragmatique. Ainsi, Pufendorf, *Devoirs de l'homme et du citoyen*, liv. I, chap. IX, fonde expressément la force obligatoire du contrat sur le besoin de sécurité des créanciers, et il termine par cette réflexion très prosaïque (trad. Barbeyrac) : « Outre qu'on a toujours bien de la peine à digérer d'être la dupe de quelqu'un, pour l'avoir cru honnête homme. »

Néanmoins, si vous vous placez ainsi du côté du créancier pour expliquer, votre explication ne vaudra plus rien là où il ne se trouve pas encore de créancier, c'est-à-dire dans l'acte unilatéral. Or, n'en existerait-il pas d'autre, il y a tout de même un acte unilatéral pur, le testament, qui semble illustrer la force créatrice de la volonté humaine (à moins que ce ne soit celle de la religion ou de la mort). La présence de l'autre fait-elle disparaître ce vouloir ? « Tiens vis-à-vis des autres ce que tu t'es promis à toi-même ; là est ton contrat. » C'est une parole de poète (René Char, *Feuillets d'Hypnos*).

Après le vouloir, le non-vouloir. Il arrive que, dans un acte juridique (ex. acte de procédure, quittance ; cf. *infra*, n° 330), une partie insère la clause *sous toutes réserves*. Par là, elle manifeste sa volonté de n'être pas entraînée par son acte à des conséquences imprévisibles qui seraient préjudiciables pour elle. Si ces réserves (ou *protestations*) sont efficaces en principe c'est qu'il y a une liberté de ne pas vouloir (B. Célice, *Les réserves et le nonvouloir dans les actes juridiques*, Th. Paris, 1968).

#### [22]

#### III. — Morale et contrat

B.G. — Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1926 : c'est le livre essentiel, la première remise en question de la séparation du droit et de la morale, spécialement dans le domaine du contrat. — V. pour la fin du siècle, L. de Naurois, *Obligation juridique et obligation morale*, *Rev. droit canon.*, 1982, 107 ; cf. Morale et droit, *R. juridique du Centre-Ouest*, 1992 (11) ; Kellerhals *et al.*, *L'éthique du contrat, du rapport entre l'intégration sociale et la morale juridique populaire*, *A.S.*, 93, 125 (cf. *A.S.*, 95 [2], 317) ; S. Darmaison, *Le contrat moral ; contribution à l'étude de la règle morale dans les obligations civiles*, Th. [ronéo], Paris II, 1999.

#### HISTOIRE

Pour moins s'étonner de la renaissance du cautionnement moral, on peut rappeler qu'à Rome certains contrats fonctionnèrent longtemps comme des *services d'amis*, se passant de la sanction juridique : le prêt à usage, le dépôt, le mandat, et l'on en aperçoit des traces encore dans le C.C., leur gratuité de principe.

#### PHILOSOPHIE MORALE

Morale, éthique, à l'heure actuelle les deux mots sont employés l'un pour l'autre. L'éthique, a écrit un sage humoriste, est le nom que donnent à leur moralisme les moralisateurs qui ne veulent pas avoir l'air trop ringard. Plus sérieusement, on peut dire : l'éthique est la science, et la morale — normes, phénomènes — est l'objet de cette science.

S'il est vrai que l'immoralité a deux pôles, l'un, le sexe, qui attire les vantardises, l'autre, l'argent, qui affectionne le silence — c'est surtout à l'immoralité de l'argent que le contrat est vulnérable, et à la morale de l'argent qu'il y a lieu de le confronter. Mais il existe plus d'une morale contractuelle, ou du moins deux grandes tendances dans cette morale. Il y a la morale des contractants quelconques : morale des vertus moyennes, de l'honnêteté (pas seulement bourgeoise), de la modération (*in medio stat virtus*) — s'y ajoutant toutefois la nuance que le jansénisme a déposée dans notre C.C., l'indulgence, la patience, la grâce des délais, le tabou de l'usure, un peu de charité. C'est le droit commun de la morale contractuelle. Une *morale des affaires* s'en est détachée, plus active, plus exigeante, plus pressée. On aurait tort, cependant, de poser la distinction en termes de plus ou de moins : la morale des affaires est marquée par des traits originaux : 1° La notion du *fair play*, le contractant doit être beau joueur (cf. Psaumes, 15, 4), résister à la tentation de se retirer d'une affaire engagée qui tourne mal (opp. les droits de repentir, de dédit d'une morale pour faibles, *infra*, n° 114), tous les contrats pour lui sont aléatoires ; 2° Le calcul économique. Une morale qui calcule, n'est-ce pas contradictoire ? Mais que penser d'une morale aveugle ? Lucide, la morale des affaires constate que la charité (telle que la traduit par exemple une protection outrancièrement protectionniste des consommateurs) a un coût appréciable qui s'incorporera au contrat, et elle se demande si la meilleure morale contractuelle ne coïnciderait pas finalement avec le meilleur marché possible. Façon de faire réapparaître sur un terrain inédit les dangers que les Classiques avaient dénoncés dans la confusion du droit et de la morale ; 3° Le calcul économique engendre une *indifférence* d'économiste à la moralité individuelle des contractants. Les grandes entreprises opèrent par contrats de masse. Ce qui leur importe, c'est la morale de la clientèle, phénomène collectif, statistique, où des immoralités individuelles viennent se fondre sans conséquence. Les entorses particulières à la morale sont traitées comme de simples accidents, justiciables de l'assurance ou de la constitution de provisions au bilan.

## TITRE I

[23]

*La formation du contrat*

Comme bien d'autres institutions, celle-ci, le contrat, peut être présentée en deux temps : la naissance et la vie, la formation et les effets (à travers lesquels se déroule son fonctionnement). L'anatomie précède la physiologie, dira-t-on par une comparaison aussi usuelle qu'approximative.

Le C.C. consacre tout un chapitre (a. 1108-1133) à la formation du contrat sous la rubrique *Des conditions essentielles pour la validité des conventions*. Mais, à la lecture, on constate que la validité y est souvent suggérée par son revers, la nullité, qui sanctionne le défaut d'une condition essentielle. Et, sans doute, il est probable qu'une pathologie peut aider à comprendre l'anatomie. Néanmoins, pour la clarté, nous avons séparé les deux points de vue. De là deux sous-titres, l'un pour les *conditions de validité*, l'autre pour l'*annulation*. Un troisième est venu des progrès de l'analyse juridique : elle a mis en évidence le phénomène des *ensembles culturels*. On résistera ici à la tentation d'évoquer des naissances gémellaires, quoique la pratique parle, à cette occasion, de conventions jumelées.

*Les conditions de validité  
du contrat*

Le contrat peut être considéré comme une sorte de mécanisme clos, fait de la réunion de plusieurs pièces constitutives. L'a. 1108 l'envisage ainsi quand il énumère les conditions qui sont essentielles pour sa validité. Ce sont les éléments qui donnent au contrat sa *structure*. Mais le contrat, mécanisme individuel, se forme au sein d'un ordre collectif dont il ne peut s'isoler : il n'est entièrement efficace que par sa *conformité* à certaines exigences qu'il rencontre en dehors de lui-même, dans la société.

Toutefois, avant que le contrat ne soit conclu, pour peu qu'il revête quelque importance, il a probablement été précédé d'une période, brève peut-être mais nullement inerte, où il a été préparé. Cette *période précontractuelle*, quoique le C.C. ne l'ait pas fait apparaître distinctement, ne doit pas être traitée comme un prélude insignifiant en attendant l'essentiel : elle est déjà riche d'effets juridiques.

## LA PÉRIODE PRÉCONTRACTUELLE

Il est des contrats qui se forment instantanément : l'acheteur prend à l'étalage l'objet de ses désirs et tend au marchand le prix porté sur l'étiquette. D'autres requièrent un laps de temps plus ou moins long, marqué par des hésitations, des discussions, des réflexions, avant que chacune des parties ne se décide ; à plus forte raison avant que toutes deux tombent d'accord pour décider en commun ; avant le « Tope-là » final ou l'échange des signatures.

Le principe est que cette période antérieure à la formation du contrat se situe en dehors du droit. Le droit, pourtant, est assez souvent amené à s'en saisir en vertu de l'a. 1382, de la norme générale de responsabilité délictuelle. Il se peut que l'un des partenaires, au cours de la préparation de l'accord, ait, par son attitude, causé un préjudice à l'autre, ne serait-ce qu'en faisant échouer le projet : il n'y a pas eu faute dans le contrat, mais dans la manière de contracter (*culpa in contrahendo*). Et il faut surtout avoir égard à cette donnée d'expérience que, le contrat une fois conclu, beaucoup des malheurs qui pourront l'affecter plus tard ont leurs racines dans la période précontractuelle : ainsi, la nullité pour vice du consentement, les actions en garantie, les difficultés d'interprétation, etc. Le juge, pour résoudre ces questions, devra remonter à la genèse de l'accord, en étudier les premiers brouillons. Le contrat est suivi par son passé.

Tout, dans ce passé, n'a pas néanmoins la même force. La période précontractuelle va d'ordinaire en progressant : on peut y distinguer plusieurs phases.

[25] a) *La phase indécise*. — Je puis entrer dans un magasin avec le dessein arrêté d'y acheter tel objet que j'ai déjà repéré, mais aussi bien

y entrer « pour voir », par pure curiosité. Et entre les deux comportements peuvent s'échelonner bien des nuances de désirs. Qu'un individu, circulant dans une « grande surface », glisse et se casse la jambe avant d'avoir fait aucune emplette, on peut, avec quelque imagination, apercevoir en lui un acheteur potentiel, et il n'est pas exclu que les tribunaux déclarent l'entreprise tenue envers lui d'une obligation de sécurité, qui est une obligation contractuelle (cf. *infra*, n° 295). La période précontractuelle est là, pourtant, à un degré voisin de zéro.

Mais supposons que notre personnage s'intéresse à un objet déterminé, l'examine, et peut-être, si les prix ne sont pas fixes, le marchandise : le lien précontractuel s'épaissit progressivement. Les acteurs, à pas comptés, entrent en pourparlers. Qu'est-ce donc que les *pourparlers* ? A cet endroit, il est bon de se référer à un schéma classique, dépouillé, mais qui pourra s'habiller des exemples les plus divers. Schématiquement, les pourparlers s'analysent en un échange de manifestations de volonté, de volonté tendant au contrat : l'offre et la réponse à l'offre. Cette réponse est assez habituellement qualifiée d'acceptation. Cependant, le terme ne convient que lorsque la réponse est positive, l'offre acceptée franchement, ce qui forme le contrat et met fin aux pourparlers. Or, il est fréquent que celui qui a reçu l'offre relance la balle vers l'offrant, et le jeu de tennis peut se poursuivre, qui est l'image des pourparlers.

1° L'offre (de contracter, ou *pollicitation*, terme hérité du droit romain) est l'expression de l'initiative contractuelle. C'est une manifestation de volonté qui ne se conçoit guère qu'expresse, ce qui ne veut pas dire forcément : écrite ou parlée. Elle peut revêtir une forme très rudimentaire (taxi en stationnement, menu affiché à la porte d'un restaurant, marchandises sur les rayons), ou même être mécanisée (distributeur automatique). Elle peut être accompagnée de réserves (ex. jusqu'à épuisement du stock) formelles ou sous-entendues en vertu de l'usage.

L'offre est une manifestation de volonté adressée à autrui, mais non pas nécessairement à une personne déterminée. Il y a des *offres collectives*, faites au public (annonce dans un journal, vente aux enchères) : le premier venu pourra s'en saisir ; toutefois, si l'offre est un contrat comportant un *intuitus personae* (ex. offre d'un logement ou d'un emploi), l'offrant est censé se réserver une faculté d'agrément (qu'il faut supposer non discriminatoire).

La jurisprudence décide, en principe, que l'offre (qui n'est en soi qu'un acte juridique unilatéral) n'a pas force obligatoire par elle-même : le pollicitant peut la rétracter tant qu'elle n'a pas été acceptée,

et son décès la rendrait caduque (du moins est-ce l'opinion dominante). Toutefois, si la rétractation intervenait dans des conditions vexatoires, la théorie de l'abus du droit permettrait de rendre l'offrant responsable. Il se peut que le destinataire dispose d'un certain délai pour accepter, soit que ce délai ait été expressément fixé dans la pollicitation, soit qu'il résulte de l'usage ou des circonstances (dans un contrat par correspondance, il faut que le destinataire ait un délai raisonnable pour répondre) : en pareil cas, l'offrant est implicitement obligé de maintenir son offre pendant tout le temps accordé pour l'acceptation. Le C. Consom. a. L. 312-7 s. a réglementé les formes de l'offre de prêt adressée à un particulier et a rendu obligatoire le maintien de cette offre pendant un mois.

2° La réponse à la pollicitation peut avoir une signification variable :

— Acceptation pure et simple, auquel cas le contrat se forme sur le contenu défini par l'offrant. Ce peut être une acceptation tacite aussi bien qu'expresse : par ex., dans un libre-service, l'appréhension de la marchandise (quoique, pour des raisons pratiques, on préfère considérer que la formation du contrat, partant le transfert de la propriété, a. 1583, est retardée jusqu'au moment où le client est passé à la caisse ; cf. t. III, n° 115).

— Refus pur et simple, auquel cas le contrat ne se forme pas et les pourparlers sont rompus. En principe, pas de responsabilité : c'est l'exercice d'une liberté. Toutefois, les circonstances peuvent laisser apparaître des fautes à la charge de l'auteur de la rupture (ex. il avait délibérément fait traîner les pourparlers).

— Enfin ce qui n'est pas le cas le moins fréquent, acceptation, mais avec un contenu qui n'est pas identique à celui de l'offre. L'acceptation est assortie de réserves, une modification des conditions offertes est sollicitée (ex. un rabais, un délai). Faute de concordance entre les deux manifestations de volonté, le contrat ne se forme pas. En réalité, le destinataire de l'offre a repris l'initiative, a formulé des contre-propositions, et devenu pollicitant à son tour, attend l'acceptation de l'autre partie.

[26] b) *Précisions d'étape*. — Il arrive, mais ce n'est pas nécessaire, que les intéressés s'arrêtent au cours de leurs pourparlers pour en faire le point. Cette pratique est désignée sous des noms variables dont le plus général est peut-être *avant-contrat*, et le plus proche du contrat final, *accord de principe*. En fait, ce type de document oscille entre deux natures : l'aide-mémoire banal, qui se borne à balayer les sujets sur lesquels il est désormais inutile de discuter, et le contrat véritable, quoique limité

parce que partiel ou provisoire. S'il y a contrat, le partenaire qui s'en affranchira — qui, en particulier, empêchera le contrat principal de se conclure — engagera sa responsabilité, déjà forcément contractuelle.

c) *La phase décisive.* — Qu'une dernière acceptation recouvre exactement la dernière offre, et c'est le déclic qui forme le contrat. Des intérêts pratiques s'attachent à la détermination de ce moment à compter duquel le contrat entre en vigueur. Il faut, à cette fin, dater l'acceptation elle-même. Un problème est né des contrats entre absents (= non-présents), conclus par lettres, sinon par téléphone (car, en ce cas, seul le lieu du contrat ferait difficulté, non le moment). On peut théoriquement songer à placer l'acceptation à l'un quelconque des deux bouts de la chaîne, du côté soit de celui qui l'émet (l'acceptant), soit de celui qui la reçoit (qui a été pollicitant). De là, deux grands systèmes : l'émission et la réception (voire, selon une variante plus exigeante, l'information, le moment où l'acceptation est parvenue à la connaissance du pollicitant). La Cour de cassation paraît reconnaître aux juges du fond un pouvoir souverain pour en décider.

## [27] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Ghestin, n° 2901 ; J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Th. Paris, 1970.

### HISTOIRE

Les règles de notre droit relatives à la formation du contrat par l'échange des consentements pourraient sembler descendre le plus directement des règles romaines concernant le *contrat consensuel* (cf. Monier, II, n°s 62 s., 103 s.), vente en première ligne. Mais, à côté du contrat consensuel, le Droit romain pratiqua longtemps le système formaliste plus ancien du contrat *verbis*, où l'obligation résultait d'une promesse (*sponsio*) du débiteur faite en réponse à une interrogation (*stipulatio*) du créancier. Beaucoup de textes du Digeste se rapportent à cette forme de contrat, qui paraît consister moins dans un *accord* de volonté que dans une *déclaration unilatérale*. Nos traditions juridiques en ont été profondément influencées. Non pas seulement pour le vocabulaire (l'usage de désigner le créancier comme celui qui *stipule* ; a. 1119, 1121, 1162). Mais même quant au fond : la théorie des obligations conventionnelles, dans le C.C., est souvent conçue en fonction d'une obligation isolée, qui serait venue d'une promesse unilatérale (ex. a. 1131 s., 1235 s., 1302 s.) ; n'est-ce pas, d'ailleurs, l'explication de cette formule, souvent mal comprise (cf. Demolombe, XXIV, n° 45), de l'a. 1108 : le consentement de *la partie qui s'oblige* ?

La propension à admettre consentements tacites et acceptations par le silence n'est pas nécessairement liée à l'autonomie de la volonté. L'art d'interpréter les signes et les mutismes est familier aux droits archaïques (ex. Nombres, 30, 4 s., souvent invoqué

dans notre Ancien Droit) ; et à l'inverse, si l'on peut trouver dans l'Ecole du Droit naturel une sorte de séméiologie (il ne faut pas décevoir la *confiance* que les autres hommes ont pu mettre dans nos gestes comme dans nos paroles), on voit poindre au XVIII<sup>e</sup> s. une certaine crainte des abus auxquels peuvent donner lieu des acceptations trop facilement présumées (exemple criant, même si Candide n'avait pas crié : le paysan qui avait bu à la santé du roi après avoir pris une pièce d'argent d'un sergent recruteur était censé avoir contracté un engagement).

### SOCIOLOGIE

a) La psychologie sociale a consacré des analyses, parfois mathématisées (sous l'influence de la théorie des jeux), au phénomène de la *négociation* (bibliographie déjà ancienne, A.S., 84, 279). Mais elle en a fait application aux négociations collectives (des conventions collectives de travail, notamment), plutôt qu'aux pourparlers contractuels de type interpersonnel. Cf. R. Fischer et W. Ury, *Comment réussir une négociation*, 1986. Sur l'*analyse juridique* de la négociation, développements importants chez J.-M. Mousseron, *La technique contractuelle*, 1988 p. 21-106.

b) La lecture mériterait la même attention que l'écriture (cf. *infra*, n° 99). Elle est le support de la manifestation de volonté. Dans les actes notariés (d. 26 nov. 1971, a. 7, *in fine*), la loi en a fait un élément de la solennité, sur lequel elle insiste parfois (ex., a. 972, 976, al. 2). Même là, ce ne sont que précautions assez formelles, qui supposent la lecture faite, mais ne prouvent pas qu'elle l'a été. Et en dehors de là, dans les actes sous seing privé, il n'y a point de précaution prise. Quelle est, en droit, la conséquence si un contractant signe sans lire ? Il est lié, en principe, par sa seule signature. On pourrait soutenir que l'absence de lecture crée une ignorance du contenu du contrat, donc un défaut de consentement qui emporte nullité. Mais comment prouver l'absence de lecture ? Il semble, cependant, que cette preuve serait concevable dans deux séries de cas : 1° Au bénéfice d'une partie illettrée. Peut-il y avoir des Français analphabètes ? Civ. 25 juill. 1898, S. 99, 1, 74, ne voulait pas en convenir ; Civ. 25 mai 1964, D. 64, 626, a préféré protéger qui méritait protection ; 2° Au bénéfice d'une partie qui ne comprend pas, ou comprend mal, la langue du contrat. C'est une question que rend aiguë aujourd'hui la multitude des immigrés. L'a. L. 121-1 C. Tr. (l. 31 déc. 1975 et loi *Toubon* du 4 août 1994, relatives à l'emploi de la langue française) leur permet d'exiger une traduction, qui fera foi, de leur contrat de travail. Mais, pour les autres contrats, la préférence que ces lois accordent à la langue française dans la rédaction des offres de contracter, des factures ou des quittances, pourra contribuer, si le partenaire est étranger, à faire de sa lecture une vision sans lumière.

## [28]

### THÉORIE JURIDIQUE

a) *Nature juridique de l'offre de contracter.* — Cf. Vialard, L'offre publique de contrat, R.T., 71, 750. Il faut commencer par éliminer l'hypothèse particulière de l'*offre sans engagement* (cf. Planiol-Esmein, n° 128). L'absence d'engagement peut venir de réserves expresses ; le plus souvent elle est sous-entendue d'après l'usage et les circonstances (l'offre ayant été adressée à une multiplicité de destinataires, tandis que l'objet offert est en quantité limitée). C'est la question très pratique soulevée par les envois de

catalogues, tarifs, prix courants. Il est assez naturel de voir dans l'expédition d'un catalogue une sollicitation tacitement conditionnelle (sous la condition que le stock ne soit pas épuisé au moment où l'acceptation parviendra au pollicitant) — en ce sens, Civ.<sup>3</sup> 28 nov. 1968, *R.T.*, 69, 555, n. Loussouarn. Mais on peut aussi, plus radicalement, lui dénier tout caractère d'offre de contracter véritable et l'analyser comme n'étant, au contraire, qu'une invitation à faire des offres (en ce sens, a. 7, C.O. ; v. von Tuhr, § 24, II ; cf. Paris, 27 févr. 1929, D.H. 29, 261, où il y avait eu, du reste, des réserves dans le prospectus ; Com., 6 mars 1990, D. 91, Somm. 317). En faveur d'une telle analyse, on fait valoir que les propositions formulées de cette manière n'ont pas la précision nécessaire pour constituer la base d'un contrat. L'objection, cependant, est que, par là, l'initiative contractuelle est artificiellement imputée aux clients, alors que dans la réalité sociale elle appartient bien plutôt à l'entreprise qui a diffusé le catalogue.

Si l'on s'en tient à la véritable offre de contracter, comportant engagement, à la *pollicitation ferme* (question de fait, Com. 29 juin 1993, *Bull.*, n° 271), il est difficile de la caractériser juridiquement, telle qu'elle est avant que l'acceptation ne se soit nouée à elle pour former le contrat. Les Allemands disent que c'est une déclaration de volonté *empfangsbefähigt*, « ayant besoin d'être reçue », réceptive, ce qui suggère qu'elle n'a pas de valeur par elle-même, mais seulement en tant que destinée à s'accrocher à quelque chose d'autre. En Allemagne même, pourtant, et de là en France, une opinion s'est répandue, qui présente l'offre de contracter comme un acte juridique unilatéral, ayant une valeur propre, indépendante de l'acceptation (ex. Baudry-Lacantinerie-Barde, I, n° 33). On cherche ainsi à interdire au pollicitant de rétracter son offre pendant la période d'attente. Mais où gît exactement l'acte unilatéral ? D'abord, dans l'offre de contracter elle-même, qui serait un engagement unilatéral d'exécuter la prestation offerte, sous condition de l'acceptation du destinataire. Et aussi, peut-être surtout, dans un engagement secondaire qui accompagnerait tacitement toute offre de contracter assortie d'un délai, engagement par lequel le pollicitant garantirait au destinataire le maintien de l'offre pendant le délai prévu. L'analyse est complexe (compliquée encore par Demolombe, XXIV, n° 65), et implique un préjugé favorable à l'efficacité de la volonté unilatérale. Dans la doctrine contemporaine, pour reconnaître à l'offre de contracter une valeur propre, on invoque, plutôt que la force de la volonté unilatérale, la réalité sociale que l'offre a créée et qui doit être préservée (cf. Ghestin, n° 310). Mais on peut répondre que, si l'intérêt général devait être ici pris en considération, il commanderait probablement de débarrasser la scène juridique d'ébauches, d'actes manqués, dont la présence incertaine peut gêner la conclusion d'opérations plus décidées.

b) *Pourparlers*. — Cf. Cohérier, *Obligations naissant des pourparlers*, Th. Paris, 1939 ; B. Lassalle, *Les pourparlers*, *Dr. pros.*, 94 (3), 825. C'est la phase préliminaire où les clauses du contrat sont étudiées et discutées. Pas encore de contrat formé ; il se peut même qu'il n'y ait pas encore eu d'offre de contracter prête à être acceptée telle quelle ; seulement des propositions et contre-propositions. Sur le seuil de ce qui ne serait encore qu'un vestibule : il ne faut pas confondre avec l'offre de contrat l'offre d'entrer en pourparlers, J. Mestre, *R.T.*, 84, 706. Cependant, les pourparlers ne vont-ils pas créer déjà entre les parties un certain rapport juridique, d'où dérivent des obligations ? Relatives non pas, évidemment, à l'exécution de l'éventuel contrat, mais à la conduite des pourparlers eux-mêmes : s'abstenir de toute manœuvre déloyale, se renseigner réciproquement sur toutes les circonstances déterminantes pour la conclusion du contrat (cf. *infra*,

n° 82). La violation de ces obligations constituerait une faute que Jhering a qualifiée de *culpa in contrahendo*, et elle donnerait lieu à une responsabilité que l'on dit *précontractuelle* (cf. Roubier, *Responsabilité précontractuelle*, Th. Lyon, 1911 ; J. Schmidt, La sanction de la faute précontractuelle, *R.T.*, 1974, 46, qui met l'accent sur l'idée de confiance trompée et parle suggestivement de la déontologie de la négociation). Quelle en est la source ? Quand le contrat a été, par la suite, effectivement conclu, le C.C. paraît lui rattacher la responsabilité des fautes qui ont pu être commises dans la période préparatoire (ex. la dissimulation ou la négligence précontractuelle du vendeur qui a vendu une chose défectueuse est sanctionnée contractuellement par le système de la garantie, a. 1626 s.). La sanction du dol ou de la violence dont une partie s'est rendue coupable dans la formation du contrat peut encore être regardée comme une sanction contractuelle, bien que son résultat le plus ordinaire soit de faire tomber le contrat. Mais quand il n'y a pas eu du tout de contrat formé ? Même alors, Jhering a proposé d'appliquer la responsabilité contractuelle (cf. von Tuhr, 24, VII ; Engel, n° 228). On peut justifier cette conception, en supposant un avant-contrat tacite par lequel les parties se garantiraient mutuellement loyauté et coopération dans les pourparlers : ou un *quasi-contrat* de pourparlers. A moins que l'on n'aime mieux y reconnaître franchement l'existence d'obligations légales et d'une responsabilité délictuelle. Les pourparlers, d'ailleurs, peuvent toujours être rompus (pas de mariage vaut mieux qu'un mauvais mariage), sauf responsabilité de l'auteur de la rupture en cas de faute intentionnelle ou du moins lourde. Il y a faute, en particulier, à les avoir trop prolongés, la suite montrant qu'il n'y avait pas d'intention sérieuse de conclure, Com. 22 févr. 1994, *R.T.*, 94, 850. Mais il y aura faute aussi à les rompre frontalement, Civ.<sup>1</sup> 6 janv. 1998, *J.C.P.*, 98, 2, 10066, *Rép. not.*, 98, 721, n. D. Mazeaud : n. Fages (« plus les pourparlers sont courts, plus ils sont avancés ») ; la diplomatie peut être un devoir.

c) *Avant-contrats*. — Cf. Leduc, Th. Paris, 1909 ; M. Geninet, Th. Paris II, 1985. La notion recouvre en général des accords préliminaires conclus au cours des pourparlers : ex. l'offre de contracter, au moins suivant une analyse ; les accords de principe (*infra*, n° 30 d) ; on pourrait ajouter, plus concrètement, la note de couverture en matière d'assurance. Parfois, pourtant, il s'agit de véritables contrats autonomes, sur lesquels des contrats ultérieurs doivent venir s'articuler : ainsi, les promesses de contrats et notamment la promesse de vente (*supra*, n° 15, cf. L. Boyer, *R.T.*, 1949, 1) ; la demande d'établissement d'un projet ou devis (mais il n'y a pas toujours volonté de s'engager chez le client, Com. 30 nov. 1971, D. 72, 209). Dans tous les cas, les avant-contrats ont le double caractère d'être à la fois obligatoires et provisoires (cf. Demogue, *Les contrats provisoires*, *Etudes Capitain*, p. 159 s.). Leur régime, cependant, n'est pas uniforme, et une hésitation est permise entre deux tendances : ou projeter, par anticipation sur l'avant-contrat, quelque chose du contrat à venir (ex. Civ. 2 mai 1946, D. 46, 265), ou élaborer pour lui des règles propres, en général moins exigeantes (ex. a. L. 261-15 C.C.H., « contrat préliminaire », avant le contrat de vente d'immeuble à construire).

d) *L'initiative contractuelle*. — L'analyse classique distingue l'offre et l'acceptation d'après l'ordre chronologique. Mais le contractant qui a eu l'initiative n'est pas nécessairement celui qui a émis la première manifestation de volonté. Ex. dans l'embauchage d'un ouvrier, c'est l'entrepreneur, même si l'ouvrier est venu spontanément solliciter un emploi, parce que l'entrepreneur a une organisation déjà en place pour contracter. La partie qui n'a pas l'initiative contractuelle sera souvent la partie économiquement la

plus faible, mais non pas toujours : la notion reflète plus encore la timidité juridique que la faiblesse économique. L'initiative contractuelle devrait entraîner certaines conséquences. Celui qui a stipulé, dans l'a. 1162, est-ce que cela ne devrait pas s'entendre de celui qui a eu l'initiative ?

e) *La réflexion contractuelle*. — Le droit moderne cherche à protéger le contractant contre lui-même, en le protégeant contre la séduction des offres de contracter que lui prodigue la société de consommation. De là un raffinement dans l'exigence du consentement : la volition n'y suffit plus, il y faut la réflexion. C'est une volonté qui, en s'étirant dans le temps, est censée s'approfondir. Cf. Ferrier, *Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants*, D. 80, chr. 183 ; N. Chardin, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, 1988. Les gardes-fous sont placés tantôt en amont de la formation du contrat, tantôt en aval (sur ces facultés de rétractation, v. *infra*, n° 114). L'a. 4 de l'a. L. 92-60 du 18 janv. 1992 (devenu l'a. L. 114-1 *in fine*, C. Consom.) a réactualisé la notion d'*arrhes*, qui, venue de l'Antiquité, se trouvait dans le C.C. (a. 1590). Mais le texte laisse incertain un point important : s'il se contente d'organiser une faculté de dédit dans la phase précontractuelle (pratiquement, pour le consommateur, une faculté d'abandonner le projet en perdant les arrhes), ou s'il entend aller plus loin, en créant un droit de repentir sur le contrat déjà formé. V., dans le premier sens, Triclin, *J.C.P.*, 94, 1, 3732. Sur les droits de repentir, v. *infra*, n° 113.

## [29]

## PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *L'obligation de sécurité dans la période précontractuelle*. — C'est, admet-on, une obligation contractuelle (cf. *infra*, n° 295). Or, y avait-il même contrat formé ? Tel est le cas du voyageur *éventuel*, blessé dans les couloirs du métro avant d'avoir composé son ticket (Civ.<sup>1</sup> févr. 1964, *J.C.P.*, 64, 2, 13650), ou du client *potentiel* qui est victime d'un accident dans un grand magasin, où il circulait avant d'avoir fait des emplettes — peut-être même sans intention d'en faire (Civ.<sup>2</sup> 19 nov. 1964, D. 65, 93, *J.C.P.*, 65, 2 14022). Pour déployer sur le public le parapluie contractuel d'une obligation de sécurité, il faudrait feindre que l'établissement à entrée libre offre en permanence à ses visiteurs un contrat que chacun accepte tacitement par le fait même qu'il entre — une sorte d'avant-contrat à titre publicitaire, c'est-à-dire gratuit, mais non désintéressé, qui donne à l'entrant le droit de circuler à l'abri des accidents.

b) *Durée de l'offre de contracter*. — L'offre peut avoir été accompagnée explicitement d'un délai, auquel cas elle tombe de plein droit, le délai expiré : trib. Paris, 12 févr. 1980, D. 80, *I.R.*, 261. Le destinataire ne pourrait, pour le prolonger, arguer de la force majeure (la maxime *Contra non valentem agere...* [cf. *infra*, n° 361] n'a d'application qu'à des délais légaux). Tout au plus pourrait-il essayer d'attaquer le refus de l'offrant comme abus du droit de ne pas contracter (cf. *infra*, n° 33). Le délai, s'il n'a pas été expressément prévu par l'offrant, pourra encore s'induire de la nature de l'affaire, et sa durée sera fixée selon un critère de raisonnablement : Civ.<sup>3</sup> 8 févr. 1968, *Bull.*, n° 52 ; Civ.<sup>3</sup> 10 mai 1972, *Bull.*, n° 297. Le destinataire ne saurait se plaindre d'une surprise, la précarité des offres est une donnée de psychologie courante : Civ.<sup>3</sup> 20 mai 1992, D. 92, Somm. 397. L'offrant reste donc libre, en principe, de chercher d'autres amateurs pendant le délai. En fait, toutefois, il a pu se croire lié envers le destinataire et s'interdire en conséquence de contracter ailleurs. Il peut ainsi subir un pré-

judice si le destinataire, après avoir esquissé une acceptation, rompt les pourparlers. Un arrêt, Civ.<sup>1</sup> 19 janv. 1977, D. 77, 593, n. J. Schmidt-Szalewski, paraît lui ouvrir la voie de l'a. 1382. La brutalité de la rupture, des négociations déjà très engagées, ce sont des critères qui mettent en relief l'abus du droit, générateur de responsabilité : ex. Com. 7 janv. et 22 avr. 1997, D. 98, 45, n. Chauvel ; Com. 7 avr. 1998, D. 99, Somm. 127. Et la mort ? Après avoir décidé (par souci d'efficacité, cf. a. 1157, esprit de conservation des droits) que l'offre de contracter devait survivre à l'offrant — Civ.<sup>3</sup> 9 nov. 1983, D. 84, *I.R.*, 174 —, la Cour de cassation a adopté la position contraire : la mort de l'offrant survenue au cours du délai frappe l'offre de caducité, Civ.<sup>3</sup> 10 mai 1989, D. 90, 365 ; Civ.<sup>3</sup> 27 nov. 1990 (sol. impl.), *J.C.P.*, 92, 2, 21808. Peut-être faut-il entendre que les actes unilatéraux, conçus dans la solitude, obéissent à des motifs trop insaisissables pour être aisément communicables aux héritiers.

[30] c) *Date (et autrefois lieu) de la formation du contrat*. — La jurisprudence a été abondante. Cependant, tout un pan en est tombé, qui concernait la compétence territoriale en matière contractuelle, car le C. Pr. C. de 1975, avec raison, a substitué à l'insaisissable lieu de la formation (anciens a. 59, al. 3, 420) le lieu, beaucoup plus tangible, de l'exécution (a. 46). Quant à la date, le choix reste ouvert entre deux systèmes extrêmes, avec des variantes (cf. Valéry [frère du poète], *Contrats par correspondance*, 1895 ; Ghestin, n°s 346 s.) :

1° Système de l'*émission* (émission de l'acceptation). Arg. a. 1984, al. 2, 1985, al. 2, 1121 (il suffit que le tiers ait *déclaré* vouloir profiter de la stipulation). C'est la concordance des volontés qui fait le contrat ; or, cette concordance est accomplie dès que la seconde volonté (l'acceptation) est émise. Et puis on gagne du temps : l'acceptant va pouvoir commencer à exécuter, sans attendre que son acceptation soit parvenue à la connaissance de son partenaire. Une variante du système : l'*expédition* : le contrat est formé dès que la lettre d'acceptation est expédiée (cette date pourra ordinairement être prouvée par le cachet de la poste ; cf. a. 669 C. Pr. C.).

2° Système de l'*information*. Arg. a. 932. Etre ignoré est comme n'être pas. Une variante : la *réception* : la convention est formée dès que la lettre a été reçue par le destinataire, sans qu'il y ait à rechercher (recherche difficile) s'il en a eu effectivement connaissance.

La Cour de cassation a souvent affirmé que la détermination du moment (et du lieu) constituait une question de fait, relevant du pouvoir souverain des juges du fond (ex. Civ.<sup>1</sup> 21 déc. 1960, D. 61, 417, n. Malaurie). Mais il lui est arrivé aussi de ne plus faire référence à ce pouvoir souverain et de paraître consacrer le système de l'émission (Req. 21 mars 1932, D. 33, 1, 65 ; Soc. 22 juin 1956, *R.T.*, 56, 517 ; Com. 7 janv. 1981, *R.T.*, 81, 849, n. Chabas). Tant qu'il ne s'était agi que de localiser le contrat, la solution pouvait être équitable en dispensant le contractant qui n'avait pas eu l'initiative contractuelle d'avoir à plaider, en cas de difficulté, devant le tribunal de l'autre partie. Mais s'agissant, de fixer le moment du contrat, de savoir si les parties sont d'ores et déjà liées, ce qui est la question actuelle, la thèse de l'émission, d'un volontarisme abstrait (tenant la volonté pour existante dès le premier éclair) n'est probablement pas la meilleure en pratique : si le commerçant qui a lancé des offres est obligé par l'acceptation d'un correspondant avant d'en être informé, il risque de se retrouver prisonnier de plusieurs engagements incompatibles. Le système de l'information (ou, du moins, celui de la réception ; cf. a. 668 C. Pr. C.) tire ici une certaine force : 1° De la



pratique des Postes qui permet à l'expéditeur de reprendre la lettre tant qu'elle n'a pas été remise au destinataire ; 2° De l'usage suivant lequel un télégramme, un coup de téléphone peut rattraper une lettre s'il parvient avant celle-ci au destinataire (v. Paris, 31 mai 1937, D.H., 37, 431) ; la lettre est un mandataire muet, qui peut, comme tel, être révoqué (a. 2004-2005).

d) *Etendue de l'accord nécessaire à la formation du contrat.* — Certains arrêts paraissent exiger que l'accord des parties ait porté sur *toutes* les conditions du contrat (ex. Com. 17 juill. 1967, *R.T.*, 68, 707 ; Civ.<sup>1</sup> 21 févr. 1979, *J.C.P.*, 80, 2, 19482 ; Civ.<sup>3</sup> 22 avr. 1980, D. 81, *I.R.*, 307 ; Com. 26 févr. 1991, *R.T.*, 92, 78). Mais cela doit être entendu avec le tempérament d'une distinction raisonnable entre les conditions substantielles et les conditions accessoires (Cornu, *R.T.*, 1962, 364 ; Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation*, Th. Paris, 1970, n<sup>os</sup> 285 s. ; J. Schmidt, *Négociation et conclusion de contrats*, 1982). Ainsi, l'accord sur la chose *et* le prix forme la vente (arg. a. 1583), lors même que tous les détails de l'opération n'auraient pas été réglés (Req. 1<sup>er</sup> déc. 1885, S. 87, 1, 167) — à moins que les parties n'aient expressément retardé jusqu'à ce règlement la formation du contrat (Civ.<sup>1</sup> 26 nov. 1962, *R.T.*, 62, 364), ou que l'une d'elles n'ait fait savoir qu'elle ne tenait pas telle modalité pour secondaire (Com. 16 avr. 1991, *J.C.P.*, 92, 2, 21871, pour les modalités de paiement ; on pourrait même présumer que, dans toute vente importante, les modalités de paiement sont aussi essentielles que la détermination du prix). Le contrat peut ainsi se former par degrés. C'est la théorie germanique de la *punctuation* ou *punctuation* (C.O.S. a. 2), transposable au droit français (Rieg, *La punctuation*, contribution à l'étude de la formation successive du contrat, *Etudes Jauffret*, 1974 ; Mousseron, *La durée dans la formation des contrats*, *ibid.*). Logiquement, l'absence des clauses secondaires ne devrait pas empêcher le contrat de fonctionner, bien qu'en boitant. Toutefois, il fonctionnera mieux s'il est complété. Mais qui le complétera ? Un accord complémentaire des contractants est peu probable, puisqu'ils en sont déjà à se disputer. Il faudra se tourner vers le juge (cf. C.O. a. 2, al. 2 : « Il règle les points secondaires en tenant compte de la nature de l'affaire »). Cependant, nos tribunaux hésitent à se servir d'un tel pouvoir créateur, qui semble contredire la philosophie de l'a. 1134 (cf. Chabas, *R.T.*, 83, 746).

Dans la pratique, il arrive que les parties se lient d'abord par un *accord de principe*, qu'elles s'engagent à détailler ultérieurement (Najjar, D. 91, chr. 57) : ex. Soc. 24 mars 1958 *J.C.P.*, 58, 2, 10868 ; cf. Com. 9 juin 1980, *Bull.*, n<sup>o</sup> 251 ; Soc. 19 déc. 1989, D. 91, 62). Mais, si le principe laisse en suspens des points essentiels, il n'y a pas d'engagement, Civ.<sup>1</sup> 3 juill. 1996, D. 97, 531, *R.T.*, 97, 659. La vente d'immeuble s'accomplit d'ordinaire en deux étapes (Fr. Collart-Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, 1988) : les parties signent entre elles un *compromis de vente* sous seing privé ; ultérieurement, elles font dresser par un notaire l'*acte de vente* proprement dit (cf. *infra*, n<sup>o</sup> 111, à propos des ensembles contractuels). Dans l'intervalle, le compromis peut avoir réservé à l'acheteur (ou au vendeur ou aux deux) une faculté de dédit (cf. *infra*, n<sup>o</sup> 114). En l'absence d'une telle réserve, il appartiendra aux juges de rechercher, d'après l'intention des parties, sous le contrôle de la Cour de cassation cependant, si le compromis avait déjà créé une obligation de donner (de *dare*, transférer la propriété ; v. *infra*, n<sup>o</sup> 372), et non pas seulement une obligation de faire, ouvrant simplement droit à dommages-intérêts en cas d'inexécution : ex. Civ.<sup>3</sup> 5 janv. 1983, D. 83, 617, *J.C.P.*, 84, 2, 20312 ; Civ.<sup>3</sup> 17 juill. 1991, D. 91, *I.R.*, 222.

## LA STRUCTURE DU CONTRAT

Quatre conditions, selon l'a. 1108, donnent au contrat sa structure élémentaire : le *consentement*, la *capacité*, l'*objet*, la *cause*. Le texte les déclare *essentielles*. Ce n'est pas à dire que, si l'une quelconque d'entre elles venait à manquer, le contrat serait inexistant : l'inexistence (même dans l'opinion qui n'en rejette pas *a priori* la notion) n'intervient qu'à propos du consentement. Les autres conditions posées par le texte ne sont le plus souvent que des conditions de *validité*, non d'existence : si l'une d'elles fait défaut, le contrat sera seulement nul, atteint d'une nullité tantôt absolue, tantôt même simplement relative.

## [31] 1 / Le consentement

Les a. 1109 s. n'envisagent le consentement que sous le rapport des vices dont il doit être exempt ou, inversement, des qualités qu'il doit présenter. Mais, avant de se préoccuper de son intégrité du consentement, il faut être assuré de son existence. Telle est l'exigence première, hors de laquelle le contrat ne se forme pas (et c'est là quelque chose de plus grave qu'une nullité, même absolue). *Nihil actum est*, il n'y a rien de fait.

## 1 | L'EXISTENCE DU CONSENTEMENT

C'est la rencontre de deux volontés. Mais d'abord qu'est-ce que la volonté qui fait le contrat ?

## I. — Nature de la volonté dans le contrat

Seule peut faire un contrat une volonté tendue vers le droit. Un conseil donné par amitié n'est pas une volonté juridique, non plus qu'une déclaration d'amour, ni bien sûr une promesse faite par jeu, pour s'amuser.

[32] La volonté ne se détermine qu'à la suite d'un processus psychique où l'intelligence a sa part. Ce processus n'est pas sans intérêt pour le droit (ex. influence de mobiles illicites ou immoraux sur la validité du contrat ; recherche de la volonté réelle pour son interprétation). Mais l'essentiel du consentement, c'est la volition, le déclic qui transforme en acte juridique un projet jusqu'alors dépourvu d'effets de droit. Un geste de la vie quotidienne traduit cette instantanéité de la volonté juridique : la *signature*, par laquelle la personnalité s'approprie le projet ; un mot apposé sur un papier, et tout est irrévocable.

L'essence de la volonté importe, d'ailleurs, moins au droit que son extériorisation. C'est que les phénomènes psychiques ne sont pas perceptibles directement et ne peuvent être déduits avec quelque certitude que du comportement extérieur de l'homme. Aussi est-ce la *manifestation de volonté* du contractant, plus que sa volonté elle-même, qui est l'élément primaire du contrat. Les manifestations de volonté sont *expresses* ou *tacites* :

1° *Manifestations de volonté expresses* (on dit parfois plus particulièrement : *déclarations de volonté*). — Il faut comprendre par là toute action accomplie afin de porter la volonté à la connaissance d'autrui. L'analyse théorique fait ainsi apparaître dans la manifestation de volonté une double intention : en même temps que l'on veut contracter, on veut extérioriser sa volonté de contracter ; il arrive même que la décomposition se fasse dans la réalité : on rédige une lettre contenant une offre de contracter, puis on l'envoie à son destinataire.

La *parole* et surtout l'*écriture* (manifestation incorporée, matérialisée ; *scripta manent*) constituent, par excellence, les manifestations de volonté expresses. Mais des *signes* faits avec le corps (ex. hochement de tête dans une vente aux enchères), ou même de simples gestes (ex. monter dans un autobus ; saisir un objet dans un magasin) peuvent avoir la même fonction si, d'après la *coutume*, ils sont normalement destinés à révéler la volonté. L'écriture paraît avoir une valeur privilégiée, parce que la loi requiert, en principe, un écrit pour la preuve des contrats (a. 1341). Mais une chose est de prouver le contrat, autre chose de savoir s'il a été formé. A défaut d'écrit, le contrat,

pourvu qu'il ait été formé, pourra assez souvent être prouvé par d'autres moyens (ainsi par l'aveu).

2° *Manifestations de volonté tacites*. — Ce sont des actions qui n'ont pas été accomplies spécialement afin de porter à la connaissance d'autrui la volonté de contracter, mais d'où l'on peut raisonnablement déduire l'existence d'une telle volonté. Ces actions, à défaut de valoir comme déclarations, valent comme indices de la volonté : la volonté y est impliquée ; seulement, il faut une explication pour l'en faire sortir. Ex. le mandataire a exécuté le mandat qui lui était adressé ; de cette attitude, il est permis de conclure à son acceptation (tacite) du contrat (a. 1985, al. 2).

La volonté tacite, en général, est suffisante à former le contrat (c'est un des aspects du consensualisme). Par exception, la loi exige que certaines manifestations de volonté soient *expresses* (ex. a. 1202, 1250-1°, 1695) ou *formelles* (a. 621). C'est écarter l'efficacité d'une volonté tacite. Il y a là une sorte de formalisme atténué ; mais les tribunaux ne se montrent pas toujours exigeants sur la notion de volonté expresse, bien souvent, ils entendent simplement par là une volonté prouvée d'une façon non équivoque.

A la volonté tacite, dans les cas où elle est efficace, on ne saurait assimiler *a priori* le *silence* : la volonté tacite se matérialise dans une attitude, tandis que le silence n'a aucune extériorité. En dépit du proverbe « Qui ne dit mot consent », un contrat ne se forme point par le seul fait que l'un des deux intéressés a gardé le silence après avoir reçu de l'autre une offre de contracter. La solution doit être appliquée, par ex., à l'éditeur qui fait d'office le service d'un journal dans l'espoir d'extraire un abonnement de l'inertie du destinataire. Cependant, à la différence de ce silence pur et simple, on admet qu'un *silence circonstancié* puisse valoir, selon les cas, acceptation tacite. C'est un silence qui, rapproché d'autres circonstances, dessine une attitude susceptible d'interprétation. La loi elle-même en a consacré une hypothèse dans la tacite reconduction (a. 1738, 1759) : le bail est renouvelé si, à son expiration, les parties n'expriment aucune volonté, c'est que leur silence est corroboré par cette circonstance tangible que le bailleur a laissé le preneur en possession des lieux, que tous deux ont continué l'exécution du contrat. La jurisprudence, de son côté, tient compte des relations d'affaires antérieures entre les parties pour considérer comme tacitement lié le commerçant qui, ayant reçu une commande ou une fourniture d'un correspondant *habituel*, n'a pas rapidement fait connaître son refus.

## [33] II. — Nécessité du consentement

C'est l'aspect le plus élémentaire de l'autonomie de la volonté qu'un individu ne puisse se trouver dans les liens d'un contrat sans l'avoir voulu. S'y trouver comme débiteur ou même comme créancier, il n'y a pas à distinguer (malgré l'a. 1108 : ... consentement de la partie qui s'oblige). Même la donation, qui est tout bénéfice pour le donataire, a besoin du consentement de celui-ci.

Mais la nécessité du consentement peut se rapporter à des objets différents ; si le contrat est le fait même de contracter, c'est aussi la détermination plus ou moins détaillée des obligations qui vont lier les contractants. Le consentement, nécessaire en principe à la *conclusion du contrat*, n'est pas aussi rigoureusement exigé pour la *détermination de son contenu*, ainsi que l'attestent, de manière très voyante, les *contrats d'adhésion*.

► *Nécessité du consentement pour la conclusion du contrat*

Ne contracte qui ne veut, c'est le principe du droit civil, libéral et individualiste.

a) *Les contrats sont facultatifs*. — L'homme est libre, s'il le peut, de ne pas faire de contrats avec ses semblables. Le droit n'interdit pas l'autarcie, individuelle ou familiale. Chacun peut se raser lui-même ; consommer sa récolte au lieu de la vendre, de la « commercialiser » ; être son propre jardinier, son propre bricoleur, son propre assureur (ce qui signifie qu'en cas d'incendie, par ex., il assumera la reconstruction par ses propres ressources). Par *exception*, cependant, il arrive que la loi, dans un intérêt social, rende *obligatoire* la conclusion d'un contrat. C'est en ce sens, par ex., qu'un contrat d'assurance-responsabilité est obligatoire pour les automobilistes (a. L. 211-1 C. Ass.) et pour les entrepreneurs du bâtiment (a. L. 241-1 s.) ; que, dans la mesure (fort étendue) où le permis de construire est obligatoire, ceux qui veulent construire sont indirectement tenus de passer contrat avec un architecte (C.C.H. a. L. 111-1 et 111-2).

b) *Le refus de contracter est licite*. — La liberté de ne pas contracter du tout s'amenuise dans la liberté de choisir son co-contractant. Ou, en inversant la règle, est licite le refus de contracter opposé spécialement à une personne qui en avait fait l'offre ou la demande. En général, ce refus ne pourra être brisé ; il ne crée pas de responsabilité à

la charge du rénitent ; il pourrait en faire surgir une à la charge d'un offrant ou solliciteur trop agressif (cf. a. R. 635-2 N.C.P., prohibant le système de vente dit par « envois forcés »). Il en irait autrement si l'on s'était interdit d'avance de refuser, en s'obligeant par un contrat préliminaire, un *avant-contrat*, à conclure un contrat définitif. Telle est la promesse de vente : le propriétaire d'un immeuble s'est engagé à le vendre si le bénéficiaire de la promesse lui en fait la demande, « lève l'option » qui lui a été ainsi conférée. Mais ce n'est pas une véritable exception : obliger le promettant à contracter, c'est donner effet à sa volonté, non la contraindre.

Il existe, pourtant, des *exceptions* véritables, où le *refus de contracter* est déclaré *illicite*. Quelques-unes, traditionnelles, se rattachent à la théorie de la *nécessité* (cf. t. III, n° 129) : les expropriations ou réquisitions pour cause de nécessité privée mettent les propriétaires en état de contrat forcé. D'autres découlent des règles, non moins traditionnelles, de *police administrative* auxquelles sont soumises certaines professions, considérées comme étant (dans l'intérêt de l'ordre, surtout urbain) au service du public (ex. les taxis après les fiacres). Mais, si autrefois seules quelques professions étaient réglementées, elles le sont toutes aujourd'hui dans leurs rapports avec les usagers, les non-professionnels. Aussi le C. Consom., a. L. 122-1, bien qu'il ait été mis en place sous un climat de liberté économique, a-t-il posé en thèse générale l'interdiction du refus de contracter : le professionnel ne peut refuser à un consommateur de lui vendre un produit ou de lui faire une prestation de service. Sont réservés les motifs légitimes, que le professionnel devra prouver.

La notion du motif légitime — ou illégitime — fait penser à la théorie de l'*abus du droit*. Celle-ci peut, en effet, jouer (avec sa sanction des dommages-intérêts) comme un tempérament général au principe que le refus de contracter est insurmontable. Si ne pas contracter est un droit, c'est en abuser que de refuser le contrat sans intérêt pour soi-même, par simple méchanceté, animosité envers l'autre (cf. *infra*, n° 225). L'a. 412-2 C. Tr. sanctionne à la fois comme abus du droit et délit pénal le refus d'embaucher des salariés en raison de leur appartenance syndicale. D'inspiration voisine, mais plus générale et plus symbolique, l'a. 225-2 N.C.P. réprime pénalement — mais par là même frappe implicitement d'illicéité — une série de refus de contracter (de vendre, louer, embaucher) à caractère discriminatoire (mettant en cause la race, la religion, le sexe, les mœurs, l'état de santé, le handicap).

Du refus de contracter on peut rapprocher le refus de renouveler un contrat arrivé à son terme. Ce refus, sauf justification, est inopé-

rant dans le bail à ferme (N.C.Ru., a. L. 411-46) et dans le bail commercial (d.-l. 30 sept. 1953, a. 8). Mais c'est qu'ici, les parties étant déjà en place, la sanction directe du refus illicite peut être réalisée par une réparation en nature sans trouble majeur. Il est bien plus difficile de faire entrer quelqu'un de force dans un contrat entièrement nouveau. On en rencontre, pourtant, des exemples modernes (l. 1<sup>er</sup> sept. 1948, sur les baux d'habitation, a. 54 ; a. 285-1 C.C., où c'est le juge qui fait le contrat, « stipulation prétorienne »).

[34] ▶ *Nécessité du consentement pour la détermination du contenu du contrat*

Le contrat étant constitué par une série plus ou moins étendue d'obligations, il est logique d'exiger que le consentement qui lui donne vie se retrouve sous chacun de ses éléments. Théoriquement, il faudrait que la volonté de l'un et de l'autre contractant se fût portée de façon distincte sur chacune des obligations à naître, l'acceptant en connaissance de cause et même après un débat (car il ne semble y avoir de lumière que par la discussion). En fait, il est des contrats qui se concluent ainsi, où tout est prévu, tout débattu. Mais on admet aussi que le contrat, étant un bloc, peut être voulu en bloc, et que le consentement d'une partie n'y est pas moins présent s'il s'est exprimé dans un oui qui n'a été précédé, qui n'aurait pu être précédé, d'aucun marchandage. Il n'entre dans la définition nécessaire du contrat ni qu'il ait été consenti en détail ni qu'il l'ait été après un débat.

a) *Efficacité du consentement donné en bloc.* — Il suffit que le consentement se porte, avec un minimum de précision sur le principe du contrat à conclure. J'achète telle chose pour tel prix : le contrat est formé. Sur ce schéma juridique voulu par moi — un contrat de vente — la loi, la coutume, le juge dessineront ensuite, au besoin, tout un tissu d'obligations, que je n'ai pas directement voulues, peut-être même pas soupçonnées. Le mécanisme est décrit dans l'a. 1135 : les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. Ainsi, il n'y a qu'une fraction du contrat (peut-être très réduite) qui entre sous le faisceau lumineux de la volonté ; le reste, qui demeure dans l'ombre, n'en est pas moins tenu pour consenti — *tacitement* consenti, précise-t-on souvent, consenti par le seul silence, par le seul fait de n'avoir pas dit le contraire. Ce sont des *suites* attachées du dehors au principe de contrat, qui, seul, a

fait l'objet du consentement. Elles peuvent venir de différentes sources : il faut distinguer entre le *droit commun* et les *régimes spéciaux* de contrats.

1° *Suites du contrat selon le droit commun.* — Ce sont celles qui sont données au contrat par la *loi*, l'*usage* ou l'*équité* (a. 1135).

— *La loi.* Dispenser les contractants d'avoir à penser à tout est justement le but des *lois interprétatives ou supplétives de volonté* (ainsi désignées par opposition aux lois impératives). Il se trouve ainsi, dans les titres que le C.C. a consacrés aux diverses espèces de contrat, un très grand nombre de dispositions qui n'ont que la valeur d'un formulaire proposé aux parties en vue de la rédaction de leurs actes. Mais il n'est pas besoin que les parties reproduisent ce formulaire ; elles sont censées l'adopter dès lors qu'elles ne l'écartent pas.

— *L'usage* (cf. a. 1160), c'est-à-dire les usages conventionnels, interprétatifs ou supplétifs de volonté (cf. Introduction, n° 137). Ainsi, le C.C. y renvoie souvent en matière de bail (ex. a. 1754 ; mais, dans les baux d'habitation, la loi remplace aujourd'hui l'usage, l. 6 juill. 1989, a. 7 d et d. 26 août 1987).

— *L'équité.* Il faut comprendre que le juge a le pouvoir d'attacher au contrat des conséquences que les parties n'ont pas réellement envisagées, si elles lui paraissent commandées par la nature de l'opération, son économie générale, son esprit (cf. *infra*, n° 295, *l'obligation de sécurité*). Finalement, le contrat des contractants est le contrat que, par hypothèse, auraient conclu des gens *raisonnables*.

2° *Suites du contrat dans les régimes spéciaux.* — Pour connaître le contenu d'un contrat, il faut souvent se référer à des documents extrinsèques, d'origine très diverse :

— *Règlements administratifs* spéciaux à certaines activités professionnelles. Cette intervention de l'Administration dans le modelage du contrat est traditionnelle (cf. a. 1786). Ce qui est nouveau, c'est que l'Etat, étant devenu entrepreneur (S.N.C.F., E.D.F., et autres sociétés nationalisées), peut fixer lui-même, en tant que puissance publique, les suites des contrats qu'il passe avec les usagers.

— *Conventions collectives* (v. *infra*, n° 115).

— *Contrats types* (surtout contrats types de fermage et de métayage, établis dans chaque département par la Commission consultative des baux ruraux et publiés par arrêté préfectoral ; toutes les fois que bailleur et preneur n'ont pas fait de bail écrit, le contrat type régit leurs rapports, fixe les suites de leur contrat individuel ; N.C.Ru., a. L. 411-4).

Dans ces divers cas, on peut admettre que c'est, en somme, toujours la loi, agissant soit par elle-même, soit par intermédiaire, qui intervient

pour accrocher au contrat des effets que les parties n'ont pas véritablement voulus. Par là, les objections se dissipent : la loi a un pouvoir de commandement, et les parties sont censées ne pas ignorer la loi.

Mais toute différente est une autre combinaison, très fréquente dans la pratique moderne, et pour laquelle on parle également de contrat type. Beaucoup de grandes entreprises (assurances, banques, transports maritimes, etc.) rédigent d'avance unilatéralement (dans des formules très étudiées) leurs *contrats types*, leurs *conditions générales*, qui, ultérieurement, devraient s'appliquer *de plano* à tous les contrats individuels passés avec la clientèle. Il ne semble pas, pourtant, que ce qui est permis à la loi puisse l'être à la volonté unilatérale de l'un des contractants. A la différence des dispositions dictées par une loi, un règlement ou une convention collective, qui viennent s'incorporer au contrat, les « conditions générales » formulées par un contractant privé ne peuvent créer d'obligation que s'il est établi qu'elles ont été acceptées par l'autre contractant, fût-ce d'un consentement simplement tacite. Mais c'est déjà le problème du *contrat d'adhésion*, que l'on va retrouver sous un autre angle, le débat entre les parties.

b) *Efficacité du consentement donné sans débat préalable*. — La possibilité même de ce débat précontractuel est souvent écartée par la pratique des affaires. Dans les contrats qui comportent à la fois une prestation en nature et une prestation monétaire, un prix, il est courant que la discussion soit exclue sur la première, mais reste ouverte sur la seconde. Ex. dans les marchés qui se concluent par adjudication, les cahiers des charges fixant les conditions d'exécution des fournitures ou des travaux ne sont pas, en principe, susceptibles de modifications, tandis que le procédé même de l'adjudication implique une discussion du prix. En cela réside, au fond, l'essentiel du débat entre contractants, car la plasticité de la monnaie fait que, lorsque le prix peut être débattu, c'est comme si l'ensemble du marché pouvait l'être. Au contraire, dans les ventes « à prix fixe » que pratiquent les grands magasins, c'est du prix lui-même que la discussion est éliminée. On ne doute pas, pour autant, que le consentement de l'acheteur ne soit un consentement véritable, ni l'opération un contrat.

[35] ▶ *Contrats d'adhésion*

Le contraste avec le système du libre débat précontractuel atteint son plus haut période dans les *contrats d'adhésion*, que notre civilisa-

tion de masse a rendus si fréquents : délivrance d'un billet au guichet d'une gare, impliquant l'acceptation par le voyageur des clauses du *tarif* (fixé par règlement administratif) ; embauchage dans une usine, qui soumet l'ouvrier à un *règlement intérieur* ; assurance quelconque, où l'assuré n'a qu'à apposer sa signature au bas d'une *police* imprimée *ne varietur* ; ouverture d'un compte-chèques, les *conditions générales* de la banque s'imposant au client, etc. Le contrat d'adhésion n'est pas rigoureusement définissable, mais plusieurs traits s'y retrouvent habituellement : 1° La *supériorité* économique de l'un des contractants, qui le met *de facto* en mesure de dicter ses conditions à l'autre dans son intérêt exclusif ; 2° Le caractère *unilatéral* des clauses, préparées par les soins du *potentior*, *en l'absence de négociation individuelle* (c'est un des critères retenus par une directive du Conseil de la C.E.E. du 5 avr. 1993), comme un tout qui est à prendre ou à laisser (on y adhère plutôt que l'on n'y consent) ; 3° L'*invariabilité*, la rédaction standardisée (c'est un *contrat de masse*).

Le plus souvent, la jurisprudence déclare le contrat d'adhésion obligatoire pour les deux contractants exactement comme un contrat ordinaire (a. 1134). La seule condition est que celui à qui on l'oppose en ait eu connaissance — ou, du moins, ait pu en avoir connaissance, ce qui est déjà plus vague (ex. il suffira que les tarifs soient déposés dans les bureaux des gares, que le règlement intérieur soit affiché dans le local où a lieu l'embauchage ; cf. a. R. 122-12 C. Tr.). Aussi le législateur a-t-il dû intervenir pour prohiber dans les contrats d'adhésion certaines clauses abusives, soit par voie de dispositions spéciales (ex. pour les transports terrestres, a. 103 C. Com. ; pour le contrat de travail, a. L. 122-35 C. Tr.), soit dans un système général de protection du consommateur (l. 1<sup>er</sup> févr. 1995, C. Consom. a. L. 132-1). La liste des clauses présumées abusives qui est annexée à cet a. L. 132-1 vise précisément au passage le mécanisme même de l'adhésion (1-*i*), semblant en faire une présomption d'abus. Mais, en fait, plutôt que de discuter de la réalité de son consentement, le consommateur préférera d'ordinaire porter la discussion au fond et faire apparaître le caractère abusif de la clause dont il se plaint. C'est dire que, tout en conservant son intérêt pour l'analyse des volontés contractuelles, la théorie du contrat d'adhésion tend aujourd'hui à s'absorber dans la théorie des clauses abusives (cf. *infra*, n° 79).

## [36] ÉTAT DES QUESTIONS

## A — La nécessité du consentement en général

B.G. — Josserand, *Le contrat forcé et le contrat légal*, D. 40, chr. 1 ; P. Durand, *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel*, *R.T.*, 1944, 73 ; M. A. Frison-Roche, *Distinction de la volonté et du consentement*, *R.T.*, 95, 373.

## PSYCHOLOGIE

Les recherches des psychologues sur la volonté ont un évident intérêt pour une étude juridique du consentement. Les juristes suivent, en général, l'analyse de la psychologie classique : conception, délibération, décision, parfois avec des raffinements (ex. N. Chardin, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, 1988, n° 237 s.). Les psychologues ont appelé l'attention sur plusieurs phénomènes :

1° Le rôle des *automatismes*, même en psychologie normale (v. par ex. Pierre Janet, *L'automatisme psychologique*, 2<sup>e</sup> éd., 1893, p. 460 s. ; et d'une veine différente, Ch. Blondel, Appendice à son article « Volition », dans le nouveau *Traité de psychologie* de G. Dumas, VI, p. 382). Il y a une habitude de la volonté et une volonté de l'habitude. Cela devrait peut-être conduire le droit civil à mettre à part les contrats qui s'accroissent d'automatisme dans la volonté (contrats d'adhésion ?), et, au moins pour eux, à ne pas faire de l'intelligence une condition aussi inflexible du consentement (le désir ne suffit-il ? c'est une question de droit civil : l'idiot du village ne peut-il prendre le train ?).

2° L'action des *facteurs sociaux* (je signe parce que je veux, mais aussi je veux parce que je signe ; la signature est un cadre social de la volonté).

3° Le *langage* est un fait social, et comme tel a une action sur le droit (cf. Cornu, *Linguistique juridique*, 1990, spéc. p. 44), sur le droit des contrats en particulier. Des expressions usuelles telles que « parole donnée », « parole d'honneur » sont révélatrices. L'essor des sciences du langage a appelé l'attention sur les énoncés performatifs, ces paroles qui sont des actes. Si, au cours des pourparlers, vous dites « je promets », en disant vous faites. Cf. Amselk *et al.*, *Théorie des actes de langage, Ethique et droit*, 1986.

4° La part des *éléments affectifs*, voire passionnels, dans le mécanisme de la volonté, qui, aussi souvent que calcul de l'intelligence, est élan irraisonné. La part des *achats d'impulsion* — l'envie de se faire plaisir — reste importante dans l'exercice de la consommation (cf. Enquête du C.R.E.D.O.C., 1993). Il peut aussi y avoir dans le contrat un don de soi, une confiance, un acte de foi en la personne de l'autre (cf. Bourricaud, *Le lien personnel, Cahiers internat. de sociologie*, 1953 (XV), 63 s.) — toutes choses que méconnaît notre analyse tatillonne quand, sous chaque clause, elle exige un fragment de volonté. On songe à ces contrats qui furent les assises de la féodalité, mais aussi bien à certains contrats d'aujourd'hui, du moins à leur *formation* (car l'élan peut tomber vite, et vient le regret). Or, s'il n'est pas antinaturel que le contrat soit une confiance globale — plébiscitaire —, on s'explique mieux le contrat d'adhésion. Créance, croyance, confiance, cf. Timbal, I, 16.

## [37]

## THÉORIE JURIDIQUE

a) *Qu'est-ce que la volonté ?* — C'est la *volonté interne*, l'adhésion psychologique de chaque contractant à l'acte ; la manifestation extérieure n'a de valeur que par sa conformité à ce vouloir intime. Telle est la conception traditionnelle en France. En Allemagne une autre théorie s'était fait jour : la *déclaration de volonté* est l'essence du consentement contractuel (cf. Saleilles, *Déclaration de volonté*, 1901 ; Chabas, Th. Paris, 1931) ; le droit n'a à considérer que ce que chaque contractant *a pu savoir* de la volonté de l'autre. La controverse a ses conséquences dans l'interprétation du contrat (*infra*, n° 142), encore qu'il n'en faille pas exagérer l'importance pratique (v. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Th. Strasbourg, 1959). En faveur de la volonté interne, on dit que le contrat, reposant sur l'obligation morale de rester fidèle à la *parole donnée*, ne peut trouver sa force dans un fait extérieur. Mais justement la parole *donnée* s'extériorise. On peut regretter que le C.C., montant en épingle la notion de consentement dans l'a. 1108, ait encouragé les exagérations psychologiques et détourné les civilistes de l'étude des *devoirs concernant l'usage de la parole*, qui était une méthode plus objective, plus sociale d'aborder le contrat (sur ce lieu commun de l'École du Droit naturel, v. par ex. Pufendorf, liv. I, ch. 10). Il existe, dans la doctrine germanique, une *Vertrauenslehre* (cf. Witz, *Droit privé allemand*, I, 1993, n° 109), intermédiaire entre le système de la volonté interne et celui de la déclaration de volonté : ce qui est décisif, c'est la confiance suscitée par l'apparence de la volonté, du moins si cette confiance est légitime, l'intéressé n'ayant eu ni le pouvoir ni le devoir de connaître la réalité (cf. Patry, *Le principe de la confiance*, Th. Genève, 1953 ; A. Chirez, *De la confiance en droit contractuel*, Th. Nice, 1977 ; J. L. Sourieux, *La croyance légitime*, *J.C.P.*, 82, 1, 3058, spéc. n° 28 s.). Toutefois, en face de ce postulat de sincérité universelle, les pessimistes évoqueront l'instinct et l'art de se cacher, si primitifs chez l'homme (cf. Durandin, *Les fondements du mensonge*, Th. lettres, Paris, 1972).

b) *Contrat rédigé par un tiers (notaire, agent d'affaires)*. — Cf. S. de La Marnierre, *J.C.P.*, 1957, 1, 1376 ; J. Boulanger, *Volonté réelle et volonté déclarée, Mélanges Frédéricq*, Gand, 1966, p. 199 ; Ivainier, *La lettre et l'esprit de la loi des parties*, *J.C.P.*, 81, 1, 3023. Pour la plupart des clauses, la volonté des contractants est moins efficiente que celle du rédacteur ou même (si l'on songe à l'existence des formulaires) d'une chaîne anonyme de rédacteurs. Ce serait un argument en faveur d'une méthode objective d'interprétation (*infra*, n° 146).

c) *Nature des lois supplétives ou interprétatives de volonté*. — L'analyse la plus classique leur attribue une nature contractuelle. Ce que suggère l'appellation même : ces lois supplétives, remplaçant la volonté qui ne s'est pas exprimée, interprètent le silence gardé, volonté tacite. A la base, il y a une présomption de droit : les parties sont censées connaître la loi en cause, censées savoir qu'elles seraient en droit de l'écarter. Suit un argument raisonnable : si elles ne la repoussent pas, c'est qu'elles l'adoptent. Cependant, depuis que l'autonomie de la volonté a ses contestataires, l'explication a perdu de son crédit : n'est-il pas divinatoire de supposer que l'attention, donc l'intention des contractants s'est portée en particulier sur ce texte ? A la vérité, c'est le législateur qui, en se fondant sur des considérations d'utilité et d'équité, a posé une règle objective, obligatoire pour tous en principe, même si elle est assortie d'une faculté d'y déroger par

exception. Aussi des auteurs, tel Henri Capitant, avaient-ils proposé l'expression de *lois dispositives* pour détacher les lois de cette catégorie de leur prétendu soubassement volontariste.

Dans une vision sociologique on cherchera la clef du côté de la coutume : une loi supplétive peut être comprise comme la rédaction de certains usages. Des usages que le législateur a recueillis de la pratique et auxquels il prête force de loi, mais sur la présomption qu'ils sont unanimement acceptés. La convention dérogatoire montrant précisément qu'il n'y a pas unanimité, la force de loi s'efface par le fait même dans le cas de l'espèce : la volonté privée s'appliquera directement.

Dans l'a. 6, l'ordre public, les bonnes mœurs, les lois impératives font figure d'exception, et *a contrario* il semblerait que le principe fût représenté par les lois auxquelles il est permis de déroger, c'est-à-dire par les lois supplétives de volonté. Duguit (*Traité de dr. constitutionnel*, 3<sup>e</sup> éd., t. II, 1928, p. 190 s.), postulant que des lois facultatives ne pouvaient avoir nature de loi véritable, en arrivait à se demander si dans le C.C., mis à part le droit de la famille, il y avait plus de trois articles (544, 1134, 1382) méritant ce nom. C'était pour embarrasser les civilistes. Quant à lui, il s'en tirait en analysant les lois supplétives comme impératives, mais impératives à l'adresse des juges. Ceux-ci en recevaient un commandement double : donner force à la convention des parties ; à défaut, appliquer la disposition supplétive.

[38]

## POLITIQUE LÉGISLATIVE

a) Est-il bien utile d'insérer dans un C.C. des *dispositions supplétives de volonté* ? En théorie, elles devraient, quand sur un point les contractants ne se sont pas exprimés, dispenser le juge de rechercher ce qu'ils ont voulu. Mais, en fait, bien souvent, le juge ne s'y arrête pas, parce qu'il considère qu'elles ne correspondent pas ou ne correspondent plus à la pratique du lieu ou du moment, et il préfère interroger directement cette pratique. Ex. Req. 17 juill. 1929, D. 29, 1, 143 (sur l'a. 1190) ; Civ.<sup>1</sup> 11 févr. 1981, *Bull.*, p. 40 (a. 1986) ; Civ.<sup>1</sup> 29 avr. 1985, *Bull.*, p. 124 (a. 1893) ; Paris, 13 déc. 1967, D. 68, 269. En sens inverse, il est vrai, on a observé que la Commission (administrative) des clauses abusives (cf. A. Sinay-Cytermann, *R.T.*, 85 471, spéc. 485) s'était quelquefois proposé de revigorer des dispositions supplétives de volonté, refoulées en fait (très légèrement) par les clauses de tel ou tel contrat d'adhésion. Si la méthode avait été appliquée à des dispositions du C. Nap. — mais il n'en est pas d'exemple probant — c'eût été une belle revanche, sur notre époque, des pratiques du XVIII<sup>e</sup> s. dont le législateur de 1804 a substantiellement nourri sa partie des contrats spéciaux. En tout cas, il faut bien voir que la Commission ne remettrait les dispositions supplétives en honneur que pour les faire disparaître en tant que telles : dès qu'elles auraient été prises en charge par un décret suivant le processus institué par l'a. L. 132-1 C. Consom., elles deviendraient dispositions impératives (cf. *infra*, n° 79).

b) *Refus de contracter*. — C'est une liberté, et non pas même la simple liberté d'un instant, mais, à vue plus longue, la liberté de ne pas s'enchaîner, s'aliéner par contrat. Néanmoins, cette liberté peut nuire à la solidarité qu'appellent, comme un contre-poids indispensable, la division du travail social, la différenciation des métiers. Si de surcroît le refus est discriminatoire, c'est l'égalité qui est compromise. Au XIX<sup>e</sup> siècle, la liberté du commerce, proclamée par la Révolution (loi Le Chapelier), parut fonder, en prin-

cipe, la légitimité du refus de contracter ; ex. (à propos du refus d'un hôtelier) Crim. 18 juill. 1862, D. 62, 1, 485. Non sans limites, cependant. Car les préfets et les maires avaient continué, à titre de coutume, à réglementer certaines professions, soit parce qu'elles empruntaient la voie publique, soit parce qu'elles débitaient des denrées tellement vitales qu'il fallait en taxer le prix de crainte d'émeutes. Ainsi étaient sanctionnés le cocher de fiacre qui opposait au client un « refus de rouler », le boulanger qui cachait son pain pour le dérober à la taxe (Crim. 12 mai 1854, S. 54, 1, 500 ; cf. t. III, n° 45). C'est en octobre 1940, sous l'effet de la guerre, de l'occupation et d'une disette insondable que le refus de contracter est entré dans notre droit comme un concept général, délit pénal et possible faute civile (délictuelle, non point précontractuelle). C'était une arme contre les accaparements, le corollaire obligé d'un contrôle des prix qui se voulait rigoureux, mais ne fut guère efficace. L'étonnant est que l'interdiction ait persisté durant plus d'un demi-siècle, malgré le retour de l'abondance et des affirmations répétées de libéralisme économique. Plus étrange encore, l'o. 1<sup>er</sup> déc. 1986, qui a aboli toutes les taxations, n'en avait pas moins maintenu, dans un alinéa de son a. 30, la prohibition du refus de vente ou de prestation de service. Il a fallu attendre la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales pour que soit abrogé cet alinéa. Mais c'est seulement dans les rapports entre professionnels que le refus a cessé d'être illicite (cf. Decocq, *J.C.P.*, 97, 1, 3997). Dans les rapports du professionnel avec le non-professionnel, la prohibition subsiste, et elle a été reproduite telle quelle par le C. Consom., a. L. 122-1. C'est un aspect de la transparence qui est due aux consommateurs (cf. *infra*, n° 82) : indirectement, un droit de regard leur est ouvert sur la distribution. — Sur l'ensemble de la question après 1940, v. Paul Durand, La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, *R.T.*, 1944, 73 ; et surtout Serna, *Le refus de contracter*, 1967, étude critique très poussée de la notion même d'un refus de contracter d'où pourrait sortir une obligation. Du même, sur les avatars du refus de contracter dans l'o. 1<sup>er</sup> déc. 1986, *Mélanges Breton-Derrida*, 1992, 359, et *Études Sayag*, 1997, 389, sur le droit de *choisir son cocontractant*, J. Mestre, *R.T.*, 99, 79 et 380 (ce droit devrait s'imposer contre tous les interdits s'il fallait regarder tout contrat comme une société en miniature, nouée par un *jus fraternitatis*, cf. *infra*, n° 114).

## PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Nécessité du consentement*. — Civ.<sup>1</sup> 17 oct. 1955, *J.C.P.*, 56, 2, 9226 : acte de vente reçu par un notaire, alors que le vendeur, à l'article de la mort, ne pouvait plus signer ni même parler distinctement ; ce pseudo-contrat est annulé (un consentement valable suppose la capacité physique d'*exprimer* la volonté de s'obliger). C'est, sans doute, s'écarter quelque peu de l'opinion courante, selon laquelle la volonté interne importe plus que la volonté déclarée. Mais il faut dire que la vente faite *in extremis* est suspecte, pouvant déguiser facilement une donation (contre un vieil idéal, la conservation des biens dans les familles). Autre exemple du défaut de consentement (par malentendu fondamental ; cf. Civ.<sup>1</sup> 28 nov. 1973, D. 75, 21), Civ.<sup>3</sup> 15 avr. 1980, *Rép. not.*, 81, 1, 853 (nullité absolue). — Sur l'a. 489, O. Simon, La nullité des actes juridiques pour trouble mental, *R.T.*, 1974, 707.

b) *Le silence peut-il valoir acceptation* ? — Cf. M.-J. Littmann, *Le silence et la formation du contrat*, Th. Strasbourg, 1969. La Cour de cassation a consacré la négative

comme un principe : Civ. 25 mai 1870, D. 70, 1, 257 (ex. Civ.<sup>1</sup> 6 nov. 1990, une facture d'électricité reçue sans protestation ne fait pas un contrat d'abonnement, *J.C.P.*, 91, 4, 4). Mais, de ce principe, elle a parfois excepté le cas où l'offre avait été faite dans l'intérêt exclusif du destinataire (cf. Demolombe, XXIV, n° 58 s.) : Req. 20 mars 1938, D. 39, 1, 5 (en l'espèce, d'ailleurs, l'offre de contracter portait sur une remise de dette ; or, si la remise de dette a été traitée par le C.C. comme une convention [v. *infra*, n° 352], c'est fort artificiellement, sa vocation naturelle étant bien plutôt d'être traitée comme renonciation unilatérale) ; Civ.<sup>1</sup> 1<sup>er</sup> déc. 1969, D. 70, 422 *J.C.P.*, 70, 2, 16445, n. critique Aubert ; Soc. 21 juill. 1986, *Bull.*, n° 421 (pour une convention d'assistance ; cf. *infra*, n° 300). Il y a moins d'objections à admettre que le silence vaut acceptation lorsqu'il est circonstancié, soit en raison des relations d'affaires antérieures des parties (ex. Civ.<sup>1</sup> 12 janv. 1988, *R.T.*, 88, 521), soit en vertu des usages, spécialement commerciaux. Un silence *prolongé* (2 ans) peut valoir abandon d'un droit, Com. 26 janv. 1993, D. 94, 69 (était en cause une option, droit, potestatif, droit fragile) : n'est-ce pas, toutefois, créer une prescription sans texte ? — Dans la volonté tacite, il y a quelque chose de plus que dans le silence, une visibilité, un signe, qui facilitent l'interprétation. Cf. Godé, *Volonté et manifestation tacites*, 1977 ; B. Amar-Layan, *La tacite reconduction*, D. 96, chr. 143.

## [39]

## B — Le contrat d'adhésion

B.G. — Ghestin, n° 94 ; Berlioz, Th. Paris, 1973 ; Bonassies, Th. Aix, 1974 ; Nordmann, Th. Lausanne, 1974.

## SOCIOLOGIE

De ce qu'il est d'ordinaire un contrat *de masse*, le contrat d'adhésion tire un caractère, paradoxalement, sociologiquement rassurant : puisque tant de gens l'ont accepté, je puis présumer que les clauses n'en sont pas déraisonnables (« le bon sens est la chose du monde la mieux partagée »).

## POLITIQUE LÉGISLATIVE

a) *Droit comparé* : R. B. Schlesinger, Bonassies, Gorla, etc., *Formation of contracts, a study of the common core of legal systems*, New York, 1968 ; H. Merz, *Massenvertrag und Allgemeine Geschäftsbedingungen, Festgabe W. Schönberger*, Fribourg, 1968, 137 ; Seube, Les conditions générales des contrats, *Etudes Jauffret*, 1974, 621 ; et dans le C.C.It., dès 1942, les a. 1341 s.

b) Il n'a jamais été sérieusement question d'interdire les *contrats d'adhésion*. Ils représentent un progrès par rapport aux marchandages et palabres — qui étaient plaisirs sans doute, mais pour civilisations à rythme lent. Les critiques légitimes qui pouvaient en être faites se sont, du reste déplacées aujourd'hui de la forme vers le fond, de l'adhésion trop facilement extorquée ou surprise vers le contenu par trop inégalitaire du contrat.

En pratique, cependant, la défense des consommateurs contre les contrats d'adhésion a longtemps été paralysée par un obstacle de procédure : le préjudice subi, ramené à l'échelle du contractant individuel, était trop faible pour valoir un procès. Contre le contrat de masse, il fallait une action de masse, une action collective. La

l. 5 janv. 1988 a introduit chez nous ce type d'action, C. Consom. a. L. 421-2 s. : les associations agréées de consommateurs sont investies d'une fonction de champion, habile à mener le combat pour le droit au nom de la masse (cf. Kernaleguen, *Mélanges Cosnard*, 1990, 368). S'ensuit une concurrence privée au ministère public — et, plus gravement, un risque de décomposition supplémentaire pour un Etat déjà trop féodalisé (cf. *infra*, n° 75).

## THÉORIE JURIDIQUE

a) L'expression *contrat d'adhésion*, proposée par Saleilles (*Déclaration de volonté*, 1901, p. 129), fit rapidement fortune. Des auteurs de droit public nièrent qu'il y eût là un véritable contrat : les obligations naissent d'un acte unilatéral, ayant le caractère réglementaire, quoique émané d'une volonté privée (Hauriou, S. 1908, 3, 17 ; Mestre, S. 1926, 2, 113). Cette analyse ne fut pas sans influence sur la doctrine civiliste. Savatier (D. 1931 1, 8) analysa le contrat d'adhésion comme un acte-règle participant du caractère de la loi. Le règlement intérieur d'entreprise (*règlement d'atelier*, autrefois) a été et reste, pour la controverse, un terrain de choix (cf. Soinne, *L'analyse juridique du règlement intérieur d'entreprise*, 1970. Par réalisme sociologique, on inclinerait à y voir l'exercice d'un pouvoir normatif du chef d'entreprise — pouvoir normatif d'ailleurs limité et contrôlé (a. L. 122-35 s. C. Tr.). Néanmoins, il y faut toujours l'adhésion du salarié, et l'on peut en pratique jouer sur cette exigence, même fictive, d'un minimum de consentement pour écarter des clauses défavorables que l'on n'aurait pu méconnaître aussi aisément après leur avoir prêté une nature réglementaire. Si la référence au contrat ne peut être éliminée de l'application du règlement intérieur, où l'idée réglementaire était pourtant soutenue par tout ce qui s'est écrit sur l'entreprise entité autonome — combien à plus forte raison résistera-t-elle dans les autres cas de contrat d'adhésion. L'a. 1786 montre que le C.C. n'avait aperçu aucune incompatibilité entre le contrat d'adhésion et la notion classique du contrat. Quels sont donc les caractères dont on tire argument pour dénier au contrat d'adhésion la nature d'un contrat ? à tout le moins pour en faire un contrat hors du droit commun ?

1° *L'absence de débat préalable*. — Ce débat, cependant, n'appartient pas nécessairement à la définition du contrat, et ce n'est peut-être pas avoir la plus haute idée de la volonté humaine que de la faire consister dans l'hésitation et le marchandage indéfini. Le droit du oui ou non est l'essentiel, et ce ne serait qu'en apparence un paradoxe de soutenir qu'on veut plus fortement ce qu'on a dû vouloir sans discussion, parce qu'on n'a pas le regret des meilleures conditions que l'on n'a pu obtenir.

2° *La forme impersonnelle des clauses*. — A l'instar d'un règlement, elles sont destinées à régir un nombre indéfini de cas. C'est un contrat de masse, tiré à des milliers d'exemplaires. Il n'y a là, toutefois, qu'une circonstance de fait. En droit, chaque contrat est indépendant, et le reflet des autres ne saurait altérer sa nature.

3° *L'inégalité des forces*. — De même que les règlements ont derrière eux la puissance publique, le contrat d'adhésion s'appuie sur la supériorité économique de son auteur. *Puissance économique* (l. 10 janv. 1978, a. 35), *position dominante* (o. 1<sup>er</sup> déc. 1986, a. 8), ces phénomènes sont visés par notre droit positif, qui en sanctionne les abus. Ce sont, néanmoins, des éléments de fait, et un économiste dirait qu'ils sont sujets aux fluctuations du marché. La Cour de cassation, tout à l'opposé, a eu l'air



de penser que la *forme* de contrat d'adhésion faisait présumer l'abus de puissance économique (Civ.<sup>1</sup> 6 janv. 1994, *J.C.P.*, 94, 2, 22237, D. 94, chr., 235).

b) La notion du *contrat type*, plus récente que celle du contrat d'adhésion, recouvre deux catégories assez dissemblables. V. Léauté, *Les contrats types*, *R.T.*, 1953, 129. Il existe des contrats types privés. Ce sont, au fond, des contrats d'adhésion, mais établis par des organismes professionnels, et non par des entreprises isolées (ex. connaissance type, établi par le Comité central des Armateurs de France pour le transport des marchandises par mer ; police d'assurance type, établie par accord syndical des compagnies d'assurance incendie ; cf. Malinverni, *Les conditions générales de ventes et les contrats types des chambres syndicales*, 1978). Etant l'œuvre d'une collectivité, le contrat type, plus facilement encore que le contrat d'adhésion ordinaire, évoque une idée d'acte réglementaire. En droit, cependant, la formule préconstituée ne pourra entrer en application effective qu'à condition d'être reprise par des consentements individuels. C'est ce qui sépare de ces contrats types privés (*contrats-cadres*, dit-on parfois) une seconde catégorie, les contrats types administratifs. Un exemple : le contrat type de fermage (Nouveau C. Ru., a. L. 411-4) ; ce bail type, quoique élaboré paritairement, semble bien revêtir le caractère d'un règlement administratif (le Conseil d'Etat est compétent pour en apprécier la légalité ; cf. Trib. Conflits, 5 juill. 1951, S. 52, 3, 1). Pareillement, le C. Consom. (a. L. 311-13) prévoit que, pour certaines opérations de crédit, seront établis des *modèles types* d'offre de contracter. Quant à l'a. L. 132-1 sur la protection des consommateurs, il reprend la même idée, mais à l'envers : aux contractants l'autorité propose le modèle non de ce qu'ils doivent faire, mais de ce qu'ils ne doivent pas faire (v. le *catalogue* de clauses abusives en annexe ; cf. D. Nguyen-Thanh-Bourgeois, D. 84, chr. 91 ; Gridel, D. 84, chr. 153). Ce n'est plus le contrat type, c'est le contrat repoussoir.

[40]

## PRATIQUE JUDICIAIRE

V. Testu, *Le juge et le contrat d'adhésion*, *J.C.P.*, 93, 2, 3673.

Le principe est que les *contrats d'adhésion* sont entièrement opposables à l'adhérent : ex. Civ. 1<sup>er</sup> févr. 1853, D. 53, 1, 77, et Civ. 30 mars 1892, S. 93, 1, 13 (polices d'assurance) ; Civ. 14 févr. 1866, S. 66, 1, 194, et Civ. 31 juin 1926, D.H. 26, 403 (règlements d'atelier). Cependant, puisque leur efficacité vient de l'a. 1134, il faut que soient réunies les conditions d'un contrat, et notamment le consentement, qui suppose la connaissance. Les dispositions que l'adhérent n'a pu, en fait, connaître ne lui sont pas opposables : ex. Civ.<sup>1</sup> 3 mai 1979, D. 80, *J.R.*, 262 (clauses figurant au verso d'un bon de commande qui a été signé au recto). Mais s'il appose sa signature sous une formule imprimée où il est censé déclarer lui-même qu'il a pris connaissance, il ne peut plus protester : Civ.<sup>1</sup> 3 déc. 1991, *Bull.*, n° 342. La notion de connaissance est elle-même délicate. Suffit-il que la clause litigieuse ait été *portée à la connaissance* des adhérents éventuels par voies d'affiches ? Civ. 15 janv. 1906, S. 06, 1, 278, ne l'admettait pas, tout en paraissant considérer l'affichage (en l'occurrence, d'un règlement d'atelier) comme créant une présomption de connaissance (y a-t-il, *a priori*, une obligation de lire les affiches, un devoir de se renseigner ?). Cf. A. Robert, Une source mineure de droits civils : les affiches et les écriteaux, *J.C.P.*, 58, 1, 1458 ; Gautier, *R.T.*, 93, 160. La question a souvent été discutée pour les avis affichés dans les chambres d'hôtel, qui restreint

[41]

gnent la responsabilité de l'hôtelier. Le voyageur ne peut en prendre connaissance qu'après s'être installé dans sa chambre, donc à un moment où le contrat est déjà formé (du moins, le contrat du premier jour). Or, c'est avant de contracter que le contractant a besoin d'être éclairé. Aussi les tribunaux ont-ils répugné à faire produire effet à ces affiches (Rouen, 18 juill. 1889, et Aix, 26 oct. 1899, D. 01, 2, 303 ; Lyon, 12 juin 1950, D. 51 Somm. 2 ; Bordeaux, 20 janv. 1972, *G.P.*, 72, 1, 426. On éluderait l'objection si l'on pouvait regarder le règlement de l'hôtel [et aussi le règlement d'atelier] comme une véritable loi intérieure, obligatoire pour les clients [ou les ouvriers] en vertu d'une sorte d'autorité intérieure, indépendamment de tout support contractuel). L'assurance a donné lieu à la même technique de convention à deux étages que le contrat d'hôtellerie : les clauses défavorables à l'assuré ne figurent pas sur l'acte qu'on lui fait signer, mais elles sont contenues dans une brochure distincte, à laquelle cet acte renvoie ; Civ.<sup>1</sup> 30 oct. 1967, *J.C.P.*, 68, 2, 15590, et Civ.<sup>1</sup> 14 avr. 1970, *J.C.P.*, 71, 2, 16687, ont déclaré de telles clauses inopposables aux assurés.

Dans le domaine couvert (avant le C. Consom.) par la l. 78-23 du 10 janv. 1978, sur la protection du consommateur, a. 35, le d. 24 mars 1978, a. 1, avait entendu prohiber comme abusive la clause de renvoi à des documents non signés. Mais le Conseil d'Etat (3 déc. 1980, D. 81, 228, n. Larroumet, *J.C.P.*, 81, 2, 19502, concl. Hagelstein) a annulé cette disposition comme trop générale (et sans doute, au fond, gênante pour la pratique). Le fait est que certains contrats sont devenus si complexes qu'il n'est plus possible matériellement de les faire tenir en quelques feuillets : on en fera une brochure annexe. C'est par le même argument que l'on justifie l'inflation législative, sous laquelle succombe notre civilisation, par la « complexification » croissante de la vie moderne. Il faudrait peut-être inverser le raisonnement, et dire que les lois et les contrats ne sont valables que dans les limites de la capacité crânienne de l'individu récepteur. A tout le moins devrait-on veiller à la lisibilité des contrats. La loi a dû prendre des mesures contre les clauses imprimées en caractères minuscules (a. L. 112-4, 113-15 C. Ass.).

## [41] 2 | L'INTÉGRITÉ DU CONSENTEMENT

Pour être juridiquement efficace, le consentement doit être donné par une volonté éclairée et libre (a. 1109). Si l'une des parties n'a pas décidé en connaissance de cause, ou a subi une pression, son consentement, sans être inexistant, est vicié, et le contrat est annulable (a. 1117). Il n'existe que trois vices du consentement : *erreur*, *dol* et *violence*, bien que le C.C. mentionne encore après eux la *lésion*. Même s'il faut reconnaître que, sur ces causes de nullité (la violence peut-être exceptée), les règles du C.C. ont perdu une part de leur champ d'application, refoulées comme elles le sont par des devoirs spécifiques d'information (venant notamment du droit de la consommation), elles gardent toute leur valeur de droit commun et de raison écrite (cf. *supra*, n° 3).

## I. — L'erreur

L'erreur, vice du consentement, suppose que le contrat a été conclu sous l'effet d'une *opinion contraire à la réalité* : l'un des contractants au moins *s'est trompé* sur un élément de l'opération.

Une théorie de l'erreur contractuelle, pour être complète, doit embrasser toutes les catégories d'erreurs qui peuvent se produire dans la formation du contrat : non pas seulement celle qui vicie le consentement sans l'exclure, l'*erreur-nullité*, mais aussi celle qui exclut le consentement en faisant plus que le vicier et met ainsi obstacle à la formation même du contrat, l'*erreur-obstacle* (expression consacrée ; erreur-inexistence, pourrait-on dire), et même l'*erreur indifférente*, qui reste sans influence sur la validité de la convention. Au total, trois catégories, que nous rangerons dans l'ordre de gravité décroissante.

a) *L'erreur-obstacle*.

1° *Erreur sur la nature du contrat* (ex. l'un croit acheter l'appartement, l'autre croit le donner à bail) : il n'y a ni vente ni bail. Les volontés ne s'étant pas rencontrées, il n'y a pas de contrat.

2° *Erreur sur l'identité de l'objet* (ex. l'un croit acheter l'appartement du rez-de-chaussée, l'autre, vendre l'appartement du sixième) : il n'y a rien de fait.

3° *Erreur sur l'existence de la cause* (ex. un père, croyant son fils unique mort dans une guerre, fait donation d'une part considérable de sa fortune à une œuvre charitable ; quelques années plus tard, le fils reparait). C'est une erreur si profonde qu'on peut la considérer comme ayant détruit le consentement : il y a nullité absolue, sinon inexistence. Du moins est-ce ainsi que l'on interprète souvent ce que dit l'a. 1131 de la fausse cause.

b) *L'erreur-nullité* (il faut entendre : nullité *relative*, a. 1117). C'est proprement cette erreur-là qui est un *vice du consentement*. L'a. 1110 n'en admet que deux types : l'un général, pouvant se rencontrer dans tous les contrats, l'*erreur sur la substance*, l'autre spécial à certains contrats, l'*erreur sur la personne*.

1° *Erreur sur la substance*. — L'expression, suivant l'interprétation qui a prévalu en doctrine et en jurisprudence, ne doit pas être entendue dans un sens objectif et matériel, mais bien subjectif et psychologique. La substance n'est pas la matière dont est fait l'objet du contrat — spécialement (pour raisonner sur le cas le plus pratique, où c'est un acheteur qui se plaint), la matière dont est faite la chose vendue. C'est la *qualité substantielle*, essentielle de la chose, la qualité qui a déterminé la

partie à contracter et a été pour elle la *cause* (impulsive et déterminante) du contrat (cf. n° 61). Il est des erreurs sur la matière qui ne sont pas des erreurs sur la substance : ex. si, ayant acheté l'Athéna chrysoléphantine, je constatais que le manteau que tout le monde croyait d'or est, en réalité, de métal doré, la vente n'en serait pas moins valable ; il me resterait l'œuvre de Phidias. A l'inverse, maintes erreurs sur la substance n'impliquent aucune erreur sur la matière : ex. j'achète du blé de mars pour du blé d'automne ; un faux Rubens pour un vrai ; un vieux cheval pour un jeune, etc., le contrat est annulable. Généralement, l'erreur est unilatérale. L'acheteur se trompe, mais le vendeur sait à quoi s'en tenir. Ou bien (la jurisprudence le dit, quoique plus rarement), c'est le vendeur qui se trompe : il croyait vendre une copie d'élève, et c'était la toile d'un maître ; il pourra agir en nullité. Le caractère unilatéral de l'erreur explique la sanction, qui est la nullité relative (*infra*, n° 105), nullité tendant à la protection de l'une des parties contre l'autre. Mais, s'il n'est pas nécessaire, et même s'il est insolite, que l'erreur ait été commune aux deux contractants, on n'en exige pas moins que tous deux aient considéré comme substantielle la qualité sur laquelle l'un d'eux a fait erreur. Ex. il faut que le vendeur ait su ou dû savoir, au moment où l'accord se concluait, que l'acheteur n'achetait qu'en considération de telle qualité de la chose, car il serait dangereux que celui-ci pût après coup faire tomber le contrat, en alléguant l'absence d'une qualité qu'il prétendrait avoir été essentielle pour lui, mais dont il n'avait alors soufflé mot.

2° *Erreur sur la personne*. — Elle n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne (*intuitu personae*), ce qui est de règle dans les contrats à titre gratuit (notamment la donation : aimer, c'est choisir), mais ne se rencontre qu'exceptionnellement dans les contrats à titre onéreux (ex. contrat de société, contrat d'entreprise passé avec un homme de l'art, dont le talent est unique). Ce n'est pas, d'ailleurs, seulement l'identité physique qui est considérée, mais encore l'identité civile (ex. le contrat de travail passé avec un ménage de gens de maison a pu être annulé parce qu'au lieu d'un couple légitime, il s'agissait de concubins), et même — la théorie de l'erreur sur la personne est ici plus large qu'en matière de mariage (cf. t. II, n° 28) — certaines qualités personnelles (ex. l'honorabilité du commerçant vendeur dans une vente de fonds de commerce ; l'âge de l'assuré dans l'assurance sur la vie, v. a. L. 132-26 C. Ass.). L'erreur sur la personne rejoint par là l'erreur sur la substance ; elle est aussi une erreur sur les éléments qui ont déterminé une partie à contracter.

c) *L'erreur indifférente*. — Ce sont toutes autres erreurs :

1° *Erreur sur les qualités non essentielles* de la chose ou de la personne (ex. le tableau représentait des fleurs, alors que j'avais cru y voir un jeu de cubes).

2° *Erreur sur les motifs du contrat* (ex. place louée pour un spectacle en plein air sur le faux espoir qu'il ferait beau ce soir-là), ou bien, à l'opposé, *erreur sur les conséquences*, spécialement les conséquences juridiques, de l'acte (ex. achat d'immeuble fait dans l'ignorance des charges qui s'ensuivent). Mais il faut observer que l'erreur cesserait d'être indifférente si les motifs avaient été expressément incorporés au contrat sous la forme d'une condition (ex. la place a été louée sous la condition qu'il ferait beau), ou même, en dehors de là, s'ils étaient tellement essentiels qu'on pût les considérer comme la cause de l'engagement (*fausse cause* de l'a. 1131 ; ex. engagement pris par un individu de pourvoir aux besoins d'un enfant qu'il croit à tort être son fils ; cf. a. 2055-2056).

3° *Erreur d'appréciation économique*. — L'indifférence de l'erreur s'explique ici autrement. Il s'agit, notamment, de l'erreur sur la valeur de l'objet (c'est une manière d'analyser la lésion ; cf. *infra*, n° 78), de l'erreur sur la solvabilité du cocontractant. Ce sont là, sans doute, des dualités déterminantes ; mais les erreurs de calcul économique doivent être supportées par celui qui les a commises, comme un risque des affaires et du crédit (cf. a. 1694).

4° *Erreur de calcul* (lorsque le contrat se réfère, par ex. pour la fixation du prix, à une opération arithmétique) : elle doit être corrigée, mais n'annule pas le contrat (arg. a. 2058 ; cf. a. 1269 C. Pr. C.).

## [42] II. — Le dol

Le mot évoque une idée générale de malhonnêteté. On le rencontre à deux moments : lors de la *formation* (a. 1116) et lors de l'*exécution* du contrat (a. 1150 ; cf. *infra*, n° 156). C'est du dol dans la formation du contrat qu'il est question ici. On entend par là toute ruse, tromperie, manœuvre, employée pour induire une personne en erreur et la déterminer à contracter. Cette définition laisse apparaître un rapport entre le dol et l'erreur : le dol n'atteint ses fins qu'en créant une erreur, c'est par là qu'il vicie le consentement. La nullité de l'a. 1116 ne fait pas, pour autant, double emploi avec celle de l'a. 1110 : elle est plus facile à obtenir (le dol, qui se matérialise dans des agissements, se prouve plus aisément que l'erreur, phénomène purement interne), et elle peut être obtenue dans des cas où l'autre ne

pourrait l'être (des erreurs indifférentes à la validité du contrat en justifieront l'annulation lorsqu'elles auront été déterminées par un dol). On conçoit que la loi se montre plus protectrice pour la victime d'un dol que pour le contractant qui a commis une erreur. Celui-ci s'est trompé spontanément et n'a qu'à s'en prendre à lui-même. La victime du dol a été trompée, ce qui suppose un trompeur. Il y a dans le dol une sorte de délit civil : quand les *éléments constitutifs* en sont réunis, une *sanction* est applicable.

a) *Éléments constitutifs du dol*. — L'a. 1116, al. 1, les laisse apparaître successivement :

1° Il faut qu'il y ait eu des *manœuvres*... — L'a. 1116 doit être mis en parallèle avec l'a. 313-1 N.C.P. (relatif à l'escroquerie), où l'expression se retrouve avec un qualificatif : manœuvres frauduleuses. On peut en déduire, par analogie, qu'il entre dans le concept de dol à la fois un élément *matériel*, un élément *psychologique* et, comme disent les pénalistes, un élément *injuste*, une injustice (les deux derniers éléments se rejoignent dans l'idée de fraude).

— *Élément matériel*. — Sur ce point, le droit pénal éclaire le droit civil, mais ne le limite pas. Il y a certainement dol au sens de l'a. 1116 là où sont constatées des manœuvres d'escroc, c'est-à-dire une machination, une mise en scène, matérialisant la tromperie (c'est, dans Cicéron, l'histoire de Pythius, qui, pour faire croire à Canius que la villa qu'il voulait lui vendre était sise sur un bord poissonneux, avait fait un jour patrouiller dans les parages toute une flotte de barques de pêche). Mais le simple mensonge, non appuyé d'actes extérieurs, peut constituer un dol, alors qu'il serait insuffisant pour constituer une escroquerie. On admet même que la *réticence* — le silence délibérément gardé sur une circonstance que l'autre contractant aurait intérêt à connaître — doit être traitée comme dol ; c'est le dol négatif. On observera, toutefois, que cette cause de nullité selon le C.C. est souvent dépassée ; absorbée dans l'obligation générale d'information (obligation de parler) que le C. Consom. (a. 111-1 s.) fait peser sur le professionnel.

— *Élément psychologique*. — Il n'est de dol qu'*intentionnel*, impliquant le dessein de nuire à l'autre partie.

— *Élément injuste*. — Il n'est de dol que condamné par les mœurs. C'est le *dolus malus*, par opposition au *bonus dolus* qu'a toujours toléré la morale des affaires, ces menus mensonges dont se sert le marchand pour vanter sa marchandise. On ne confondra pas, toutefois, avec le *bonus dolus* la *publicité mensongère*, qui, au contraire, est interdite par le C. Consom. (a. L. 121-1, et pour les sanctions

pénales, a. L. 213-1). Le critère n'est pas la dimension de l'entreprise (petit commerce ou grande distribution), mais la capacité de scepticisme du consommateur moyen : quand l'hyperbole était si grosse qu'il ne pouvait y croire, il n'y a plus dol.

2° Il faut que les manœuvres aient été pratiquées *par l'une des parties*. Le dol d'un tiers ne serait pas une cause de nullité (à moins que le tiers ne pût être regardé comme représentant la partie, ou la partie, comme complice du tiers). Pour la violence, l'a. 1111 donne une solution inverse : les victimes du dol ont paru mériter moins de protection (il y a une certaine faute à se laisser duper).

3° Il faut que les manœuvres aient été *déterminantes*, aient été la cause de la conclusion du contrat. C'est le *dol principal*, en antithèse avec le *dol incident*. Celui-ci ne porte que sur des points secondaires ; s'il n'avait pas eu lieu, la partie aurait tout de même contracté, quoique à des conditions meilleures. Seul le dol principal justifie l'annulation du contrat ; le dol incident peut simplement motiver l'allocation de dommages-intérêts.

b) *Sanction du dol*. — C'est la *nullité relative* du contrat (a. 1117) à la demande du contractant dupé. Celui-ci peut aussi obtenir des dommages-intérêts en sus de la nullité, sur le fondement de l'a. 1382, s'il a subi un préjudice que l'annulation ne suffit pas à réparer. Mais une autre faculté encore lui est ouverte : renonçant à faire tomber le contrat, s'il trouve avantage à le maintenir, il se contentera de demander des dommages-intérêts, ce qui revient en somme à agir en simple réduction du prix.

### [43] III. — La violence

Ce vice du consentement, comme le précédent, est nommé d'après le délit qui le détermine (si on le nommait d'après son effet, ce serait le *défaut de liberté*, Pothier employait l'expression). La violence visée ici n'est pas exactement l'emploi de la force (s'il y avait eu emploi direct de la force, violence *physique*, si, par ex., on avait tenu la main d'une personne comme un instrument pour lui faire signer un acte contre son gré, le consentement aurait manqué radicalement, le prétendu contrat serait inexistant). La violence dans l'a. 1111 est, à proprement parler, l'emploi de la menace, ce que l'on appelle la violence morale, violence qui fait pression sur la volonté, mais ne l'abolit pas (*coacta voluntas, tamen voluntas*). Et le vice du consentement qu'elle détermine est la *crainte* (le mot est dans l'a. 1112, et notre théorie de la violence était, en Droit romain, la théorie de la *metus*).

a) *Éléments constitutifs de la violence*. — On peut les dégager des a. 1111-1114 (en parallèle avec ceux du dol).

1° Il faut une *menace*. Ici encore, il entre dans le concept un élément matériel, un élément psychologique et un élément injuste.

— *Élément matériel*. — Peu importe la forme de la menace. Peu importe aussi son objet, pourvu qu'elle soit de nature à produire un effet psychologique assez accentué. Il faut la menace d'un mal *considérable*, mais l'a. 1112 met sur le même pied le péril des biens et celui de la personne, et l'a. 1113 assimile au danger couru par le cocontractant lui-même celui que l'on fait planer sur ses proches. Une menace lointaine ne sera pas prise en considération (c'est le sens de « mal *présent* »), non plus qu'une menace ridicule (c'est la portée de l'allusion à la personne *raisonnable*). Au demeurant, l'intensité de la menace sera appréciée assez concrètement, par rapport à la force de résistance que l'on peut s'attendre à rencontrer dans chaque type d'individu (a. 1112, al. 2).

— *Élément psychologique*. — Suivant une opinion classique, il n'y a de violence qu'employée intentionnellement (dans l'a. 1109, le mot « extorqué », qui prend toute sa signification si on le rapproche de l'a. 312-1 et s. N.C.P., implique cet emploi de la violence à dessein de faire signer le contrat). De ce caractère intentionnel découlerait une conséquence importante que ce n'est pas violence si l'on se borne à utiliser une menace déjà créée par des circonstances fortuites, à exploiter un péril où le cocontractant se trouve placé sans que l'on y soit personnellement pour rien. La jurisprudence, cependant, a paru reconnaître une violence dans cette exploitation de la nécessité, de la détresse d'autrui : avant la l. 29 avr. 1916, sur l'assistance et le sauvetage maritime, a. 7, elle admettait que pût être annulée pour violence, ou réduite, la promesse excessive faite aux sauveteurs, sous l'aiguillon du danger (*no pay, no rope*), par le capitaine d'un navire en perdition (cf., aujourd'hui, l. 7 juill. 1967, a. 15).

— *Élément injuste*. — La violence ne vicie le contrat que si elle est illégitime, et elle ne l'est pas si l'on ne fait que menacer d'user de son droit (ex. un voleur ne peut faire annuler la reconnaissance de dette qu'il a signée sous la menace de poursuites correctionnelles). Toutefois, il faut que le but et les moyens soient également légitimes : les moyens sont légitimes, mais non pas le but, quand un créancier emploie la menace d'une voie de droit pour se faire consentir plus qu'il ne lui est dû (c'est une sorte de chantage ; cf. a. 312-10 N.C.P.) ; le but est légitime, mais non pas les moyens, quand, pour rentrer dans ses droits, il menace le débiteur de voies de fait. La malédiction paternelle

est une menace que le droit ne peut juger : tel est le sens de l'a. 1114, qui est en rapport avec l'a. 371.

2° La menace peut venir *d'un tiers aussi bien que d'une partie* (a. 1111). Il est à présumer que ce tiers est le complice (jadis, le spassin à gages) du contractant bénéficiaire de l'opération.

3° La menace doit avoir été *déterminante*.

b) *Sanction de la violence*. — C'est la *nullité relative* du contrat (a. 1117). Elle peut n'être prononcée que pour partie et fonctionner, dès lors, comme une réduction de l'avantage excessif qui, par hypothèse, a été extorqué. Elle peut être accompagnée d'une condamnation à dommages-intérêts.

#### [44] IV. — La lésion

C'est le *préjudice* pécuniaire résultant, pour l'une des parties, d'une *inégalité de valeur* entre les prestations (ex. l'acheteur a acheté trop cher ; le vendeur a vendu trop bon marché). L'a. 1118 où il en est question faisant suite aux dispositions qui traitent de l'erreur, du dol et de la violence, il est naturel de supposer que la lésion, dans l'esprit de la loi, est un vice du consentement, soit qu'elle constitue un vice distinct, soit qu'elle fasse seulement présumer l'existence de l'un des trois autres vices (le contractant lésé a dû commettre une erreur sur la valeur des prestations ; ou bien son appréciation des valeurs a dû être obnubilée par le dol ; ou bien encore il a dû se laisser exploiter par crainte). Une telle analyse, cependant, ne rendrait pas un compte exact du rôle joué par la lésion en droit positif — que l'on envisage ce rôle dans l'une ou l'autre des deux hypothèses auxquelles l'a. 1118 lui-même fait allusion : contrats entre *majeurs*, ou contrats passés par les *mineurs*.

a) *Contrats entre majeurs capables* (a. 1313). — Entre majeurs qui n'ont pas fait l'objet d'une mesure de protection au sens de l'a. 490, ce n'est que dans quelques cas exceptionnels (a. 887, 1674) que la lésion peut motiver la nullité. Or, dans ces cas elle n'est pas traitée comme un vice du consentement, mais plutôt comme un défaut d'équivalence objective entre les prestations. On pourrait s'appuyer là-dessus pour rattacher son étude à celle de l'*objet* du contrat. Mais, à regarder les choses de plus haut, il semble que la théorie de la lésion manifeste historiquement une intervention de la collectivité dans la formation du contrat. C'est sous ce point de vue que nous la retrouverons, aux côtés de l'ordre public et des bonnes mœurs (v. *infra*, n° 78).

b) *Contrats passés par les mineurs* (a. 1305). — De prime abord, la lésion semble ne rien ajouter à la nullité qui découlait déjà de

l'incapacité. En réalité, ce n'est pas tant la lésion qui joue un rôle que l'absence de lésion : s'agissant d'un acte d'administration, l'absence de lésion aura pour effet de rendre inattaquable le contrat qui, par lui-même, aurait été annulable pour cause de minorité. C'est un mécanisme de consolidation.

c) *Contrats passés par les majeurs sous sauvegarde de justice* (a. 491-2) ou en *curatelle* (a. 510-3). — Ce cas se rapproche du précédent en ce que la lésion y est conçue subjectivement : c'est la faiblesse de l'individu qui appelle protection, et il ne sera pas toujours nécessaire qu'il y ait un défaut objectif d'équivalence. Une opération, bonne en soi, pourra être lésionnaire pour la personne protégée si elle est disproportionnée à ses possibilités — ce que souligne l'assimilation de l'excès (de la dépense excessive) à la lésion. Le mécanisme, néanmoins, est différent de celui qui opère pour les mineurs : la lésion et l'excès sont par eux-mêmes créateurs d'incapacité, d'une incapacité épisodique.

#### [45] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Ghestin, n°s 479 s. Monographies importantes : Célice, *L'erreur dans les contrats*, Th. Paris, 1922 ; Gaudefroy, *L'erreur obstacle*, Th. Paris, 1925 ; Breton, *La notion de violence en tant que vice du consentement*, Th. Caen, 1925 ; Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Th. Paris, 1963 ; Ottenhof, *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, Th. Rennes, 1970 ; Rowinski, *La violence dans la formation du contrat*, Th. Aix-Marseille, III, 1987.

#### HISTOIRE

Le Droit romain n'a pas eu une théorie des vices du consentement. La violence (*metus*) et le dol étaient réprimés comme délits (V. Monier, II, n°s 49 s.), un des moyens de répression pouvant consister, du reste, dans le rétablissement de l'état de choses antérieur. Quant à l'erreur (Monier, II, n° 63), ou elle empêchait le contrat de se former (*error in persona, error in corpore* [erreur sur l'identité de l'objet]), ou elle était indifférente (erreur sur les qualités de la chose) ; toutefois, on voit poindre dans les textes, tirée de la philosophie d'Aristote et de Zénon, qui distinguait l'essence et l'accident, l'idée que l'*error in substantia* doit entraîner la nullité du contrat ; mais la substance est entendue, de façon fort étroite, comme la matière même dont la chose est faite (Dig. 18, 1, 14). Sur la pénétration du Droit romain dans le Droit canonique et l'Ancien Droit, v. Ménin, *Les vices du consentement dans notre Ancien Droit*, Th. Paris, 1927 ; Meynial, Notes sur l'histoire du dol et de la violence, *Mélanges Fournier*, 1929, p. 527 s. ; Timbal, I, 74 s. (la violence, la *paour*, est alors le vice à la mode). La double position de Pothier au sujet de l'erreur a été souvent relevée (v. Planiol-Esmein, VI, n° 175, p. 205, n. 3 ; R. David, La doctrine de l'erreur dans Pothier et son interprétation par la Common Law d'Angleterre, *Etudes Capitain*, 1939 p. 145 s.) : dans son

*Traité des obligations* (n<sup>os</sup> 17 s.), il suit la théorie romaine et continue à identifier la substance à la matière (les chandeliers de cuivre pris pour des chandeliers d'argent ; encore a-t-il, pour expliquer l'exemple, une formule subjective : l'erreur « tombe sur la qualité de la chose que les contractants ont eue principalement en vue, et qui fait la substance de cette chose ») ; mais, dans son *Traité de procédure civile* (n<sup>o</sup> 737), où il est ramené à parler des vices du consentement par le détour des lettres royales de rescision (qu'il fallait solliciter pour faire valoir les nullités romaines en pays de coutumes), il incline vers une conception psychologique (ex. il y a lieu à annulation si j'achète une terre en province, ignorant que, la veille, un ouragan a détruit toutes les fermes).

## PSYCHOSOCIOLOGIE

a) *Erreur et dol*. — Les actions en nullité des a. 1110 et 1116, remèdes individualistes, sont d'un faible rendement social. Dans l'immense majorité des cas d'erreur ou de dol, elles restent inemployées, par ignorance ou timidité du consommateur isolé, et surtout à cause de la disproportion des frais au préjudice. Aussi, de tout temps, ont-elles été doublées par des mesures de droit public, préventives et répressives, qui peuvent agir collectivement : l'autorité (municipale) exerce traditionnellement une police des marchés (ex. vérification des poids et mesures, étiquetage des prix). En législation, la première intervention à grand spectacle a été la loi du 1<sup>er</sup> août 1905 sur la répression des fraudes. Autant qu'à la protection des consommateurs elle visait à la moralisation du commerce (elle ne put empêcher, pourtant, en 1907, les émeutes du Midi viticole, qui imputait la mévente de son vin aux magouilles du négoce). La loi de 1905 s'est fondue aujourd'hui dans le C. Consom. (a. L. 213-1), et le but de protection est devenu prépondérant.

A partir des années 50, l'attention se déplaça des fraudes grossières aux publicités insinuant. Le sociologue Vance Packard dévoila *the Hidden Persuaders* (1957). On dénonça comme un nouveau et redoutable vice du consentement cette sorte de séduction qu'exerce la publicité, en pénétrant les consciences et (peut-être plus efficacement encore) l'inconscient (cf. la publicité-propagande, les *Trav. Assoc. Capitant*, t. XXXII, 1981, spéc. Pédamon, p. 1051). Contre un vice de masse, éminemment contagieux, l'intervention législative était indispensable. La l. 27 déc. 1973 (orientation du commerce), a. 44, a créé un délit de *publicité mensongère* (cf. Serna et Benoit, *J.C.P.*, 74, 1, 2643, n<sup>os</sup> 29 s. ; Fourgoux, D. 85, 105). A son tour, il a été absorbé dans le C. Consom. (a. L. 124-1, et pour les pénalités, a. L. 243-1 ; pénalité *ad hoc* : l'arrêt de la campagne publicitaire ; a. L. 121-3). Cependant, comme notre société est une société de consommation et qu'il faut bien d'ailleurs faire marcher le commerce, la protection du consommateur rencontre assez vite ses limites. Classiquement, on a toujours séparé du dol le *bonus dolus*. Le préjudice est faible, et l'usage est justificatif : ce dol reste dans le non-droit. Il est remarquable que la jurisprudence ait revivifié le *bonus dolus* en en greffant l'équivalent, comme cause de justification sur le délit nouveau de publicité mensongère. C'est l'hyperbole licite (ex. Crim., 21 mai 1984, D. 85, 105, aff. des *Valises* ; la loi, remarquaient les juges du fond, n'est pas destinée à protéger les faibles d'esprit ; Crim., 15 oct. 1985, *Piles Wonder*, D. 86, *I.R.*, 397 ; mais il est des cas où la publicité, comme le droit, doit être prise au sérieux, et dès lors peut par ses outrances engager la responsabilité, Paris, 26 sept. 1991, D. 92, *Somm.*, 342 ; cf. Carreau, D. 95, chr. 225).

En creusant plus profond, on décèlerait même une autre idée plus embarrassante : que le souci de protéger les acheteurs doit être tempéré par une espèce de morale folklorique, populaire et moqueuse : ils ont bien voulu leurs déboires (« il y a plus de fols acheteurs que de fols vendeurs », Loysel, *Institutes coutumières*, n<sup>o</sup> 403). Le contrat est un jeu : au plus fin de gagner. Ou même une guerre, et il est des ruses de guerre permises. Si le *bonus dolus* est mis à part du dol, est-il écrit au Digeste (4, 3, 1, 3), c'est en considération de son habileté, surtout quand il est employé contre un ennemi ou un voleur. « Qui trompe le trompeur et vole le larron gagne cent jours de vrai pardon », c'était un proverbe du Moyen Age. Il n'est que de voir l'indulgence de la comédie italienne ou française pour les bons tours d'Arlequin ou de Scapin.

b) *Violence*. — Elle demanderait à être étudiée dans ses rapports avec certaines incriminations du Nouveau C.P. : menaces (a. 222-17), extorsions (a. 312-1 s.), notamment extorsion de fonds ou chantage (312-10), avec la vulnérabilité de la personne, souvent retenue comme circonstance aggravante (cf. Civ.<sup>3</sup> 13 janv. 1999, D. 99, *I.R.*, 38). La notion abstraite de violence recouvre des faits sociaux très dissemblables. Beaucoup se cachent dans les replis de la vie domestique (cf. Req. 27 janv. 1919, S. 20, 1, 198, donation consentie par un vieillard paralysé à ses métayers qui menaçaient de l'abandonner ; c'est le domaine de l'a. 901, qui est un peu différent). La violence violente tend à devenir rare dans nos sociétés policées, sauf épisodes de la lutte des classes (ex. Trib. civ. Nantes, 6 janv. 1956, *G.P.*, 56, 1, 61, *R.T.*, 56, 369, convention collective signée par les représentants patronaux dans des scènes d'émeute, dont le sens ne serait pas éclairé par les trop fameuses *Réflexions sur la violence* de Georges Sorel, 1908), ou de la guerre totale (ce fut, au cours de l'occupation nazie, l'hypothèse des spoliations, qui ont fait l'objet d'une législation spéciale, o. 21 avril et 9 juin 1945, où l'on peut voir une application de la théorie de la violence : il y avait violence diffuse ; cf. Sarraute et Tager, *J.C.P.*, 1950, 1, 881). Bien plus fréquemment on a affaire à la violence astucieuse : abus des voies de droit commis par un créancier, exploitation de la détresse d'autrui.

a) Convient-il d'assimiler à la violence l'exploitation de l'état de nécessité ? Affirmative, avec des formules diverses, dans des Codes étrangers (cf. Treillard, *Mélanges Laborde-Lacoste*, 1963, p. 419 s.) : B.G.B., § 138 ; C.O., a. 21 ; C.C.It., a. 1447-1448. Mais l'hypothèse y est plutôt rattachée à l'idée de lésion : il faut une disproportion entre les prestations.

C'était la grosse question au début du siècle. Aujourd'hui l'intérêt s'est déplacé, et l'on s'interroge plutôt sur une extension possible du dol vers la notion d'*abus de situation*. Cf. Magnin, *J.C.P.*, 76, 1, 2780, qui, toutefois, après une étude approfondie, conclut à l'inutilité de l'extension. De l'abus de situation, on peut rapprocher l'*abus de la puissance économique* dans la l. 10 janv. 1978 sur la protection et l'information des consommateurs, a. 35 s. *infra*, n<sup>os</sup> 79, 81.

b) Un engouement universel pour l'information, regardée comme la panacée des tensions sociales — engouement venu d'Amérique, mais encouragé par les « entrepreneurs moraux » qui y trouvent avantage (les *mass media*, les organismes et les périodiques de protection du consommateur) — ainsi s'est répandue l'idée qu'il pourrait être

préférable d'informer préalablement le contractant non professionnel, plutôt que de le protéger après coup. C'est une idée qui s'est traduite par des règlements minutieux, par ex. sur les explications que doit comporter un prospectus d'offre de prêt (l. 78-22 du 10 janv. 1978, a. 5) ou l'emballage d'un produit (l. 78-23 du 10 janv. 1978, a. 14) ou les conventions de « franchise » (d. 91-337 du 4 avr. 1991). Cf. Loussouarn, P. Lagarde et autres, *L'information en droit privé*, 1978. Cette politique retrouve quelque chose de l'optimisme des Lumières (un homme est toujours capable de défendre ses droits, pourvu qu'il soit éclairé); mais elle se contente d'une présomption formaliste d'information, sans que l'information réelle soit assurée. V. par ex. sur la loi 78-22 le scepticisme de Gavalda, D. 78, 202; cf. Stoufflet, *Etudes E. de Lagrange*, 1978, 227 s. Réelle ou illusoire, au demeurant, l'information est coûteuse. Le jeu en vaut-il la chandelle? V. les paradoxes économiques de B. Rudden, *Le juste et l'inefficace*, pour un non-devoir de renseignement, *R.T.*, 1985, 91.

L'annulation du contrat pour erreur sur la substance, à laquelle le droit civil classique continue d'accrocher la protection des acheteurs, n'est plus pratiquement qu'un moyen parmi d'autres sur un éventail fort étendu. Elle peut être concurrencée, voire refoulée par la vieille garantie des vices cachés (a. 1641 s.), que la Cour de cassation applique même, de façon peu réaliste eu égard au bref délai, au défaut de constructibilité d'un terrain (Civ.<sup>3</sup> 1<sup>er</sup> oct. 1997, D. *Aff.*, 97, 1283). Mais, aujourd'hui, la concurrence vient surtout de l'action en non-conformité que la jurisprudence commerciale a tirée de l'obligation de délivrance (a. 1603 s.), afin de contourner les restrictions de l'action en garantie. La distinction des deux actions semblait avoir été clarifiée par une série d'arrêtés de 1993 (v. Benabent, D. 94, chr. 115). A quoi pourront s'ajouter des actions ouvertes par les lois de police, et le droit pénal, telle la loi du 1<sup>er</sup> août 1905 sur la répression des fraudes. Et enfin, poussée par le droit communautaire, la l. 19 mai 1998 sur la responsabilité du fait des produits défectueux (*infra*, n° 266).

c) Sans que l'on puisse parler d'une spécialisation hermétique, c'est un fait que la pratique judiciaire de l'a. 1110 est, pour une bonne part, envahie par le marché de l'art, au point qu'à la limite la nullité pour erreur sur la substance ne ferait plus figure que de technique de luxe, sur marchandises hors de prix, entre contractants singuliers. Il est difficile, pour le profane, d'y voir clair. On doit se persuader que chaque décision a été juste. Mais quelle justice, lorsque l'enjeu est le produit de bonnes et mauvaises fortunes enchevêtrées? L'aléa est partout (cf. J. Chatelain [il avait été directeur des Musées nationaux], *Rép. not.*, 82, 681) : il est dans la mode et dans la conjoncture économique, dans l'avis des experts et dans le feu des enchères, il est même dans le talent de l'artiste, qui a pu varier d'un jour à l'autre. Peut-être serait-il salutaire, au plan législatif, de remettre en cause, non pas le marché de l'art, mais sa judiciarisation. Ces procès spectaculaires contribuent à gonfler une bulle financière, dont l'explosion, même si elle doit avoir des effets plus restreints que dans l'immobilier, n'en sera pas moins démoralisatrice. Là où l'aléa est excessif, la justice a un devoir d'abstention. C'est le sens de l'a. 1965. On concevrait qu'une exception de jeu fût opposable à une action en nullité pour erreur sur l'authenticité d'une œuvre d'art. Mais, en contrepartie, il faudrait instituer une instance arbitrale, appelée à résoudre les conflits sur d'autres critères qu'une vérité définitive. La réforme du monopole des commissaires-priseurs aurait pu être l'occasion de ce rejet en équité du marché des biens symboliques.

## THÉORIE JURIDIQUE

[47]

a) *Signification générale de l'intégrité du consentement.* — On peut y voir un aspect de l'autonomie de la volonté : la volonté altérée par un vice du consentement n'est pas réellement autonome ; elle est menée par autrui ou par une illusion. Il est, cependant, une manière différente de présenter les choses : en se plaçant non plus du côté de celui dont le consentement a été vicié, mais du côté de l'autre partie. L'annulation apparaît alors comme la sanction du délit dont cette partie s'est rendue coupable : tromperie, extorsion, exploitation. C'était la conception du droit romain et du droit canonique pour le dol et la violence. Elle convient moins facilement à l'erreur (à moins d'admettre qu'il y ait faute à tirer bénéfice de l'ignorance d'autrui). Le C.C. a manifestement considéré erreur, dol et violence comme des exigences de pureté dans le consentement (a. 1109). Mais, avec cette vue psychologique, la conception sanctionnatrice héritée de la tradition a constamment interféré : ex. règle que le dol d'un tiers n'autorise pas l'annulation (celle-ci, étant une peine, est personnelle) ; dans l'a. 1112, critère objectif de la personne raisonnable (s'il s'agissait d'un vice du consentement, le critère ne devrait être que subjectif, ce que dit, du reste, la suite du texte, qui contredit le début parce qu'elle procède d'une autre conception) ; principe que la nullité n'est pas encourue si le contrat a été conclu sous la pression d'une contrainte *légitime* (le consentement est tout autant altéré, mais il n'y a pas de délit). Le système du C.C. aurait été plus cohérent s'il avait rejeté ces interférences de responsabilité délictuelle (et même, pour bien faire, il n'eût fallu parler que de *crainte* et d'*erreur*, le dol, voire la lésion, pouvant se ramener à l'erreur). Néanmoins, si la logique a perdu, la moralité a gagné à laisser le souci de la loyauté contractuelle se mêler à la théorie du consentement (cf. Ripert, *Règle morale*, n° 41).

On pourrait, il est vrai, chercher encore l'unité des a. 1109 s. ailleurs que dans le consentement : dans la *cause* (cf. Capitant, *De la cause*, n°s 102 s.). L'erreur sur la personne ou sur la substance, telle que la conçoivent la doctrine et la jurisprudence dominantes — dont on peut apercevoir une confirmation dans la l. 1<sup>er</sup> août 1905, a. 1, al. 3 — est, au fond, une erreur sur la qualité qui a été la cause du contrat (cf. Malaurie, D. 1957, 313). Le dol principal est celui qui a déterminé une erreur sur la cause (a. 1116). La violence rend le contrat nul, parce que, par elle, un contractant est amené à s'engager sans cause licite (la peur n'en est pas une, si la bienfaisance en est une). On ne saurait, pourtant, aller très loin dans cette voie ; sinon, on arriverait à présumer le vice du consentement d'après la seule inégalité objective des prestations. Ce que l'Ancien Droit appelait *dolus re ipsa*. Mais le C.C. ne permet pas que le dol soit présumé (a. 1116, al. 2 ; cf. Demolombe, XXIV, n° 170).

Où l'unité se retrouve, en tout cas, c'est dans la procédure (Civ.<sup>3</sup> 9 nov. 1971, *R.T.*, 72, 390, n. Loussouarn) : la demande peut se déplacer d'un vice à l'autre (cf. Ghestin, D. 81, *I.R.*, 310).

[48] b) *Notion de la substance dans l'erreur sur la substance.* — Plusieurs conceptions en ont été proposées :

1° *Substance = matière.* — Cette vue matérialiste du Droit romain a été reproduite encore sous l'empire du C.C. (non sans hésitations) par Duranton, *Droit civil*, X, n° 114 : il y a nullité si l'on achète des flambeaux de cuivre pour des flambeaux d'or, non s'il y a erreur sur le titre de l'or (à moins que la différence ne soit considérable).

2° *Substance = qualité substantielle* (qualité qui a été la cause du contrat). — C'est la théorie subjective pure, accréditée par Demolombe, XXIV, n° 88 s., et la plus répandue dans la doctrine moderne (cf. Josseland, *Mobiles*, n° 62 ; Planiol-Esmein, n° 183). Prise à la lettre, elle risquerait d'engendrer l'insécurité dans les affaires, une partie ayant pu être déterminée à contracter par une considération tout individuelle, originale, voire fantaisiste, que l'autre a pu légitimement ignorer.

3° *Conceptions mixtes*. — Elles s'efforcent de ne pas faire dépendre le sort du contrat d'une pensée purement personnelle à l'un des contractants. Il y a là, pour traduire *substance*, différentes formules d'objectivité. Ex. : le caractère qui assigne à la chose son *nom substantif* distinct (Huc, *Comment*, C.C., VII, n° 22) ; les propriétés dont la réunion détermine la nature *spécifique* (de la chose) d'après la commune opinion (Aubry et Rau, IV, § 343 *bis*, texte et note 2), sa *catégorie commerciale* dans l'opinion commune et les usages (Gaudemet, p. 60 ; cf. C.C.It., 1429-2). Avec de telles formules, on arrive à prendre en considération moins l'intention réelle des contractants qu'une intention présumée. C'est un retour à la conception objective (en ce sens, très clairement, Malinvaud, D. 72, chr. 215, n° 20 : certains éléments, la constructibilité d'un terrain, l'authenticité d'un objet d'art, sont de la substance objective de la chose, et il devrait être facilement présumé que l'acheteur a compté là-dessus). Il ne serait pas impossible d'apercevoir une consécration législative de la référence aux *usages* mis sur le même pied que la convention expresse — dans la l. 1<sup>er</sup> août 1905 sur la répression des fraudes, a. 1, al. 3.

c) *Erreur sur la propre prestation*. — La doctrine dominante (ex. Marty-Raynaud, II, n° 123 ; Mazeaud, II, n° 163, *in fine* ; Loussouarn, *R.T.*, 69, 559 ; Ghestin et Malinvaud, D. 73, 410) considère l'a. 1110 comme bilatéral, visant l'erreur du vendeur aussi bien que celle de l'acheteur. L'affaire dite du *Poussin* (*infra*, Pratique judiciaire, a) a été l'occasion de réexaminer la question et d'argumenter, en faveur du Musée du Louvre, contre l'annulation demandée par les vendeurs. Quels arguments ? : 1° On observe que le texte parle de l'*objet* de la convention au singulier, alors que, dans une convention synallagmatique, il y a par essence deux objets. C'est qu'il n'a envisagé que l'erreur sur ce qui fait l'objet de la convention pour le demandeur en nullité. Or, l'objet en ce sens, c'est la cause impulsive et déterminante selon la théorie classique, c'est-à-dire la prestation de l'autre contractant. L'al. 2 de l'a. 1110, qu'il est artificiel d'isoler de l'al. 1, atteste cette identité entre l'objet de la convention et la cause principale : il s'agit toujours de la prestation qui est extérieure à la victime de l'erreur ; 2° L'erreur du vendeur sur les qualités substantielles de la chose vendue s'analyse au fond comme une erreur sur la valeur de celle-ci, donc comme une lésion, alors que la lésion n'est pas en général une cause de nullité des contrats ; 3° C'est un principe raisonnable, impliqué dans l'a. 1643, que le propriétaire, donc le vendeur, est celui sur qui pèse le devoir de connaître la chose, le fort et le faible de celle-ci ; beaucoup mieux que l'acheteur, il a été à même de la manier et de l'ausculter.

[49] d) *Y a-t-il deux types d'erreur ?* — Vivien, *R.T.*, 92, 305, croit pouvoir distinguer entre l'erreur déterminante, protection du contractant (a. 1109), et l'erreur sur la substance, protection du contrat (a. 1110), la substance étant une qualité objectivement intégrée au contrat par la nature des choses ou par la volonté spéciale des parties.

e) *Notion du dol*. — Il est classique de placer le dol et l'erreur dans le prolongement l'un de l'autre. Le dol ne vicie le consentement que par l'intermédiaire de l'erreur qu'il

détermine dans l'esprit de la victime. Un auteur a proposé de le détacher de l'erreur et de l'admettre, lors même que la victime se serait rendu compte de la situation véritable, toutes les fois que l'on a fait pression sur sa faiblesse pour l'amener à consentir (Y. Loussouarn, n. sous Colmar, 30 janv. 1970, *J.C.P.*, 71, 2, 16609). La nullité pour dol sanctionnerait une vaste zone de comportements immoraux que ne recouvrent ni l'erreur ni la violence : l'abus de situation dont un contractant se rend coupable envers l'autre (cf. délit pénal, l'abus de la faiblesse ou de l'ignorance d'autrui dans la vente à domicile, 1, 22 déc. 1973, a. 7). Point ne serait besoin d'ailleurs de manœuvres frauduleuses : dans la logique de cette conception moraliste, les moyens importent moins que l'intention (cf. Ghestin, D. 71, chr. 247) ; est finalement dol toute atteinte à la bonne foi (cf. P. Bonassies, *Le dol dans la conclusion des contrats*, Th. Lille, 1955). Pour l'analyse et la critique de la théorie, cf. Magnin, *J.C.P.*, 76, 1, 2780. — Le dol présente une physionomie particulière dans les actes juridiques à titre gratuit (donations ou testaments) : c'est la suggestion ou captation (cf. Guyénot, *R.T.*, 1964, 199).

[50]

## PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Erreur sur la substance*. — La jurisprudence paraît s'être fixée, autour de 1870, dans le sens de la conception psychologique : Civ. 24 juin 1867, S. 67, 1, 393 : nullité d'un achat de semences quand l'acheteur attendait du blé d'automne et non du blé de mars ; Req. 1<sup>er</sup> mars 1876, sol. impl., S. 76, 1, 318 ; D. 77, 1, 155 ; Civ. 28 janv. 1913, S. 13, 1, 487 (« l'erreur doit être considérée comme portant sur la substance de la chose lorsqu'elle est de telle nature que sans elle l'une des parties n'aurait pas contracté »). Ont ainsi été jugées substantielles des qualités telles que l'ancienneté d'une... « antiquité » (Lyon, 18 mars 1931, D. 33, 2, 25, note Waline), l'authenticité d'un meuble ancien (Civ.<sup>1</sup> 23 févr. 1970, D. 70, 604), le caractère de perle fine (par opposition à la perle de culture, Req. 5 nov. 1929, S. 30, 1, 180), l'aptitude d'un animal au travail envisagée par l'acheteur (Req. 1<sup>er</sup> mars 1899, S. 99, 1, 221 ; Civ.<sup>1</sup> 27 avr. 1953, D. 53, 440), la valeur culturelle d'une terre prise à bail (Soc. 4 mai 1956, *J.C.P.*, 57, 2, 9762). L'abondance même de cette jurisprudence paraît attester l'utilité pratique de la théorie de l'erreur sur la substance. Pourtant, presque toujours, c'est un acheteur qui intente l'action en nullité, et il atteindrait aussi bien son résultat en faisant jouer la garantie des vices cachés (a. 1641 s. ; cf. *R.T.*, 61, 332). De fait, les décisions, bien souvent, en appellent cumulativement aux deux moyens. La qualité substantielle, n'est-ce pas la qualité convenue, donc la qualité garantie, expressément ou tacitement ? Un moyen n'exclut pas l'autre, et le bref délai de l'a. 1648 ne paralyse pas l'action de l'a. 1110, lors même que l'erreur procéderait d'un vice caché, Civ.<sup>3</sup> 18 mai 1988, D. 89, 450, et 28 juin 1989, *Rép. not.*, 90, 742. Le droit de la consommation, à l'heure actuelle, cherche à faire la synthèse de ces techniques de protection, et d'une autre encore, qu'il a engendrée, l'action en *non-conformité* pour manquement à l'obligation de délivrance de l'a. 1603 (cf. Ghestin, *Conformité et garanties dans la vente [produits mobiliers]*, 1983 ; Malinvaud, *J.C.P.*, 86, 2, 20616 ; Bénabent, D. 86, 293). Le fait est que la voie de l'a. 1110, utilisée seule, est loin d'être sans chausse-trape pour l'acheteur : il lui faudra démontrer, conformément à la théorie subjective, qu'il avait bien en vue, lors de la conclusion du contrat, la qualité manquante, et que son partenaire ne pouvait ignorer ce point (cf. Com. 4 juill. 1973, D. 74, 538). Autant de questions, de fait, que la Cour



de cassation ne contrôle pas (Civ.<sup>1</sup> 26 févr. 1980, *Bull.*, n° 66 ; Civ.<sup>1</sup> 12 oct. 1989, *Bull.*, n° 313). D'où des flottements (cf. Malinvaud, D. 72, chr. 215).

La passion de l'époque pour les objets d'art, spécialement pour les tableaux de maître, a multiplié les imitations et, du même coup, les procès (cf. Trigeaud, L'erreur de l'acheteur, l'authenticité du bien d'art, *R.T.*, 82, 55 ; R. Moulin, *L'artiste, l'institution et le marché*, 1992). Le principe non douteux est que l'authenticité est une qualité substantielle, dont le défaut ouvre l'action en nullité (Paris, 12 févr. 1954 [pour une vente publique], D. 54, 337). Il paraît raisonnable de présumer que celui qui achète pour un prix élevé l'œuvre d'un artiste célèbre entend payer la célébrité de l'auteur, non pas la matérialité du tableau. Pourtant, même ici, la jurisprudence exige de lui la preuve que telle était bien son intention (Com. 20 oct. 1970, *J.C.P.*, 71, 2, 16916 ; Civ.<sup>1</sup> 26 janv. 1972, exemple très frappant, D. 72, 517 ; Civ.<sup>1</sup> 2 juin 1981, *Bull.*, n° 188). C'est que rien n'est moins certain que les attributions de tableaux (ex. Civ.<sup>1</sup> 16 déc. 1964, D. 65, 137 : une toile signée *Courbet* peut légitimement n'être pas de sa main, et un amateur d'art est inexcusable de ne pas s'en méfier). Les plus fins experts peuvent s'y tromper. Ce qui imprime à ce genre de contrats, voire à ce genre de bien, une certaine coloration aléatoire, excluant la nullité pour erreur (cf. Com. 12 déc. 1970, *Bull.*, n° 346).

Cependant, en réponse à l'objection de l'aléa, qui tendait à se répandre, la Cour de cassation ne tarda pas à réagir. Qu'importe qu'en histoire de l'art on ne soit sûr de rien, c'est ce contrat que je juge : ce qui importe, pour l'annuler, c'est que le vendeur ait vendu dans la conviction erronée que le tableau ne pouvait être l'œuvre du maître parfois cité, Civ.<sup>1</sup> 22 févr. 1978, D. 78, 601, n. Malinvaud, *R.T.*, 79, 176, n. Lousouarn, ou à l'inverse que l'acheteur ait acheté dans la conviction erronée que l'œuvre était authentique, Civ.<sup>1</sup> 13 janv. 1998, D. *Aff.*, 98, 286. A lire ce dernier arrêt, on pourrait penser que la qualité substantielle du pastel litigieux n'était pas la vérité objective de son origine, mais la certitude inférieure qu'en attendrait l'acheteur (la vente publique était faite pour lui vendre des nuits tranquilles). Il arrive, néanmoins, que l'on croie atteindre à la vérité : mettre en vente sans réserve une œuvre portant une signature et une affirmation d'authenticité qui dissipe l'aléa, Civ.<sup>1</sup> 7 nov. 1995, *Rép. not.*, 96, 1016, *R.T.*, 97, 113.

Ainsi que le laissait entrevoir l'arrêt du 22 février 1978, le vendeur aussi est exposé à l'erreur. Pourra-t-il obtenir l'annulation ? Le tribunal de Paris (13 déc. 1972, D. 73, 410, n. Ghestin et Malinvaud) avait admis l'affirmative dans une affaire qui allait devenir fameuse, où une peinture, achetée par le Louvre comme étant de l'École de Carache, avait été ensuite identifiée par lui candidement comme un possible *Poussin*. Mais le jugement fut réformé par la Cour de Paris (2 févr. 1976, D. 76, 325, concl. Cabannes), au motif qu'en fait l'attribution à laquelle on avait songé demeurait conjecturale. Il y avait des précédents (trib. Saint-Brieuc, 26 févr. 1908, D. 09, 2, 223 ; Montpellier, 2 janv. 1963, *G.P.*, 63, 2, 193), qui s'inspiraient de la même position de sage scepticisme, et il y eut un décalque, presque immédiatement, à propos d'un possible *Fragonard*, que le tribunal de Paris (21 janv. 1976, D. 76, 325) ne voulut point authentifier — conséquence qu'on n'eût pas manqué d'induire d'un jugement qui aurait accueilli l'action en nullité formée par le vendeur. Après une cassation, mais peu conclue (Civ.<sup>1</sup> 22 févr. 1978, D. 78, 601), la cour de renvoi (Amiens, 1<sup>er</sup> févr. 1982, *J.C.P.*, 83, 2, 19916, n. Trigeaud) jugea que le vendeur du vrai/faux *Poussin* n'avait pas agi sous l'empire d'une conviction qui fût erronée au jour de la vente. Précision malheureuse, qui

a entraîné une nouvelle cassation (Civ.<sup>1</sup> 13 déc. 1983, D. 84, 340, *R.T.*, 84, 109, n. Chabas : le vendeur avait bien le droit de se servir d'éléments d'appréciation postérieurs à la vente pour prouver l'existence d'une erreur au moment de la vente. Pour épilogue du *Poussin*, Versailles, 7 janv. 1987, D. 87, 485, *J.C.P.*, 98, 2, 21121, et nouvelles réflexions, J. Mestre, *R.T.*, 85, 160, et 87, 746 ; J.-P. Couturier, D. 89, chr. 23). Cependant que l'affaire du *Fragonard*, qui avait démarré dans la prudence des juges, réussissait à s'achever sur l'affirmation réaliste que, dans cette sorte de vente, il y avait un aléa accepté : Civ.<sup>1</sup> 24 mars 1987, D. 87, 489, *J.C.P.*, 89, 2, 21300.

Pour débouter le vendeur, les juges se placent parfois sur le terrain de la responsabilité : il a agi avec une légèreté inexcusable, Paris, 15 nov. 1990, D. 91, *Somm.*, 160 (il aurait dû s'entourer d'experts). En juste réciprocité, il faudrait aussi enquêter si quelque chose comme un délit civil d'initié ne peut être imputé à l'acheteur (cf. o. 28 sept. 1967, sur les opérations de bourse, a. 10-1, pour comparaison simplement). Mais supposons l'acheteur de bonne foi : c'est à grands frais ou avec beaucoup de travail qu'il a réussi à déceler l'authenticité de l'œuvre. Une fois la vente annulée, il se retrouve appauvri, et il a enrichi le vendeur. Il pourra agir contre lui *de in rem verso* : Civ.<sup>1</sup> 25 mai 1992, D. 93, *Somm.*, 235, n. Tournefondu ; cf. Billiau, 92, 1, 3608). On ne saurait lui opposer que s'il a dépensé, et s'est dépensé, c'est dans son intérêt personnel (cf. *infra*, n° 307 b), car il est censé n'y avoir jamais eu d'intérêt, puisque sa propriété a disparu rétroactivement par l'annulation de la vente. Telle est la subtilité du droit. Dans une vision plus imaginative, qui ne se refuserait pas aux hardiesses de l'analogie, on eût cherché l'équité dans une direction toute différente : celui qui découvre un trésor dans la propriété d'autrui a droit à la moitié de la trouvaille (a. 716).

[51] b) *Dol*. — Sur les rapports du dol et de l'erreur, Civ.<sup>3</sup> 1<sup>er</sup> mars 1977, D. 78, 91. Sur la possibilité d'entrevoir le dol à travers une affaire de garantie, Civ.<sup>1</sup> 16 avr. 1991, *Rép. not.*, 92, 1, 471. Si les juges du fond apprécient souverainement la réalité et la gravité des faits constitutifs de dol (Req. 27 avr. 1906, D. 07, 1, 252), la Cour de cassation se réserve de contrôler le caractère de manœuvres frauduleuses qui leur est attribué (Civ. 30 mai 1927, S. 28, 1, 105, n. critique Breton ; Com. 1<sup>er</sup> avr. 1952, D. 52, 685 ; ce contrôle ne devrait-il pas se limiter à l'élément injuste du dol, au caractère illicite des manœuvres constatées par les juges du fond ?). Il n'est pas contesté que le simple mensonge, ne fût-il appuyé d'aucune mise en scène, peut constituer un dol (ex. Req. 13 janv. 1885, S. 85, 1, 302 ; Civ.<sup>1</sup> 22 déc. 1954, D. 55, 254 ; Civ.<sup>3</sup> 6 nov. 1970, *J.C.P.*, 71, 2, 16942 ; Rennes, 11 janv. 1994, *G.P.*, 94, 1, 376), alors que, sous l'a. 313-1 N.C.P., il ne pourrait constituer une escroquerie (Crim. 20 juill. 1960, D. 61, 191, n. Chavanne ; v. cep. M. P. Lucas de Leyssac, D. 82, chr. 17).

Il y a eu plus d'hésitation au sujet de la réticence : contre l'assimilation au dol, Civ. 30 mai 1927, S. 28, 1, 105 ; pour Req. 24 mai 1933, D. 33, 1, 143 ; Soc. 30 mai 1947, S. 49, 1, 24. Mais la jurisprudence moderne s'est affermie dans le sens de l'assimilation, du moins lorsque la réticence a déterminé une erreur sur les qualités substantielles : Com. 27 oct. 1965, *R.T.*, 66, 529 ; Com. 18 oct. 1980, D. 81, *I.R.*, 309 ; Civ.<sup>3</sup> 25 févr. 1987, *R.T.*, 88, 336 ; Civ.<sup>1</sup> 26 févr. 1991 et Civ.<sup>3</sup> 27 mars 1991, *R.T.*, 92, 81-83 ; Com. 4 mai 1993 (réticence qualifiée de dolosive), *R.T.*, 94, 96 ; cf. Ghestin, D. 71, chr. 247. On retrouve là un aspect, parmi d'autres, d'un problème plus général (cf. le silence dans la formation du contrat, la faute d'omission), mais la réticence est un silence rentré, recuit, qui moralement passe moins bien. Aujourd'hui,

toutes les discussions anciennes ont été balayées par l'exaltation de la transparence en toutes matières et notamment en matière contractuelle (v. *infra*, n° 82). A quoi bon s'astreindre à prouver que le vendeur connaissait les défauts de la chose et s'est doloivement abstenu de les révéler, où déjà la loi l'obligeait à les connaître et à en informer l'acheteur ? L'obligation générale d'information, inscrite à l'a. L. 111-1 C. Consum., a enlevé à la théorie de la réticence une part considérable de son domaine. Pour lui conserver une application, il faut se référer à des types de contrat s'éloignant du droit de la consommation, soit *ratione personae* (conclus entre deux non-professionnels), soit *ratione materiae* (portant sur des œuvres d'art, des immeubles, et encore faut-il préciser, en l'absence d'obligations spécifiques, ex. a. 1638). On mettra à part le contrat d'assurance : la réticence y est nommément désignée comme vice du consentement (C. Ass. a. 113-8), avec des sanctions propres à ce contrat, en corrélation avec une obligation d'informer qui est légitimement très inquisitive (a. 113-2, 2°, 3°). Il n'y a rien d'aussi tranchant dans la théorie civiliste, point de catalogue esquissé des réticences impardonnables. Cependant, à parcourir la jurisprudence contemporaine, on est frappé d'y rencontrer, plus fréquemment qu'une présentation tronquée de l'objet, la dissimulation d'une tare rédhibitoire — le silence gardé sur des circonstances extérieures, parfois immatérielles, problématiques, mais capables d'influencer la négociation. Ex. : il existait un projet d'élargissement pour une route (Civ.<sup>3</sup> 13 févr. 1967, *Bull.*, n° 68) ; un projet d'urbanisme (Amiens, 4 juin 1975, D. 76, 124) ; un projet immobilier (Civ.<sup>3</sup> 20 déc. 1995, *Bull.*, n° 266) ; le déclenchement d'une procédure de révision du P.O.S. était proche (Civ.<sup>3</sup> 27 mars 1991, D. 92, *Somm.*, 196, *R.T.*, 92, 81). La réticence est moins le manquement à une obligation d'informer inhérente au contrat qu'une rétention d'informations préexistantes. Aussi serait-il plausible de prendre en compte, dans l'appréciation des sanctions, l'évaluation des dommages-intérêts, non pas seulement le contrat lui-même, mais également la position respective des parties dans la vie sociale et économique. Un contractant qui dispose d'informations privilégiées (cf. Com. 27 févr. 1996, D. 96, 518, n. Malaurie, *J.C.P.*, 96, 2, 22665, n. Ghestin, *R.T.*, 97, 114), sinon d'un monopole du renseignement, appelle un jugement plus sévère : sa réticence est, au fond, un *délit d'initié*. A l'inverse, on pourrait soutenir que la réticence se dissout d'elle-même dès lors que l'information est raisonnablement accessible : il n'est de réticence qu'envers un contractant qui est excusable de ne pas connaître (cf. Com. 8 déc. 1987, *R.T.*, 88, 337, n. J. Mestre).

La pratique a donné au dol une sanction à deux branches, en articulant sur l'action en nullité une action en dommages-intérêts fondée sur la responsabilité précontractuelle, donc délictuelle, du trompeur. Les deux branches sont indépendantes l'une de l'autre, et la renonciation à demander la nullité n'empêche pas la victime d'un dol d'agir en responsabilité : Civ.<sup>1</sup> 4 févr. 1975, D. 75, 405, *J.C.P.*, 75, 2, 18100 ; Civ.<sup>1</sup> 4 oct. 1988, D. 89, *Somm.*, 229 ; Com. 18 oct. 1994, D. 95, 180, n. Atias. La contraction des deux actions en une seule transforme l'annulation en réduction du prix : Com. 14 mars 1972, D. 72, 547 et 653, n. Ghestin. Chacune de ces solutions a sa rationalité, mais les résultats laissent l'esprit mal à l'aise. Si la victime choisit de maintenir le contrat, c'est qu'elle y trouve avantage : où se situe alors, sauf cas particuliers, son préjudice ? Si elle conclut à une diminution du prix, ne se réclame-t-elle pas d'une lésion, hors des cas où la lésion est prise en considération par la loi ?

[52] c) *Violence*. — Si la Cour de cassation reconnaît aux juges du fond le pouvoir d'apprécier souverainement les faits constitutifs de violence (Civ. 31 déc. 1913, S. 14, 1, 167), il faut entendre, sans doute, qu'elle se réserverait, le cas échéant, de contrôler, comme en matière de dol, la qualification légale de ces faits.

1° *Caractère légitime de la violence*. — Beaucoup de procès portent sur ce point, l'auteur de la violence prétendant avoir agi dans l'exercice d'un droit. Le principe (que l'on appuie sur l'a. 1114, d'où il résulte qu'il est des formes licites de contrainte) est que la violence, en pareil cas, ne peut être sanctionnée par la nullité : Req. 17 nov. 1925, S. 26, 1, 121, n. Breton. Mais le principe ne reste applicable qu'autant que, dans l'emploi de la violence, une certaine correction a été observée, faute de quoi il y aurait abus du droit :

— Correction quant aux *moyens* : la contrainte a dû consister dans l'exercice ou la menace de voies de droit, de procédures régulières (plainte au pénal, saisie, mise en faille) ; et non d'actes illicites ou de voies de fait. Mais, même dans l'exercice d'une voie de droit, il y a la manière. Agir en justice d'une manière intimidante et vexatoire, ce peut être, eût-on quelque droit à faire valoir, une violence : Req. 19 févr. 1879, D. 79, 1, 445 ; Civ.<sup>1</sup> 30 juin 1954, *J.C.P.*, 54, 2, 8325 (qui retient la menace sous-entendue d'en appeler aux passions populaires) ; Com. 28 mai 1991, D. 92, 166, n. Morvan, *R.T.*, 92, 85, n. Mestre.

— Correction quant au *but* : la violence est injuste, même quand elle n'a consisté qu'à agiter l'épouvantail juridique, si, par là, on a cherché à atteindre plus que son droit, à arracher un avantage indu : Civ.<sup>1</sup> 3 nov. 1959, D. 60, 187 ; Civ.<sup>3</sup> 17 janv. 1984, *Bull.*, n° 13 ; Paris, 8 juill. 1982, D. 83, 473 (à la vérité, pour tout l'excédent, il n'y a plus alors exercice d'un droit, mais violence sans droit, et la sanction se limitera à l'avantage excessif, réduction plutôt qu'annulation). Ce qui rapproche la violence de la lésion, et pourrait même donner à penser que l'essentiel de la violence n'est pas tant dans l'altération du consentement que dans la lésion effectivement causée, de sorte qu'en l'absence de lésion il ne semblerait plus exister de violence (Colmar, 12 juill. 1946, S. 46, 2, 124). Mais Civ.<sup>1</sup> 5 mai 1986, D. 86, *I.R.*, 271, se réfère à une conception moins matérialiste, plus psychologique : les juges du fond n'avaient pas à rechercher la lésion.

2° *Violence résultant des événements*. — La doctrine classique n'admettait pas, en général, que ce fût un vice du consentement (Demolombe, XXIV, n° 150 ; Baudry-Lacantinerie-Barde, I, n° 77), sauf à proposer des palliatifs : nullité absolue du contrat pour défaut total de consentement, si le danger avait jeté le contractant dans un état d'affolement voisin de la démence ; annulation partielle de l'obligation pour défaut partiel de cause. La Cour de cassation, cependant (Req. 27 avr. 1887, S. 87, 1, 372, D. 88, 1, 263), pour réduire l'engagement souscrit par le capitaine d'un navire en péril, a posé, en termes généraux, le principe que le consentement n'est pas libre s'il est donné sous l'empire d'un mal considérable et présent, sans s'arrêter à la circonstance que le mal, en l'espèce, était venu d'une cause fortuite. Si la violence peut venir d'un tiers (a. 1111), pourquoi ne pourrait-elle venir du hasard ? Mais la thèse classique s'inspire peut-être de l'idée que le hasard est un *act of God*, devant lequel la victime doit s'incliner. Au reste, l'application de l'a. 1111, en semblable situation, n'est sans doute pas aussi incompatible qu'on l'a cru avec la règle que la violence doit avoir été intentionnelle. Celui qui exploite la nécessité exerce bien une pression, une violence, au

moment décisif de contracter (cf. Jossierand, *Mobiles*, n° 82 s. ; Ghestin, n° 586) : s'il exploite la nécessité, c'est de la même manière que ceux qui menacent un vieillard d'abandon exploitent la faiblesse où l'âge l'a mis.

## [53] 2 / La capacité

C'est pour mémoire que le C.C. en a parlé à propos des contrats (a. 1123-1125) ; c'est pour mémoire qu'il en sera fait mention ici. La capacité de contracter est la règle ; l'incapacité l'exception (a. 1123, 1594).

Quelquefois, il ne s'agit que de l'interdiction, faite à des individus, d'ailleurs capables, de passer certains contrats spécialement visés (ex. a. 1595-1597) ; cette sorte d'incapacité doit être étudiée avec les différents types de contrat auxquels elle se rapporte.

Mais, le plus souvent, l'incapacité de contracter vient d'une incapacité affectant l'ensemble de la personnalité. Notre droit connaît ainsi deux catégories d'incapables : les mineurs et les majeurs protégés, dont la condition juridique fait l'objet d'une partie du droit civil, le droit des incapacités. De ce point de vue, on se limitera ici à des rappels :

1° Quant aux mineurs (de moins de 18 ans et non émancipés), si leur incapacité est générale en ce sens qu'elle s'étend virtuellement à toutes sortes de contrats, elle se trouve, néanmoins, restreinte considérablement par l'interférence de deux règles :

- le mineur peut, en fonction de son âge et du peu d'importance de l'engagement, être autorisé par l'usage à passer seul certains contrats (a. 450, al. 1) ;
- les actes accomplis par lui au-delà de cette capacité usuelle ne sont pas nécessairement nuls ; beaucoup sont seulement rescindables pour cause de lésion (a. 1305), c'est-à-dire quand ils lui sont pécuniairement préjudiciables (cf. *supra*, n° 78).

2° Quant aux *majeurs protégés*, leur incapacité peut apparaître (a. 488), soit de manière intermittente, à l'occasion d'un acte particulier (a. 489 ; cf. a. 901), soit de manière continue, lorsque l'altération de leurs facultés personnelles les met dans l'impossibilité de pourvoir à leurs intérêts. Ce régime de protection continue est lui-même susceptible de plusieurs modalités (a. 490), qui retentissent avec plus ou moins d'étendue sur la capacité de contracter : la sauvegarde de justice (a. 491), la tutelle (a. 492), la curatelle (a. 508).

## [54] 3 / L'objet

En français moderne, on parlerait volontiers du *contenu* du contrat. Le C.C. propose un synonyme : l'objet ou la *matière* (a. 1108 et rubrique de la section), ce qui donne à tort l'impression que le contrat

ne pourrait avoir d'objet immatériel. Le style de la loi est indécis, du reste, puisqu'il y est question indifféremment tantôt de l'*objet du contrat* (a. 1126-1128), tantôt de l'*objet de l'obligation* (a. 1129-1130). Rigoureusement, le contrat a pour objet les obligations qu'il fait naître, et chacune de ces obligations, à son tour, a un objet. Le C.C. rapporte au contrat lui-même ce qui est, au fond, l'objet de l'obligation. C'est une ellipse, que sa commodité légitime.

Les a. 1126 s. ont raisonné sur l'hypothèse la plus courante, où l'obligation a un objet simple. Mais l'objet est susceptible de modalités qui, exceptionnellement, lui imprimeront un caractère complexe.

### 1 | OBJET SIMPLE

L'objet de l'obligation (ou, par ellipse, l'objet du contrat) est une *prestation* (cf. *supra*, n° 9) : donner, faire ou ne pas faire quelque chose (a. 1126). Le mot chose a, dans cet emploi, un sens vague. Mais il prendra la valeur concrète qui lui est habituelle si la prestation consiste à donner, livrer, restituer : la chose, ce sera alors la *bien* sur lequel doit porter le transfert de propriété, d'usage, de possession, le bien vendu, loué, déposé, etc. Dans les a. 1127 à 1130, il est apparent que le C.C. a considéré les biens comme objets de contrats par excellence. Parmi les biens, il faut classer l'argent. L'objet *en argent* qui, dans un contrat synallagmatique, est la *contrepartie* d'un objet en nature porte le nom de *prix* (non seulement prix de vente, mais aussi loyer ou salaire) : le prix a parfois ses règles propres, au sein de la théorie générale de l'objet.

Au regard de l'objet ainsi entendu, une double exigence se dégage des a. 1126 s., éclairés par la tradition du droit romain : il faut que l'objet *existe*, et que certains *caractères* se retrouvent en lui.

#### ► Existence de l'objet

a) *Objet inexistant*. — Le contrat ne se forme pas si l'objet n'existe pas, ou n'existe plus, au moment où les deux volontés se rencontrent. C'est sans doute ce qu'a voulu indiquer expressivement le C.C. (a. 1108, al. 4, et rubrique des a. 1126 s.), quand il a présenté l'objet comme la *matière* du contrat. Nous dirions aujourd'hui : son élément matériel, aussi nécessaire à le former que l'élément psychologique. Cette nécessité, néanmoins, ne se vérifie que pour l'objet d'une obliga-

tion regardée comme *essentielle*, pour un objet qui entre dans la définition même du contrat (ex. chose et prix dans la vente).

On n'imagine guère que deux individus choisissent délibérément de contracter dans le vide. Mais la chose vendue a pu périr à l'insu des contractants, *avant* la conclusion du contrat (a. 1601, 1974 ; après la conclusion, ce serait une question de risques, cf. *infra*, n° 191 ; mais le contrat n'en aurait pas moins valablement été formé).

b) *Objet futur*. — La chose qui n'existe pas encore, la chose future, même s'il n'est pas certain qu'elle existera un jour, peut être l'objet d'un contrat actuel (a. 1130, al. 1 ; l'exception qu'édicte l'al. 2 s'explique par des raisons propres au droit successoral). Ex. vente d'un immeuble à construire (a. 1601-1), d'une récolte de vin « sur pied » (« sur souches ») ; marché de fournitures (par lequel un fabricant s'engage à livrer de ses produits au fur et à mesure de la fabrication) ; cession de loyers à échoir. Si la chose escomptée n'arrive pas à l'existence, le contrat sera réputé ne s'être pas formé faute d'objet, car un contrat portant sur une chose future dépend conditionnellement de la future existence de cette chose : le débiteur sera donc libéré (à moins que l'obstacle ne soit venu de sa faute), mais le créancier, en récompense, sera dispensé de payer le prix. La situation serait, cependant, tout autre — le contrat subsisterait malgré la défaillance de la chose escomptée, et le créancier resterait tenu de payer le prix — s'il avait été dans l'intention des parties d'imprimer à la combinaison un caractère aléatoire. Ex. j'achète à des pêcheurs leur prochain coup de filet : la vente demeure valable lors même qu'ils ne ramèneraient aucun poisson. L'objet du contrat, en pareil cas, est non pas la chose future elle-même, mais la chance, l'*espérance* de l'obtenir (*venditio spei*). L'aléa est au cœur du contrat de jeu (a. 1964), comme des marchés à terme (sur valeurs mobilières, marchandises ou monnaies) pour lesquels on parle aujourd'hui significativement de contrats sur *futures*. L'objet au sens moderne peut être *virtuel*, alors que le C. Nap. semblait, dans sa rubrique, le river à la matière.

#### [55] ► *Caractères requis dans l'objet*

Il doit être *utile*, *déterminé*, *possible*, *licite*, faute de quoi le contrat est nul (de nullité absolue).

a) *Utilité*. — Si ce caractère manquait, la convention ne serait pas sérieuse (un prix symbolique, ex. 1 franc pour un immeuble, n'est pas un objet, faute d'utilité pour le vendeur, il ne peut y avoir vente ; il y a peut-être donation). La vente d'un immeuble moyennant une rente viagère inférieure aux revenus qu'il donne est nulle faute d'un *objet*

*sérieux*, puisque l'acquéreur acquiert le bien sans avoir à le payer. On parle, en ce cas, d'une vente à *vil prix*, proche mais distincte de la vente lésionnaire (cf. *infra*, n° 78). Il n'est pas besoin, toutefois, que, pour être utile, l'objet soit appréciable en argent. De même qu'a été admise la réparation du dommage moral dans la responsabilité délictuelle (v. *infra*, n° 206), on admet qu'un avantage purement moral puisse faire l'objet d'un contrat (ex. vous stipulez de vos voisins du dessus qu'ils chaufferont des pantoufles à l'heure de votre sieste).

b) *Détermination*. — Pas de difficulté si l'objet est un corps certain : il est, par définition, déterminé. Mais ce peut être aussi bien une *chose de genre*. Encore faut-il ici distinguer du cas général — *l'objet en nature* — le cas particulier et très important de *l'objet monétaire*.

1° *Objet en nature*. — L'a. 1129, al. 1, semble considérer que l'indication du genre (qu'il nomme l'espèce) est suffisante pour la détermination de l'objet. Cependant, ce minimum doit normalement être complété par deux autres indications.

— La *quantité* est rationnellement indispensable à la détermination de l'objet quand il consiste en une chose de genre. Mais le contrat est valable si la quantité, sans être déterminée, est *déterminable* (a. 1129, al. 2). Très souvent, en effet, elle peut être sous-entendue par référence à l'usage ou par interprétation des circonstances. Il est même des contrats dont l'économie exclut la détermination préalable de la quantité : ex. contrat de transport passé avec un chauffeur de taxi, où la quantité de transport, par définition, ne peut être déterminée qu'après coup. Encore faut-il que la détermination ultérieure dépende d'éléments objectifs (ex. les indications du taximètre ; les limites de l'appétit humain, pour la vieille clause « pain à discrétion » dans les restaurants), et non de la pure volonté d'une partie.

— La *qualité* est un élément de détermination qui ne concerne pas toutes les choses de genre, car il en est qui ne comportent qu'une qualité. Ici encore, ce qui est exigé, ce n'est pas tant que l'objet soit déterminé, c'est qu'il soit déterminable : lors même que la qualité n'est pas définie dans le contrat, on peut assez souvent l'établir en recherchant, d'après l'usage ou les circonstances, ce que les parties ont dû entendre ; dans le doute, on présumera que l'objet a été envisagé dans sa qualité moyenne (cf. a. 1246).

2° *Objet monétaire*. — Cet objet, qualifié de prix dans les contrats de vente et de louage, doit, en principe, comme tout autre objet, être certain. C'est écrit expressément à l'a. 1591, pour la vente, modèle des contrats. Pourtant, la Cour de cassation, dans un des quatre arrêts d'assemblée plénière (déjà célèbres) qu'elle a consacrés au sujet le

1<sup>er</sup> décembre 1995 (v. n° 57), a été jusqu'à déclarer que l'a. 1129 n'était pas applicable à la détermination du prix. Mais ce qui a été jugé là-haut — à hauteur du grand commerce — ne doit être reçu qu'avec un grain de sel quand il faut se placer à un échelon plus modeste. La proposition « Tu me paieras ce que tu voudras », appel oriental à une générosité sans limites, ne fera pas un contrat.

Toutefois, on admet que le prix, comme le suggère l'a. 1129, al. 2, est suffisamment déterminé s'il est déterminable, pourvu que la détermination soit objective. Ainsi, il n'est pas douteux que, dans la vente aux enchères (mécanisme consacré d'ailleurs par la loi, a. 624, 705 [ancien] C. Pr. C. ; a. 1272 C. Pr. C.), il existe une suffisante détermination, bien qu'en apparence le prix soit finalement fixé par la volonté de l'acheteur le plus offrant, parce que celui-ci agit en réalité sous la pression impersonnelle de la concurrence organisée. Le même caractère d'extériorité à la personne des contractants explique la validité de la clause par laquelle le soin de fixer le prix est confié à un tiers (a. 1592 ; *arbitrator*, dit-on, non pas arbitre véritable, car il n'y a pas litige à régler, mais contrat de vente à faire fonctionner). Bien mieux, l'absence de toute stipulation relative au prix n'empêche pas toujours le contrat d'être efficace : dans les ventes de marchandises, ce silence sera facilement interprété comme une référence tacite au prix couramment pratiqué pour des marchandises semblables, comme une référence au prix du marché (cf. a. 1291, al. 2, la référence aux *mercuriales* rend la dette *liquide*). La Cour de cassation a même admis qu'était valable, sauf abus, la référence à un tarif qui dépendait de la volonté exclusive du créancier. Et dans trois des quatre arrêts solennels de 1995, statuant à propos de réseaux de distribution, elle a reconnu — sous réserve de l'abus possible — la validité d'un contrat-cadre conclu sans détermination de prix, cette détermination pouvant être réservée jusques aux contrats ultérieurs d'application.

c) *Possibilité*. — On suit la règle romaine : *impossibilium nulla obligatio* (cf. *supra*, n° 7). Le contrat est nul quand son objet est impossible au moment de l'échange des consentements (toutefois, si l'impossibilité disparaissait avant le temps fixé pour l'exécution, d'aucuns pensent que la nullité serait couverte). Il ne faut pas songer à une vente de terrains dans la lune, mais à des hypothèses plus pratiques d'impossibilité soit *matérielle* (ex. livraison d'une marchandise qui ne se fabrique plus), soit *juridique* (ex. livraison d'une denrée étrangère que son pays d'origine frappe d'une prohibition d'exportation).

Seule, en tout cas, l'*impossibilité absolue* est prise en considération, non pas l'*impossibilité relative* (subjective), qui est impuissance person-

nelle, plutôt qu'impossibilité réelle. Le petit artisan qui s'est engagé à construire un vaste immeuble en six mois est valablement lié et devra des dommages-intérêts faute d'exécution — solution en harmonie avec la conception rigoureuse que l'on se fait de la force majeure (cf. nos 162, 214).

d) *Licéité*. — L'exigence est traditionnelle, quoique l'expression même ne se trouve pas dans le C.C. On peut admettre que, sous une forme empruntée au Droit romain, c'est ce qu'a voulu dire l'a. 1128 (cf. a. 1598) : les choses qui ne sont pas dans le commerce (*extra commercium*) sont celles qu'un *interdit prononcé* par la société a retirées du domaine des opérations entre personnes privées. Ainsi comprise, l'exigence d'un objet licite semble faire double emploi avec d'autres conditions requises pour la formation du contrat : cause licite (a. 1131 ; cf. *infra*, n° 61), conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs (a. 6 ; cf. *infra*, n° 69). Ces notions, cependant, ne sont pas toutes interchangeables. Il est des choses que leur parfaite neutralité morale préservera d'être jamais traitées en objets illicites : la plus typique est la monnaie ayant cours légal ; une promesse de somme d'argent ne pourra être annulée qu'au nom de la cause illicite ou de l'ordre public, non pas de l'objet illicite. Rationnellement, la nullité impliquée dans l'a. 1128 devrait être réservée aux hypothèses où l'interdit prononcé par la société tient à la *nature même de la chose* qui fait l'objet du contrat :

— Soit que cette chose ait un certain caractère sacré et comme religieux (ex. les sépultures ; mais surtout le corps humain, cf. a. 161-1, al. 3, et 16-5), ou même, par extension, qu'elle soit intimement liée à la personne (ex. clientèle du médecin, qui ne peut faire l'objet d'une vente véritable) ;

— Soit que, jugée impure et maléfique, elle doive être retirée de la circulation juridique (drogue, substance polluée, vache atteinte de la maladie de la vache folle) ;

— Soit que, faisant partie des attributs (quasi sacrés) de la souveraineté, elle ne puisse être matière d'un trafic entre les individus (fonction publique, droit de vote).

L'illicéité présente un aspect particulier lorsque l'objet est un *prix*. L'hypothèse est que l'autorité publique a fixé le minimum ou le maximum de certains prix (minimum de salaire ; prix limite des denrées ou des loyers), soit en vue de protéger une catégorie sociale, soit à des fins d'économie dirigée. Le prix convenu au-dessous du minimum ou au-dessus du maximum est un prix illicite. Il y a objet illicite, mais aussi violation de l'ordre public économique. Les deux théories sont ici très proches (cf. *infra*, n° 70).

## [56] 2 | OBJET COMPLEXE

Une même obligation peut avoir un objet complexe, renfermant, en réalité, une multiplicité d'objets.

a) *Complexités classiques.*

1° *Conjonction d'objets.* — Deux ou plusieurs choses (qui ne constituent pas entre elles un groupement de biens) sont englobées dans une obligation unique (conjonctive) : ex. une maison de ville et une maison de campagne sont vendues pour un prix unique. L'intention des parties imprime une unité au contrat, et commande l'unité dans l'exécution. Le créancier serait en droit de refuser le paiement qui lui serait offert de l'un des objets isolément (a. 1244, al. 1).

2° *Obligation alternative* (a. 1189 s.). — C'est A ou B que doit le débiteur. Les deux objets figurent dans la dette (sont *in obligatione*), de sorte que, si l'un devient impossible, l'obligation n'en subsiste pas moins sur l'autre. Mais un seul viendra en paiement (est *in solutione*). Le principe est que le choix appartient au débiteur (a. 1190 ; cf. a. 1162), sauf convention contraire précise. Toutefois, cela ne concerne que les véritables obligations alternatives. Il arrive que l'on ait affaire à de simples *modalités de paiement* (ex. un emprunt international stipulé en plusieurs monnaies peut être interprété comme contenant une modalité de paiement dans l'intérêt des créanciers, ceux-ci pourront donc réclamer leur paiement dans la monnaie qu'ils choisiront comme la plus favorable : option de change).

3° *Faculté de paiement.* — Un seul objet est *in obligatione*, mais le débiteur a la faculté de se libérer en accomplissant une prestation différente (qui est *in facultate solutionis*). L'impossibilité d'exécution atteignant l'objet *in obligatione* libère complètement le débiteur (car la prestation facultative n'est pas due pour elle-même).

b) *Complexités modernes.* — Dans certains contrats spéciaux la jurisprudence sous-entend parfois, à côté de l'objet principal, un autre objet, de nature tout à fait différente, telle l'*obligation de sécurité* (*infra*, n° 295 ; ex. le restaurateur s'oblige, en même temps qu'à la prestation d'un repas, à garantir la sécurité du client dans l'établissement).

## [57] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Ghestin, n°s 682 s. ; V. Sélinsky, Les limites à la liberté de fixer le montant du prix, *Mélanges C. Mouly*, 1998. — Sur les *obligations alternatives*, M.-J. Gebler, *R.T.*, 1969, 1.

a) *L'objet en général.* — Le sujet a longtemps paru paisible, teinté d'archaïsme (v. cep. H. Mayer, *L'objet du contrat*, Th. Bordeaux, 1967). Les doutes classiques, si l'objet peut avoir un *intérêt purement moral* (Aubry et Rau, VI, § 344, n. 2, niaient que les actes du médecin ou de l'avocat pussent faire l'objet d'un contrat), ont été surmontés avec les progrès de l'économie politique (tout est utile), et surtout avec l'entrée dans les professions libérales de gens qui n'ont plus les moyens d'avoir l'esprit sacerdotal. Il en reste, même aujourd'hui, que ces professionnels ne peuvent vendre leurs *clientèles* (cf. Julien, *R.T.*, 63, 213 ; Leclercq, *Les clientèles attachées à la personne*, Th. Paris, 1965) ; toutefois, il y a des équivalents obliques (cession du droit de présentation, du fichier des clients). Pratique constante, ex. Civ. 1<sup>re</sup> 7 oct. 1997, D. 98, 78, n. Beignier, qui met en relief le caractère aléatoire de ce type de contrat (mais l'aléa, dans un contrat aléatoire, n'est pas un objet incertain). Les lois de bioéthique (29 juill. 1994 ; cf. t. I) ont rendu une jeunesse à l'a. 1128 (cf. J. Moine, *Les choses hors du commerce*, 1997 ; C. Chabault, *De la distinction entre les choses et les personnes*, Th. ronéo, La Rochelle, 1998). La notion de l'objet *illicite* est relayée aujourd'hui dans son rôle par les théories de l'ordre public et de la cause illicite. Ces deux théories reflètent une civilisation juridique plus intellectuelle, et c'est à elles que la société moderne confie de préférence la défense de ses intérêts essentiels. La notion de l'objet ou plutôt de la *chose illicite*, frappée d'interdit, sort du fond des âges (*res sacra* du droit romain, *haram* du droit musulman) : c'est une survivance du tabou dans le C.C. Inversion remarquable de mentalité : tandis que les droits archaïques, pour en écarter le public, dénonçaient dans un objet des effluves maléfiques, les législations modernes, pour attirer les consommateurs, enveloppent les produits d'une *aura* de sécurité, comme si la loi protectrice s'était déjà accomplie dans l'objet (cf. C. Consom. L. 221-1 et 221-2).

b) *Le prix.* — Ce qu'il y a de plus vivant (de plus contentieux) dans la théorie de l'objet se rapporte à l'objet monétaire. Et pour le coup, on est dans le commerce. Le prix a un rôle pivot dans le jeu contractuel, v. P. de Fontbressin, *R.T.*, 86, 655, et il donne tout son sens à l'analyse économique du contrat (cf. Hirose, *Dr. pros.*, 87, 497 ; A. Brunet et A. Ghazi, La fonction du prix en droit de la concurrence, *Mélanges C. Mouly*, 1998). La monnaie imprime, d'ailleurs, par l'intermédiaire du prix, une bonne part de sa fragilité au contrat (cf. Ghestin et Billiau, *Le prix dans les contrats de longue durée*, 1990). A l'inverse, elle le consolide parfois en y retrouvant sa fonction archaïque de symbole (cf. t. III, n° 18) : v. Garrigues, La contre-prestation du franc symbolique, *R.T.*, 91, 459.

A lire l'a. 1129 et surtout l'a. 1108, on était fondé à conclure que *le contrat dans lequel le prix est incertain*, manquant de l'une de ses conditions essentielles, est nul de nullité absolue. La Chambre commerciale s'est longtemps montrée attachée à cette position exégétique (ex. Com. 24 juin 1986, *R.T.*, 87, 94, note importante de J. Mestre ; v. encore Com. 8 nov. 1994, *Bull.*, n° 331), tandis que la première Chambre civile, après y avoir introduit des nuances, allait peu à peu s'en détacher jusqu'à faire triompher son point de vue, en 1995, dans une Assemblée plénière. La controverse a été vive :

ex. M.-A. Frison-Roche, *R.T.*, 92, 269 ; Aynès, Ghestin, *D.* 93, chr. 25, 253 ; Vogel, *D.* 95, chr. 155 ; Janien, *J.C.P.*, 96, 1, 3959. Les intérêts moteurs restent opaques.

— *Avant l'Assemblée plénière.* — L'a. 1129, en son style, se prêtait à des assouplissements : il glisse de « certain » à « déterminé » et de « déterminé » à « déterminable » (cf. *Civ.*<sup>3</sup> 15 févr. 1984, *Bull.*, n° 41, à propos d'un objet en nature). Il n'exige donc pas que la convention fixe elle-même le prix : c'est assez si elle fixe la manière de le calculer. Il est des combinaisons traditionnelles — la vente au prix du marché (cf. les *mercureiales*, a. 1291), l'adjudication au plus offrant (au mieux disant), aboutissement des enchères — où c'est une espèce de force anonyme qui, d'un seul coup, noue le contrat et fixe le prix : elles ne sont pas jugées incompatibles avec l'exigence du prix certain. On aurait pu s'interroger sur les clauses d'indexation, que les périodes d'instabilité monétaire avaient fait prospérer (cf. t. III, n° 26 s.), car elles tendent à installer dans la durée l'incertitude du prix, appelé à varier en fonction de données elles-mêmes variables (indices de la construction de l'I.N.S.E.E., par ex., tarifs syndicaux). Si ces clauses ont, néanmoins, trouvé grâce au regard de l'a. 1129, c'est qu'elles ont paru remédier utilement à l'absence, dans notre droit, d'une procédure générale de révision des contrats pour imprévision (cf. *infra*, n° 144). Dans tous les cas, une barrière semblait être maintenue : il fallait que le prix, dans sa mobilité, fût lié à des éléments objectifs, extérieurs à la volonté des contractants, dépourvus de tout caractère potestatif — pour la même raison qui explique l'a. 1174, que ce n'est pas s'obliger que de s'obliger en gardant une main sur l'obligation. Ex. *Civ.*<sup>1</sup> 8 nov. 1983, *J.C.P.*, 85, 2, 20373 ; *Civ.*<sup>1</sup> 28 juin 1988, *D.* 89, 121, n. Malaurie. Mais la barrière a fini par sauter. Dans deux arrêts *Alcatel*, *Civ.*<sup>1</sup> 29 nov. 1994, *D.* 95, 122, n. Aynès, *J.C.P.*, 95, 2, 22271, n. Ghestin, *R.T.*, 95, 358, n. J. Mestre, la 1<sup>re</sup> Chambre civile valida la référence à un tarif qui ne dépendait que du créancier : elle réservait seulement les hypothèses de mauvaise foi, abus d'exclusivité, profit illégitime (au débiteur de les démontrer). Il est vrai que même justement appliquée, on commençait à trouver trop sévère la nullité sans possibilité de confirmation ni de ratification. Témoin la Chambre commerciale elle-même, qui, malgré son parti pris inverse, avait décidé de se relâcher de la nullité dans les cas où le prix est la contrepartie d'une obligation de faire, en cantonnant l'a. 1129 au domaine des obligations de donner : *Com.* 22 janv. et 2 juill. 1991, *D.* 91, 175, concl. Jeol et 501, n. Malaurie, *J.C.P.*, 91, 2, 21679, n. Virassang (cf. Ferrier, *D.* 91, chr. 237 ; J. Mestre, *R.T.*, 91, 322). Distinction divinatoire : la notion de prix n'est-elle pas identique dans les deux domaines (a. 1591 et 1710) ? Tout ce que l'on peut dire, c'est que l'obligation de faire qui se trouve derrière l'obligation d'un distributeur (ex. il commercialise les matériels qu'il fabrique) introduit une indétermination dans son prix de revient, mais ce n'est pas forcément un argument pour l'autoriser à laisser indéterminé son prix de vente.

— *L'Assemblée plénière.* — Elle a rendu quatre arrêts le même jour (1<sup>er</sup> déc. 1995, *D.* 96, 13, n. Aynès, *J.C.P.*, 96, 2, 22565, n. Ghestin, *R.T.*, 96, 153, n. J. Mestre), trois sur des contrats de location-entretien d'équipement téléphonique, l'autre sur un contrat de franchisage. Ils dépassent de beaucoup ce que la 1<sup>re</sup> Chambre civile avait décidé, en 1994, dans l'aff. *Alcatel* : ils affirment que l'existence d'un prix déterminé ou déterminable dans les contrats à titre onéreux n'est pas une condition de leur validité, et l'un d'eux, dans l'aff. *Le Montparnasse*, va jusqu'à rejeter du débat l'a. 1129 (l'a. 1108 ne demeurera-t-il pas, tout de même ?). Ce sont des arrêts de principe : ils

paraissent avoir fixé la jurisprudence : *Civ.*<sup>1</sup> 25 févr. 1996, *Rép. not.*, 96, 1432 ; *Com.* 9 juill. 1996, *J.C.P.*, 96, 2, 22721 ; *Com.* 21 janv. 1997, *D.* 97, 414, malgré des rébellions, Paris, 6 févr. 1998, *D. Aff.*, 98, 713 — en même temps que suscité l'adhésion de la doctrine, malgré des résistances (v. la critique serrée de J. Huet, *Études Sayag*, 1997, 311). A l'actif de la solution, on inscrira : l'effort de clarification, la sécurité apportée aux contrats, la facilité offerte au fonctionnement des réseaux de distribution, un effet de liberté et de dynamisme, un rapprochement avec les droits étrangers (cf. J. Corbisier, *R.I.D.C.*, 88, 801 ; Tallon, *La détermination du prix dans le contrat, étude de droit comparé*, 1989). Au passif : la porte ouverte à des effets de domination au sein des réseaux (malgré la réserve réitérée pour les cas d'abus) ; le risque d'une dérive inflationniste (si l'on a un jour à redouter l'inflation), les prix indéterminés étant plutôt tirés vers le haut.

c) *L'a. 1592.* — La condition d'extériorité à la volonté des parties s'y trouve réalisée (sauf suspicion légitime). L'*arbitrator* est purement évaluateur, non pas arbitre, car il n'a rien à juger (cf. *R.T.*, 59, 552), ni expert (*Civ.*<sup>1</sup> 16 mai 1984, *Bull.*, n° 164). Ce doit être, en tout cas, un neutre, *Civ.*<sup>1</sup> 2 déc. 1997, *D. Aff.*, 98, 144. La clause est assez employée (dans la vente, le bail). Elle n'est pas exempte de difficultés : si un contractant se dérobe à désigner l'*arbitrator*, il encourt des dommages-intérêts (a. 1142), mais le juge ne peut procéder lui-même à la désignation (*Civ.* 25 avr. 1952, *D.* 52, 635, *R.T.*, 52, 515 ; *Civ.*<sup>1</sup> 24 nov. 1965, *R.T.*, 66, 310, n. Cornu ; *Civ.*<sup>1</sup> 18 juill. 1979, *D.* 80, *I.R.*, 226) ; si l'évaluation a été faite, elle s'incorpore à l'œuvre des parties, ce qui exclut qu'elle puisse être critiquée en justice (sauf erreur grossière, *Com.* 9 avr. 1991, *R.T.*, 92, 133, n. P.-Y. Gautier), car ce serait admettre une réfection judiciaire du contrat (*Com.* 12 nov. 1962, *D.* 63, *Somm.*, 63). On voit pourtant, aujourd'hui, la loi confier au tribunal la mission de compléter, à la place des premiers intéressés, des conventions imparfaites (d. 30 sept. 1953, sur les baux commerciaux, a. 31, al. 2, *in fine* ; a. 285-1, 1901, C.C.).

## [58] 4 / La cause

C'est une condition essentielle à la validité du contrat que toute partie qui s'y oblige le fasse pour une cause licite (a. 1108) : il faut que la cause *existe* et qu'elle soit *licite* (a. 1131). Le C.C. n'a pas défini la cause, et des controverses inépuisables se sont élevées en doctrine à ce sujet. L'accord semble se faire pour reconnaître que le mot recouvre deux acceptions différentes, auxquelles peuvent être rattachées deux séries distinctes de solutions. Encore la terminologie varie-t-elle, et suivant les auteurs, on opposera cause abstraite et concrète, cause objective et subjective, cause de l'obligation et cause du contrat, cause immédiate et mobiles.

Toujours est-il qu'il y a deux aspects de la cause. Non pas que l'unité ne puisse se rétablir à un certain niveau de généralité : dans les

deux cas, c'est à l'arrière-plan du consentement que se trouve la cause, elle est un pourquoi, un but, une *raison* ; elle est, pourrait-on dire encore, l'*intérêt* (en particulier, l'intérêt économique) du contractant au contrat. Seulement, quand il ne s'agit que de savoir si elle existe, il suffit d'en prendre une vue schématique, tandis que, lorsque l'on recherche si elle est licite (ou morale), il faut la regarder de plus près, en faire apparaître la couleur et le contexte. Aussi est-il naturel que, dans la double exigence de l'a. 1108, al. 5, l'*existence de la cause* concerne ce que l'on appelle la cause abstraite, objective, et le *caractère licite (ou moral) de la cause* la cause subjective, concrète. La notion de la cause se dédouble, exactement comme le rôle pratique que le C.C. et la jurisprudence lui ont attribué.

## 1 | EXISTENCE DE LA CAUSE

C'est de la cause de l'obligation, plutôt que de la cause du contrat, qu'il faut parler ici ; dans un contrat synallagmatique, l'obligation de chaque partie ayant une cause, il pourra y avoir deux causes en jeu. L'a. 1131 prend la question par son revers : l'obligation sans cause ne peut avoir aucun effet ; c'est-à-dire qu'elle est nulle (d'une nullité absolue), ce qui entraîne, d'ailleurs, la nullité de tout le contrat.

Le texte mentionne, à côté de l'obligation sans cause, l'obligation sur une *fausse cause*. C'est une autre manière d'envisager le premier cas. L'hypothèse visée n'est pas la simulation, à laquelle on pourrait songer, mais qui n'est pas, en général, sanctionnée par la nullité (cf. *infra*, n° 85). C'est une hypothèse d'erreur : le débiteur croit que son obligation a une cause, alors que cette cause n'existe pas. L'obligation sur une fausse cause est encore l'obligation sans cause, mais considérée à travers la psychologie du débiteur.

Cependant, si l'on rapproche l'a. 1131 de l'article qui suit, il apparaît que l'existence de la cause ne soulève pas seulement un problème de fond, mais aussi un problème de *preuve* : la cause, sans être nécessairement absente de l'acte juridique (du *negotium*), peut l'être de l'acte instrumentaire (de l'*instrumentum*) qui le constate. Avec l'*obligation sans cause*, que concerne l'a. 1131, il ne faut pas confondre l'*obligation sans cause exprimée*, dont il est question à l'a. 1132.

## [59] ▶ *L'obligation sans cause*

Le défaut de cause n'a pas le même sens dans les *contrats synallagmatiques*, les *contrats unilatéraux* et les *contrats à titre gratuit*.

a) *Contrats synallagmatiques*. — La cause de l'obligation de chaque contractant est l'*obligation de l'autre* — ou, peut-on dire de façon plus réaliste, l'*exécution* de l'obligation de l'autre. Si l'acheteur s'oblige à payer le prix, c'est qu'il compte que le vendeur lui livrera la chose ; si le vendeur s'oblige à livrer la chose, c'est qu'il compte que l'acheteur lui paiera le prix. Il existe ainsi entre les obligations réciproques une *interdépendance* qui assure l'équilibre du contrat. Qu'une obligation vienne à manquer, l'équilibre est rompu, et le contrat tombe. L'absence de cause est proprement cela, mais sa signification est très différente selon qu'elle se révèle *dès la formation* ou seulement *après la formation* du contrat.

1° *Au moment de la formation du contrat*, tous les éléments constitutifs énumérés par l'a. 1108 doivent être réunis à peine de nullité. Or, il arrive qu'une partie ait donné son consentement, mais l'ait donné sans cause. Sans doute, souvent, à cette absence de cause dans l'obligation d'une partie correspondra une absence d'objet dans l'obligation de l'autre, si bien que la nullité est encourue par les deux bouts. Ex. la nullité de l'a. 1601 peut aussi bien être rapportée au défaut d'objet (cf. *supra*, n° 54) qu'au défaut de cause. Mais, en maintes hypothèses, la jurisprudence préfère s'appuyer sur le défaut de cause, parce que, tout de même, il semble y avoir un objet. Pour faire équilibre à l'obligation litigieuse, on trouve bien, en apparence, une contre-prestation, mais qui n'est pas sérieuse, qui est illusoire, de sorte qu'il est *sans intérêt* pour le débiteur de s'engager. Ex. contrat de révélation de succession conclu par des héritiers avec un généalogiste, s'il est établi que, même sans le généalogiste, ils auraient fini par connaître l'existence de la succession ; vente consentie moyennant une rente viagère qui est inférieure aux revenus de l'immeuble vendu, de telle manière que le vendeur ne retire aucun avantage de l'opération.

2° *Après la formation du contrat*, il semblerait rationnel que la cause n'eût plus de rôle à jouer, puisque l'a. 1108 ne l'envisage que comme une condition de *formation* du contrat. Pourtant, même alors, une opinion doctrinale qui a réussi, et dont la Cour de cassation elle-même s'est inspirée, continue à rattacher à la théorie de la cause l'interdépendance des obligations dans le contrat synallagmatique. La



conséquence est que, survenue après coup, la défaillance d'une prestation entraîne, faute de cause, la chute du contrat déjà formé — non plus, il est vrai, par voie de nullité, mais par voie de résolution ou résiliation (cf. *infra*, n° 185).

b) *Contrats unilatéraux*. — La cause de l'obligation unique ne saurait se rencontrer dans le contrat lui-même. Il faut la chercher ailleurs, généralement dans ce qui a précédé le contrat. Ainsi l'obligation de restituer, dans le prêt ou le dépôt, a pour cause la remise antérieure de la chose entre les mains de l'emprunteur ou du dépositaire (ce que l'on appelle la *res*, élément formateur de ce genre de contrat ; cf. *infra*, n° 91) ; la promesse de payer (cf. *supra*, n° 15) intervenant ordinairement en règlement d'une dette, c'est cette dette préexistante qui lui sert de cause. Si la remise de la chose n'a pas eu lieu effectivement, le contrat de prêt ou de dépôt est nul, faute de cause, si la dette qu'il s'agit de régler n'existe pas, la promesse de payer, manquant de cause, est nulle. Pour d'autres hypothèses, il est vrai, ce n'est pas en arrière, mais en avant que la cause peut être découverte : dans une promesse de vente, le promettant s'oblige, à ce qu'il semble, en considération de la chance qu'il peut avoir de vendre si le bénéficiaire se décide à acheter (cf. *supra*, n° 15) ; il est des promesses de payer qui interviennent non pour régler des dettes antérieures, mais pour procurer un avantage pur et simple au bénéficiaire (on pourrait alors, il est vrai, les traiter aussi bien comme des contrats à titre gratuit).

c) *Contrats à titre gratuit*. — La cause, dans ces contrats (de façon plus générale dans tous les actes juridiques à titre gratuit, donations et testaments), a été définie par la doctrine classique comme l'*intention libérale*, une pensée de bienfaisance envers autrui. Il n'est pas toujours facile de la différencier de la volonté, condition première de tout acte juridique. C'est en somme la satisfaction psychologique, l'intérêt moral que l'on éprouve à être bon.

[60] ▶ *L'obligation sans cause exprimée*

Le problème de preuve auquel répond l'a. 1132 ne concerne que les contrats unilatéraux, plus spécialement, parmi eux, les *promesses de payer*. Dans les contrats synallagmatiques, la déclaration de volonté suppose normalement une description de l'opération juridique qui révélera *ipso facto* la cause de chaque obligation. On imagine aisément, au contraire, et l'on rencontre en pratique, des *billets non cau-*

*sés* : je promets de payer telle somme à X ; je reconnais devoir telle somme à X, sans aucune indication de l'origine de la dette (prêt ? règlement d'un prix de vente ? donation ? on ne sait). Le sens de l'a. 1132 tient, à leur égard, dans une double proposition.

a) *Dans les billets non causés l'existence d'une cause est présumée*. — Telle est la traduction que doctrine et jurisprudence, aujourd'hui d'accord, donnent à la disposition légale : la convention n'est pas moins valable, c'est-à-dire l'écrit constatant la convention n'est pas moins efficace, ne fait pas moins preuve, quoique la cause de l'obligation n'y soit pas énoncée. En conséquence, le créancier qui réclame le paiement d'un billet n'est pas tenu de faire connaître la cause pour laquelle le débiteur l'a souscrit, ni de prouver la réalité de cette cause. Un prêteur d'argent, en particulier, n'a pas à démontrer qu'il a effectivement et exactement versé la somme dont il demande la restitution.

b) *Dans les billets non causés l'existence d'une cause n'est présumée que jusqu'à preuve du contraire*. — Le débiteur poursuivi en paiement du billet peut se défendre en établissant que son obligation n'a pas de cause, ou n'a que partiellement une cause. Ainsi, un emprunteur pourra prouver que la somme reçue par lui était inférieure à celle que le billet l'oblige à restituer (la différence représentant des intérêts usuaires). Cette preuve contraire peut être faite par tous moyens.

La présomption contenue dans l'a. 1132 n'est donc pas irréfragable. Si elle l'était, on serait en présence de ce que la doctrine appelle une *promesse abstraite*. Entendons par là une obligation qui doit être exécutée même s'il est prouvé qu'elle est sans cause (ou procède d'une cause illicite). Dans la promesse abstraite (abstraite de sa cause), le débiteur est lié par la seule souscription de l'acte sans qu'il y ait à se préoccuper de ses relations juridiques antérieures avec le créancier. Le crédit s'en trouve renforcé, et la créance circule plus facilement, car les exceptions (les moyens de défense) que le débiteur primitif aurait pu opposer au créancier avant l'émission de la promesse seront inopposables aux tiers cessionnaires. En rapportant les mots *convention valable* au *negotium* et non plus à l'*instrumentum*, on a parfois présenté l'a. 1132 comme une consécration générale de la promesse abstraite. L'opinion dominante, cependant, rejette, en principe, la validité de cette sorte de promesse, sauf à l'admettre dans quelques cas particuliers, dont les plus importants se rencontrent en droit commercial (notamment dans le mécanisme des titres négociables ; *infra*, n° 317).

## [61] 2 | CARACTÈRE LICITE DE LA CAUSE

Ici, où il s'agit de scruter la conformité des conventions au droit, ce n'est plus la cause objective et abstraite, stéréotypée par catégorie de contrat, qui peut opérer. Il faut faire apparaître les motifs, les *mobiles*, concrets, personnels, variables, auxquels chaque contractant a obéi. Sans doute un même acte peut avoir beaucoup de motifs, mais il en est qui se détachent par ce qu'ils ont eu de principal et de décisif dans l'affirmation de la volonté : ils ont été, pour chaque contractant, la *but* du contrat, la *cause impulsive et déterminante*.

C'est la cause ainsi conçue, ainsi identifiée franchement avec les mobiles, qui est seule prise en considération par la jurisprudence quand il lui faut appliquer, dans l'a. 1131, la notion de cause illicite. Pourquoi le locataire s'oblige-t-il à payer le loyer ? En considération de la jouissance de l'immeuble : c'est la cause abstraite, purement technique, qui ne permettrait par elle-même de porter aucun jugement de valeur sur l'opération. Mais pourquoi le locataire veut-il prendre à bail l'immeuble ? Ce peut être pour y loger sa famille ou pour y établir un lieu de débauche. Les mobiles entrent en jeu, et ils peuvent être illicites. De même, la remise préalable d'argent, qui est la cause de l'obligation de restitution d'un emprunteur, ne pourrait jamais en soi être jugée illicite. Mais ce qui peut être illicite, c'est le but poursuivi par l'emprunteur : voulait-il s'acheter une auto ou jouer à la roulette ? Et pareillement dans une donation, ce n'est point l'intention libérale en soi, cause abstraite, qui pourrait être condamnée, mais, par-delà, les desseins concrets du donateur, si, d'aventure, il avait voulu par ce don faire de la donataire sa maîtresse. La conception jurisprudentielle a reçu une consécration légale dans l'a. 908-1 (l. 3 janv. 1972).

► *Notion de la cause illicite*

L'a. 1133 paraît distinguer trois variantes. Mais la cause *prohibée par la loi*, c'est-à-dire par une disposition spéciale, de caractère impératif, prévoyant spécialement la combinaison envisagée, et la cause *contraire à l'ordre public*, c'est-à-dire aux exigences générales et non expressément formulées de l'ordre public, peuvent être ramenées à l'unité. On leur réserve souvent la qualification de *cause illicite* (au

sens strict), en leur opposant la cause contraire aux bonnes mœurs ou *cause immorale*.

a) *Cause illicite au sens strict*. — La nullité pour cause illicite semble quelquefois faire double, voire triple emploi avec la nullité pour objet illicite et surtout la nullité pour violation de l'ordre public. De fait, quand l'objet est illicite, ou quand l'ordre public est violé, on aurait peine à concevoir que la cause fût licite, et cette nullité-ci s'ajoute aux autres. Mais on peut imaginer, à l'inverse, que l'objet étant licite, et l'ordre public respecté à ne considérer que le contenu du contrat, il y ait eu, cependant, quelque chose d'illicite dans l'arrière-pensée d'un contractant, une cause illicite. Ainsi, une clause d'indexation ne donne pas au contrat un objet illicite (son objet n'est jamais qu'une certaine quantité de monnaie ayant cours légal ; cf. t. III, n° 19). On ne peut même pas dire que, par elle-même, elle soit contraire à l'ordre public, si l'indice choisi est de ceux que l'o. 4 févr. 1959 ne prohibe pas. Il est probable, pourtant, que les tribunaux l'annuleraient s'ils constataient que, sous son couvert, le créancier a eu pour dessein de spéculer à la baisse de la monnaie nationale : ce serait la cause illicite, et elle seule, qui interviendrait alors.

b) *Cause immorale*. — Pour s'en tenir aux contrats à titre onéreux, on peut citer, par exemple, deux grandes séries jurisprudentielles d'annulation qui concernent : 1° Les contrats (achats d'immeubles, baux, marchés de fournitures) conclus pour l'exploitation des établissements de débauche (la série est en régression, ce n'est pas que la société soit devenue plus morale, c'est sa morale qui est devenue plus souple) ; 2° Les contrats relatifs au jeu (non seulement contrats relatifs à l'exploitation des tripots, mais encore prêts consentis à des joueurs pour leur permettre de jouer), car le droit civil se refuse à connaître et à reconnaître le jeu (cf. a. 1965).

► *Questions pratiques soulevées par la cause illicite*

a) *Preuve de la cause illicite*. — Elle incombe au débiteur qui refuse d'exécuter. En présence d'un billet non causé, l'a. 1132 conduit à présumer non seulement l'existence, mais la licéité de la cause. La cause illicite peut être prouvée par tous les moyens, car il s'agit de combattre une violation du droit. Mais, afin d'empêcher une sorte d'inquisition judiciaire dans les affaires privées, l'opinion avait d'abord prévalu que cette preuve ne pouvait être cherchée dans des circonstances extérieures à l'acte attaqué : celui-ci devait révéler dans

son contenu même les mobiles illicites qui l'avaient inspiré. Cette théorie de la *preuve intrinsèque* a été abandonnée par la Cour de cassation en 1907. Elle s'était maintenue, toutefois, en ce qui touchait les libéralités adressées aux enfants adultérins, pour une raison propre à la matière (l'ancien a. 342 interdisait de rechercher en justice une filiation adultérine); et cette solution a été consolidée par la l. 3 janv. 1972 (a. 908-1), mais seulement dans les limites (a. 908) où l'enfant adultérin demeure aujourd'hui incapable de recevoir des libéralités de l'un de ses parents.

b) *Connaissance de la cause illicite*. — On soutient parfois que, les mobiles (en contraste avec la cause abstraite) étant individuels par définition, un mobile illicite qu'un contractant aurait caché dans son for intérieur, sans le communiquer à son partenaire, n'en vicierait pas moins la convention. Pour d'autres, à l'opposé, seul un mobile partagé, intégré en quelque sorte au contrat, pourrait justifier l'annulation. La jurisprudence exige à tout le moins que le mobile illicite qui a déterminé une partie ait pu être connu de l'autre. Ainsi, pour annuler le prêt contracté par un joueur, elle s'inquiète de rechercher si le prêteur a pu soupçonner la destination qui serait donnée à ses fonds. Il lui arrive, d'ailleurs, de présumer d'après les circonstances cette mauvaise foi du prêteur (quand il s'agit par ex. d'un employé du casino, ou bien quand l'emprunt a eu lieu dans la salle de jeu).

c) *Indignité du demandeur* qui a participé à l'illicéité de l'opération. — L'action en nullité lui sera parfois refusée en vertu de la maxime *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (quand il s'agit de cause immorale, plutôt que de cause illicite *stricto sensu*; v. *infra*, n° 110).

## [62] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Ghestin, n° 819 s. — Henri Capitant, *De la cause des obligations*, 1923.

### HISTOIRE

V. Macqueron, *L'histoire de la cause immorale ou illicite dans les obligations*, Th. Paris, 1926; Chevrier, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*, Th. Paris, 1929; Poughon, *Histoire doctrinale de l'échange*, 1987.

Le *Droit romain* ne faisait pas de la cause une condition de validité du contrat (cf. Y.-P. Thomas, *Causa, Sens et fonction d'un concept dans le langage du droit romain*, Th. Paris II, 1977). Mais le débiteur, s'il était obligé soit sans cause, soit sur une cause

illicite ou immorale (*turpis causa*), disposait d'une *condictio*, d'une action fondée sur l'idée d'enrichissement injuste, pour obtenir la restitution de la prestation accomplie. Notre théorie de la cause peut sembler déjà là en germe, et sous son double aspect, cause contrepartie et cause motif (cf. Dig. 18, 1, 58 : si *contemplatione illarum arborum... fundus comparabatur*).

Ce dualisme se retrouvera au Moyen Age. Les *canonistes* (tirés de l'ombre par Le Bras, dans l'ouvrage de Capitant), préoccupés de la justice commutative, insistent sur la nécessité d'une contre-prestation, d'un équivalent, pour servir de fondement, de cause à l'obligation — cependant que, dans les libéralités surtout, la cause motif se manifeste spontanément (quoi de plus naturel, à cette époque, à toutes les époques, que le soliloque testamentaire du mourant, qui livre ses raisons, ses sentiments, en vue d'exclure un de ses parents, d'en appeler un autre?). Selon Timbal, I, 264, pour les praticiens du Moyen Age, la notion de cause est essentiellement d'ordre moral.

Parmi les juriconsultes de l'Ancien Droit, Domat (peut-être inspiré de Grotius) a eu ici un rôle capital, par un bref passage qu'il convient de reproduire :

Dans les conventions synallagmatiques, « il se fait un commerce où rien n'est gratuit, et l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre. Et dans les conventions même où un seul paraît obligé, comme dans le prêt d'argent, l'obligation de celui qui emprunte a été précédée de la part de l'autre de ce qu'il devait donner pour former la convention. Ainsi l'obligation qui se forme dans ces sortes de conventions au profit de l'un des contractants a toujours sa cause de la part de l'autre ; et l'obligation serait nulle si dans la vérité elle était sans cause ». — « Dans les donations et dans les autres contrats où un seul fait et donne, et où l'autre ne fait et ne donne rien, l'acceptation forme la convention. Et l'engagement de celui qui donne a son fondement sur quelque motif raisonnable et juste, comme un service rendu, ou quelque autre mérite du donataire, ou le seul plaisir de faire du bien. Et ce motif tient lieu de cause [donc, ce n'est pas, à proprement parler, une cause] de la part de celui qui reçoit et ne donne rien » (*Lois civiles*, part. 1, liv. 1, tit. 1 sect. 1, n° 5 s.).

Ce passage, étudié par les commentateurs du C.C. comme la meilleure explication des a. 1131 s., eut pour résultat de les orienter vers la conception la plus abstraite de la cause contrepartie. Pothier (*Obl.*, n° 42 s.), traitant de front absence de cause et cause illicite, était à la fois plus explicite et plus concret. Mais, quoiqu'il ait sans doute été plus directement à l'origine des a. 1131 s., il n'a pas fait, sur ce point, figure d'oracle comme Domat. Daguesseau a été encore moins consulté. Et pourtant, dans son *Mémoire sur le commerce des actions de la Compagnie des Indes* (art. 1, 2), il esquisse une théorie de la cause, définie comme « l'intérêt ou l'avantage, qui est le motif et comme la *raison* [idée cartésienne] de l'engagement », et lui aussi considère ensemble absence de cause et cause injuste ou honteuse. Il semble, du reste, que, dans la pensée janséniste, l'hypothèse de l'*usure* (au sens large) devait jeter un pont entre les deux aspects de la cause : il y a dans le contrat usuraire une cause injuste et honteuse, et en même temps engagement sans cause pour tout ce qui excède les « deniers nombrés », l'argent fourni par le prêteur.

### SOCIOLOGIE

Est-ce la cause, au sens des juristes, que retrouve la psychologie sociale lorsqu'elle étudie la motivation dans les contrats (de vente)? Cf. J. Marcus-Steff, *Les études de motivation*, 1961. — Cf. Gérard, Ost et Van de Kerchove, dir., *Droit et intérêt*,

*approche interdisciplinaire*, Bruxelles (U. St-Louis), 1990, spéc. Lascoumes, Intérêt et rationalisation de l'action humaine, la notion d'intérêt en sociologie, p. 1031. — Sur l'analyse des mobiles de la *décision*, cf. R. Daval, *A.S.*, 97 (2), 170.

[63]

## POLITIQUE LÉGISLATIVE

La critique anticausaliste avait tiré une certaine force au début du siècle de l'exemple du B.G.B., qui s'était abstenu de toute mention de la cause. Mais l'argument s'est un peu retourné, car, depuis lors, la doctrine allemande, malgré le silence de son législateur, a reconstitué l'analogie d'une théorie de la cause (théorie d'Oertmann, relative au « fondement » de l'acte juridique, *Geschäftsgrundlage*), et elle en a déduit des conséquences pratiques importantes (v. *infra*, n° 150). Le droit anglo-américain connaît une théorie de la *consideration*, qui évoque notre cause, peut-être en plus subtil (Arminjon, Nolde, Wolff, III, n° 811 s. ; David, *Mélanges Maury*, II, p. 111 ; cf., sur de nouvelles théories Markesinis, *R.I.D.C.*, 83, 735 s.). Le C.C.It. 1942 a délibérément maintenu la cause parmi les conditions essentielles du contrat (a. 1325-1343 s.). Notre C.R.C.C. (*Travaux*, 1947-48, p. 277) paraissait s'être convaincue de l'utilité de la notion sous son double aspect, et elle proposait même de consacrer la distinction de la cause (abstraite) et des motifs.

Il y aurait, pourtant, des raisons de reprendre la critique législative de la notion de cause, mais en ne se bornant plus à dire que la notion d'*objet* la rend inutile. Si l'on envisage la cause abstraite, la cause contrepartie, on peut admettre qu'elle fait beaucoup moins besoin là où fonctionnent des systèmes suffisamment larges de rescision pour lésion et de révision judiciaire pour imprévision (cf. *infra*, n° 144). Quant à la théorie de la cause illicite, elle n'est certes point inutile, mais d'aucuns auraient dû la trouver dangereuse. Il est curieux qu'à une époque où le droit pénal libéral jugeait intolérable de punir les intentions, le droit civil ne se soit pas fait scrupule de sanctionner les mobiles. Si les libéraux y songeaient, ils devraient s'accommoder plus facilement de l'ordre public et des bonnes mœurs que de la cause illicite et surtout de la cause immorale. Et ils devraient réclamer l'introduction de l'*acte abstrait* ailleurs qu'en droit commercial. Sur cette notion, v. H. de Page, *L'obligation abstraite*, Bruxelles, 1957 ; J. Mestre, *R.T.*, 91, 325. Pour une analyse originale (réductrice), Vivant, *Le fondement juridique des obligations abstraites*, D. 78, chr. 39 : La théorie de l'obligation abstraite pourrait se ramener à la théorie de l'apparence. C'est le modèle du droit allemand qui, au début du siècle, déclencha la vogue intellectuelle de l'acte abstrait (cf. Duez, *Renaissance de l'acte abstrait dans les obligations*, Th. Lille, 1914 ; Osias, *L'acte abstrait en droit comparé*, Th. Paris, 1924). Cette sorte d'acte est conforme au génie du libéralisme, épris de circulation et attaché au secret des patrimoines. Elle met en déroute les mots clés de l'informatique. Excluant tout contrôle de la collectivité, elle ne devrait pas avoir sa place dans un régime qui se croirait socialiste (ou presque).

[64]

## THÉORIE JURIDIQUE

Dans les a. 1108 et 1131 s., comme dans presque tout le titre des obligations conventionnelles (cf. *supra*, n° 36), le C.C. a raisonné sur un contrat à l'image de la *stipulatio* romaine (ce qui n'est pas, de loin, le type le plus fréquent aujourd'hui ; pratiquement, il

ne peut s'agir que des promesses de payer), contrat unilatéral, c'est à peine assez dire ; il faudrait dire : contrat-obligation. Par là s'expliquent les particularités de la cause dans le système du C.C. : qu'elle soit cause de l'obligation (absence de cause) en même temps que du contrat (cause illicite) ; qu'elle soit distincte de l'objet (alors que, dans les contrats synallagmatiques, la distinction n'est pas évidente) ; qu'elle puisse n'être pas exprimée dans l'*instrumentum*. Peut-être eût-il fallu, pour construire la théorie de la cause dans la plus grande fidélité au C.C., prendre pour parangon les contrats unilatéraux. Mais c'étaient les contrats synallagmatiques que Domat avait mis devant.

Tout en reprenant les idées de Domat, la doctrine classique du XIX<sup>e</sup> s. les approfondit beaucoup. Demolombe (XXIV, n° 345, 354 s.) souligna la différence entre : 1° la cause *finale* (qui est la cause proprement dite, celle des a. 1131 s.) ; 2° la cause *efficiente* ou *formelle* (*causa civilis* des romanistes, qui fait que le contrat se forme et produit une action en justice ; c'est en principe le consentement des parties ; exceptionnellement, dans les contrats solennels, la forme) ; 3° la cause *impulsive* (le motif pour lequel chacun contracte, et qui est, du reste, selon lui, sans influence sur la validité de la convention). D'autres inventèrent des formules destinées à éclairer une notion réputée difficile : la cause est le pourquoi de l'obligation (Toullier, *Droit civil*, VI, n° 166, note ; d'où un professeur parisien, Oudot, devait tirer son célèbre test du *Cur debetur ?* propre à révéler la cause, comme le *Quid debetur ?* révèle l'objet), la cause est le but immédiat que la partie qui s'oblige se propose d'atteindre en s'obligeant.

Cependant, dès 1826, un professeur de Liège, Ernst, avait émis l'opinion que toute mention de la cause pourrait être effacée du C.C. et qu'il suffirait de dire que le contrat est parfait par le seul consentement des parties sur un objet licite. Planiol amplifia la critique (*Traité élémentaire*, 1899, II, n° 1037). 1° La cause est une notion *fausse* : dans les contrats synallagmatiques, les deux obligations naissant en même temps, il est logiquement impossible que l'une serve de cause à l'autre ; dans les unilatéraux, ce que l'on appelle cause n'est que le fait générateur du contrat ; dans les donations, c'est le consentement, 2° La cause est une notion *inutile* : dans les synallagmatiques, l'absence de cause n'ajoute rien à une nullité qui résultait déjà de l'absence d'objet ; dans les unilatéraux, elle se confond avec l'absence même de contrat ; enfin, si l'on place la cause des donations dans l'intention libérale abstraite, il n'en peut rien sortir, une telle cause existe toujours et n'est jamais illicite.

Au XX<sup>e</sup> s., l'enthousiasme pour la jurisprudence ne pouvait manquer de susciter un retour vers la notion de cause, dès lors qu'il était constaté que cette notion, contrairement à ce qu'avaient supposé Planiol et les anticausalistes, joue un rôle important dans la pratique judiciaire (v. cep. R. Martin, Le refoulement de la cause dans les contrats à titre onéreux, *J.C.P.*, 83, 1, 3100). Mais ce mouvement *néo-causaliste* a pris deux directions distinctes. Il est des auteurs qui identifient délibérément la cause avec les *motifs* (Josserand surtout [conformément à son psychologisme de principe], *Les mobiles dans les actes juridiques du Droit privé*, 1928). Ils y arrivent en systématisant la jurisprudence sur la cause illicite ou immorale, particulièrement celle qui concerne les libéralités — terrain choisi, il faut le reconnaître, car c'est là que le divorce apparaît le plus flagrant entre la théorie classique de l'*animus donandi*, inopérante dans son abstraction, et la jurisprudence qui tire une grande efficacité de son caractère concret. Mais une autre voie a été tracée par Henri Capitant dans son ouvrage fondamental. Très grossièrement, on pourrait caractériser cette voie comme intermédiaire entre l'abstraction de

Domat et le psychologisme pur de Josserand : on a dit qu'elle était un retour à la tradition des canonistes. Capitant définit la cause comme le *but* que poursuivent les parties en contractant : c'est la cause de la convention, non de l'obligation, et elle ne consiste pas, comme le pensait la théorie classique pour les synallagmatiques, dans l'obligation assumée par le cocontractant, mais dans l'exécution de cette obligation (à quoi les uns objectent, d'ailleurs, que c'est faire litière du crédit, et placer l'idéal du contrat dans l'opération au comptant, cf. Maury, *R.I.D.C.*, 1951, 495 ; et d'autres que c'est placer dans les faits, exécution ou inexécution, la cause d'un effet de droit, l'obligation, cf. Y. Thomas, *Arch.*, 1973, 465). Ce qui explique que le rôle de la cause, selon Capitant, ne soit pas limité à la formation du contrat, mais persiste le contrat une fois formé et en cours d'exécution — rendant raison de l'interdépendance des prestations et, partant, du mécanisme résolutoire de l'a. 1184. S'il fait sa part au concret en substituant l'exécution de l'obligation à l'obligation elle-même, Capitant garde toutefois ses distances du côté des mobiles. Il n'accepte pas de dissoudre la cause dans les mobiles : ceux-ci, si l'on veut avoir égard à tous, sont trop variables, trop individuels ; seulement, parmi eux, il en est un qui précède exactement l'acte de volition de part et d'autre, un mobile commun aux deux parties et qu'elles intègrent à leur contrat. La cause est le motif déterminant, *intégré au contrat*. Capitant ne dit pas, cependant, ce que Toullier (VI, n° 168) avait dit en passant : que la cause est la condition tacite que les parties ont apposée à leur convention ; c'est que, de nos jours, on s'est habitué à sous-entendre la cause dans les conditions (cf. a. 1172), plutôt que l'inverse.

Notre temps, qui s'est voulu social, devait essayer de socialiser la cause. Il l'a alors envisagée comme la fonction économique-sociale du contrat, hors de laquelle celui-ci serait indifférent au droit et, partant, destitué de sanction juridique. C'est surtout en Italie (ex. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2<sup>e</sup> éd., p. 80 s., 246 s.) que cette thèse avait été développée et il se peut qu'elle ait inspiré le C.C. It. de 1942, en son a. 1322, *in fine* où l'on pouvait percevoir un relent de l'anti-individualisme fasciste (la liberté contractuelle n'est reconnue aux parties que pour mettre en œuvre des intérêts dignes de protection selon l'ordonnement juridique, ce qui exclut les contrats tendant à des fins socialement futiles et improductives). Cependant, en France, aujourd'hui, toute idéologie exorcisée (v. du reste, déjà, Demogue, II, n° 773 s.), l'appel à l'économie peut servir à asseoir une conception vigoureuse et revigorante du contrat, en réaction aux tendances molles de la fin du siècle : J. Mestre, *R.T.*, 96, 901 ; Reignié, *La cause efficiente dans le droit des contrats*, 1998, n° 246, et D. 97, 500.

On est ramené à une conception historique rigoureuse avec la théorie de Gorla (*Il contratto*, 1955, I, § 4 s., § 22). Pour cet auteur, qui conteste en général les positions du consensualisme (cf. *supra*, n° 21), la cause a essentiellement pour rôle de limiter le principe que le seul consentement peut obliger. Nous avons, comme le Droit romain et le Droit médiéval, un système de pactes : le pacte, pour faire naître une action en justice, doit être vêtu soit par une certaine forme, soit par une certaine cause. C'est un retour quelque peu inattendu à la *causa civilis*, cause efficiente de l'obligation.

Assez différemment, quoique toujours dans la ligne objective, l'attention a été appelée sur une autre notion possible de la cause, la cause catégorique, dont la fonction serait de permettre la qualification des contrats (cf. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Th. Paris, 1955, 256 s.), leur catalogage par catégories (ex. L. Boyer, *La transaction*, Th. Toulouse, 1947 : la situation litigieuse préexistante

est la cause catégorique de la convention de transaction, a. 2044 ; elle donne l'être au contrat et sert à le définir). Un travail remarquable : Judith Rochfeld, *Cause et type de contrat*, 1999.

Si la cause est l'intérêt, où peut-elle bien se loger dans les actes à titre gratuit, qui se définissent comme *désintéressés* ? Les expressions dont la désigne ici la doctrine classique, *animus donandi*, intention libérale, suggèrent une absorption dans la volonté. La Rochefoucauld lui-même n'aurait pas osé insinuer que l'intérêt du donateur est de gagner la gratitude du donataire (cf. a. 955). Mais ce que l'on peut dire plus sérieusement, en considérant que le droit des libéralités est inséparable du droit successoral, c'est qu'il existe un intérêt moral du disposant à *disposer*, à ne pas laisser s'appliquer à son patrimoine un ordre de dévolution qui ne lui plaît pas (arg. a. 504, al. 2).

La présentation de la théorie en diptyque (cause abstraite et cause motif) paraît être devenue classique (ex. Ghestin, n°s 841-879 ; Malaurie, n° 336). Elle est commode ; il convient seulement de ne pas en exagérer la portée. Il se peut que la doctrine ait fait la part trop belle aux mobiles dans l'analyse de la cause illicite ou immorale (en ce sens, cf. M. Defossez, Réflexion sur l'emploi des motifs comme cause des obligations, *R.T.*, 85, 521 : un psychologisme absolu est impossible). Une notion comme celle de l'intérêt, qui eût peut-être été la traduction la plus adéquate de la *causa*, serait bien propre à faire sentir l'unité sous-jacente à l'a. 1131 : l'intérêt doit exister, et doit être sérieux, il doit aussi être légitime (c'est ce que l'on professe là où le droit fait la théorie de l'intérêt, c'est-à-dire en procédure, à propos de la maxime « Pas d'intérêt, pas d'action »). Par là peuvent aussi s'éclairer les rapports de l'objet et de la cause : la cause est l'intérêt du débiteur au contrat ; l'objet (utile et licite), l'intérêt du créancier. Le postulat du droit est que toute démarche d'un être raisonnable est déterminée par un intérêt patrimonial (actes à titre onéreux) ou moral (actes à titre gratuit).

## [65]

## PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Notion de la cause*. — Ex. de formule générale, Civ.<sup>1</sup> 12 juill. 1989, *J.C.P.*, 90, 2, 21546 : la cause est le mobile déterminant en l'absence duquel le contractant ne se serait pas engagé. C'est une formule trop générale qui ne permettrait pas de distinguer la cause des motifs. Or, dès lors que les motifs ne sont pas argués d'illicéité, la jurisprudence fait nettement la distinction. La cause de l'engagement de l'emprunteur, c'est la mise à sa disposition de l'argent prêté. Que s'il comptait avec cet argent procéder à un achat qui n'a pu avoir lieu, il n'en est pas moins obligé : Civ.<sup>1</sup> 20 nov. 1974, *J.C.P.*, 75, 2, 18109, n. Calais-Auloy ; Com. 5 mars 1996, D. 96, *I.R.*, 89. Il n'en serait autrement que si les parties avaient expressément lié les deux opérations, faisant de ce qui n'était qu'un motif la cause — les parties ou la loi (ex. C. Consom. a. L. 311-21, 312-14, 312-19).

b) *Absence de cause*. — Il s'agit presque exclusivement de *contrats à titre onéreux*, et la cause est conçue comme la contrepartie, qui doit faire équilibre à l'obligation assumée. Ex. Civ. 22 nov. 1909, D. 10, 1, 407 (assurance nulle, parce que contractée en vue d'un risque inexistant) ; Civ.<sup>1</sup> 18 avr. 1953, D. 53, 403 (est nulle, faute de cause, la convention passée avec un généalogiste si celui-ci n'a, en réalité, rendu aucun service à l'héritier) ; Civ.<sup>1</sup> 7 févr. 1990, *Rép. not.*, 90, 1, 1018 (les malades jouissant d'une liberté absolue dans le choix de leur médecin, l'obligation de céder une clientèle médicale est

dépourvue d'objet ; en conséquence, l'engagement de l'acheteur est nul faute de cause ; d'autres arrêts, cependant, invoqueront la cause illicite, Civ.<sup>1</sup> 1<sup>er</sup> oct. 1996, D. 97, Somm. 171 ; Com. 6 avr. 1993, D. 93, 310, *J.C.P.*, 93, 2, 22062 et 10 janv. 1995, D. 95, 229 (est sans cause la perception d'intérêts que les banques pratiquent par le jeu des *dattes de valeur*, en postdatant les remises et antidatant les retraits sur les comptes de leurs clients) ; Civ.<sup>1</sup> 3 juill. 1996, D. 97, 500, *J.C.P.*, 97, 1, 4015, n° 4 (l'exécution du contrat était impossible, mais impossible selon l'économie du contrat, telle que voulue par les parties ; au fond, il y avait eu illusion sur la rentabilité de l'opération, on était à deux doigts d'une erreur sur la substance). On peut citer également la jurisprudence constante et d'ailleurs critiquée (cf. Planiol-Hamel, X, n° 41) qui annule la vente consentie moyennant une rente viagère très inférieure aux revenus de l'immeuble vendu (la contrepartie est inexistante) : ex. Civ.<sup>1</sup> 5 mai 1982, *Bull.*, n° 164. On parle aussi, à cette occasion, de prix dérisoire ou de défaut d'aléa, mais ce sont des notions qui servent de revêtement à la notion plus générale d'absence de cause. Le danger qui guette cette conception de la cause contrepartie, c'est qu'on en vienne à exiger que la contrepartie soit une équivalence (cf. Maury, *La notion d'équivalence*, Th. Toulouse, 1920), qu'elle ait une valeur égale à la prestation dont elle est le contrepoids, alors que la lésion, défaut d'équivalence, n'emporte pas nullité en thèse générale. Des arrêts paraissent s'en tirer en considérant que, puisque l'individu est le meilleur juge de son intérêt, il y aura toujours une cause dans la contrepartie qu'il a acceptée comme telle, si minime qu'elle soit (Req. 21 mars 1933, S. 33, 1, 242). Pourtant, c'est un fait qu'à partir d'un certain point de disproportion le contrat n'est plus équilibré, une des obligations n'a plus de cause. Où mettre la différence entre le prix dérisoire et le prix trop faible ? Le jugement est d'équité plutôt que de droit.

Des arrêts anciens sont relatifs à des *actes à titre gratuit*. La remarque a souvent été faite qu'ils n'entendent pas la cause au sens classique (intention libérale abstraite) et que, pour eux, l'absence de cause (la fausse cause) est, en réalité, une erreur sur les motifs. Ex. Douai, 30 janv. 1843, S. 43, 2, 69 : nullité d'un legs en raison de la naissance d'un enfant posthume du testateur s'il résulte des circonstances que celui-ci n'a eu en vue, en faisant son testament, que de régler sa succession collatérale à défaut d'héritier direct (l'arrêt a, du reste, été influencé par l'analogie de l'a. 960, et il n'invoque pas l'a. 1131, cf. Limoges, 8 mars 1843, S. 44, 2, 82 ; mais v., en sens contraire, Nîmes, 17 févr. 1840, S. 40, 2, 97). Autre ex., l'arrêt *Ducamp*, Paris, 9 févr. 1867, S. 67, 2, 129, annulant un legs fait aux pauvres dans la conviction où était le testateur (et exprimée par lui) de n'avoir plus de parents au degré successible. Il ne semble pas possible de raccorder cette série jurisprudentielle à la cause abstraite, si l'on voit dans celle-ci une intention libérale *absolue*. Mais peut-être convient-il de se la représenter plutôt comme une intention libérale *relative*, une intention de préférence, la volonté d'avantager quelques-uns par rapport à d'autres. Les libéralités, même entre vifs, sont toujours dans une certaine relation avec l'ordre successoral, et l'on conçoit que cette relation puisse en être regardée comme la cause.

c) *Cause illicite ou immorale*. — Les arrêts hésitent souvent entre les deux qualifications (ex. Civ.<sup>1</sup> 25 janv. 1972, D. 72, 413, D. 74, 378, n. Le Tourneau ; ici, pour des libéralités à concubines : de prime abord, il est naturel d'y voir des atteintes aux bonnes mœurs, mais la référence à l'illicite n'y serait pas non plus inexacte, car le monopole du mariage civil, à l'encontre des relations hors mariage, a une signification politique).

— *Cause illicite*. — Ex. combinaisons tendant à la corruption de fonctionnaires ou au trafic d'influence (pots-de-vin), Req. 15 mars 1911, D. 11, 1, 382 (mais souvent, dans cette sorte d'affaires, les deux qualificatifs vont de pair, Paris, 30 sept. 1993, *R.T.*, 94, 96 [la cause est illicite et immorale]) ; convention entre un officier ministériel et son client pour le partage du gain d'un procès (pacte de *quota litis*), Civ. 23 avr. 1898, D. 98, 1, 415 ; achat d'un matériel ou d'une « clientèle », aux fins d'exercer le métier de devin, Civ.<sup>1</sup> 12 juill. 1989, D. 91, Somm. 320, Civ.<sup>1</sup> 10 févr. 1998, *J.C.P.*, 98, 2, 10142. Mais le N.C.P. ayant abrogé les textes (a. R. 34-5 et 36-2°) qui faisaient une contravention du seul exercice des métiers de devin et interprète des songes, on peut s'interroger si les contrats *ad hoc* n'en sont pas devenus civilement licites. Le crédit consenti à un joueur par un casino à seule fin d'alimenter le jeu est entaché d'une cause illicite, et sa nullité atteint le chèque remis en contrepartie, « chèque de casino », dit-on couramment : Civ.<sup>1</sup> 31 janv. 1984, D. 85, 40 ; Civ.<sup>1</sup> 14 mai 1992, D. 92, 495, n. Diener ; Civ.<sup>1</sup> 15 mai 1999, *J.C.P.*, 99, 4, 2228.

— *Cause immorale*. — Cf. Dorat des Monts, *La cause immorale*, Th. Paris, 1955. Ex. contrats relatifs aux maisons de débauche (avant ou après la l. 13 avr. 1946, qui a cru les fermer), Req. 1<sup>er</sup> avr. 1895, S. 96, 1, 289 (prêt en vue de l'acquisition d'une telle maison), Soc. 8 janv. 1964, D. 64, 267 (engagement de personnel). Autres cas d'immoralité, mais hors professionnalisation : stipulation attribuant le bénéfice d'une assurance sur la vie à la maîtresse d'un homme marié, Civ.<sup>1</sup> 8 nov. 1982, *Bull.*, n° 321 (on est très près de l'hypothèse des libéralités) ; contrat de travail où les avantages insolites consentis à l'employé ne s'expliquent que comme le prix de ses relations adultères avec la patronne, Soc. 4 oct. 1979, D. 80, *I.R.*, 267.

N.B. — Le lecteur ne s'étonnera pas de ne pas trouver sous la rubrique de la cause immorale des arrêts concernant la cause immorale dans les libéralités, spécialement les libéralités entre concubins et qui plus est, vivant en un concubinage éventuellement alourdi d'adultère : il en a été traité au t. II (1988, p. 452, 673, 683), car les libéralités, par les déviations qu'elles impriment à l'héritage, intéressent au premier chef la famille. Et peut-être est-ce justement le reproche — de n'avoir pas pris en compte cet intérêt — que l'on pourrait adresser à un arrêt que nous croyons devoir citer hors saison, tant il semble avoir fait de bruit : Civ.<sup>1</sup> 3 févr. 1999, D. 99, 267, rapp. X. Savatier, n. Langlade-O'Sughrue, *J.C.P.*, 99, 2, 10083, n. Loiseau et Billiau, *Dr. fam.*, 99 (5), 17, n. Beignier, *R.T.*, 99, 364, n. Hauser (cf. Larroumet, D. 99, chr. 351). Il y est dit lapidairement que « n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire ». Où l'on a vu l'abandon d'une distinction antérieure, qui avait alors été jugée moralisante, entre le présent de consolation, qui scelle le renvoi de la maîtresse, et la libéralité incitative, destinée à ouvrir ou maintenir les relations hors mariage, celle-ci seule frappée de nullité, en tant que *pretium stupri*. La distinction, il est vrai, était critiquée par nombre d'auteurs, comme floue, arbitraire, bien propre à masquer des appréciations très subjectives de morale. Pourtant, a-t-elle été réellement condamnée par l'arrêt de 1999 ? On pourrait soutenir qu'il en a plutôt fait application, car, en l'occurrence, la gratification que la Cour de cassation souhaite valider était contenue dans un testament, et d'une libéralité aussi aisément révocable, qui au mieux ne pourrait prendre effet qu'en veuvage, on ne pouvait guère prétendre qu'elle était un stimulant efficace au maintien des relations dénoncées.

Ni les auteurs ni l'arrêt n'ont l'air d'imputer à l'adultère un surcroît d'immoralité (comme si, pour constitutionnaliser le droit privé en mettant de l'égalité partout, ils étaient attentifs à ne pas imposer aux gens mariés plus de charges de morale qu'aux célibataires). L'égalité dans l'immoralité, soit, mais dans l'illicéité ? La fidélité à l'autre est une obligation légale (a. 212). On rétorquera que l'infidélité a cessé d'être une cause péremptoire de divorce ; que cet époux-là se trouvait dans une de ces situations troubles où l'a. 245, par exemple, restitue à la faute une sorte de légitimité... Sans doute — il reste que la Cour suprême ne devait pas ignorer qu'en bas le mariage était soumis à maintes attaques : elle aurait pu se demander si, par une motivation, sans retenue, propre à éclater dans les médias, elle n'allait pas le fragiliser davantage. C'était sa responsabilité politique.

[66] d) *A quel moment la cause est-elle exigée ?* — Un apport décisif de la théorie de Capitant a été d'accorder un rôle à la cause une fois le contrat formé. Bien que cet emploi de la notion au-delà de l'a. 1108 ait été critiqué (Ripert-Boulanger, II, n° 522), la jurisprudence avait paru l'admettre (Civ. 30 déc. 1941, D.A. 42, 98), et l'on pouvait en déceler l'influence sur la l. 3 janv. 1968 (a. 504, al. 2). Par la suite, il est vrai, un arrêt, Civ.<sup>3</sup> 8 mai 1974, D. 75, 305, n. critique Larroumet, a semblé poser en principe que la disparition de la cause en cours de contrat était sans conséquence, du moins dans les contrats à caractère instantané, ce qui pouvait donner un intérêt de plus à les distinguer d'avec les contrats successifs. Un arrêt plus récent, Civ.<sup>3</sup> 17 juill. 1996, *Rép. not.*, 96, 1357, n. Delebercq, pourrait avoir enfoncé le clou, en déclarant que l'existence de la cause doit s'apprécier à la date où l'obligation est souscrite. Il est, néanmoins, une idée un peu différente par où Capitant pourrait être rejoint, et elle n'est pas étrangère aux tribunaux : c'est que la manière dont les parties accomplissent le contrat éclaire le sens qu'ils lui ont donné lors de sa formation, Civ.<sup>1</sup> 13 déc. 1988, D. 89, Somm. 230. Leurs comportements en cours de contrat peuvent attester que la cause est toujours présente ou, à l'inverse, qu'elle a disparu, Civ.<sup>1</sup> 25 nov. et 16 déc. 1986, *R.T.*, 87, 750, n. J. Mestre.

e) *Preuve de la cause.* — Deux problèmes, l'un concernant la cause abstraite, et l'autre les motifs.

1° *Interprétation de l'a. 1132.* — Trois solutions avaient été proposées :

— *Au créancier de prouver la réalité de la cause* (ce qui en fera apparaître, par voie de conséquence, la licéité, si elle est licite). Arg. : la solution n'est que l'application du droit commun (a. 1315, al. 1 ; une obligation, c'est l'ensemble de ses éléments constitutifs selon l'a. 1108) ; ces billets muets sont suspects *a priori* (quand il existe une cause licite, elle n'hésite pas à s'exprimer) ; les débiteurs ont besoin d'être protégés contre les usuriers (c'était le sens, en droit romain, de l'*exceptio non numeratae pecuniae* : le débiteur pouvait obliger le créancier à prouver que les fonds dont le remboursement était réclamé avaient bien été effectivement versés ; cf. Monier, II, n° 93). Cette thèse a pour elle d'être la plus sociale. L'objection est qu'avec elle l'a. 1132 ne paraît plus servir à grand-chose.

— *Distingo* : si le billet est libellé « je promets de payer », le créancier devra en établir la cause (car un tel libellé ne préjuge rien, on peut payer sans être débiteur) ; mais, si le souscripteur a écrit « je reconnais devoir », il y a là un aveu de la dette, et le billet est suffisamment causé (plus exactement, pourrait-on dire, il n'a pas besoin de l'être : on n'a plus affaire à un acte juridique créateur d'obligation).

— *Il faut présumer la cause et sa licéité* ; au prétendu débiteur d'établir le contraire. Cette interprétation a triomphé devant la Cour de cassation dès le début du XIX<sup>e</sup> s. (Civ. 9 janv. 1822, S. chr.), et elle ne pouvait manquer de se fortifier à une époque de

banque et de trafic (Req. 28 oct. 1885, S. 86, 1, 200, D. 86, 1, 69 ; Com. 15 oct. 1975, *Bull.*, n° 231 ; Civ.<sup>1</sup> 1<sup>er</sup> oct. 1986, *R.T.*, 87, 755, n. J. Mestre ; Civ.<sup>1</sup> 20 déc. 1988, D. 90, 241, n. Marguénaud) ; Civ.<sup>2</sup> 15 mai 1990, *Bull.*, n° 107.

2° *Preuve intrinsèque ou extrinsèque ?* — L'exigence d'une preuve intrinsèque avait été formulée par l'arrêt *Pendariès* (Civ. 4 janv. 1832, S. 32, 1, 146), à propos d'une libéralité adressée à un enfant incestueux. Elle se retrouvait dans Civ.<sup>1</sup> 12 oct. 1954, *J.C.P.*, 55, 2, 8515 et Civ.<sup>1</sup> 4 juill. 1960, D. 60, 617, à propos de libéralités adressées à des enfants adultérins. Cependant, l'esprit de la jurisprudence avait changé : en 1832, elle voulait empêcher le scandale d'une recherche de filiation impure, interdite par l'a. 342 ; en 1954, elle avait déjà l'arrière-pensée de favoriser l'enfant en rendant plus difficile l'annulation de l'avantage reçu. Depuis la l. 3 janv. 1972, l'a. 908-1, dans la mesure où certains héritiers peuvent encore faire réduire une libéralité adressée à l'enfant adultérin, les oblige expressément à n'utiliser que des preuves intrinsèques. La crainte du scandale ne paraît plus avoir de valeur dans un système où désormais la filiation adultérine peut être recherchée en justice. Néanmoins, le scandale a ses degrés ; et peut-être est-il moins sensible lorsque l'adultérin réclame son état que lorsqu'on cherche à le lui infliger. Jointe à cela une considération psychologique : devant une libéralité qui les dépouille au profit d'un étranger, les enfants légitimes et le conjoint ne seraient-ils pas trop prompts à imaginer, pour peu que l'âge s'y prêtât, une filiation adultérine ?

Le principe est que la preuve de la cause illicite peut être apportée par tous les moyens, Civ.<sup>1</sup> 4 juill. 1995, *J.C.P.*, éd. Not., 96, 2, 152. Toutefois, dans les rapports entre les parties, corrige l'arrêt, la prééminence de l'écrit, consacrée par l'a. 1341, al. 1 (*infra*, n° 95), imposera, pour combattre l'écrit un autre écrit. Il est vrai que l'on admet une dérogation à l'a. 1341 pour le cas de fraude (*infra*, n° 96), mais si l'on peut, à la rigueur, sous-entendre une fraude à la loi dans la cause illicite, le même raisonnement ne peut être tenu pour la cause immorale.

[67] f) *Connaissance de l'illicéité de la cause.* — On a parfois aperçu dans la jurisprudence la volonté de faire une distinction entre les contrats à titre onéreux et les donations (ex. Marty-Raynaud, n° 191). Dans celles-ci, ce serait assez que le motif critiquable ait été déterminant dans l'esprit du donateur, le donataire l'eût-il ignoré (après tout, il ne sera pas appauvri réellement par l'annulation). Mais, si distinction il y a, elle n'est pas sans faille (ex. Req. 24 juin 1936, D.H. 36, 409). En tout cas, dans les actes à titre onéreux, où ce n'est pas seulement la partie innocente qui a besoin d'être protégée, mais en général la sécurité des affaires, les tribunaux demandent que le motif illicite ou immoral qui a animé l'un des contractants ait été connu, ou du moins ait pu être connu de l'autre. Renchérissant sur cette formule, un arrêt, Civ.<sup>1</sup> 4 déc. 1956, *J.C.P.*, 57, 2, 10008, n. J. Mazeaud, regardé aujourd'hui encore comme arrêt de principe (cf., dans le même sens, Civ.<sup>1</sup> 12 juill. 1989, D. 91, Somm. 320), paraît exiger que ce motif ait été commun aux deux parties, sinon même convenu entre elles. En l'espèce, il s'agissait d'un bail où le locataire, à l'insu du bailleur, destinait l'immeuble à établir une maison de débauche. Le bailleur n'a pas été admis à faire valoir la nullité. Il lui restait la possibilité d'obtenir la résolution du contrat pour manquement du locataire à l'obligation de l'a. 1728-1°. La solution n'en est pas moins choquante, semblant donner une prime à la dissimulation (en ce sens, A. Weill, *Mélanges Marty*, 1978, 1165 s.). Il faut peut-être comprendre que le bailleur était tout de même en faute de n'avoir pas cherché à s'informer de l'utilisation que le locataire entendait faire du local.

LA CONFORMITÉ DU CONTRAT  
AUX EXIGENCES SOCIALES

Il ne suffit pas que deux volontés s'accordent sur un objet pour faire un contrat. Le contrat n'est pas seulement ce mécanisme individuel, interindividuel, que suppose l'a. 1108. Déjà, la société s'infiltré dans sa structure par le tabou de l'objet illicite, par la cause illicite (et les remords que l'illicite traîne derrière lui). Mais, plus directement, il faut que l'accord des volontés, en se nouant, se conforme aux impératifs et aux rites, à toutes les conditions que, du dehors, lui impose la société. Ces conditions extrinsèques, qui s'ajoutent à celles de l'a. 1108, peuvent être classées en deux groupes selon qu'elles sont relatives au *contenu* du contrat ou à son extériorisation, laquelle est à la fois affaire de *forme* et de *preuve*.

1 / Les exigences sociales  
quant au contenu du contrat

Pour être parfait, il faudrait au contrat toutes sortes de vertus : civisme, justice, sincérité. Le droit positif se contentera de moins. Seul le *civisme contractuel* (la conformité du contrat à l'ordre public et aux bonnes mœurs) représente une exigence absolument générale de validité, le minimum de conformisme social requis de tous les contractants. Pour ce qui est de la *justice contractuelle*, le C.C. avait renoncé, en général, à la prendre en charge (la lésion n'y est que par exception une cause de nullité) ; mais le droit de la consommation a pris de nos



jours le relais de cette mission de justice. Quant à la *sincérité contractuelle*, enfin, elle semblait être traitée comme une qualité surrogatoire, puisque, selon le C.C., la simulation est, en principe, juridiquement indifférente, mais notre époque a refait une virginité à la sincérité en la nommant transparence.

## 1 | LE CIVISME CONTRACTUEL

A cette exigence se rattache la théorie de l'*ordre public* et des *bonnes mœurs*, dont le principe est dans le Code, mais aussi la théorie de la fraude à la loi, que les interprètes ont élevée, comme une sorte de protection avancée de l'ordre public.

### I. — L'ordre public et les bonnes mœurs

C'est une sorte de condition négative de validité du contrat, requise non par l'a. 1108, mais par l'a. 6 : il ne faut pas que le contrat contredise à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. L'ordre public et les bonnes mœurs limitent la liberté contractuelle.

Les développements qui suivent se concentreront sur l'ordre public. La théorie des *bonnes mœurs*, telle qu'on l'entend en France, axée sur les phénomènes du sexe et de la procréation, n'a pas son siège le plus naturel dans un droit des obligations et des contrats que l'actualité tire de plus en plus vers l'économie et le commerce. Elle est plus à l'aise dans le contexte des sources du droit (la coutume) ou du droit des personnes, du mariage et de la famille. C'est pourquoi nous nous limiterons ici, en ce qui la concerne, à quelques explications de texte et d'identité. 1° L'a. 6 ne doit pas être pris à la lettre : ce n'est pas seulement aux *lois* intéressant les bonnes mœurs qu'il est interdit de déroger, c'est aussi aux bonnes mœurs directement, lors même qu'elles ne seraient pas consacrées par une loi. 2° La notion de bonnes mœurs évoque à la fois la morale et la coutume, sans s'identifier à aucune d'elles. C'est une morale coutumière, facilement celle d'une classe sociale (bourgeoise ? moyenne). Une morale raisonnable, non insusceptible de variation ; rien de comparable à une éthique transcendante et éternelle. Les notes d'histoire et de sociologie qui figurent dans l'état des questions pourront aider à ce premier aperçu de la notion.

### [69] ▶ *Notion de l'ordre public*

Tout ce qui n'est pas défendu est permis. Les défenses qui viennent de l'ordre public, si étendues qu'elles puissent être en fait pour certains secteurs, ont toujours, en droit, un caractère d'*exception*.

Il ne faut pas se figurer l'ordre public comme un corps de règles de droit, sanctuarisées à part des autres. C'est plutôt une présence : la présence d'un être moral, le peuple (*publicus* de *populus*), la société, l'Etat, dans l'espace ouvert à la liberté des contrats. L'Etat adresse un rappel à l'ordre aux contractants s'ils veulent toucher à des règles qu'il regarde comme essentielles.

L'ordre public ne se confond pas avec le droit public. Sans doute les règles du droit public (droit constitutionnel, administratif, etc.) sont-elles ordinairement d'ordre public. Mais elles sont loin de représenter *tout* l'ordre public : beaucoup de règles du droit *privé* sont aussi d'ordre *public*.

La notion d'ordre public ne se laisse enfermer ni dans une définition ni dans un catalogue. L'*idée générale* est celle d'une suprématie de la collectivité sur l'individu. L'ordre public exprime le vouloir-vivre de la nation que menaceraient certaines initiatives individuelles en forme de contrats. Il importe moins d'en énoncer que d'en classer des *exemples*. Deux classifications peuvent être retenues, qui utilisent l'une des critères externes, l'autre des critères internes.

a) *Ordre public textuel et ordre public virtuel*. — Il est des cas où la loi elle-même se déclare expressément d'ordre public. Ex. (avec des formules variables, revenant toujours à ceci que les conventions contraires sont interdites) a. 1388, 1628, 1674, 1780, al. 1, etc. Cette déclaration d'ordre public se rencontre fréquemment dans les lois contemporaines comme une clause générale visant en bloc toute une série d'articles. Ex. a. L. 111-2 C. Ass. ; a. L. 411-77, L. 415-12, Nouveau C. Ru. (venu du statut de fermage de 1945) ; o. 1<sup>er</sup> déc. 1986, sur la liberté des prix, a. 9 ; a. L. 132-1, dernier al., C. Consom. ; l. 6 juill. 1989 sur les baux d'habitation, a. 2. De telles lois, protégées par l'Etat, sont dites *lois d'ordre public* ou encore *lois impératives* (sans doute, toutes les lois commandent, mais celles-ci commandent sans réplique). Il est classique d'opposer aux lois impératives les lois auxquelles il est permis de déroger par des conventions particulières. Elles sont dites — dans une terminologie qui peut varier — lois *facultatives*, *indicatives*, *dispositives*, mais aussi avec un sens technique plus précis, lois *interprétatives* ou *supplétives de volonté* (cf. *supra*, n° 37c).

Cependant il existe également des hypothèses où rien dans les formules employées ne permet de déceler si une disposition légale exclut ou admet les conventions contraires. C'est alors aux tribunaux de rechercher, par une analyse de la disposition, si des intérêts essentiels de la société y sont impliqués. Ex. l'a. 1694, en tant qu'il limite la garantie due au cessionnaire d'une créance, en cas d'insolvabilité du débiteur cédé, est traité comme une disposition d'ordre public, parce qu'il paraît avoir pour but d'empêcher des combinaisons usuraires (v. *infra*, n° 79). Un degré de plus : l'a. 1133 atteste clairement l'existence d'un ordre public détaché de tout support légal. Il appartiendra aux tribunaux de faire surgir cet ordre public en suspension dans le droit positif, de lui faire prendre chair à partir de principes généraux, de valeurs non écrites. Ainsi ont été jugés d'ordre public le droit au mariage et le droit de ne pas se marier, et illicites les clauses qui tendaient à entraver ces droits. On remarquera que, dans le droit de la concurrence (v. *infra*, n° 79), ce n'est pas le juge qui est chargé en premier de découvrir l'ordre public latent ; c'est une Commission *ad hoc* : elle intervient comme une sorte de Conseil de conscience pour dresser la liste des clauses pécheresses.

[70] b) *Ordre public politique et ordre public économique.* — La distinction n'a été faite qu'à une époque récente, et elle n'est pas sans franges indécises. C'est surtout une distinction entre deux couches historiques de l'ordre public.

1° *L'ordre public politique* est l'ordre public classique. Il veille à ce que, par le jeu contractuel, ne soient pas ébranlées les colonnes de la cité : Etat, famille, individu.

*L'Etat.* — Tout ce qui touche à son organisation est d'ordre public. C'est pourquoi, en principe, sont nulles les conventions dérogeant à des lois de droit public : à des lois constitutionnelles (ex. vente par un électeur de son droit de vote), à des lois fiscales (ex. convention tendant à dissimuler une partie du prix dans une vente d'immeuble, C.G.I., a. 1840), à des lois pénales (ex. contrat d'assurance garantissant les automobilistes contre les amendes qu'ils pourraient encourir, une telle combinaison tendant à faire échapper le condamné à la peine). Les lois pénales ont, en outre, ici un rôle particulier : quand le législateur fait d'une certaine convention une infraction pénale, cette convention doit, par le fait même, être considérée comme contraire à l'ordre public, et la sanction civile de la nullité s'ajoutera aux sanctions pénales (ex. nulle est la promesse faite à une personne pour qu'elle s'abstienne d'enchérir dans une adjudication publique, car, selon l'a. 313-6 N.C.P., c'est un délit pénal que d'agréer une telle promesse). Les lois de procédure civile

ne sont pas toutes d'ordre public (ex. les parties peuvent, sous certaines conditions, déroger aux règles de compétence territoriale, a. 48, C. Pr. C.).

*La famille.* — Les lois concernant la structure de la famille sont, en général, impératives. Mais cela est surtout exact des lois qui gouvernent les rapports personnels (d'où, par ex., la nullité des pactes de séparation amiable entre époux ; v. t. II, p. 639 ; cf. a. 1388). Autre ex. : serait nul l'engagement que prendrait un homme de reconnaître successivement tous les enfants à naître d'une femme célibataire, ce qui équivaldrait à un succédané du mariage. Au contraire, dans l'organisation patrimoniale de la famille, il y a place assez naturellement pour des conventions privées (ainsi, le régime conjugal légal peut être écarté par un contrat de mariage ; a. 1393). Toutefois, même dans ce secteur des rapports pécuniaires, l'ordre public reparait souvent : ex. la réserve héréditaire ne peut être affectée par les libéralités du *de cuius* ; il est interdit de renoncer par convention à une créance alimentaire, de faire des pactes sur une succession future.

*L'individu.* — C'est un aspect de l'ordre public où s'est exalté l'individualisme : l'individu n'a pas le droit de s'aliéner ; il faut, pour garantir la liberté individuelle, limiter la liberté contractuelle. C'est la raison qui fait annuler, comme blessant l'ordre public, le contrat de travail conclu pour la durée de la vie (a. 1780, al. 1), la convention conclue avec un chirurgien en vue d'une opération inutilement dangereuse, et, plus généralement, toutes les combinaisons qui portent atteinte à l'intégrité et à la dignité de la personne humaine (a. 16 à 16-9 C.C.).

[71] 2° *L'ordre public économique* est apparu à l'époque contemporaine. Sans doute un certain ordre public d'aspect économique n'était pas absent du C.C. de 1804, mais il était d'inspiration libérale et ne tendait qu'à faire respecter davantage encore les principes du libéralisme (ex. a. 537, al. 1, 686). Le droit civil du XX<sup>e</sup> s. a entendu l'ordre public économique tout autrement : c'est un ordre public interventionniste. Cependant, l'intervention n'a pas toujours eu le même sens ; l'ordre public économique s'est formé en deux nappes successives :

— *L'ordre public de protection*, qui se ressent encore de l'individualisme, n'a d'autre but que de protéger, dans divers contrats, la partie économiquement la plus faible : le salarié dans le contrat de travail (la réglementation du travail est tout entière d'ordre public) ; le fermier dans le bail à ferme (c'est avec ce sens que le statut du fermage a été déclaré d'ordre public) ; le débiteur (ex. l. 28 déc. 1966 réprimant l'usure ; le C. Consom. a. L. 311-1 pour certaines opérations de cré-

dit). Et plus généralement, est protégé le consommateur de produits et services (C. Consom. L. 121-16 et s.), c'est-à-dire le non-professionnel contractant avec le professionnel, le besoin de protection s'induisant ici de leur inégalité de connaissance technique.

— *L'ordre public de direction* se propose de concourir à une certaine direction — plus mollement dit, *orientation* — de l'économie nationale, en éliminant des contrats privés tout ce qui pourrait la contrarier. Lié au dirigisme économique, il s'est considérablement affaibli avec l'actuelle faveur de l'économie de marché. En particulier, il a perdu l'arme capitale qu'était pour lui la 1<sup>re</sup> o. 30 juin 1945, d'où résultait la nullité des contrats conclus pour des prix supérieurs à ceux de la taxe. Cependant, en abrogeant cette ordonnance, l'o. 1<sup>er</sup> déc. 1986 sur la liberté des prix et de la concurrence a ménagé à l'ordre public la possibilité d'un retour offensif, soit dans certains domaines, soit en cas de crise (clause de sauvegarde de l'a. 1<sup>er</sup>). C'est encore comme un ordre public de direction économique qu'il convient de comprendre l'*ordre public monétaire* : sont ainsi illicites les clauses d'indexation sur l'or ou les contrats conclus en violation de la réglementation des changes. Les objectifs de l'économie dirigée étant variables, et plus encore les moyens de les atteindre, on conçoit que cet ordre public n'ait rien d'immuable (ex. l'attitude du droit positif à l'égard des contrats portant sur l'or a oscillé plusieurs fois, depuis 1914, entre l'interdiction, la permission et le contrôle) : l'ordre public politique et même l'ordre public économique de protection sont plus stables que le contrat ; de l'ordre public de direction, c'est l'inverse qu'il faut dire.

#### [72] ► *Régime de l'ordre public*

a) *Renonciation aux lois d'ordre public*. — L'ordre public est d'ordre public quant à lui-même, entendez qu'il se défend contre la défection possible de ceux dans l'intérêt de qui il avait été institué. La remarque concerne avant tout l'ordre public de protection : la personne protégée ne peut renoncer à la loi d'ordre public qui la protège. Tel est, du moins, le principe, mais la jurisprudence le tempère par une distinction qui s'inspire de la théorie générale des renonciations et, plus précisément, de la dualité inscrite à l'a. 2220. Sont seules frappées de nullité — nullité absolue — les renonciations consenties au moment de la formation du contrat : le risque est, en effet, que le renonçant ne puisse clairement mesurer d'avance l'importance de ce qu'il aban-

donne. Sont valables, au contraire, les renonciations — faites en connaissance de cause — aux bénéfices déjà acquis d'une loi d'ordre public.

b) *Sanction des lois d'ordre public*. — 1<sup>o</sup> *Sanction de l'ordre public existant au moment de la formation du contrat*. Le contrat qui contrevient à l'ordre public existant est nul. C'est, en principe, une nullité absolue (souvent qualifiée de nullité d'ordre public). Ce qui signifie, en particulier, que l'annulation pourra être demandée par l'une quelconque des deux parties. Toutefois, lorsque l'ordre public en cause est un ordre public de protection, il est logique de ramener la sanction à la nullité relative, dont seule la partie protégée pourra se prévaloir.

2<sup>o</sup> *Sanction de l'ordre public survenant en cours de contrat*. Rationnellement, une sanction ne devrait être applicable que là où une faute peut être reprochée, et les parties ne sont pas en faute de ne s'être pas conformées à un ordre public encore inexistant. Au demeurant, il est de principe que les contrats doivent continuer à être régis par la loi en vigueur au jour de leur conclusion (v. Introduction, n<sup>o</sup> 135) ; ils échappent donc, en principe, aux lois impératives qui ne sont entrées en vigueur qu'après qu'ils ont été conclus.

On sait, cependant, que le législateur n'est pas lié par l'a. 2 C.C., et qu'il peut toujours faire des lois rétroactives. C'est une pratique législative qui est devenue très fréquente depuis 1914, et qui correspond au développement de l'ordre public économique : les abus contractuels qui suscitent des mesures de protection sont des abus présents et ils font souhaiter que la protection soit immédiate ; quant à la direction économique, elle postule l'universalité, car elle serait faussée si on laissait subsister des îlots de libéralisme dans les contrats en cours. Ainsi, les contrats déjà formés peuvent être *annulés* par l'ordre public nouveau :

- si le législateur l'a expressément décidé (ex. l'a. 41 du statut du fermage, o. 1<sup>er</sup> oct. 1945, avait annulé, dans les baux en cours, les clauses mettant les grosses réparations et l'impôt foncier à la charge du fermier) ;
- si cette intention de rétroactivité peut s'induire du but de la loi (ex. l'interdiction de la clause-or résultant de la loi de cours forcé a été jugée applicable aux contrats déjà conclus).

#### [73] II. — La fraude à la loi

Il arrive que, sans contrevenir formellement à une loi d'ordre public, un contrat tende à la tourner, à en éluder l'application. La lettre de l'ordre public est respectée ; l'esprit en est méconnu. C'est

l'hypothèse de la fraude à la loi, qui ne se confond pas avec la cause illicite. Ce qui fait question dans la cause illicite, c'est le motif par lequel les parties ont contracté ; dans la fraude à la loi, le motif par lequel elles ont, pour contracter, choisi tel arrangement ou tel moment plutôt que tel autre. Il faut donc supposer des individus qui, placés devant un choix, l'exercent de manière à écarter la règle de droit la plus gênante pour eux. En *principe*, ce choix est libre ; *par exception*, il peut entraîner la nullité du contrat.

a) Le *principe* est qu'une combinaison, licite en elle-même, ne cesse pas de l'être parce qu'elle est employée afin d'éviter l'application d'une règle de droit restrictive. C'est un des aspects de la liberté contractuelle. Ainsi, il n'y a *a priori* rien d'illicite à conclure immédiatement un contrat, en prévision d'une loi imminente, mais non encore entrée en vigueur, qui va en prohiber la conclusion. De même, il n'est pas interdit à un propriétaire de grever son immeuble d'un usufruit ou d'un droit d'habitation, plutôt que de le donner à bail, bien que, par là, il fasse échec à la législation spéciale des loyers, qui est d'ordre public (cf. t. III, n° 186).

b) *Par exception*, il est des cas où la loi elle-même prononce la nullité non seulement des conventions qui lui seraient directement contraires, mais des arrangements de toute sorte qui auraient pour effet d'éluder ses dispositions (ex a. L. 751-11, C. Tr., sur le statut des voyageurs de commerce ; a. 34, d.-l. 30 sept. 1953, sur les baux commerciaux ; a. 15, l. 31 déc. 1975, sur la sous-traitance). Même sans textes, il arrive aussi que les tribunaux annulent des contrats comme conclus *in fraudem legis*. C'est ainsi qu'ils ont frappé les ventes conclues par un prodigue à la veille d'être pourvu d'un curateur (sa précipitation matérialise la fraude à la loi). Dans d'autres hypothèses, il semble que la fraude à la loi (notamment à la loi fiscale) rejoigne la simulation (cf. *infra*, n° 85) : un contrat apparent est déclaré inopposable à un tiers (ou au fisc) parce qu'il est démontré que, sous son masque, les parties ont réellement voulu faire autre chose.

#### [74] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Esmein, VI, n°s 235 s. (ordre public et bonnes mœurs) ; n°s 347 s. (fraude à la loi) ; Ghestin, n°s 104-167. — Cf. K. Simittis, *Gute Sitten und « Ordre public »*, Marbourg, 1960 ; Droit et mœurs, *Droits*, 93 (15) ; J. Chevallier *et al.*, *Les bonnes mœurs*, 1994.

#### HISTOIRE

La théorie des *boni mores* est romaine (v. Senn, Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs, *Études Gény*, I, p. 53 s.), et un texte célèbre (C. Just. 2, 3, 6), qui est la première version de l'a. 6, C.C., déclare nuls, à égal titre, les pactes qui vont contre les lois et ceux qui vont contre les bonnes mœurs. Ce qui manquait peut-être au Droit romain, c'était la notion d'un ordre juridique, indépendant des lois expresses, auquel il fût interdit de déroger. Cette notion ne s'est probablement formée que dans notre Ancien Droit, et l'influence de la religion n'a pas dû y être étrangère. L'origine la plus directe de l'a. 6 paraît, en tout cas, se trouver chez Domat (*Traité des lois*, chap. V, n°s 3, 10) : « ... Chaque particulier étant lié à ce corps de la société dont il est un membre, il ne doit rien entreprendre qui en blesse l'ordre... ; tout engagement n'est licite qu'à proportion qu'il est conforme à l'ordre de la société ; ... ceux qui le blessent sont illicites et punissables ; ... les promesses ou les conventions qui violent les lois ou les bonnes mœurs n'obligent à rien. » Dans les projets de Cambacérès, on trouve les formules peut-être plus expressives, d'*ordre social* et d'*honnêteté publique*. En proclamant la liberté du travail, du commerce et de l'industrie (d. 2-17 mars 1791) en abolissant toutes les espèces de corporation (loi *Le Chapelier*, d. 14-17 juin 1791), la Révolution apparaît comme une entreprise de déréglementation massive. En fait, cependant, les événements lui imposèrent de vivre le plus souvent dans une économie de guerre, propre à faire pulluler les réglementations les plus impératives (ex. loi du *maximum*, d. 29 sept. 1793). — Quant à la théorie de la *fraude à la loi*, elle a son point de départ dans C. Just., 1, 14, 5, pr., et aussi dans Dig. 1, 3, 29 (*salvis litteris legis, sententiam ejus circumvenit*). V. Bréjon, *Fraus legis*, 1942, et *R.H.D.*, 1955, 316. Chez les glossateurs du Moyen Age, elle se conjuguait avec la théorie de la simulation (cf. *infra*, n° 84). A quel philosophe vertueux notre Constitution de l'an III emprunta-t-elle sa théorie de la fraude à la loi — imprévue à cette place ? « Celui qui viole ouvertement les lois se déclare en état de guerre avec la société. — Celui qui, sans enfreindre ouvertement les lois, les élude par ruse ou par adresse blesse les intérêts de tous : il se rend indigne de leur bienveillance et de leur estime » (a. 6 et 7 de la *Déclaration des devoirs*). — Sur les origines plus immédiates de l'a. 6, v. Pena, *Dr. pros.*, 92 (2), 513.

#### SOCIOLOGIE

Mendras *et al.*, *La sociologie des mœurs*, *A.S.*, 93.

Les mœurs évoluent. Le législateur, le juge constatent l'évolution : quelle doit être, quelle peut être leur attitude ? S'adapter ? C'est le plus facile. Barrer la route ? Ils seront débordés. Freiner ? Cela peut avoir un sens : le droit est dans son rôle de frein en évitant les traumatismes d'un changement brutal. Un cas célèbre : *Les Fleurs du mal*. La condamnation de Baudelaire, prononcée pour outrage aux bonnes mœurs sous le Second Empire, a été révisée pour cause de mœurs nouvelles en 1946. Mais il y fallut une loi, que la Cour de cassation appliqua non sans froideur (Crim., 31 mai 1949, D. 49, 342 ; cf. Hamelin, D. 49, chr. 187). Bel exemple de *suivism* poussé à l'absurde : devrions-nous nous mettre en peine de réhabiliter les empoisonneurs du passé sous prétexte que depuis lors on a découvert des antidotes ? Il est remarquable que, dans la

pratique française, la notion de bonnes mœurs n'aît guère été envisagée que par rapport à la morale sexuelle, alors qu'en Allemagne la clause correspondante (§ 138, 826 B.G.B.) a servi à tout autre chose, et notamment à la répression de l'abus du droit, de la lésion, etc. Ce n'est pas assez pour en conclure que notre droit civil a l'esprit mal tourné. Il a été contaminé, plus probablement, par notre droit pénal. Car celui-ci connaissait aussi une notion des bonnes mœurs. Le C.P. réprimait les attentats aux mœurs (sous-entendus *bonnes*), et surtout les lois sur la presse avaient charrié tout le long du XIX<sup>e</sup> s. (1819, 1881) cette incrimination précitée d'outrage aux bonnes mœurs, exécutée des journalistes et autres intellectuels, qui avait trouvé sa dernière expression (sous une rubrique qui ne s'invente pas de protection de la race) dans la l. 29 juill. 1939 (a. 119 s.) relative à la famille française, une sorte de testament militaire du Front populaire. En droit pénal comme en droit civil, tout le monde en était finalement d'accord, c'était de sexe qu'il s'agissait. Mais la loi le recouvrait d'un voile, selon une recommandation venue de loin (Genève, 3:7). Le N.C.P. a rompu le parallélisme : il a mis le sexe à nu. Le changement n'est pas de pure forme. Le législateur de 1992 a ici aligné son jeu d'incriminations sur les deux axes qu'imposait l'idéologie de l'époque : les droits de la victime et la protection de l'enfant. Il n'avait plus besoin de valeurs collectives, plus ou moins impalpables : *exit* par ex., la pudeur (cf. et opp. a. 330 C.P. et a. 222-32 N.C.P.).

[75]

## ECONOMIE POLITIQUE

Dans la mesure où l'antithèse de la liberté contractuelle et de l'ordre public recouvre celle des intérêts particuliers et de l'intérêt général, la théorie économique attire l'attention sur les problèmes logiques que pose cette notion de l'intérêt général et sur la difficulté de la construire à partir des intérêts particuliers ; v. ainsi G.-Th. Guilbaud, *Les théories de l'intérêt général et le problème logique de l'agrégation, Economie appliquée*, 1952, p. 501 s. Il ne semble pas, au contraire, que la théorie du bien-être (*welfare* ; B. de Jouvenel, *L'apport des théories du « welfare » à la théorie politique normative, Economie appliquée*, 1952, p. 411 s. ; cf. Chérot, *Dr. pros.*, 87, p. 445) puisse apporter grande lumière au concept civiliste de l'ordre public — pas plus que ne lui en avait apporté la doctrine thomiste du bien commun, dont le *welfare* est une traduction laïcisée. Du temps que l'on croyait à la planification — même si avec le secteur planifié devait coexister un secteur aléatoire —, on aurait pu se demander si l'ordre public ne devait pas désormais revêtir une physiologie particulière et de statique qu'il était en régime libéral, de simple barrière, devenir un moteur, imposer l'adaptation des contrats aux nécessités (ardentes) du plan. Tout cela n'est plus guère d'actualité. Le retour au libéralisme, proclamé dès 1977, s'est, après une brève éclipse (1981-1983), affirmé avec plus d'audace, et la mode s'est portée sur un nouveau concept, la déréglementation (sous ce titre, v. des travaux collectifs, *Fac. droit Poitiers et Corte*, 1986, *Dr. pros.*, 1987, 641 s.). Puis, ce fut, venue d'Allemagne par Bruxelles et l'U.E., l'économie *sociale* de marché. Mais on observera qu'en France : 1° l'interventionnisme n'a jamais abdiqué dans certains secteurs importants (ex. immobilier, la santé, la banque) ; 2° que le contrôle des prix reste en réserve sur les frontières de leur liberté (l. 1<sup>er</sup> déc. 1986, clause de sauvegarde de l'a. 1<sup>er</sup>) et ressurgit çà et là sous des formes feutrées (concertation, contrats de modération) ; 3° que le

libéralisme est mis en œuvre par un régime fortement technocratique, avec du droit pénal à la clef (cette même loi). La France, quand elle n'est pas socialiste, est colbertiste, et souvent les deux à la fois. Il est vrai que le colbertisme trouve de nos jours des défenseurs, Ph. Minard, *La fortune du colbertisme*, 1998.

## POLITIQUE LÉGISLATIVE

Il n'est plus personne pour penser, comme les radicaux du XIX<sup>e</sup> s. (v. Acollas, I, p. 12 s.), que l'a. 6 devrait être rayé du C.C. On peut se demander, en récompense, si notre technique de l'a. 6 est bien adaptée aux objectifs que l'on se propose aujourd'hui sous le couvert de l'ordre public, spécialement de l'*ordre public économique*. Dans une conception interventionniste et non plus libérale, l'action ne devrait pas tendre nécessairement à l'annulation du contrat, mais, partout où cela serait possible, à sa révision, à sa réadaptation (ex. en régime de contrôle des prix, réduction du prix excessif à la limite de la taxe). Il est des exemples de cette « mise au pas » des contrats. Ainsi l'éternelle l. 1<sup>er</sup> sept. 1948 sur les baux d'habitation (a. 35) prévoit que les loyers excessifs seront ramenés à la norme d'ordre public. Plus remarquablement encore, il arrive aujourd'hui que le juge reçoive le pouvoir de remodeler un contrat en fonction d'un intérêt général qui est extérieur aux contractants : l. 25 mars 1949, a. 2 *bis*, al. 2, faisant intervenir le critère de l'intérêt *social* dans la revalorisation des rentes viagères ; d. 30 sept. 1953 sur les baux commerciaux, a. 34-1, prévoyant la possibilité de modifier le contrat eu égard à la conjoncture économique et aux nécessités d'une *organisation rationnelle de la distribution*. Autre technique : la commission des clauses abusives, qui travaille, il est vrai, dans l'abstrait, peut recommander la *modification* aussi bien que la suppression des clauses présentant ce caractère (C. Consom. a. L. 132-4). — Dans une logique de dirigisme, l'action devrait, plutôt qu'aux parties, appartenir à l'Etat — à l'Etat représenté par ses administrations économiques, non point par le ministère public ; et, dans tous les cas où les deux contractants ont participé à la violation de l'ordre public, la nullité devrait avoir pour épilogue la confiscation, au profit du Trésor, des prestations accomplies, plutôt que leur restitution à celui qui les a faites. Mais, par la suite, le consumérisme a pris forme, et c'est d'une autre manière, associative, non étatique, que l'on a essayé de suppléer à la faiblesse de l'action individuelle. Les associations de consommateurs (et les unions d'associations familiales) ont obtenu de la l. 5 janv. 1988 (cf. C. Consom. a. L. 421-7, 422-1) une part du pouvoir que ni le ministère public ni l'administration n'avaient loisir ou envie d'exercer : elles peuvent intervenir dans le procès civil comme champion d'un client, afin de demander l'annulation du contrat. C'est une privatisation remarquable et discutable d'une fonction de l'Etat (cf. G. Viney, *J.C.P.*, 88, 1, 3355).

[76]

## THÉORIE JURIDIQUE

Le recul du libéralisme, sensible dès l'entre-deux-guerres et accentué depuis, avait mis en relief l'ordre public. De là, des études théoriques importantes : Ripert, *L'ordre économique et la liberté contractuelle, Etudes Gény*, 1934, II, p. 347 s. (c'est cette brève étude qui a fondé la théorie de l'ordre public économique) ; Julliot de La Morandière, *L'ordre public en Droit privé interne, Etudes Capitant*, 1939 ; Malaurie, *L'ordre public*

et le contrat, *Etude de Droit civil comparé, France, Angleterre, U.R.S.S.*, Th. Paris, 1951 (la différence y est soulignée entre l'ordre public judiciaire, conservateur et traditionaliste, et l'ordre public législatif, volontiers révolutionnaire) ; Farjat, *L'ordre public économique*, Th. Dijon, 1963 (spéc., p. 309 pour la sanction) ; Rozès, L'ordre public en droit du travail, *Droit social*, 1977, 311 (l'ordre public y présente cette originalité d'être à sens unique : il n'interdit pas des conventions plus favorables au salarié). Essais de définition de l'ordre public dans les conclusions du procureur général Matter, sous Civ. 4 mai 1931, D. 31, 1, 67. Sur l'ordre public de protection, cf. Couturier, *Etudes Flour*, 1979, 95 ; G. Viney, *J.C.P.*, 79, 2, 19139 (protection du consommateur). Et après ? v. Revet *et al.*, *L'ordre public à la fin du xx<sup>e</sup> s.*, 1996.

La théorie de la fraude à la loi paraît avoir fait son entrée officielle en France par le droit international privé, au préjudice d'une plaideuse un peu calomniée, la princesse de Bauffremont, qui s'était fait naturaliser en Allemagne pour transformer, à la faveur d'une loi germanique, sa séparation de corps en divorce et échapper ainsi à l'application de la loi française consacrant alors l'indissolubilité du mariage. La Cour de cassation (Civ. 18 mars 1878, S. 78, 1, 193, 1<sup>er</sup> sept., D. 78, 1, 201) déclara que la naturalisation et le divorce, ayant eu lieu en fraude de la loi française, étaient inopposables au mari. C'est dire que la théorie dépasse de beaucoup la simple question de la validité des contrats en droit interne. On peut la trouver, d'ailleurs, plus facilement admissible en droit international privé qu'en droit interne car la loi française, n'ayant pas les moyens de se prémunir contre les possibilités qu'ouvrent les lois étrangères, peut sembler avoir besoin contre elles d'une protection particulière, tandis que, contre les possibilités qu'elle a ouvertes elle-même, il lui appartenait de pourvoir à sa propre sûreté ; si elle ne l'a pas fait, n'est-ce pas qu'elle entendait laisser liberté aux individus ? De fait, le postulat libéral a conduit des auteurs (v. Planiol-Esmein, n° 347) à nier, dans son principe même, la théorie de la fraude à la loi. Peut-être pourrait-on y voir un aspect parmi d'autres de la théorie générale de la fraude (telle qu'elle s'exprime dans la maxime *Fraus omnia corrumpit*) — qui s'entend d'une fraude aux droits d'autres individus (ex. Civ.<sup>1</sup> 17 mars 1992, D. 93, Somm. 23), et non d'une fraude à l'autorité de la loi (dans le cas de l'a. L. 751-11, C. Tr., on pourrait dire qu'il y a fraude aux droits du voyageur de commerce ; dans le cas de la l. 1<sup>er</sup> sept. 1948, a. 21, fraude aux droits du locataire, etc.). Il est vrai qu'on a proposé, tout à l'inverse (v. J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, Th. Toulouse, 1957, et D. 1963, 149), de rétablir l'unité entre la fraude à la loi et la fraude aux tiers par la notion de fraude à la règle juridique (générale ou individuelle) ; ainsi, dans la fraude paulienne il y aurait fraude à la loi du contrat. Ce qui est certain, c'est qu'il a existé, de tout temps, un comportement antijuridique, bien caractérisé, consistant à ruser avec la loi, au lieu de la violer ouvertement, et c'est ce comportement que la théorie de la fraude à la loi a voulu atteindre. Mais était-il besoin pour cela de parler de fraude (= intention de nuire), de mettre, comme on fait habituellement en France (cf. Desbois, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, Th. Paris, 1927), le centre de gravité de la théorie dans l'état de conscience des contractants ? On eût pu se placer entièrement du côté de la loi (ce que fait la doctrine allemande, qui met l'accent moins sur l'intention des contractants que sur cette constatation objective que la loi est tournée, contournée, *Umgehung des Gesetzes* ; cf. Ligeropoulos, *La fraude à la loi*, Th. Aix, 1928 ; von Tuhr, § 31, IV). Là où la loi n'est pas d'interprétation littérale, sa violation indirecte (la violation de

son esprit) doit tout naturellement être assimilée à la violation de sa lettre. Le centre de gravité n'est plus alors dans la psychologie des contractants, mais dans celle de la loi. Enfin, dans le cas, toujours cité, du prodigue à la veille d'être pourvu d'un conseil judiciaire (depuis 1968, d'un curateur), on ne remarque pas assez que, bien plus qu'une fraude à la loi, c'est un mépris de l'autorité judiciaire qui est sanctionné, une façon de *contempt of court*.

a) *Notions de l'ordre public*. — Civ. 4 déc. 1929, S. 31, 1, 49, n. Esmein, a affirmé, du moins dans ses formules, qu'il pouvait y avoir atteinte à l'ordre public même en l'absence d'une prohibition expresse de la loi. Mais les juges qui croient reconnaître cet ordre public virtuel dans une disposition légale doivent motiver leur décision (ex. dans Mercadal, De l'exception d'ordre public, *Mélanges Breton-Derrida*, 1991, 241 s.). Le principe est que les lois ne sont pas d'ordre public (Com. 4 déc. 1990, D. 91, 328 ; cf. *supra*, n° 69). — Dans Civ. 23 juin 1942, *G.P.*, 42, 2, 210, on peut relever ce motif : « Attendu que le caractère impératif de cette extension, correspondant au rôle social de l'assurance, en même temps qu'aux intérêts légitimes de l'assuré et éventuellement des tiers à l'encontre des entreprises d'assurances dont ils subissent les exigences, intéresse l'ordre public... » Une idée s'en dégage : que les règles de certains contrats seraient plus naturellement que d'autres impératives, en raison de l'importance de ces contrats pour la collectivité, ou de l'inégalité entre contractants. — Civ. 22 mars 1944, S. 45, 1, 82, souligne la dépendance de la notion à l'égard de l'opinion publique. — Le catalogue jurisprudentiel de l'ordre public et des bonnes mœurs recouperait largement celui de la cause illicite ou immorale. La jurisprudence civile abondante qu'avait suscitée, à partir de 1942, la réglementation des prix aurait pu être une illustration de la notion d'ordre public économique. Il faut, cependant, observer que, si certains arrêts, pour annuler les ventes conclues au-dessus du prix de la taxe, les ont déclarées contraires à l'ordre public (ex. Com. 29 nov. 1950, *G.P.*, 51, 1, 80), d'autres ont fait appel à la théorie de la cause illicite (ex. Com. 25 oct. 1949, *J.C.P.*, 49, 2, 5225), sans que l'on puisse apercevoir les motifs de la différence. De l'ordre public monétaire, deux applications doivent être citées : la prohibition de certaines clauses d'indexation (v. Tendler, *Indexation et ordre public*, D. 77, chr. 245 ; cf. t. III, n°s 35 s.) et l'illicéité des conventions conclues en fraude du contrôle des changes (ex. Civ.<sup>1</sup> 22 janv. 1975, *J.C.P.*, 75, 4, 79 ; Com. 9 mai 1983, *J.C.P.*, 83, 2, 20045).

b) *Régime de l'ordre public*. — 1° *Renonciation aux lois d'ordre public*. La renonciation anticipée est nulle : ex. Civ.<sup>1</sup> 22 nov. 1977, *Bull.*, n° 431 ; Civ.<sup>1</sup> 3 avr. 1979, *Bull.*, n° 109 ; Civ.<sup>1</sup> 27 juin 1995, *J.C.P.*, éd. Not. 96, 2, 469 ; Civ.<sup>1</sup> 9 déc. 1997, *R.T.*, 98, 670. En revanche, il est permis de renoncer aux effets déjà acquis d'une loi d'ordre public, Civ.<sup>3</sup> 27 oct. 1975, *Bull.*, n° 310 ; Civ.<sup>3</sup> 12 juin 1979, *J.C.P.*, 81, 81, 2, 19494 (2<sup>e</sup> esp.) ; Civ.<sup>1</sup> 6 janv. et 19 mars 1998, *R.T.*, 98, 671, n. J. Mestre.

2° *Sanction de l'ordre public*. Si des hésitations se produisent entre nullité absolue et nullité relative, c'est que la distinction des deux ordres publics, direction et protection, est elle-même hésitante : en protégeant les salariés, la loi favorise la paix sociale, donc la production ; en instituant un contrôle des prix, elle combat l'inflation, mais protège aussi le consommateur. Dans cette dernière hypothèse, on aurait pu songer à sanction-

ner la vente conclue en violation du contrôle par une nullité relative au seul bénéficiaire de l'acheteur, ou même, plus adéquatement encore, par une simple réduction au prix licite, une sorte de révision pour lésion. Mais la Cour de cassation avait opté pour la *nullité absolue* : Req. 9 déc. 1946, *G.P.*, 47, 1, 62, *R.T.*, 47, 199 ; cf. *R.T.*, 42, 70. Il est pourtant peu rationnel d'ouvrir l'action en nullité au vendeur qui, sauf exception, a à se reprocher la faute principale contre l'ordre public. On aurait pu essayer d'arrêter son action par la maxime *Nemo auditur...* Plus directement, il semble qu'on aurait été fondé à lui opposer une règle de style dans toutes les réglementations du commerce (a. L. 122-1 C. Consom. ; cf. *supra*, n° 33) : le détenteur d'un produit ne peut refuser de le vendre ; plutôt que de prononcer la nullité à la requête du vendeur pour ensuite obliger celui-ci, sur la demande de l'acheteur, à vendre de nouveau mais au prix licite — autant décider immédiatement, par une sorte de contraction, que la vente sera maintenue après réduction du prix. Plus récemment, cependant, la Cour de cassation a dégagé de l'ordre public économique l'ordre public de protection et lui a donné la sanction logique d'une nullité de protection, d'une nullité relative : Soc. 21 mars 1978 (clause de non-concurrence dans le contrat de travail, *D.* 78, *I.R.*, 386) ; Civ. 21 janv. 1992 (*J.C.P.*, 92, 1, 3591, n° 5 ; contrat de prêt sans mention du taux effectif, 1. 28 déc. 1966, a. 4 ; limiter les taux pourrait relever d'une politique de direction, mais ici il ne s'agit que de l'obligation d'informer l'emprunteur). On a même vu poindre la nullité relative dans un domaine où l'on aurait attendu l'ordre public de direction : Toulouse, 5 mars 1975 (pour une indexation illicite ; la clause nulle est susceptible de confirmation, *D.* 75, 772, *J.C.P.*, 75, 2, 18135). L'explication aurait pu être celle-ci : que, dans la violation de l'ordre public, la partie qui a commis une faute plus grave que l'autre doit être, de ce chef, privée d'action. Mais, plus récemment, il semble que la Chambre commerciale (3 nov. 1988, *D.* 89, 94 n. Malaurie) soit revenue à la solution orthodoxe : l'indexation illicite est frappée d'une nullité absolue et n'est susceptible ni de confirmation ni de ratification.

## [78] 2 | LA JUSTICE CONTRACTUELLE

Suivant les postulats du libéralisme, c'est à chacun des contractants de s'assurer que, dans la formation du contrat, la *justice commutative* a été observée à son égard. La présomption est qu'un contrat est juste — pour parler moins ambitieusement, qu'il n'est pas mauvais — s'il a été accepté librement, parce qu'il est raisonnable de penser qu'un individu capable est sensible à ses intérêts et en a une suffisante intelligence. Il est des cas, cependant, où la loi permet à une partie de renverser la présomption et de faire annuler ou redresser le contrat, en démontrant qu'il est injuste. La justice commutative devient ainsi, par exception, une condition de validité du contrat — la justice commutative, telle que la collectivité l'apprécie, non pas telle que, par hypothèse, l'individu l'avait appréciée en consentant à

contracter. L'Etat prend fait et cause pour le contractant victime de l'injustice, en lui donnant les moyens de se dégager du contrat injuste ou de le rééquilibrer. Ces mesures — d'ailleurs toujours *exceptionnelles* — de justice contractuelle sont apparues dès le C. Nap. dans le *droit classique*, avant d'être renouvelées de nos jours dans le *droit de la consommation*.

### I. — La justice contractuelle dans le droit classique

Ne porter de tort à personne, *neminem laedere*, c'est comme un axiome, venu du droit romain. Si un contractant est lésé par le contrat, il devrait pouvoir réclamer justice. Mais il ne dispose pas d'un moyen général à cette fin : seulement de moyens particuliers, limités par leur histoire, et variables selon la forme sous laquelle se présente la lésion.

Aujourd'hui, les philosophes, stimulés par l'œuvre de John Rawls, s'intéressent vivement à la théorie de la justice (v. *Introduction*, n° 51 ; cf. *Arch.*, 81, L'utile et le juste ; Ricœur, *Le juste*, 1995) ; mais leur souci de la justice sociale, dont l'actualité est plus criante, les détourne de cette justice interindividuelle qu'est la justice contractuelle, à laquelle Aristote avait donné des modèles. La justice contractuelle prédomine, au contraire, chez X. Dijon, *Droit naturel*, I, 1998, p. 335 à 428. La proportionnalité (les moyens doivent être proportionnés aux fins) est un aspect de la justice souvent évoqué dans les décisions du Conseil constitutionnel ou de la C.E.D.H. Cf. S. Pech-Le Gac, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, Th. Paris XI, 1997.

#### ► La lésion au sens technique

C'est le préjudice pécuniaire que cause à l'une des parties l'*inegalité de valeur* entre la prestation qu'elle fournit et celle qu'elle reçoit. Ne sont ici visés que les contrats passés par des majeurs capables (cf. *supra*, n° 53).

a) *Domaine où la lésion est prise en considération.* — Le défaut d'équivalence qui constitue la lésion n'a de sens que par rapport à un contrat : 1° à *titre onéreux* (si un contractant a eu la volonté de s'appauvrir au profit de l'autre, ce qui est proprement l'intention libérale, il ne subit pas de préjudice) ; 2° *commutatif* (l'aléa exclut la lésion, *supra*, n° 20) ; 3° *synallagmatique* (la lésion, ce qui la différencie de l'usure, suppose une comparaison interne, entre les objets respectifs de deux obligations mutuelles). Les contrats répondant à cette triple qualification ne sont pas, d'ailleurs, tous et toujours ouverts à la recherche de la lésion. L'a. 1313 marque le caractère doublement exceptionnel de cette recherche.

1° *Dans quels cas on a égard à la lésion.*

— *Cas expressément prévus par le C.C.* — Deux : la lésion du copartageant (a. 887, al. 2 ; sauf a. 1075-1) ; celle du vendeur d'immeuble (a. 1674).

Le *partage* (qui est une convention) peut être rescindé quand l'un des copartageants a reçu un lot inférieur de plus du quart à celui qu'il aurait dû recevoir si les évaluations avaient été correctes. La lésion commence plus tôt qu'ailleurs : c'est que le partage est un acte forcé (a. 815). Outre qu'il a d'ordinaire des aspects de droit familial : au sein de la communauté d'héritiers doit régner une fraternité qui exclut que l'un puisse faire une (trop) bonne affaire aux dépens de l'autre, ce que le droit tolère, en général, entre étrangers.

La rescision de la *vente immobilière* peut être demandée par le vendeur, s'il a consenti à la vente pour un prix inférieur de plus des 7/12 à la valeur réelle de l'immeuble (au juste prix, dit l'a. 1681) : ex. il a vendu pour moins de 500 000 F une maison valant 1 200 000 F. Cette protection, pour des raisons historiques, n'a été accordée qu'aux propriétaires fonciers : le C.C. ne prend en considération ni la lésion dans les ventes *mobilières* ni, dans les ventes immobilières, la lésion de l'acheteur (a. 1683). Par application du principe que l'aléa exclut la lésion, la vente d'immeuble à rente viagère (a. 1968) est insusceptible de rescision.

— *Cas admis en dehors du C.C.* — Au xx<sup>e</sup> s., des lois spéciales ont admis la rescision pour lésion dans quelques cas nouveaux : vente d'engrais et de semences lorsque l'acheteur a été lésé de plus du quart (l. 8 juill. 1907, 10 mars 1937) ; cession du droit d'exploitation d'une œuvre lorsque l'auteur a subi un *préjudice* de plus des 7/12 (C. Pr. Intell., a. 131-5) ; convention d'assistance ou de sauvetage maritime, lorsque la rémunération promise apparaît inéquitable, compte tenu notamment du service rendu (l. 7 juill. 1967, a. 10, 15, 16). En outre, les tribunaux se reconnaissent, depuis toujours, le pouvoir de contrôler si, dans le mandat et, plus largement, dans les contrats passés par les membres des professions libérales avec leurs clients, la rémunération stipulée n'est pas hors de proportion avec la valeur du service : cette exigence de justice commutative concerne, notamment, les honoraires des agents d'affaires, avocats, médecins, chirurgiens.

2° *Sous quelles conditions on a égard à la lésion.* — La rescision n'est pas subordonnée à la preuve d'une faute qu'aurait commise l'un des contractants en exploitant les besoins de l'autre. Il n'est pas davantage nécessaire de démontrer que le consentement de la partie lésée n'a pas été libre : la lésion n'est pas un vice du consentement, et

la rescision doit être prononcée dès lors qu'existe objectivement, mathématiquement, la disproportion retenue par la loi.

Mais on n'a égard qu'au préjudice qui a existé au *moment* de la formation du contrat ; c'est à ce moment-là qu'il convient de se reporter pour évaluer (a. 890, 1675). Une lésion postérieure serait sans influence (cf. a. 1306). C'est la règle du jeu contractuel qu'un contractant ne puisse attendre, pour se décider, de voir comment les choses vont tourner (cf. *supra*, n° 22). A ce principe, toutefois, il est fait exception pour la promesse *unilatérale de vente*, qui s'accomplit en deux temps (échange des consentements, formant la promesse, puis déclaration du bénéficiaire, levée de l'option, formant le contrat définitif, v. *supra*, n° 15). Or, l'immeuble faisant l'objet d'une promesse doit être évalué non pas au jour de celle-ci, mais au jour de la levée de l'option. Cette solution, incompatible avec l'idée que la lésion serait un vice du consentement du vendeur, a été admise par une jurisprudence constante avant d'être expressément consacrée (a. 1675) par la l. 28 nov. 1949. On a voulu par là protéger le promettant contre la dépréciation de la monnaie entre la promesse et sa réalisation ; c'est, en somme, un cas d'imprévision (cf. *infra*, n° 145) qui est ainsi sanctionné sous le couvert de la rescision pour lésion.

b) *Sanction de la lésion.* — Dans les hypothèses classiques de lésion (a. 887, 1674), l'action ouverte à la partie lésée tend, en première ligne, à la *rescision*, c'est-à-dire à la nullité (relative) du contrat. Cependant, il n'appartient qu'à l'autre contractant de la transformer en une action aux simples fins de révision, car il peut toujours empêcher l'annulation en offrant un supplément de part (a. 891) ou un supplément de prix (a. 1681, et même, dans ce cas, sous une déduction de 1/10, ce qui lui permet de conserver quelque chose de la bonne affaire initiale). En dehors du C.C., au contraire, c'est directement à une révision du contrat, à une réduction du prix excessif, que tend l'action de la partie lésée.

#### ► *Les formes secondaires de la lésion*

Ce sont des formes secondaires de l'injustice contractuelle, historiquement et même rationnellement distinctes de la lésion au sens technique.

a) *Les contrats usuraires.* — L'intérêt est le prix que l'on est disposé à payer pour l'usage d'une somme d'argent. C'est le fruit (a. 584), le revenu d'un capital. L'usure (le mot a un sens péjoratif) est un intérêt excessif, donc injuste. Cette sorte d'injustice contractuelle a son applica-



tion la plus immédiate dans le prêt à intérêt (a. 1905 s.) auquel est légalement assimilée la vente à tempérament. C'est à propos de ces deux contrats que le C. Consom. (a. L. 313-1 s.), dans lequel s'est fondue la législation antérieure, a défini les *critères* de l'usure et ses *sanctions*.

1° *Critères*. L'injustice ne résulte pas ici, comme dans le cas de la lésion, d'un défaut d'équivalence entre prestations réciproques : il faut, pour faire apparaître le caractère usuraire, comparer le taux constaté en l'espèce à un taux normal d'intérêt.

— Le taux constaté, c'est le *taux effectif global* (T.E.G.), global parce que doivent y être inclus tous les frais accessoires à la charge de l'emprunteur (a. L. 313-1). Il doit être mentionné par écrit.

— La *norme* (a. L. 313-3), le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit pour des opérations de même nature comportant des risques analogues. Il peut ainsi coexister plusieurs taux selon les différentes catégories d'opérations (crédit immobilier, prêts personnels, etc.).

— Les *seuils d'usure*. Il n'y a pas usure dès que le T.E.G. dépasse la norme, mais seulement s'il la dépasse de plus du tiers. Ces seuils d'usure sont déterminés par une procédure administrative et sont publiés au *J.O.* (C. Consom. a. D. 313-6).

2° *Sanctions*. A lire l'a. L. 313-5 dans son al. 1<sup>er</sup>, il semble qu'un fait isolé d'usure pourrait constituer un délit pénal. Mais le texte évoque plus loin une entreprise, et le C. Consom. est conçu pour des prêteurs professionnels, à tout le moins habituels (a. L. 311-2). Au civil, la sanction consistera non pas dans l'annulation du contrat, mais dans la réduction des intérêts excessifs, le trop-perçu étant sujet à imputation ou restitution (a. L. 313-4).

b) *Les contrats léonins*. — On appelle ainsi, en souvenir de la fable antique (de la société de chasse que le roi lion avait formée avec d'autres animaux), un contrat agencé de telle manière que tous les profits à en attendre soient pour l'un des contractants ou toutes les pertes pour l'autre. C'est dans le contrat de société que le C.C. a spécialement interdit cette sorte d'iniquité contractuelle (a. 1844-1, al. 2). Mais on pourrait qualifier semblablement de combinaisons léonines les contrats aléatoires dans lesquels les chances de gain ne sont pas égales des deux côtés (ex. vente à rente viagère passée entre un vivant et un mourant, a. 1975).

c) *L'excès de cautionnement*. — S'engager pour autrui est un acte dangereux. L'a. L. 313-10 C. Consom. protège les cautions en sanctionnant les créanciers quand ceux-ci sont des professionnels du crédit. Il n'est pas besoin d'imputer à ceux-ci une faute (un dol, une violence psy-

chologique) : c'est le défaut d'équivalence qui est décisif. L'engagement était manifestement disproportionné aux biens et aux revenus de la caution (cf. l'excès dans l'a. 491-2). Le contrat de cautionnement n'est pas, pour autant, sujet à nullité ; le banquier est seulement privé du droit de s'en prévaloir. Ce n'est qu'une suspension de l'action en exécution dirigée contre la caution ; suspension indéfinie, mais qui prendra fin si, à l'échéance, la caution a recouvré un patrimoine suffisant.

[79] II. — La justice contractuelle dans le droit de la concurrence.

La loi du 10 janvier 1978 sur la protection des consommateurs avait mis en relief une notion nouvelle (rivale éventuelle de la notion de lésion dans la fonction protectrice), *l'abus de puissance économique à l'effet d'obtenir un avantage excessif* — notion composite où se retrouvaient à la fois le sens subjectif et le sens objectif de la lésion : une violence et un déséquilibre contractuel (entre le prix et la chose, le prix et le service). C'est ce second aspect qu'a retenu une loi modificative du 1<sup>er</sup> février 1995 (qui a calqué une directive européenne), en visant la présence d'un *déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties*. Le but social de la loi, transfusée dans le C. Consom. a. L. 132-1 s., est d'interdire dans les contrats d'adhésion les clauses marquées d'abus en les réputant non écrites. Cependant, afin de ne pas sacrifier trop aisément les nécessités de la production aux soupçons des consommateurs, afin aussi d'assurer une unité dans le traitement des clauses litigieuses, le texte n'a pas lancé purement et simplement la notion nouvelle dans notre système juridique, à la disposition directe des parties et des juges. Elle en a subordonné l'application à un préalable administratif, à base de consultations s'achevant sur des décrets.

Le pivot de ce préalable est la *commission dite des clauses abusives* (a. L. 132-2), où figurent des professionnels et des représentants des associations de consommateurs : informée des modèles de convention habituellement proposées par les professionnels aux consommateurs, il lui appartient de rechercher s'ils contiennent des clauses qui pourraient présenter un caractère abusif et, en conséquence, d'émettre des *recommandations* tendant éventuellement à leur suppression ou à leur modification. Au gouvernement de mettre en œuvre, s'il l'estime bon, ces recommandations, ce qui se fera par décrets en Conseil d'État. Le décret trace ainsi une ligne séparative entre les clauses suspectes.

a) *Clauses décrétées d'abus*. — Avant 1995, il n'y avait eu, semble-t-il, de décret que celui du 24 mars 1978, interdisant les clauses de non-responsabilité (cf. *infra*, n° 177). Mais en annexe au C. Consom., la loi du 1<sup>er</sup> février 1995 a publié une longue liste — indicative et non exhaustive, est-il précisé — de clauses qui *peuvent* être regardées comme abusives si elles répondent aux critères de l'a. L. 192-1, al. 1<sup>er</sup>. Il n'y a donc là que des présomptions d'abus, et le demandeur n'est pas dispensé d'apporter la preuve du caractère abusif de la clause qu'il attaque. S'il a fait cette preuve, la clause est réputée non écrite, ce qui est l'équipollent de l'inexistence.

b) *De l'abus sans décret*. — Avant 1995, la Cour de cassation avait reconnu aux juges le pouvoir de déclarer des clauses abusives même en l'absence de décret, à condition de se conformer eux-mêmes aux critères légaux de l'abus. Cette jurisprudence a été vidée d'une large part de son intérêt par la liste étendue du C. Consom. Il ne semble pas qu'elle ait été condamnée pour autant (arg. « liste *non exhaustive* »).

## [80] ÉTAT DES QUESTIONS

### I. — *La lésion*

B.G. — Ghestin, n°s 760 s. (lésion), n°s 612 s. (protection du consommateur) ; D. Mazeaud, *Lésion*, in *Rép. dr. civ. Dalloz*, 1997. — Sur la l. 28 déc. 1966 (usure), Gavalda et Stofflet, *Droit bancaire*, 1994 ; M. Boizard, *Régime juridique et fiscal des intérêts*, Th. Paris I, 1986. — Sur les *clauses léonines* dans le contrat de société, P. Didier, *Dr. comm.*, II, 1997, 59 s.

### HISTOIRE

a) La philosophie de la *justice contractuelle* a ses racines chez Aristote (*Ethique de Nicomaque*, livre V ; cf. Despotopoulos, La notion de synallagma, *Arch.*, 68, 126, et *Aristote sur la famille et la justice*, Athènes, 1983). On pourra suivre les développements de l'idée jusqu'à notre époque avec J.-M. Poughon, *Histoire doctrinale de l'échange*, 1987, où ce contrat spécial (a. 1702 s.) est présenté remarquablement comme « idéal-type » de l'équilibre contractuel.

b) Deux constitutions attribuées à Dioclétien (sans doute par interpolation ; cf. Monier, II, n°s 110-3) ont joué un rôle capital dans la formation de la théorie de la *lésion*, à l'origine de notre a. 1674 : elles permettent au vendeur d'immeuble de faire rescinder la vente si le prix stipulé est inférieur de moitié au juste prix (C. Just., 4, 44, 2 et 8). L'innovation est généralement mise en rapport avec la doctrine des Pères de l'Eglise (en particulier saint Ambroise), qu'il y a péché à ne pas contracter au juste

prix. Ce n'était, cependant, qu'une disposition partielle. Les glossateurs, au Moyen Age, se livrèrent sur elle à un travail d'interprétation extensive. Parallèlement, les théologiens (saint Thomas d'Aquin) et les canonistes édifièrent une théorie générale de la justice commutative dans les contrats, sous la double influence de l'*Ethique* d'Aristote et de la prohibition biblique de l'usure. Dans quelle mesure leur idéal du juste prix (et du juste salaire) influença réellement la pratique coutumière, c'est une autre question. On relève une constante des taxations ; mais, plus qu'aux sentiments chrétiens, elle a dû sans doute aux nécessités de la police administrative. Ce qui peut être rapporté sûrement à l'action de l'Eglise, c'est la prohibition catégorique (encore que fréquemment tournée) de l'*usure* (au sens latin du mot, c'est-à-dire de tout *intérêt*, fût-il modéré, et *a fortiori* de l'intérêt excessif ; cf. Timbal, I, 232 s.). A partir du XVI<sup>e</sup> s., une réaction se dessine contre tout interventionnisme moralisant dans le contrat. La Réforme est souvent citée à cette occasion, pas toujours avec assez de nuances, ainsi que l'a montré Tawney (*La religion et l'essor du capitalisme*, trad. Labrousse, 1951). La prohibition du prêt à intérêt fut abolie dans les Etats protestants ; mais, sur l'intérêt excessif, les prix injustes, et généralement sur la cupidité, les théologiens de la Réforme n'eurent pas de positions plus indulgentes que les autres ; et la conception de la lésion nouvelle manière (exploitation de l'homme par l'homme) paraît être née en pays luthérien. Pothier (*Obl.*, n°s 33 s. ; *Vente*, n°s 242 s.) utilise encore les instruments de la tradition romano-canonique : lésion, juste prix, en leur donnant une apparente généralité, qui peut sembler s'harmoniser avec son rigorisme janséniste contre tout prêt à intérêt (cf. R. Tavenaux, *Jansénisme et prêt à intérêt*, 1977). Mais on remarquera que, laïcisateur méconnu, il refoule le juste prix dans le for de la conscience, c'est-à-dire dans le domaine de la morale et de la religion ; sur le plan juridique (dans le for externe), il ne laisse de place qu'à la lésion d'outre-moitié subie par le vendeur d'immeuble, à la lésion de plus du quart subie par le copartageant. C'est déjà à peu près le C.C.

La Révolution proclama la liberté du prêt à intérêt (d. 3-12 oct. 1789) et se montra hostile à la rescision pour lésion, que le 2<sup>e</sup> projet de Cambacérès abolissait même radicalement (c'est que l'institution, surtout conçue en faveur des vendeurs d'immeubles, paraissait tendre à la conservation des fortunes aristocratiques obérées). En fait, à cette époque, la chute des assignats donna à la théorie de la lésion une importance inattendue (cf. F. Boulanger, *Trav. de la Fac. de droit de Paris, Sciences historiques*, n° 9, 1966, p. 53 s.) : tous les vendeurs à crédit l'invoquèrent pour essayer de se dégager de conventions que la dépréciation monétaire leur rendait désavantageuses (la situation s'est reproduite à partir de 1920, entraînant une semblable multiplication des actions en rescision). La Convention vit clairement le danger que peut présenter pour le nominalisme monétaire une institution qui, à chaque instant, remet en cause la valeur des biens, et un d. 14 fructidor an III vint à la fois supprimer la rescision pour lésion dans les ventes à venir et la suspendre dans les ventes déjà conclues. En l'an V, la suspension fut levée, et la rescision rétablie. Le souvenir des événements de l'an III et de cette poussée un peu spéculative d'actions en rescision n'a pas été étranger aux restrictions (délai préfix, expertise) dont le C.C. a entouré le principe de l'a. 1674. Mais Bonaparte, qui avait pu éprouver la détresse de ces vieux « palais » corses sur lesquels soufflaient les rafales de la pauvreté, devait tout de même apprécier l'humanité d'une rescision réservée aux vendeurs d'immeubles.

## ÉCONOMIE POLITIQUE

Les incertitudes de la théorie économique de la valeur ont été mises à profit par les adversaires libéraux de la rescision pour lésion (ex. Accollas, II, p. 761, III, p. 323). Si la valeur est, par essence, relative et subjective, toute recherche d'une prétendue valeur véritable est vaine, et la rescision n'a plus de fondement rationnel (cf. Beudant-Lagarde, n° 251). L'Ancien Droit n'ignorait pas cette subjectivité possible de la valeur, et admettait que le prix *d'affection* pût déroger au juste prix (cf. Pothier, *Vente*, n° 243). Cependant, on peut répondre que, dans une économie de marché, il existe une valeur objective, qui est la valeur vénale.

Suivant la l. sept. 1807, le taux plafond, au-dessus duquel il y avait usure, était de 5 % en matière civile (de 6 % en matière commerciale). Pour le quatrième trimestre de 1999, un Avis de septembre 1999 présentait, selon la loi *Neiertz*, les différents seuils de l'*usure* : ex. 7,61 % pour les prêts immobiliers à taux fixe ; 15,36 % pour les financements d'achat à tempérament par les particuliers ; 11,75 % pour les découverts en compte des entreprises. Par ces chiffres que l'on aurait regardés avant 1914 comme quelque peu orientaux, on entrevoit la difficulté de faire vivre un droit des obligations conçu pour la stabilité monétaire dans une économie surfant sur l'inflation, ou même sur le souvenir et la crainte de l'inflation. Pour quelques difficultés d'application, v. Cabrillac et Teyssié, *R.T. dr. commercial*, 90, 618 (évaluation du T.E.G.) ; D. Martin, D. 94, 550 et 95, 213 (exigence de l'écrit). Aux plafonds légaux, c'est le taux affectif global qui doit être comparé, incluant toutes les sommes versées à un intermédiaire, lors même qu'elles auraient été stipulées dans des actes séparés, Crim. 12 nov. 1998, D. 99, I.R. 42. A relever que beaucoup d'États de l'U. E. se passent d'une législation de l'usure.

## POLITIQUE LÉGISLATIVE

Au paroxysme du libéralisme économique, le XIX<sup>e</sup> s. eût volontiers aboli les a. 1674 s., tandis que le XX<sup>e</sup> les aurait plutôt développés, dans une ferveur toute médiévale pour la justice contractuelle. A la vérité, c'est la dépréciation de la monnaie qui, entre 1914 et 1990, avait donné à la matière une animation sensible, la révision pour lésion pouvant jouer (bien qu'après coup) un peu le même rôle que les clauses d'indexation (cf. t. III, n° 28), en tant que garantie contre l'inflation. Mais, à l'heure actuelle, dans le retour au franc stable et dans la perspective de l'euro, cet intérêt proprement monétaire de la théorie s'est effacé. Cependant, à défaut de la lésion collective par la monnaie, il existe toujours une lésion par injustice interindividuelle.

Pour la combattre, d'ailleurs, la préférence législative va, plutôt qu'à la lésion mathématique sur le modèle du C.C., à une lésion subjectivement conçue, dont le § 138 B.G.B. (élargi en 1976 pour venir en aide à ceux qui, simplement, manquent de jugement ou de volonté) et l'a. 21 C.O. avaient fourni des formules (cf. C.C.It., a. 1448). Ex. du C.O. « En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'*exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience* »).

Quelque formule qu'on en donne, la rescision pour lésion n'apparaît plus aujourd'hui comme l'instrument le plus efficace de la justice contractuelle. Elle est trop

individualiste : on accorde une action à l'individu, mais osera-t-il s'en servir ? Pour un temps, les procédés d'économie dirigée (contrôle des prix, salaire minimum), avec un appareil répressif pour en garantir l'exécution, ont semblé aptes à réaliser une justice de masse. Puis est venu le droit de la consommation, le droit de la concurrence. Un peu partout, Grande-Bretagne, Weir, *R.I.D.C.*, 81, 7 ; Allemagne, Rieg, *Etudes Rodière*, 1981, 221.

## THÉORIE JURIDIQUE

a) Quand il s'agit d'analyser la *nature juridique de la lésion*, deux grandes tendances se font jour, objective et subjective (cf. Valmont, *Fondement juridique de la lésion entre majeurs*, Th. Paris, 1948). Les uns voient *objectivement* dans la lésion un déséquilibre économique, un manque d'*équivalence* entre les prestations (Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en Droit civil français*, Th. Toulouse, 2 vol., 1920 ; Pérot-Morel, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, Th. Grenoble, 1961 ; Chauvel, *Droits*, 90 [12], 93) ; parfois, on a même essayé de donner à la conception plus de précision en parlant d'une insuffisance de cause, d'un défaut partiel de la *cause* (cf. Gueguen, *Renouveau de la cause, en tant qu'instrument de la justice contractuelle*, D. 99, chr. 352). Les autres, cependant, se font de la lésion une conception *subjective* ; ils la cherchent en la personne des contractants. L'analyse la plus simple est celle que suggère l'a. 1118 : la lésion est un *vice du consentement* (vice présumé) : la partie lésée a commis une erreur sur la valeur (v. cep., des différences, Breton, S. 32, 1, 17, ou du moins des nuances, Malaurie, D. 57, 313) ; ou bien elle a cédé à cette sorte de violence qu'est la nécessité. Mais on peut aussi s'attacher à l'état d'âme de la partie profiteuse : il y a *faute*, acte illicite, *délit* (cf. *neminem laedere* ; la lésion n'est pas un état passif, c'est une action) à profiter de la situation embarrassée ou de l'inexpérience de l'autre, à l'exploiter (Demontès, *De la lésion dans les contrats entre majeurs*, 1924 ; et *Etudes Capitant*, 1939, p. 171 s.) ; n'est-ce pas, en quelque façon, un *abus du droit* de contracter (cf. Demogue, III, n° 438) ? C'est, en tout cas, un manquement au devoir (chrétien ou républicain) de fraternité, à la règle morale (Ripert, *Règle morale*, n° 70), à la bonne foi (Ossipow, *De la lésion*, Th. Lausanne, 1940, n° 79), aux bonnes mœurs (c'est le point de vue du § 138 B.G.B.).

b) On pourra se demander si l'*usure* n'est pas une notion générale, qui déborde les deux contrats, prêt d'argent et vente à tempérament, où le C. Consom. paraît l'enfermer, et s'impose dans tous les contrats comportant un crédit (ex. une vente à terme) ou même, plus largement, hors contrat, partout où un intérêt est en cause (ex. la pratique des intérêts moratoires, cf. *infra*, n° 169). Cette généralisation ne serait évidemment pas admissible quant à la sanction pénale (cf. a. 111-3, 111-4 N.C.P.). C'est, au contraire, une analogie rationnelle quant à la sanction civile. L'*usure* est une maladie historique et morale de l'intérêt. La part de l'intérêt qui est usuraire selon le diagnostic du droit (donné dans la norme de l'a. L. 313-3 C. Consom.) est frappée d'illicéité, donc d'invalidité : la sanction est, en fait, une réduction.

c) Aujourd'hui, l'*abus* fait la synthèse, en les dépassant, des notions anciennes, lésion, usure, déloyauté, domination), il jette un pont entre droit civil et droit commercial, droit classique et droit de la concurrence. C'est là qu'est l'impardonnable péché du contractant contre l'esprit de la liberté contractuelle. V. pour un très bel essai de théorie, Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, Th. Aix, 1999.

## PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Caractère exceptionnel de la rescision pour lésion*. — Elle ne peut être admise en dehors des cas prévus par la loi (ex. Paris, 12 juill. 1984, D. 84, *I.R.*, 401). La Cour de cassation a rappelé plusieurs fois le principe : ex. Req. 20 mars 1939, S. 39, 1, 183 ; Req. 12 juin 1945, *J.C.P.*, 46, 2, 3203 (pour un apport immobilier en société, opération qui ressemble pourtant fort à une vente d'immeuble) ; Civ.<sup>3</sup> 9 avr. 1970, *J.C.P.*, 71, 2, 16925 ; Civ.<sup>3</sup> 15 janv. 1997, D. 97, 216, *J.C.P.*, 97, 2, 22842. Des arrêts avaient dû autrefois intervenir pour casser des décisions de conseils de prud'hommes qui, statuant en équité, avaient relevé des salaires jugés insuffisants (cf. a. 1135 : suites que l'équité... ?) : Civ. 20 déc. 1852, S. 53, 1, 101 ; Civ. 20 nov. 1906, D. 07, 1, 80. Cf. Soc. 9 oct. 1985, *R.T.*, 86, 342 n. J. Mestre ; Paris, 10 juin 1964, aff. *Johnny Hallyday*, *J.C.P.*, 65, 2, 13980. Partant du principe : il n'est pas facile de découvrir une base légale à la jurisprudence qui se reconnaît le pouvoir de réduire le salaire excessif des mandataires : ex. pour des agents d'affaires, Req. 12 déc. 1911 et 11 mars 1913, D. 13, 1, 129 et 408 ; Com. 23 janv. 1962, *Bull.*, n° 52 ; Civ.<sup>1</sup> 7 mai 1969, *Bull.*, n° 172. On a invoqué la gratuité naturelle du mandat (a. 1986) pour soutenir que le salaire, étant exceptionnel, devait rester sous le contrôle de la justice. Mais la stipulation du salaire, étant licite selon l'a. 1986 lui-même, devrait être irrévocable comme toute convention. La véritable justification vient de l'histoire et de l'équité. Il est, au contraire, apparemment dans les pouvoirs du juge d'annuler un contrat comme léonin, à condition de s'expliquer sur les circonstances d'où il déduit ce caractère que la loi n'a pas défini : Civ. 17 juill. 1949, *J.C.P.*, 49, 4, 150 ; Paris, 22 oct. 1996, *J.C.P.*, 97, 2, 4012, n° 3.

b) *Nature de la lésion*. — La jurisprudence s'inspire de la conception objective (v. *supra*, Théorie juridique), encore que l'on ait pu, avec subtilité, en donner une analyse opposée (H. de Mesmay, *La nature juridique de la lésion*, Th. Paris II, 1981 ; cf. Flour-Aubert, n° 242). La Cour de cassation a consacré la thèse objective *directement*, en refusant de traiter la lésion comme un vice du consentement. Req. 28 déc. 1932, D. 33, 1, 87, et Req. 21 mars 1933, S. 33, 1, 136, D.H. 33, 235, décident ainsi que l'action en rescision de l'a. 1674 ne peut être arrêtée par la preuve que le vendeur n'a subi aucune contrainte morale, que son consentement a été parfaitement libre (l'a. 1677, pourtant, suggère l'idée que la lésion doit se révéler, avant toute recherche de la valeur, par des circonstances extrinsèques : il doit apparaître d'abord non pas peut-être que le consentement n'a pas été libre, mais que tout ne s'est pas passé loyalement, correctement). Cf. Civ. 3 janv. 1951, S. 52, 1, 48, *R.T.*, 52, 235 : des vices du consentement à la rescision pour lésion, pas de passage ; il est bien vrai que l'action de l'a. 1674, avec son formalisme, son expertise, son double jugement, présente la physionomie d'une procédure d'exception, et que d'un procès introduit selon le droit commun on ne saurait faire sortir en chemin une procédure aussi insolite. A ces arrêts, il convient d'ajouter, comme consacrant *indirectement* la même conception, tous ceux qui, dès avant la l. 28 nov. 1949 (a. 1675), se plaçaient au jour de la levée de l'option, et non au jour de l'échange des consentements, pour apprécier la lésion dans les promesses unilatérales de vente (ex. Req. 1<sup>er</sup> août 1924, D. 25, 1, 23 ; Civ. 21 nov. 1949, *J.C.P.*, 49, 2, 5255, 2<sup>e</sup> esp., *R.T.*, 1950, 67 ; cf. *R.T.*, 1948, 225). On pourrait dire, à la rigueur, si l'on ne veut se contenter d'un défaut purement matériel d'équivalence entre les prestations, qu'il y a faute, abus du bénéficiaire à lever l'option *devenue* injuste. Mais on ne peut

certain point dire que le consentement du promettant a été vicié au moment où s'est formé le contrat de promesse de vente, puisque, à ce moment-là, par hypothèse, le prix était l'équivalent de l'immeuble vendu. A cette jurisprudence, on pouvait objecter l'a. 1306, et, plus généralement, que lésion et imprévision sont deux notions techniquement distinctes (cf. *R.T.*, 50, 68).

c) *L'aléa chasse la lésion*. — Le principe est certain, mais il est souvent tourné par des actions en nullité pour vileté du prix, défaut de cause, ou en résolution pour inexécution, cf. Y. Dagorne-Labbe, *Rép. not.*, 99, 983.

d) *Procédure*. — Les arrêts marquent l'importance du débat préalable de l'a. 1677. C'est plus qu'un débat de recevabilité, mais déjà un débat de vraisemblance, Civ.<sup>3</sup> 20 déc. 1994, *Bull.*, n° 230, et le jugement est susceptible d'un appel immédiat, Civ.<sup>3</sup> 29 juin 1977, D. 79, *I.R.*, 58 ; Civ.<sup>3</sup> 14 nov. 1991, *Bull.*, n° 269.

e) *Evaluation du complément destiné à écarter l'action en rescision* (a. 1681). — Il convient de se placer à l'époque du règlement complémentaire, non pas au jour de la vente, ce qui laisserait subsister une part de la lésion : Civ.<sup>1</sup> 7 juin 1966, D. 66, 629 ; Civ.<sup>3</sup> 16 oct. 1969, *R.T.*, 67, 186 et 70, 164 ; Paris, 23 déc. 1970, D. 72, 158, n. Malaurie. C'est un cas jurisprudentiel de *valorisme d'évaluation* (cf. t. III, n° 24). Toutefois, Civ.<sup>3</sup> 22 janv. 1970, D. 70, 753, *R.T.*, 70, 788, n. critique Cornu, précise et tempère : cette réévaluation ne doit porter que sur la partie impayée du juste prix (on notera que ce combat pour le droit avait duré 17 ans et plus).

II. — *Les clauses abusives*

B.G. — Malinvaud, D. 81, chr. 49 ; H. Bricks, *Les clauses abusives*, 1982 ; Carmet, *Rev. trim. dr. comm.*, 1982, 1 ; Gridel, D. 84, chr. 153 ; Paisant, D. 86, chr. 299, et D. 95, chr. 223 ; Delebecque, D. 88, 1 ; J. Huet, Les hauts et les bas de la protection contre les clauses abusives, *J.C.P.*, 92, 1, 3592 ; Malaurie-Vignal (droit de la concurrence et contrat), D. 95, chr. 51. — Trochu, D. 94, chr. 315, sur la directive du Conseil de la C.E.E. du 5 avril 1993, à laquelle la législation française s'est plus ou moins bien conformée par la l. 1<sup>er</sup> févr. 1995 (a. L. 132-1 C. Consom. ; cf. Ghestin et J. Marchesaux-Van Melle, *J.C.P.*, 96, 1, 3854).

## POLITIQUE LÉGISLATIVE

Le *droit comparé* a été invoqué à l'appui de la jurisprudence activiste : Ghestin *et al.*, *Les clauses abusives en France et en Europe*, 1991, et spécialement pour le droit allemand, Rieg, *Etudes Rodière*, 1982, 22. — Sur la *Commission des clauses abusives*, v. A. Sinay-Cytermann, *R.T.*, 85, 471. De loin, on pourrait entrevoir une ressemblance de cette Commission avec le Comité national d'Éthique pour les sciences de la vie et de la santé : la loi aurait, dans les deux cas, donné un organe au pouvoir moral, là pour la bioéthique, ici pour l'éthique des affaires. L'objection est que la Commission ne comprend pas de moralistes, et qu'elle ne fait guère de morale. Pas de morale dogmatique — sans doute, mais les philosophes d'aujourd'hui, après Habermas (*Morale et communication*, 1986), ont mis en honneur une morale de la discussion, et c'est peut-être ce qui se fait à la Commission, entre les parties et les neutres.

## PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Avant la l. 1<sup>er</sup> févr. 1995.* — Trois arrêts avaient fondé une jurisprudence :

Civ.<sup>1</sup> 16 juill. 1987, D. 88, 49, n. Calais-Auloy, *J.C.P.*, 88, 2, 21001, n. Plaisant, D. 87, Somm. 456, n. Aubert ; Civ.<sup>1</sup> 6 déc. 1989, D. 90, 289, n. Ghestin ; Civ.<sup>1</sup> 14 mai 1991 (arrêt Lorthioir), D. 91, 449, *J.C.P.*, 91, 2, 21763, n. Plaisant ; et un arrêt de plus l'avait consolidée, Civ.<sup>1</sup> 26 mai 1993, D. 93, 568, n. Plaisant, *J.C.P.*, 93, 2, 22158, n. Bezin, *R.T.*, 94, 97, n. J. Mestre, à la veille d'une loi (1<sup>er</sup> févr. 1995) qui allait lui faire perdre une part éminente de sa raison d'être.

La Cour de cassation avait voulu permettre aux tribunaux, sous son contrôle de la qualification, de déclarer abusives des clauses qu'aucun décret n'avait frappées d'une présomption d'abus. C'était leur permettre d'anticiper, à la demande de consommateurs, sur les lenteurs de l'Administration (*pour*, Ghestin ; *contre*, Aubert, *loc. cit.*). Sur quelle base asseoir ce pouvoir propre des juges ? La bonne foi de l'a. 1134, al. 3, l'équité de l'a. 1195, la théorie générale de l'abus du droit ont été invoquées tour à tour. Demeure — même après 1995, à toutes fins utiles — une objection qui est presque de droit public : par quel raisonnement — quel coup d'Etat —, fût-ce à des fins socialement plausibles, le pouvoir judiciaire pourrait se substituer au pouvoir réglementaire, qui a reçu de cette loi le monopole de la décision ? La protection des consommateurs contre les clauses abusives a été conçue par le législateur comme un mécanisme d'Etat, opérant par dispositions générales en fonction de critères généraux d'économie nationale. C'est sur cette organisation technocratique, d'esprit interventionniste, que la jurisprudence cherchait à plaquer un procès interindividuel, d'esprit individualiste. De la rencontre les deux peuvent sortir faussés.

b) *Depuis 1995.* — On remarque l'intérêt des parties et des juges pour les recommandations de la Commission non encore suivies de décrets. C'est un peu comme la *lex ferenda*. Ce n'est pas assez pour que la méconnaissance d'une recommandation ouvre un pourvoi en cassation, Civ.<sup>1</sup> 13 nov. 1996, *R.T.*, 97, 424, mais assez pour que les juges s'en servent, à l'appui de leur propre décision, Civ.<sup>1</sup> 10 févr. 1998, *R.T.*, 98, 674, n. J. Mestre.

## [82] 3 | LA SINCÉRITÉ CONTRACTUELLE

Sous cette rubrique, d'où l'on pourrait conclure à une pénétration incisive de la morale dans le droit (cf. *supra*, n° 17), deux théories sont réunies, la *transparence* et la *simulation*, dont la seconde contredit nommément la première et même, plus généralement, a l'air de démentir l'exigence de sincérité. Mais, en réalité, ici aussi bien que là, il y a un effort du droit pour faire tomber les masques, partant pour moraliser le contrat. Dans la transparence, c'est l'un des contractants qui oblige l'autre à la sincérité. Dans la simulation, ceux qui simulent, d'ailleurs sincères entre eux, seront ramenés à l'être également envers les tiers.

## I. — La transparence

Le mot, après passage par la politique, n'est devenu familier aux juristes que dans la décennie 1980. Encore n'est-ce qu'une étiquette qu'ils apposent çà et là sur des textes de loi ou des arrêts.

1° La théorie de la transparence opère négativement en ce sens qu'au défaut de transparence sont rattachés beaucoup de cas d'erreur sur la substance, de dol et surtout de réticence (cf. *supra*, n° 42), entendus peut-être plus sévèrement qu'autrefois, avec pour sanction l'annulation du contrat.

2° S'y rattachent semblablement, dans la vente, les actions en garantie pour vices *cachés* (a. 1641), quand le vendeur connaissait les vices, ce qui le rend passible de dommages-intérêts (a. 1645).

3° Les arrêts ont renforcé la protection de l'acheteur en posant en présomption que le vendeur professionnel était tenu de connaître les vices de la chose vendue.

4° Plus significativement, la jurisprudence a conféré à l'exigence de transparence un effet positif (et préventif) en imposant au vendeur professionnel l'obligation d'informer l'acheteur, aussi complètement que possible, des caractéristiques, des défauts, des dangers éventuels de la chose vendue.

5° A ce stade, le C. Consom. est intervenu et a repris à son compte l'obligation d'information (a. L. 111-1 et s.). Ce que ce Code a apporté de plus net dans la défense de la transparence contractuelle, c'est le bénéfice des actions dites *de groupe* (a. L. 422-1 et s.) : tandis que des clients floués, livrés à leurs seules forces individuelles, auraient été découragés de demander en justice réparation pour un préjudice individuellement faible, ils n'hésiteront pas à agir s'ils peuvent se décharger des soucis du procès sur une association agréée de consommateurs.

L'obligation de renseignements, telle que la manient les tribunaux, peut être lourde pour le vendeur. S'il allègue qu'il ne pouvait connaître les secrets de l'appareil qu'il a reçu tel quel du fabricant, on lui rétorque qu'il avait l'obligation de s'informer pour informer les autres.

Des atténuations, cependant, sont parfois admises lorsqu'une faute peut être reprochée au client : il avait la possibilité de s'informer lui-même ; il devait avoir assez d'usage de la vie pour n'accepter qu'avec un grain de sel les assurances habituelles dont les professionnels sont prodigues.

## [83] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Ghestin, n<sup>os</sup> 593 s. ; Lucas de Leyssac *et al.*, La transparence, *R. de jurisprudence commerciale*, 1993 (numéro spécial). Cf. en droit allemand (de 1976) le « principe de transparence », Witz, n<sup>os</sup> 460 s.

## POLITIQUE LÉGISLATIVE

Un engouement universel pour l'information, la communication, regardées comme la panacée des tensions sociales — engouement venu des Etats-Unis, mais encouragé par les « entrepreneurs moraux » qui y trouvent avantage (les *mass media*, les organismes et périodiques de protection du consommateur) — ainsi s'est répandue l'idée qu'il pouvait être préférable d'informer préalablement le contractant non professionnel, plutôt que de le protéger après coup. Cf. Loussouarn *et al.*, *L'information en droit privé*, 1978. Cette politique retrouve quelque chose de l'optimisme des Lumières (un homme est toujours capable de défendre ses droits, pourvu qu'il soit éclairé). Mais sur cette lancée les Etats, bien souvent, ne savent pas se borner, et l'excès d'information, autant que son défaut, peut faire du mal.

1<sup>o</sup> Chez l'usager, il se produit un effet de saturation. Qui peut lire autrement qu'en diagonale les indications minutieuses prescrites par l'a. L. 311-10 C. Consom. pour l'offre de crédit, ou la leçon de chimie apposée aux boîtes de médicaments ? Cet usager fera plutôt confiance à l'employé de banque ou au pharmacien. Transformation capitale : le besoin de transparence se déplace de l'objet à la personne.

2<sup>o</sup> Chez l'entrepreneur (vendeur ou fabricant), la tendance est à se mettre en défense. Il craint pour ses secrets d'entreprise ou de fabrication, et plus l'information à laquelle il est obligé doit être détaillée, plus chaque détail lui apparaît lourd d'un contentieux possible.

3<sup>o</sup> Sur l'économie, des incidences, faibles peut-être, sont probables. L'information a eu un coût pour celui qui est maintenant obligé de le dispenser : il lui a fallu, outre des années pour l'acquisition du savoir de base, tout un travail de recherche, des investissements (laboratoires, machines), le sacrifice d'alternatives qui se présentaient à lui. Rationnellement, il s'efforcera de tirer de là un profit marchand : il augmentera ses prix en conséquence. L'information n'est donc pas globalement gratuite pour la société. C'est la thèse (anglaise, et qui en France a surpris) de Bernard Rudden : Le juste et l'inefficace : pour un non-devoir de renseignements, *R.T.*, 85, 91.

## PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *La présomption de connaissance pesant sur le vendeur professionnel*. — La jurisprudence est ancienne et solide (Req. 19 oct. 1937, D. H. 38, 53 ; Civ.<sup>1</sup> 19 janv. 1965, D. 65, 389, *R.T.*, 65, 665, n. Cornu ; 21 nov. 1972, *J.C.P.*, 74, 2, 17887 ; Com. 27 nov. 1973, *J.C.P.*, 74, 2, 17887 (pour un fabricant, *a fortiori*), Com. 3 mai 1983, *Bull.*, n<sup>o</sup> 131). Elle suit une tradition venue du droit romain, passée en adage (chacun est expert en son métier, *peritus artis suae*), sans guère s'interroger sur le pourquoi. Pothier (*Vente*, n<sup>o</sup> 213) — il raisonnait volontiers sur l'artisan tonnelier dont les barriques ont

gâté le vin du client — suggérait une explication intéressante : le professionnel *professe*, il s'est installé, affiché publiquement ; ce faisant, il a fait entrer son entreprise tout entière (personnel et matériel) dans son engagement ; sa responsabilité sera un effet de cette transparence obligatoire.

b) *L'obligation de renseignements*. — V. Michel de Juglart, *R.T.*, 45, 1 ; cf. M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, 1992. On voit volontiers dans cette obligation une création jurisprudentielle, et l'on s'émerveille de tout ce qu'a inventé notre époque pour la protection des plus faibles. Pourtant, à Rome, sous la République, les édiles curules, chargés de la police des marchés, avaient imposé aux marchands de déclarer bien haut les défauts des animaux et des esclaves offerts à la vente (ex. pour ces derniers leur prédisposition à s'enfuir). La tradition en a-t-elle serpenté jusqu'à nous à travers les usages des foires ? Ou bien est-ce simple bon sens ? Dans le C.C. quelque chose se retrouve de l'idée à l'a. 1602 : il faut que le vendeur parle. En tout cas, nous avons toute une jurisprudence qui l'oblige à parler, les manquements à l'obligation étant parfois saisis comme réticence, silence équipollent au dol (cf. *supra*, n<sup>os</sup> 42, 51). Ex. du devoir d'informer : Civ.<sup>1</sup> 20 juin 1979, D. 80, *I.R.*, 38 (un garagiste a le devoir d'avertir son client que le coût des travaux nécessaires sera hors de proportion avec la valeur du tracteur réparé) ; Civ.<sup>1</sup> 23 avr. 1985, D. 85, 558 (responsabilité du fabricant d'un produit nécessitant des précautions pour son emploi) ; Civ.<sup>1</sup> 28 févr. 1989, D. 89, *I.R.*, 96 (le contrat d'entretien d'une installation de chauffage oblige l'entrepreneur à avertir le client des changements de réglementation ; le droit, comme s'il était conscient de son impuissance à se faire connaître, s'en remet à d'autres du soin de la publication) ; Civ.<sup>1</sup> 27 juin 1995, D. 95, 421, n. S. Piédelièvre (le cas est particulier, l'obligation de renseignement s'est amenuisée en un devoir de conseil). A toute cette jurisprudence, on pourrait reprocher un « forçage » du contrat qui n'est pas sans évoquer, il est vrai, l'obligation de sécurité (cf. *infra*, n<sup>o</sup> 295) ; à cela près que ce n'est pas dans l'exécution, mais dans la formation du contrat que vient (rétroactivement) s'insérer la nouvelle obligation prétorienne. Les arrêts aggravent la position du professionnel en décidant que, s'il le faut, il a l'obligation de s'informer lui-même pour pouvoir ensuite informer convenablement son client : Civ.<sup>1</sup> 3 févr. 1981, D. 84, 457 ; Com. 10 févr. 1987, *Bull.*, n<sup>o</sup> 41 ; Civ.<sup>2</sup> 18 oct. 1994, D. 95, 499, n. A.-M. Gavard-Gilles (au moins dans certains cas, on pourrait objecter que le professionnel n'a pu promettre le fait d'un tiers, la révélation de ses secrets, a. 1119). Par une juste réciprocité, il est incontestable que le client, lui aussi, quand il en a la possibilité, a le *devoir* de se renseigner, Jourdain, D. 83, chr. 139. Et l'on finira par atterrir en douceur sur la thèse moyenne : qu'il convient d'apporter des allègements, des limites raisonnables à l'obligation de renseignement (cf. Le Tourneau, D. 87, chr. 101 ; J. Mestre, *R.T.*, 86, 339 et 92, 84). Ex. Civ.<sup>1</sup> 8 avr. 1986, D. 86, *I.R.*, 311 ; Com. 9 janv. 1990, D. 90, 173 (le dépôt de titres en banque n'oblige pas le banquier à avertir le client des menaces qui pèsent sur la cote d'une valeur ; *secus*, sans doute, de la gestion de portefeuille) ; Civ.<sup>1</sup> 14 juin 1989, *J.C.P.*, 91, 2, 21632 (dans un contrat de prêt, le banquier qui s'est conformé au modèle type consacré par décret n'a pas à éclairer davantage son client ; oui, mais à quoi servent les hommes ?). Retour à une conception exigeante, toutefois : Com. 18 mai 1993, D. 94, 142, la banque avait le devoir d'informer des risques du marché à terme le client qui de son propre mouvement s'y est aventuré (mais faudrait-il un panneau dissuasif à la porte des casinos ?).

## [84] II. — La simulation

Ce n'est donc pas de la sincérité que le droit civil (libéral) a fait la théorie, mais de son contraire, la *simulation*, mensonge concerté entre les contractants (par opposition à la réserve mentale ou au dol, qui est la réticence ou le mensonge d'un seul). Ils conviennent de dissimuler leur volonté véritable derrière un contrat qui ne sera qu'une apparence. Entre eux, il existe donc deux accords de volonté nés en même temps et qui se recouvrent : l'un ostensible, mais mensonger (c'est l'acte *apparent*, l'acte *simulé*) ; l'autre sincère, mais secret (c'est la *contre-lettre*, que vise l'a. 1321, l'écrit qui en contredit un autre, l'acte *dissimulé*).

La contre-lettre peut avoir pour objet de supprimer, modifier ou déplacer les effets de l'acte apparent. A ce triple objet correspondent trois formes de simulation :

1° Le *contrat fictif*, quand la simulation porte sur l'existence même de l'acte (ex. pour soustraire ses biens à une saisie imminente, un débiteur les vend en apparence à un ami qui reconnaît secrètement n'en être pas devenu propriétaire).

2° Le *déguisement*, quand la simulation porte sur la nature de l'acte (c'est l'hypothèse la plus classique de simulation ; donation déguisée sous forme de vente), ou sur ses conditions, en particulier sur le prix qui y est contenu (dissimulation de prix concertée en vue de donner ouverture à de moindres droits d'enregistrement).

3° L'*interposition de personne*, quand la simulation porte sur la personne des contractants (ex. un avocat, à qui il est interdit d'exercer une profession commerciale, fait acheter un fonds de commerce par sa femme ; celle-ci est personne interposée) ; une personne figure à l'acte, mais c'est au profit ou à l'encontre d'une autre que l'acte doit produire ses effets (la première est le *prête-nom* de la seconde).

Les motifs de la simulation sont variables, parfois licites (ex. une personne veut faire une donation sans, pour autant, susciter de jalousies entre ses parents), le plus souvent illicites. La simulation illicite tend à porter préjudice, soit aux créanciers de l'un des contractants (en soustrayant des biens à leur saisie), soit à ses héritiers réservataires (ex. donation déguisée sous forme de vente, l'action en réduction n'étant point ouverte contre les ventes), soit à l'Etat-fisc (dans le même exemple, les droits d'enregistrement exigibles sur les ventes étant moins élevés que ceux qui frappent les donations).

Quels que soient les motifs de la simulation, et quelles qu'en soient les formes, le problème qu'elle pose est le même : il faut déterminer

quelle est la force obligatoire respective des deux contrats simultanés. A ce problème, le C.C. a donné les éléments d'une solution : il existe un *régime général* (et libéral) de la simulation et un *régime exceptionnel* (qui s'écarte du premier par plus de sévérité).

[85] ► *Régime général de la simulation*

Il tient en deux propositions : la simulation est *indifférente* ; la contre-lettre coexiste avec l'acte apparent.

a) *Indifférence de la simulation*. — La simulation n'a pas, en principe, de conséquences propres. Elle est neutre, et l'on répète volontiers qu'elle *ne nuit ni ne profite*.

1° *La simulation ne nuit pas*. — Elle n'est pas en soi une cause de nullité de l'acte secret : celui-ci a été voulu par les parties, et c'est se conformer aux postulats de l'autonomie de la volonté et du consensualisme que de reconnaître force obligatoire à ce contrat. La solution se déduit par argument *a contrario* de l'a. 911, al. 1, et de l'a. 1099, al. 2 : si la loi a estimé nécessaire de déclarer expressément nulles dans des cas particuliers les conventions dissimulées, c'est sans doute qu'en général ces conventions sont valables.

2° *La simulation ne profite pas*. — On veut dire que les parties ne peuvent s'en faire un titre pour échapper à l'application des règles du droit. Mais l'assertion, ici, a besoin d'être considérée de plus près : exacte pour les règles de *fond*, elle ne l'est pas pour les règles de *forme*.

— Quant au *fond*, l'acte secret reste soumis aux conditions qui lui sont propres, sans pouvoir prétendre se placer sous les conditions (moins rigoureuses, par hypothèse) de l'acte apparent. En particulier, une donation déguisée sera sujette, comme toute donation, au rapport et à la réduction, à toutes les causes de révocation des a. 953 s., etc.

— Quant à la *forme*, en revanche, les conditions applicables à l'acte secret sont celles de l'acte apparent. Tandis qu'une donation devrait être faite par acte notarié (a. 931), une donation déguisée sous forme de vente pourra, comme une vente, avoir lieu par acte sous-seing privé (sous réserve, s'il s'agit d'un immeuble, de la nécessité ultérieure de la publicité foncière). A ce point de vue, il n'est pas vrai de dire que la simulation ne profite pas : les contractants en tirent au moins l'avantage d'éviter une formalité qu'ils pouvaient trouver gênante ou onéreuse.

b) *Coexistence de l'acte apparent et de la contre-lettre*. — De l'a. 1321, il résulte que, si les deux actes coexistent, ce n'est pas avec la même sphère d'application. Il faut, à cet égard, distinguer les parties et les tiers.

1° *Entre les parties*, la contre-lettre seule va s'appliquer, et l'acte apparent sera sans valeur. En effet, c'est la volonté réelle qui est juridiquement efficace (cf. a. 1156), et elle est représentée par la contre-lettre.

Encore faut-il *prouver* celle-ci. Quand l'acte apparent a donné lieu à la rédaction d'un écrit, prouver la contre-lettre, c'est prouver *contre* l'écrit, ce qui, en toute hypothèse, ne peut se faire que par une preuve littérale (a. 1341), à moins que la simulation qu'il s'agit d'établir (ayant pour objet, par ex., de porter atteinte à la réserve héréditaire) ne présente les caractères d'une fraude à la loi (arg. a. 1353, *in fine*).

2° *La situation des tiers* est plus complexe : ils ont le droit de méconnaître la contre-lettre et de s'en tenir à l'acte apparent (elle ne leur est pas opposable, ainsi que l'exprime l'a. 1321) ; mais ils peuvent aussi bien, s'ils y ont intérêt, écarter l'acte apparent pour se prévaloir de la contre-lettre. L'action par laquelle ils demandent ainsi à rétablir la réalité, pour faire jouer en leur faveur les effets de la contre-lettre, est l'*action en déclaration de simulation*. Ils sont en droit de faire par tous les moyens la preuve de cette convention à laquelle ils n'ont pas été parties, car elle est à leur égard un simple fait.

Les tiers peuvent être ici des ayants cause à titre particulier, des créanciers chirographaires, des héritiers réservataires (en tant que réservataires, ils invoquent un droit propre et non le droit de leur auteur), ils peuvent être les ayants cause de l'un ou de l'autre contractant. Tous ces tiers n'ont pas nécessairement le même intérêt : il en est qui voudront invoquer l'acte apparent, d'autres la contre-lettre (ex. une donation a été déguisée sous forme de vente ; les héritiers réservataires du donateur demanderont à faire apparaître la donation pour la soumettre à l'action en réduction ; les créanciers du donataire désireront s'en tenir à la vente, afin d'empêcher la réduction et de conserver leur droit de gage sur le bien acquis par leur débiteur). Il appartient aux juges du fond de trancher le conflit ; s'ils donnent ordinairement la préférence aux tiers qui se prévalent de l'acte ostensible, c'est que ceux-ci ont pour eux, outre la formule même de l'a. 1321, d'avoir accordé aux apparences une confiance qui mérite de n'être pas trompée.

[86] ► *Régime exceptionnel de la simulation*

Dans des cas exceptionnels, la simulation cesse d'être indifférente : elle est sanctionnée par la nullité, soit de la *contre-lettre* seule, soit de la *contre-lettre et de l'acte apparent* à la fois.

a) *Nullité de la contre-lettre seule*. — La loi fiscale (a. 1840 C.G.I.) déclare nulles (d'une nullité qui est d'ordre public) les contre-lettres stipulant un supplément de prix occulte dans les cessions d'offices ministériels, ventes d'immeubles et de fonds de commerce, etc. Le vendeur ne pourra réclamer en justice la fraction de prix dissimulée, et l'acheteur, s'il l'a déjà payée, pourra se la faire restituer (à supposer qu'il ait une preuve). Mais l'acte apparent, la vente au prix ostensible, reste valable, et le vendeur, qui aurait intérêt à s'en dégager, ne le peut : c'est par là que la loi fiscale atteint son but, qui est de rendre la dissimulation périlleuse pour le vendeur.

b) *Nullité de la contre-lettre et de l'acte apparent à la fois*. — Le C.C. sanctionne de la nullité de l'opération tout entière le déguisement et l'interposition de personne qui ont pour objet de dissimuler soit une donation faite à un individu incapable d'en recevoir (a. 911), soit une donation entre époux (a. 1099, al. 2). Rien ne subsistera de la combinaison utilisée : ni l'acte secret (il contrevient à une loi d'ordre public), ni l'acte apparent (il ne correspond pas à la volonté des parties).

[87] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Ghestin (*Effets*), n°s 504 s. ; Dagot, *La simulation en droit privé*, Th. Toulouse, 1967 ; Fl. Deboissy, *La simulation en droit fiscal*, 1997.

HISTOIRE

Dans son formalisme initial, le Droit romain ne pouvait avoir égard à la volonté interne des parties : seul l'acte apparent devait compter. On en vint plus tard à annuler certains contrats simulés en se fondant sur des raisons tirées de leur réglementation propre (ex. les ventes déguisant des donations furent annulées pour défaut de prix sérieux). Enfin, au Bas-Empire, l'importance attribuée aux éléments psychologiques fit apparaître le principe nouveau que le contrat voulu et caché doit l'emporter sur le contrat extérieur et fictif. Du Bas-Empire, en tout cas, datent les maximes qui, jusqu'à nous, ont continué à alimenter la théorie : *plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur* (rubrique du C. Just. 4, 22) ; *plus actum quam scriptum valet* (C. Just. 4, 22, 4 ; cf. C. Just. 4, 38, 3). Elles ont contribué à porter le problème sur le terrain de l'autonomie de la volonté. Cf. Dumont-Kislickofe, *La simulation en droit romain*, 1971. Le Moyen Age romaniste, au contraire, avait, d'une façon plus réaliste, envisagé la simulation en liaison avec la fraude à la loi, et il objectivait les deux notions par un système de présomptions (la simulation frauduleuse s'induisait de circonstances cataloguées). V. l'intéressante étude de H. Coing, *Simulatio und Fraus in der Lehre des Bartolus*, *Festschrift Koschaker*, 1939, III, p. 402 s. Pothier (*Vente*, n°s 37 s.) est encore sévère pour la simulation, sans doute par la profondeur de son hostilité à l'usure, car



l'usure se déguisait. Mais, déjà, autour de lui, le volontarisme a partie gagnée ; et dans le C.C., la simulation ne paraîtra poser d'autre problème que d'une limite apportée à la force obligatoire des contrats au regard des tiers.

## POLITIQUE LÉGISLATIVE

Le B.G.B. (§ 117) a poussé plus loin que notre a. 1321 la logique de l'autonomie de la volonté : en principe, l'acte apparent est nul, pour défaut de volonté réelle, même à l'égard des tiers ; ceux-ci, hors quelques cas, ne sont protégés que par le droit commun de la responsabilité (est-ce toujours suffisant ?). Cf. Pédamon, p. 75 ; Witz, n° 224-233.

La prédominance, couramment affirmée (à droite ou à gauche), de l'intérêt général sur les intérêts particuliers aurait semblé appeler une condamnation *a priori* de toutes les simulations, une révision radicale de la thèse individualiste, libérale (encore que soucieuse de la sécurité des affaires) qu'exprime l'a. 1321 ; et dans l'enthousiasme qui s'est déployé depuis les années 80 autour des idéaux de transparence, on se serait attendu à ce que soit plutôt renforcé le crédit de l'acte apparent. Qu'il y ait des simulations licites ne saurait voiler le fait que, dans l'immense majorité des cas, la simulation sert à une fraude (au préjudice des créanciers, des héritiers réservataires, du fisc). Serait-ce un moralisme plus insupportable que d'autres celui qui érigerait en principe l'interdiction de la simulation, en généralisant ce qui est déjà écrit à l'a. 1099, al. 2, la nullité aussi bien de la contre-lettre que de l'acte apparent ? Sans se faire trop d'illusions, on peut penser que l'insécurité juridique qui en résulterait aurait quelque effet dissuasif. Au demeurant, le problème n'est pas de savoir si l'on pourra jamais empêcher, en fait, la simulation, mais si le droit doit la reconnaître.

## THÉORIE JURIDIQUE

La simulation peut être rattachée soit à la théorie du *consentement* (c'est, à côté de la restriction mentale et de la déclaration faite *jocandi causa*, un défaut de concordance entre la volonté déclarée et la volonté réelle ; en ce sens, von Tuhr, § 35 ; cf., sur les rapports de la simulation avec les vices du consentement, avec la cause, Bredin, Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé, *R.T.*, 1956, 261 s.), soit à la force obligatoire du contrat et à sa sphère (c'est le rattachement classique en France ; ex. Planiol-Esmein, n° 333 s. ; Ripert-Boulanger, II, n° 586 s. ; et l'a. 1321 y invite encore, bien qu'il soit placé dans une ligne de textes concernant l'*instrumentum*, non le *negotium*). — On pourrait se demander, cependant, si la simulation, historiquement très proche de la fraude à la loi, ne serait pas mieux à sa place à côté des atteintes à l'ordre public (cf. le plan d'Aubry et Rau, I, § 34-35). Ce renversement de présentation, il est vrai, supposerait un renversement de conception, et que l'on cessât de faire de la simulation licite le principe, de l'illicite l'exception. — Sans faire sortir la convention de *prête-nom* de la théorie de la simulation, F. Leduc, *R.T.*, 99, 283 (contribution à l'étude de la représentation imparfaite), propose de l'assimiler au contrat de commission (a. 94 C. Com.) : le commissionnaire se présente ouvertement comme agissant pour autrui, mais il s'engage en son nom personnel dans les contrats qu'il passe avec les tiers au profit de son commettant. — La facilité avec laquelle peuvent se constituer les personnes morales explique assez qu'elles soient

devenues, dans le monde des affaires, des instruments efficaces de non-transparence et de simulation. Les sociétés fictives pourraient être analysées comme des simulations par interposition de personnes (morales). Le principe est qu'elles sont nulles (et non inexistantes ; cf. Com. 16 juin 1992, D. 93, 508 ; Com. 19 mars 1996, D. 96, *I.R.*, 103). Toutefois, cette nullité relève du régime des nullités des sociétés commerciales, plutôt que du droit commun issu de l'a. 1321. Cf. Cl. Cutajar-Rivière, *La société-écran, essai sur sa notion et son régime juridique*, 1998.

## [88]

## PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Le principe d'indifférence*. — Il est affirmé par Civ.<sup>1</sup> 22 oct. 1975, *Bull.*, n° 291, et Civ.<sup>1</sup> 11 juill. 1979, D. 79, *I.R.*, 548.

b) *La notion de simulation*. — Elle implique coexistence de deux conventions (Civ.<sup>1</sup> 13 janv. 1953, *Bull.*, n° 15), non pas nécessairement contemporanéité (Civ.<sup>1</sup> 2 juin 1970, *Bull.*, n° 186). Différente de la fraude, elle n'exige pas l'intention de nuire (Civ.<sup>3</sup> 14 déc. 1983, *R.T.*, 85, 369). Analyse psychologique : Civ.<sup>1</sup> 7 juin 1995, D. 95, *I.R.* 188.

c) *Preuve de l'acte secret*. — L'acte apparent étant d'ordinaire couché par écrit, l'acte secret ne pourra être prouvé que par écrit : c'est l'application de l'a. 1341 (il s'agit de prouver *contre* le contenu aux actes). On excepte seulement le cas de fraude, plus largement peut-être le cas où l'opération a eu un but illicite. Ex. Civ.<sup>1</sup> 24 oct. et 8 nov. 1977, D. 78, *I.R.*, 240 ; Civ.<sup>3</sup> 3 mai 1978, *Bull.*, n° 186 ; Civ.<sup>1</sup> 5 janv. 1983 (héritiers réservataires), *Bull.*, n° 10. Mais les tiers, en toute hypothèse, ont le droit d'invoquer l'a. 1348 (l'impossibilité de se procurer un écrit) : Civ. 19 avr. 1977 *Bull.*, n° 172 ; Com. 30 juin 1980, *Bull.* n° 279 ; Civ.<sup>1</sup> 21 juill. 1980, *Bull.*, n° 232. Dans tous les cas, si l'acte apparent est un acte authentique, l'action en déclaration de simulation peut s'exercer sans qu'il y ait lieu à inscription de faux (cf. *infra*, n° 98) : Civ.<sup>3</sup> 25 mai 1987, D. 88, 79, n. Breton.

d) *Effets de la convention de prête-nom*. — Entre le prête-nom et la personne qui se cache derrière lui, les rapports sont ceux de mandataire à mandant (Civ.<sup>3</sup> 1<sup>er</sup> déc. 1971, D. 72, 248). Les tiers qui traitent avec un mandataire en connaissance de sa qualité n'ont d'action que contre le mandant : c'est le principe de la représentation. Les tiers qui traitent avec un prête-nom dans l'ignorance de sa qualité peuvent s'en tenir aux apparences : c'est l'application de l'a. 1321. Mais que décider pour un tiers qui a traité avec le prête-nom le sachant prête-nom et pour qui prête-nom ? Com. 26 avr. 1982, D. 86, 233, n. critique D. Rambure, décide qu'envers ce tiers le prête-nom est personnellement et directement engagé. La solution a une allure justicière, et elle est propre à dissuader de prêter son nom. Cependant, si le tiers cocontractant a sciemment participé à la simulation, il ne pourra se prévaloir de l'acte ostensible contre le prête-nom, Civ.<sup>3</sup> 8 juill. 1992, *J.C.P.*, 93, 2, 21942, n. Wiederkehr.

e) *Conflit entre tiers dont les uns se prévalent de l'acte apparent, les autres de la contre-lettre*. — La jurisprudence antérieure à 1939 était contradictoire et rendue plus incertaine encore par des mélanges fréquents avec l'action paulienne (cf. Planiol-Radouant, VII, n° 959). Un arrêt avait donné la préférence aux tenants de la contre-

lettre ; la déclaration de simulation, opérant comme une annulation, devait résoudre par voie de conséquence tous les droits acquis sur la base de l'acte apparent : Req. 25 janv. 1847, D. 47, 4, 342 (c'était un peu une pétition de principe : avant de dire comment la déclaration de simulation opère, il faudrait savoir si elle peut opérer à l'égard des tiers de bonne foi). D'autres décisions, au contraire, avaient considéré que les ayants cause de l'acte apparent devaient l'emporter : Civ. 2 févr. 1852, D. 52, 1, 49 ; Nîmes, 16 mai 1927 (2 arrêts, rendus contre le fisc), D. 29, 2, 68, importante n. Gabolde ; en ce sens, on invoquait la maxime *Error communis facit jus*, dont la jurisprudence s'est servie pour consolider les droits de tiers acquéreurs qui, de bonne foi, ont traité avec un héritier apparent, et, plus généralement, les effets reconnus à l'apparence (cf. Introduction, n° 163) ; on aurait pu ajouter cette considération pratique que les ayants cause de l'aliénateur fictif, s'ils sont, comme il advient souvent, ses créanciers, ayant pu suivre pendant un certain temps l'évolution de ses affaires, ont ordinairement plus de moyens de soupçonner le dessous des cartes que n'en ont les ayants cause de l'acquéreur apparent (il n'est pas rare qu'on puisse, en fait, reprocher aux premiers d'avoir trop tardé à agir en déclaration de simulation). — La Cour de cassation fut de nouveau appelée à statuer : Civ. 25 avril 1939, D. 40, 1, 12 (donation déguisée sous forme de vente ; conflit entre les héritiers réservataires du donateur et le créancier hypothécaire de l'acheteur prétendu). Elle approuva la Cour d'appel d'avoir donné la préférence au créancier hypothécaire se prévalant de l'acte apparent. L'arrêt fait une nette allusion à la maxime *Error communis...*, ce qui peut sembler impliquer une position de principe en faveur de l'acte apparent. Là-dessus vint l'arrêt *de Pange* (Civ. 10 mai 1949, D. 49, 277), qui avait l'air de donner des gages au camp adverse, en décidant que la déclaration de simulation pourrait faire tomber les droits des sous-acquéreurs. Toutefois, en l'espèce, il y avait plus que simulation, il y avait fraude, et par la suite les arrêts, Civ. 9 mai 1955, D. 55, 467, comme Civ. 22 févr. 1983 (dans un *obiter dictum*, ce qui est peut-être plus significatif encore), *J.C.P.*, 85, 2, 20359, paraissent bien être revenus au primat des apparences. C'est évidemment la solution la plus favorable à la sécurité des affaires.

Néanmoins, à qui admet que l'indulgence de principe dont a bénéficié jusqu'à présent la simulation devrait être abandonnée (v. *supra*, Politique législative), le problème ici examiné se présente sous un jour différent, et l'on pourrait fort bien soutenir, en droit positif, que l'action en déclaration de simulation intentée par les ayants cause à titre particulier de l'aliénateur fictif devrait toujours l'emporter. Car il faut bien comprendre leur rôle. D'abord, ce n'est pas au nom de l'aliénateur qu'ils utilisent la contre-lettre contre les autres tiers ; ils exercent ici (créanciers, réservataires) un droit qui leur est propre. Puis, il n'est pas exact qu'ils cherchent à faire reconnaître un effet juridique à la volonté secrète des contractants, ce qui reviendrait, comme on l'a objecté, à mettre une tromperie en circulation dans le public — tout à l'opposé, ce qu'ils demandent, c'est qu'il soit constaté que cette volonté secrète n'a pu avoir d'effet juridique, n'a pu opérer de transfert d'un patrimoine à un autre.

## [89] 2 / Les exigences sociales quant à la forme et à la preuve du contrat

Ces deux sortes d'exigences ont ceci de commun qu'elles prennent le contrat par l'extérieur. Et pratiquement, il n'est pas déraisonnable de voir dans les exigences de preuve que formule la société des manifestations de formalisme atténué. Mais, dans la théorie juridique, la forme et la preuve relèvent de deux mondes différents : la *forme* intéresse l'existence même, en tout cas la validité du contrat ; au lieu que le contrat existe à l'état pur indépendamment de la *preuve*, celle-ci ne devenant nécessaire qu'à partir du moment où une partie est obligée de réclamer la réalisation de son droit.

### 1 | LES EXIGENCES DE FORME

La règle est le *consensualisme* (v. *supra*, n° 16) : le consentement peut s'extérioriser d'une manière quelconque ; pourvu qu'il puisse être constaté, point n'est besoin qu'il revête une forme préétablie ; il peut être secret aussi bien que public, verbal aussi bien qu'écrit, donné par acte privé aussi bien que devant notaire. La règle a été conçue en faveur des individus, pour qui elle signifie rapidité, économie et surtout liberté — non en faveur de la société, qui, au contraire, peut avoir intérêt à exiger une certaine extériorisation des contrats, parce que leur immatérialité les rendrait insaisissables à son contrôle et à sa mémoire.

Aussi le consensualisme supporte-t-il de nombreuses exceptions et atténuations, qui sont autant d'exigences de la société quant à la forme des contrats (en prenant le mot forme dans un sens large). Ces exigences sont de deux espèces (différentes dans leur nature et leur sanction) : il y a des *contrats formalistes*, et des contrats qui nécessitent des *formalités*.

#### I. — Les contrats formalistes

C'est l'exception directe : aux contrats consensuels s'opposent les contrats formalistes, qui doivent, pour exister, revêtir une *forme* (au sens propre et étroit du terme). La forme est comme une cinquième

condition essentielle pour la validité de ces conventions ; elle leur donne l'être (*forma dat esse rei*). En son absence, l'accord de volontés, resté à l'état purement consensuel, est impuissant à faire naître des obligations, l'opération est atteinte de nullité absolue, sinon d'inexistence.

On distingue deux catégories de contrats formalistes (toutefois, si la première est certaine, la seconde est discutée) : les *contrats solennels* et les *contrats réels*, selon que la forme, condition de validité de l'opération, consiste dans une solennité ou dans une *res*.

#### [90] ▶ *Les contrats solennels*

a) La forme par excellence est la *solennité*. C'est un *rite d'écriture*, d'ailleurs variable, destiné à attirer l'attention des parties sur l'importance de l'acte.

1° La solennité la plus fréquente est l'*authenticité*, c'est-à-dire la rédaction de l'acte par un officier public (a. 1317, cf. Introduction, n° 176) ; spécialement, pour les contrats, leur rédaction par un *notaire* (v. *infra*, n° 98).

2° Un acte rédigé par les parties elles-mêmes (sous seing privé) peut exceptionnellement avoir les caractères d'un acte solennel, si la loi fait dépendre sa *validité* de l'observation des prescriptions qu'elle édicte quant à sa rédaction. Ex. en dehors des contrats, le testament olographe (a. 970) ; parmi les contrats, le contrat d'apprentissage (a. L. 117-12, C. Tr.), la vente par démarchage à domicile (l. 22 déc. 1972, a. 2). Toutefois, il n'y a pas solennité par cela seul que la loi exige une rédaction écrite de certains contrats, si elle ne l'exige pas à peine de nullité. On considère, en pareille hypothèse (ex. a. 2044, al. 2 ; a. 1443 C. Pr. C. ; a. L. 112-3 C. Ass. ; l. 6 juill. 1989, bail d'habitation, a. 3), que l'écrit est requis pour faire preuve (*ad probationem*), non pour constituer la forme du contrat (*ad solemnitatem*). L'intérêt de la distinction est que l'absence de l'écriture-solennité est irrémédiable, le contrat étant alors nul, tandis que l'écriture-preuve peut être suppléée par d'autres moyens, tels qu'aveu ou serment.

b) A s'en tenir au C.C., et en laissant de côté les actes solennels qui sont des actes unilatéraux (testaments, renoncations à succession), ainsi que les actes solennels du droit des personnes (mariage, émancipation, reconnaissance d'enfant naturel, consentement à adoption), il reste un petit nombre de *contrats solennels* qui appartiennent au droit patrimonial : la donation (a. 931), le contrat de mariage (a. 1394,

a. 1397) — encore ces deux cas intéressent-ils le droit familial plus que le droit des affaires —, la subrogation conventionnelle par la volonté du débiteur (a. 1250-2° ; cf. *infra*, n° 334), la constitution d'hypothèque (a. 2127), et, en dehors du C.C., la promesse unilatérale de vente immobilière après acceptation (a. 1840-A C.G.I.) ; la vente d'immeuble à construire (a. L. 261-11 C.C.H.), la location-accession à la propriété immobilière (l. 12 juill. 1984, a. 4). Ce serait, tout compte fait, peu de chose si, par le biais de la publicité foncière (v. *infra*, n° 92), il n'y avait lieu d'ajouter pratiquement à la liste une foule d'actes qui ne peuvent se passer de l'acte authentique pour obtenir une entière efficacité. Dans les quatre contrats solennels du C.C., la solennité de base est la rédaction d'un acte notarié (sans préjudice de solennités supplémentaires pour la donation, a. 932, 948). L'acte notarié est nécessaire pour la validité même du contrat, non pas seulement pour sa preuve. Ainsi, un contrat hypothécaire passé par acte sous seing privé serait atteint d'une nullité absolue et ne pourrait avoir d'effet même dans les rapports entre les parties.

En dehors des cas où la loi fait de l'acte notarié la forme nécessaire du contrat et la condition de sa validité, il est toujours loisible aux contractants de recourir volontairement à cette sorte d'acte. Il y a ainsi, et très répandue, une utilisation facultative de l'acte notarié (mieux rédigé, doté d'une force probante plus grande, d'une force exécutoire directe) dans des contrats (vente mobilière, bail, société, etc.) où un acte sous seing privé aurait légalement suffi. Quand c'est de leur gré que les parties donnent à l'accord de leurs volontés la forme authentique, le contrat n'en reste pas moins, de sa nature, un contrat consensuel : l'écrit notarié n'est alors qu'un moyen de preuve, qui, s'il se trouvait nul, pourrait être suppléé par d'autres moyens (cf. a. 1318).

#### [91] ▶ *Les contrats réels*

D'après une théorie classique, venue du droit romain, certains contrats se forment *re*, par la remise effective de la chose (*res*) qui doit en faire l'objet. Cet élément est l'équivalent d'une forme, et, en son absence, le pur accord des volontés serait inefficace. Telle est l'analyse, notamment, que l'on a longtemps donnée des contrats unilatéraux qui sont des contrats de restitution (cf. *supra*, n° 15). Ainsi, dans le prêt, le contrat ne paraît pas prendre naissance par le simple échange des consentements, mais seulement à partir du moment où le prêteur a effectivement remis à l'emprunteur la chose prêtée, car l'emprunteur ne

saurait rationnellement être obligé à *restituer* ce qu'il n'a pas reçu (cf. a. 1875, 1982). C'est, d'ailleurs, cette même *res*, cette remise préalable de la chose à l'obligé, qui, sous un autre angle, est regardée comme la cause de l'obligation dans les contrats unilatéraux (cf. *supra*, n° 59).

L'analyse qui vient d'être présentée n'est plus, toutefois, unanimement acceptée. Beaucoup d'auteurs tiennent les contrats de restitution pour des contrats consensuels. Pour le prêt, notamment, ils font remarquer que, dans la pratique actuelle des affaires, un accord est d'abord passé *solo consensu* entre l'établissement de crédit et l'emprunteur : la réalisation n'interviendra que plus tard (cf. la description que donnent des opérations de crédit les lois de protection des consommateurs ou des acheteurs d'immeubles, C. Consom. a. L. 311-1 s., 312-1 s.). Il n'empêche qu'à lire tel arrêt récent, il semble que l'obligation de restituer se détache par sa force propre du reste du contrat, comme si la *res* était chargée d'une sorte de potentiel de retour à sa source.

## [92] II. — Les formalités contractuelles

Sans qu'une forme (au sens technique du terme) soit exigée pour la validité du contrat, il est fréquent que la loi impose aux contractants des *formalités* (en donnant à ce mot une acception large ; v. par ex. a. L. 311-13 C. Consom., sur certaines opérations de crédit, a. 24). Ce sont atténuations, plutôt qu'exceptions véritables, au principe du consensualisme. Ce qui l'atteste, c'est que, si les formalités ne sont pas accomplies, le contrat n'est pas nul d'ordinaire. Tout au plus, les parties éprouveront une certaine difficulté à en tirer toutes les conséquences utiles. C'est, d'ailleurs, assez pour que, dans la grande majorité des cas, elles préfèrent se conformer d'avance aux exigences sociales. D'où, pratiquement, une intervention de l'État bureaucratique, un ralentissement et une gêne, dans la conclusion de beaucoup de contrats. C'est cet aspect de formalisme diffus que revêt le plus souvent le formalisme moderne, dont les manifestations, très disparates, peuvent être classées en trois groupes.

### ► *Formalités de publicité*

L'exemple le plus saillant est la publicité foncière, applicable notamment aux ventes d'immeubles (v. t. III, n° 110). Le transfert de propriété résultant du contrat est inopposable aux tiers tant que la formalité n'a

pas été accomplie. Ce qui oblige à l'accomplir si l'on veut que le contrat ait tous ses effets. Une autre formalité va s'ensuivre, car seuls sont admis à la publicité foncière les actes dressés en la forme authentique (d. 4 janv. 1955 a. 4). Cela impose pratiquement de passer les ventes immobilières par acte notarié. La vente d'immeuble n'est pas, pour autant, devenue un contrat solennel. Entre les parties, elle est toujours formée par le seul échange des consentements. Mais, à défaut d'acte notarié, elle restera paralysée dans ses effets à l'égard des tiers.

### ► *Formalités fiscales*

Il s'agit essentiellement de l'*enregistrement*. Beaucoup de contrats (en particulier, les ventes et baux relatifs aux immeubles) sont assujettis à cette formalité, qui donne lieu à la perception d'un impôt. Le défaut d'enregistrement peut entraîner, outre des sanctions fiscales, une sorte de sanction civile : il sera souvent impossible aux parties d'établir, d'une manière opposable aux tiers, la date d'un contrat sous seing privé non enregistré (a. 1328, cf. *infra*, n° 97).

### ► *Formalités administratives*

Des motifs de politique économique ont fait instituer pour certains contrats un régime de déclaration, parfois même d'autorisation préalable. Ex. tout projet de vente portant sur un fonds agricole ou à vocation agricole doit être notifié à la S.A.F.E.R. (Société d'aménagement foncier et d'établissement rural) afin de la mettre en position d'exercer éventuellement le droit de préemption dont elle dispose, et ce n'est que si elle s'abstient de l'exercer (ce qui est une sorte d'autorisation tacite) que la vente pourra se réaliser (l. 8 août 1962, a. 7).

Beaucoup de formalités consistent dans des exigences d'écriture : dans un acte qui n'a rien de solennel, des mentions obligatoires, une contexture imposée, un imprimé à remplir. Chaque exigence peut avoir sa raison d'être, mais l'accumulation est bureaucratique : ex. classique et modeste, l'a. 2183 ; moderne, la facturation dans la vente commerciale (o. 1<sup>er</sup> déc. 1986, sur la concurrence, a. 31) ; aux confins du monstrueux, l'a. R. 143-2 C. Tr., le bulletin de paye, papier de la vie courante, avec sa mention *incitant* le salarié à le conserver *sans limitation de durée* (en vue d'une éventuelle reconstitution de carrière, bien sûr, mais n'est-ce pas le sommet du formalisme, chacun archiviste public de lui-même ?).

## [93] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Esmein, nos 95 et 119 ; Ghestin, nos 429-472. — Nuytten et Lesage, Consensualisme et formalisme dans la formation du contrat, *Rép. not.*, 98, 497.

## HISTOIRE

Sur le *formalisme* en Droit romain, développements célèbres de Jhering (*L'esprit du Droit romain*, trad. Meulenaere, III, p. 156 s.). C'est lui qui a dit (paradoxalement, en apparence, car toute forme semble une entrave mise par la collectivité aux volontés individuelles) : « La forme est le palladium de la liberté » (elle l'est sans doute, en tant qu'elle protège les citoyens qui l'ont accomplie des inquisitions moralisantes du juge et de son arbitraire dans l'appréciation du contrat). — Sur le formalisme dans le haut Moyen Age, et l'évolution par laquelle notre droit s'en est lentement dégagé, v. A. Esmein, *Les contrats dans le très Ancien Droit français*, 1883 ; Brissaud, p. 436 s. Le principe du consensualisme (tel que l'exprime la maxime *Solus consensus obligat*) apparaît au XIII<sup>e</sup> s. et s'implante au XV<sup>e</sup>. Mais, sous un aspect techniquement différent, l'exigence de la preuve littérale (ordonnance de Moulins, 1566 : lettres passent témoins) allait prendre le relais du formalisme, si bien qu'il n'y a peut-être eu rien de plus, en somme, qu'une adaptation du formalisme aux progrès de l'alphabet par la substitution d'un rite d'écriture aux mots et aux gestes rituels. — De l'esprit de la Révolution, hostile au formalisme, nous avons ce symptôme que le projet de C.C. de la Convention ne reconnaissait pas à l'acte authentique de force probante exceptionnelle.

Sur le sens général de l'évolution qui a suivi le C.C., les interprétations sont divergentes. Surtout depuis la thèse de Moeneclaye (*De la renaissance du formalisme dans les contrats en Droit civil et commercial français*, Th. Lille, 1914), il est courant de parler de la renaissance du formalisme. Mais, ainsi qu'on l'a observé avec beaucoup de force (Flour, Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, *Etudes Ripert*, I, p. 93 s.), la portée du phénomène se trouve limitée par deux considérations : 1<sup>o</sup> Le prétendu formalisme moderne n'est jamais qu'un formalisme atténué (formalités de publicité, exigences de preuve, sans préjudice du « formalisme souple » des titres du droit commercial, tels que lettre de charge et chèque) ; c'est quelque chose de très différent, par l'esprit et la technique, du formalisme rigide qu'avait pratiqué par exemple le Droit romain de la République ; en particulier, notre droit ne répugne pas moins qu'en 1804 à admettre que la forme puisse couvrir l'absence ou l'imperfection d'une condition de fond, ou à faire dépendre l'efficacité d'un acte juridique de l'emploi d'un mot sacramentel : 2<sup>o</sup> si la législation a introduit des formalités nouvelles, la jurisprudence les a appliquées avec le souci modérateur de ne pas les laisser emporter le fond (cf. J. Mestre, *R.T.*, 88, 329), et de surcroît elle a plutôt affaibli les formalités existantes (témoin l'interprétation laxiste des a. 1347-1348 v. *infra*, n<sup>o</sup> 101). Ne sommes-nous pas en marche vers un formalisme *causé* (Grimaldi, *Rép. not.*, 88, 1, 1231), rendu raisonnable, où les sanctions ne sont plus encourues dès lors que les intérêts essentiels sont sauvegardés ?

## SOCIOLOGIE

Sur le formalisme, v. H. Lévy-Bruhl, *Cahiers internationaux de sociologie*, 1953, XV, 53 ; Rouland, *Anthropologie juridique*, 1988, nos 164, 175. Le formalisme est un de ces cadres sociaux de la mémoire dont parlait Halbwachs, Le rite est un besoin de l'esprit primitif, de l'esprit du tout jeune enfant, qui prend un vif plaisir à la répétition pour elle-même (*bis repetita*) ; cf. Piaget, *Le jugement moral chez l'enfant*, 1957, p. 33 s. — Il faudrait essayer de recenser, avant qu'ils ne disparaissent tout à fait, les vestiges folkloriques des rites de formation du contrat en milieu rural (la *paumée*, par ex.) ; rechercher également quel rôle joue l'écrit dans les croyances populaires et s'il n'y est pas devenu une véritable *forme* du contrat, plus qu'un moyen de preuve.

Dans son *Essai sur le don* (forme archaïque de l'échange), Mauss a suivi à travers la théorie romaine des contrats réels l'idée primitive d'une force renfermée par la chose, potentialité, esprit (*mana*), que l'acquéreur devra neutraliser au moyen d'une contre-prestation. Même aujourd'hui, dans la masse non technique, la *res* (par ex. le paiement effectif du prix) est facilement sentie comme un élément essentiel des contrats (fussent-ils légalement consensuels comme la vente).

## POLITIQUE LÉGISLATIVE

*Le pour et le contre du formalisme.* — 1<sup>o</sup> Pour : il invite à la réflexion ; empêche qu'un contractant ne soit pris au mot avant de s'être vraiment décidé ; force à préciser la déclaration de volonté (c'est déjà vrai de la preuve écrite) ; assure la preuve ; tend à uniformiser les contrats, à les ramener à quelques types (au bénéfice de la sécurité des cessionnaires, cela concerne surtout le formalisme du droit commercial, les effets de commerce, les valeurs mobilières). — 2<sup>o</sup> Contre : ralentissement dans la conclusion des affaires ; absurdité apparente des annulations prononcées pour des raisons de pure forme.

Comment le consensualisme (l'autonomie de la volonté quant à la forme, *supra*, n<sup>o</sup> 16) est battu en brèche aujourd'hui par la politique de protection du consommateur — à l'excès, sans doute ; ex. Com. 8 juill. 1997, D. 98, Somm. 109 ; Com. 6 janv. 1998, *Rép. not.*, 98, 388.

## THÉORIE JURIDIQUE

Sur la distinction (exagérée) de la forme et de la preuve (forme probante), v. von Tuhr, § 30, II. — La notion même de *contrat réel* est généralement critiquée : v. Combescure, Existe-t-il des contrats réels en Droit français ?, *R. critique*, 1903, 477 ; Capitant, *De la cause*, nos 24 s. Cf. M.-N. Jobard-Bachelier, Existe-t-il encore des contrats réels ?... ou la valeur des promesses de contrat réel... *R.T.*, 85, 1 s. Cependant, les arrêts continuent de dire que, dans le prêt, la cause de l'obligation de l'emprunteur est la remise des fonds, Civ.<sup>1</sup> 20 nov. 1974, *J.C.P.*, 75, 2, 18109 ; Civ.<sup>1</sup> 20 déc. 1994, *Rép. not.*, 95, 1040 ; Com. 5 mars 1996, D. 96, Somm. 327 ; Civ.<sup>1</sup> 16 févr. 1999, *J.C.P.*, 99, 2, 1660. Et le don manuel (donation mobilière qui suppose pour sa validité la remise du meuble de la main à la main) ne répond-il pas à la notion classique du contrat réel (cf. t. III, n<sup>o</sup> 232) ? L'hostilité à la théorie des contrats réels date d'une époque où, à travers le consensualisme, l'individualisme était roi. Traces peut-être de cette hostilité : la *res* n'implique pas

une *res* en retour, la remise des fonds, qui a été constatée, ne fait pas présumer une obligation de restituer : ex. Civ.<sup>1</sup> 23 janv. 1996, *J.C.P.*, 96, 2, 22638 (mais cela revenait-il à présumer une libéralité, un don manuel, alors que le comportement des parties laissait planer une équivoque sur la possession du soi-disant donataire ?). Le prétendu prêteur aurait été mieux inspiré en plaçant directement sa demande sur le terrain des a. 1900-1901 (en obtenant du juge la fixation d'un terme pour la restitution ; cf. Civ.<sup>1</sup> 12 nov. 1998, D. 99, 414, *J.C.P.*, 99, 2, 10197). Mais c'est d'une vue opposée que procède Civ.<sup>1</sup> 1<sup>er</sup> juill. 1997, *Rép. not.*, 97, 1, 1251, n. Aynès : l'obligation de restituer les deniers prêtés résulte de leur seule présence matérielle en la possession de l'emprunteur et elle est distincte du contrat de prêt, fondé sur la volonté des parties et qui régit seulement des éléments extrinsèques à la *res* (l'échéance, le taux de l'intérêt) ; aussi survit-elle au contrat s'il vient à être annulé ; et le cautionnement qui avait été accompagné le prêt, caduc quant au contrat, continue de garantir la restitution.

## [94] 2 | LES EXIGENCES DE PREUVE

Dans une très large mesure, la société exige des contractants qu'ils préconstituent la preuve de leur contrat. La *preuve préconstituée* est normalement un écrit (preuve littérale ; titre ; acte, au sens d'acte instrumentaire, par opposition à l'acte juridique ou acte *negotium*). Cet écrit — peu importe sa forme (acte notarié ou sous seing privé) — doit avoir été dressé au moment même de la formation du contrat, et spécialement pour en faire preuve. Par le seul fait qu'elles l'établissent, les parties manifestent implicitement la volonté qu'il fasse foi contre elles.

Cette sorte de preuve a pour domaine naturel les actes juridiques, notamment les contrats. Quand il s'agit d'un fait juridique qui survient souvent à l'improviste (ex. délit, cf. a. 1348), le droit ne peut guère que laisser aux intéressés la liberté de rassembler leurs preuves une fois l'événement arrivé. Au contraire, quand il s'agit d'un contrat, il peut les obliger à se constituer d'avance une preuve, pour le cas où surgiraient ensuite des contestations (et l'existence même d'une preuve sera, d'ailleurs, de nature à prévenir celles-ci). L'a. 1341 exige un écrit préconstitué en matière contractuelle, dès que l'objet de l'obligation a une valeur supérieure à une certaine somme. Cette somme avait été fixée par le C. Nap. à 150 francs (francs de Germinal) ; puis des lois l'avaient modifiée pour tenir compte de la dépréciation monétaire. Finalement, de peur de s'essouffler à suivre celle-ci, le législateur (l. 12 juillet 1980) a abandonné au décret, plus mobile, le pouvoir de chiffrer le seuil à partir duquel l'écrit est nécessaire. Ce seuil se situe maintenant à 5 000 F (d. 15 juill. 1980).

L'exigence d'une écrite ne fait qu'atténuer, sans plus, le principe du consensualisme ; car, en droit, on ne saurait confondre les règles de preuve avec les règles de forme. Que se passera-t-il si un contrat de plus de 5 000 F n'a pas été rédigé par écrit ? Il ne sera pas nul. La seule sanction, c'est qu'il sera interdit aux parties de le prouver par témoignages ou par présomptions. Ce qui pourra, en fait, leur rendre la preuve impossible ; partant, les mettre pratiquement dans la même situation que si le contrat avait été nul (d'où la maxime : *idem est non esse aut non probari*). Mais la situation n'est pas toujours sans issue : l'opération peut encore être prouvée par l'aveu du débiteur ou le serment à lui déféré. Le recours à ces modes de preuve est admissible, parce que l'écrit, dans l'a. 1341, n'est pas une condition de validité du contrat.

L'atténuation au consensualisme n'en est pas moins considérable. Comme on n'est jamais certain d'avance de pouvoir disposer d'un aveu de l'adversaire (et que le serment est une épreuve aléatoire), l'insécurité engendrée par l'absence d'écrit est telle que la plupart des contractants préfèrent se conformer à l'a. 1341. Il est donc important de prendre la mesure du régime de preuve préconstituée sous lequel nous vivons en matière contractuelle. Il faut, pour cela, préciser non seulement ce qu'est *l'exigence de l'écrit*, mais quelles sont les *exigences auxquelles l'écrit doit satisfaire* (les règles de sa rédaction, son formalisme interne).

### [95] I. — L'exigence de l'écrit

Elle représente le *principe* (du moins en droit civil ; un besoin de rapidité l'a fait écarter en droit commercial, a. 1341, al. 2, C.C. ; a. 109, C. Com.). Mais le principe comporte des *dérogations*.

#### ► *Le principe*

L'a. 1341, al. 1, a une double portée :

a) *Nécessité de l'écrit*. — Dire qu'un écrit est nécessaire dès que le contrat, évalué au jour de sa conclusion, porte sur un objet de plus de 5 000 F, cela signifie :

1<sup>o</sup> Directement, qu'au-dessus de cette valeur, il est interdit de recourir à la preuve par témoins ou à la preuve par présomptions, qui lui est assimilée (a. 1353) :

2<sup>o</sup> *A contrario*, que, jusqu'à concurrence de cette valeur, les deux modes de preuve précités sont permis.

Toutefois, il est des contrats que le législateur a jugés trop complexes pour être jamais livrés à la preuve testimoniale ; de sorte que, pour eux, un écrit est exigé même si leur objet n'excède pas 5 000 F. Tel est le cas (sans parler des contrats solennels) lorsque la loi impose spécialement un écrit *ad probationem* (cf. *supra*, n° 90), sans minimum de valeur (ex. a. 1835, 1907, al. 2 ; 2044, al. 2 ; L. 112-3 C. Ass. ; L. 122-3-1, 212-4-3 C. Tr.).

b) *Prééminence de l'écrit*. — En cas de conflit entre la preuve écrite et la preuve testimoniale, préférence absolue est donnée à la première. Il faut supposer que, la valeur de la chose étant inférieure à 5 000 F, un écrit a néanmoins été dressé : il sera interdit de produire des témoins pour prouver soit que l'écrit est incomplet (ex. qu'il y a eu non seulement prêt, mais prêt à intérêt ; ce serait prouver *outré* l'acte), soit que l'écrit est simulé (ex. que le prix, quoique le contrat en donne quittance, n'a pas été réellement payé ; ce serait prouver *contre* l'acte). Cependant, il serait permis d'invoquer des témoignages pour *interpréter* un acte écrit.

[96] ► *Les dérogations au principe*

Il est plusieurs cas où la preuve écrite préconstituée n'est pas exigée, où la preuve testimoniale est admissible, quelle que soit la valeur de l'objet. Ces dérogations à l'exigence de l'écrit résultent de la loi (a. 1347, 1348, 1353), mais quelques-unes ont été interprétées avec libéralité par la jurisprudence.

a) *Force majeure* (a. 1348, al. 1). — C'est une application de la maxime du possible (cf. *supra*, n° 2). La force majeure se conçoit à deux moments.

1° *Impossibilité de préconstituer la preuve écrite lors de la conclusion du contrat*. — L'a. 1348 admet à égalité l'impossibilité matérielle (ex. a. 1949-1950) et l'impossibilité simplement morale. Celle-ci peut résulter de l'usage (ex. l'usage n'étant pas de constater par écrit les ventes passées dans les foires et marchés, un vendeur serait, en pareil cas, moralement empêché de réclamer qu'un écrit fût dressé), des relations de famille (cf. a. 1402, *in fine*) ou des rapports de confiance qui unissent les parties (pour ce motif un médecin sera dispensé de prouver par écrit le contrat qui a fait naître sa créance d'honoraires).

2° *Perte accidentelle de la preuve écrite après qu'elle a été constituée*. — Le cas est à rapprocher de l'a. 46 pour les actes de l'état civil. Le créancier devra prouver distinctement le fait de l'accident, puis le

contenu du contrat. Les deux preuves peuvent être faites par tous les moyens.

b) *Élimination volontaire du titre original après que la reproduction en a été assurée*, suivant l'a. 1348, al. 2. — Les grandes entreprises (banques, assurances, etc.), qui passent des millions de contrats, seraient submergées par leurs archives, si elles ne pouvaient en réduire considérablement le volume en les reproduisant sur microfilms. Mais le microfilm n'est qu'une copie, et en général les copies n'ont pas de force probante par elles-mêmes (a. 1334). La l. 12 juill. 1980 a permis à la partie qui n'a pas conservé l'original du contrat de faire la preuve de ses droits en produisant une copie conforme (*fidèle*), assurée par un moyen de reproduction ineffaçable (*durable*), ce qui relève d'une appréciation technique.

c) *Fraude*. — C'est une application de la maxime *fraus omnia corrumpit*. On en fait profiter les tiers et même les parties (cf. *supra*, n° 73).

1° *Les tiers* (ex. les créanciers d'une partie) qui, alléguant une simulation, veulent prouver l'existence d'une contre-lettre, d'un contrat secret ne sont pas obligés de faire cette preuve par écrit ;

2° *Les parties* elles-mêmes dans leurs rapports réciproques échappent à la nécessité de l'écrit, dès lors que la convention qu'il y a lieu de prouver est suspecte de fraude à la loi (arg. a. 1353, *in fine*).

d) *Existence d'un commencement de preuve par écrit*, suivant l'a. 1347. — C'est un écrit, mais non un acte instrumentaire ; il ne vaut pas comme preuve écrite préconstituée. Cette imperfection peut tenir à la *forme*, ou au *but*, ou au *contenu* de l'acte.

1° *A la forme* : l'écrit contrevient à quelque règle de rédaction édictée pour les actes de sa catégorie (ex. acte non signé, si l'origine en est néanmoins certaine ; titre manquant de la mention requise par l'a. 1326) ;

2° *Au but* : l'acte n'a pas été dressé par les parties spécialement pour faire preuve ; ex. lettres missives (du moins si elles ne sont que conversation et confiance, car il est des lettres que l'on échange spécialement pour faire preuve d'une convention) ; registres et papiers domestiques (sauf deux cas réservés par l'a. 1331) ; énonciations incidentes dans un acte dressé d'ailleurs pour faire preuve (arg. a. 1320) ; déclarations provoquées par une comparution personnelle à l'audience (a. 198 C. Pr. C.) ;

3° *Au contenu* : du texte de l'acte, psychologiquement interprété, se dégage non une certitude, mais une simple probabilité.

Il est essentiel que le commencement de preuve par écrit émane de la personne contre qui on entend s'en prévaloir. Non pas nécessaire-

ment qu'elle doive l'avoir écrit elle-même ; mais il doit correspondre à sa *volonté*. A cette condition, sans prouver *de plano* le contrat, il permet de recourir à des témoignages ou à des présomptions pour le prouver. C'est que l'on ne demandera alors à ces preuves-là qu'un complément de conviction : preuve littérale et preuve par présomptions ou par témoins se prêteront un mutuel appui.

[97] II. — Les exigences auxquelles l'écrit doit satisfaire

Ces exigences varient selon que l'écrit est un *acte sous seing privé* ou un *acte notarié*.

► *L'acte sous seing privé*

Il est plus *libre dans sa rédaction* que l'acte notarié, parce qu'il a des *effets moins importants*.

a) *Rédaction*. — C'est la *signature* des particuliers contractants (*seing privé*) qui lui donne son essence — la signature des contractants ou, à tout le moins, de celui qui est obligé. La mention *lu et approuvé*, dont on la coiffe souvent, n'y ajoute rien : c'est une mention sans portée juridique. En dehors de la signature, exigée à la fois pour identifier les parties et attester leur *volonté*, il n'est rien qui soit essentiel aux actes sous seing privé *en général* : ni date, ni mention d'état civil, ni présence de témoins ; la dactylographie et l'imprimerie y sont admissibles aussi bien que l'écriture, les langues étrangères aussi bien que le français (exception pour le contrat de travail, a. L. 121-1, al. 2, C. Tr.), les quantités libellées en chiffres aussi bien qu'en lettres, etc. Il existe, cependant, des *formalités particulières* à deux catégories d'actes (cf. *supra*, n° 21) :

1° La *formalité du double* quant aux actes sous seing privé constatant des contrats synallagmatiques (a. 1325). Plus précisément, l'acte doit être rédigé en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant des intérêts opposés (outre l'exemplaire nécessaire, le cas échéant, pour l'enregistrement de l'acte, a. 849 C.G.I.). Quel est le but ? Empêcher que, dans un contrat qui doit faire naître des obligations réciproques, l'un des contractants, détenant l'exemplaire unique, ne soit seul armé, l'autre livré à sa merci. L'inaccomplissement de la formalité est sanctionné par la nullité de l'acte, mais de l'acte instrumentaire, non de l'acte *negotium* : le contrat reste valable, et il est permis de le prouver par d'autres moyens (aveu, voire témoignages, s'il y a un commencement de preuve par écrit, le sous-seing privé irrégulier pouvant lui-même tenir lieu de ce commen-

cement de preuve). Renfort de formalisme : la mention du nombre d'exemplaires doit figurer sur chaque original, mais la partie qui a exécuté, même partiellement, son engagement perd le droit d'invoquer cette nullité-là.

2° La *formalité dite autrefois du bon pour*, concernant l'acte qui constate un *contrat unilatéral* sous seing privé ou même un véritable *acte unilatéral* (a. 1326 ; cf. *supra*, n° 14). Lorsqu'un acte contenant des obligations de quantités, et notamment de sommes d'argent, n'est pas écrit en entier de la main du débiteur, il faut au moins qu'on y trouve, écrite de cette main, la mention de la quantité ou de la somme à la fois en toutes lettres et en chiffres (en cas de discordance, les lettres l'emporteront sur les chiffres). Le système a pour but de prévenir ce que l'ancien a. 407 C.P. nommait l'abus de blanc-seing, la fraude de l'aigrefin qui, dans l'espace blanc précédant la signature d'autrui, inscrit à son profit une promesse de payer). Plus généralement, l'utilité du *bon pour* est d'attirer l'attention du débiteur sur l'importance de son engagement pécuniaire. Comme dans l'a. 1325, la sanction est la nullité du seul *instrumentum*, sans atteinte au contrat lui-même. Toutefois, dans le cautionnement, la jurisprudence, prenant appui sur l'esprit restrictif de l'a. 2015, fait dépendre de l'observation du *bon pour* la validité même de l'engagement de la caution (et même du mandat que le débiteur donne à un tiers de se porter caution pour lui). Bien plus, pour certains cautionnements jugés particulièrement dangereux — ceux qui accompagnent les opérations de crédit à la consommation ou de crédit immobilier visées par le titre I<sup>er</sup> du C. Consom. —, la loi *Neiertz* sur le surendettement a repris la formalité du *bon pour* en la renforçant : c'est de tout un exercice d'écriture que la caution doit s'acquitter, faute de quoi son engagement même est frappé de nullité, non plus simplement l'*instrumentum* (C. Consom., a. L. 313-7, s. ; cf. l. 21 juill. 1994, relatif à l'habitat, modifiant l'a. 22-1 de la loi Mermaz du 6 juill. 1989).

b) *Effets*. — L'acte sous seing privé, à la différence de l'acte notarié, n'a pas par lui-même *force exécutoire* : la formule exécutoire, mandat de réquisition de la force publique, ne peut résulter d'un écrit qui est l'œuvre de simples particuliers (cf. *infra*, n° 369).

L'acte sous seing privé a une moindre *force probante* que l'acte notarié :

1° Il ne fait pas foi de son *origine* par lui-même : le débiteur à qui on l'oppose peut toujours soutenir que l'écriture ou la signature ne sont pas de lui, ce qui oblige le créancier à démontrer le contraire par une procédure particulière appelée vérification d'écritures (a. 1323-



1324, C.C. ; a. 287 s., C. Pr. C.), où l'acte litigieux est confronté, s'il le faut, par des techniciens graphologues (les anciens « experts »), avec des pièces de comparaison (cf. a. 290, 292, C. Pr. C.). Mais, une fois l'écrit vérifié en justice, ou même, en dehors de là, s'il a été reconnu à l'amiable par l'auteur prétendu, on ne peut plus mettre en doute son origine (a. 1322). Ainsi, en se faisant remettre un titre sous seing privé, le créancier a toujours au moins cet avantage de substituer à la preuve malaisée d'un droit la preuve plus facile d'une écriture ;

2° Il ne fait foi de son *contenu* que jusqu'à preuve contraire, ce qui, entre contractants, pourra nécessiter un écrit, à cause de l'interdiction de prouver par témoins outre et contre l'écrit (a. 1341) ; mais il ne sera pas besoin de recourir à la procédure compliquée et périlleuse de l'inscription de faux (à moins que l'on n'allègue une falsification matérielle par grattages et surcharges, a. 299, C. Pr. C.) ;

3° Il ne fait foi de sa *date* à l'égard des tiers que sous certaines conditions (a. 1328), propres à écarter le soupçon d'antidate ou de postdate. Le *tiers* admis à se prévaloir du défaut de date certaine est principalement l'acquéreur à titre particulier qui a traité avec l'une des parties : la convention passée par son auteur relativement au bien transmis peut lui être opposée en quelques cas (ex. a. 1743 ; cf. n° 128) ; encore faut-il pour cela qu'elle soit indubitablement antérieure à l'acquisition de son droit. Or, trois événements seulement, d'après l'a. 1328, peuvent mettre ainsi hors de doute la date d'un sous-seing privé : l'*enregistrement* (formalité civile en même temps que fiscale, c'est un procédé rémunéré de certification de la date), la *relation de la substance du sous-seing privé dans un acte authentique*, le *décès de l'un des signataires* (contractant ou témoin).

#### [98] ► *L'acte notarié*

La *rédaction* de l'acte notarié est réglementée minutieusement, parce qu'il faut empêcher que les *effets* énergiques qui sont conférés à cette sorte d'acte puissent être usurpés au moyen de substitutions, additions, surcharges, etc. On peut, d'autre part, exiger davantage ici du rédacteur, qui est un professionnel.

a) *Rédaction*. — La réglementation a son siège dans la loi du 25 ventôse an XI, contenant organisation du notariat, et dans le décret du 26 nov. 1971. L'acte notarié tire son essence, en tant que *negotium*, du consentement des parties, en tant qu'*instrumentum*, de l'intervention du notaire, officier public (cf. a. 1317), qui constate leur com-

parution et reçoit leurs déclarations. La volonté des parties et l'intervention du notaire sont attestées par les signatures de tous. Par un formalisme supplémentaire, certains actes (ex. testament) exigent la présence d'un notaire en second ou de deux témoins instrumentaires (a. 971). Le principe est que les actes notariés sont reçus en minute (a. 13). La *minute* est l'original conservé par le notaire. Il en délivre des copies portant le nom d'*expéditions* (les *extraits* sont des copies partielles). La *copie exécutoire* (l. 15 juin 1975 ; on disait auparavant la *grosse*, parce qu'elle était jadis rédigée en écriture *grossoyée*) est une expédition sur laquelle est apposée la formule exécutoire. Seules les parties (ainsi que leurs héritiers ou ayants droit) peuvent obtenir à volonté des expéditions ; les tiers doivent y être autorisés par justice (l. 25 vent. XI, a. 23, cf. a. 1435 s., C. Pr. C.). Quant à la copie exécutoire, elle ne peut être délivrée qu'à celui des contractants qui, ayant la qualité de créancier à l'égard de l'autre, a besoin d'un titre lui permettant de recourir aux voies d'exécution forcée, aux saisies, et il n'y peut prétendre qu'une fois.

Réserve faite de la plupart des actes solennels, un notaire peut habilitier certains de ses clerks à accomplir en ses lieu et place les lectures rituelles et à recueillir les signatures des parties. Mais les clerks ainsi habilités agissent sous sa responsabilité, et c'est sa signature qui, seule, continue de conférer l'authenticité à l'acte (l. 25 vent. XI, a. 10, mod. par l. 25 juin 1973 ; d. 26 nov. 1971, mod. par d. 28 déc. 1973).

b) *Effets*. — L'intervention de l'officier public, agissant au nom de l'Etat, confère à l'acte notarié la *force exécutoire* et une *force probante* particulière.

1° *Force exécutoire*. — Au lieu que le créancier dont le droit est constaté par un acte sous seing privé doit, s'il veut procéder aux saisies à défaut d'exécution volontaire, *prendre jugement* contre le débiteur, c'est-à-dire faire prononcer contre lui une condamnation qui sera munie de la formule exécutoire — le créancier dont le droit est constaté par acte notarié a dans la grosse un *titre exécutoire*, qui lui permettra de faire saisir le débiteur d'emblée faute de paiement.

2° *Force probante*. — Comme tous les actes authentiques, l'acte notarié fait foi, en principe, jusqu'à inscription de faux (a. 1319 et C. Pr. C. a. 286, 303 s.). Cette force probante, difficilement ébranlable (les procédures d'inscription de faux réussissent très rarement), couvre l'*origine* et la *date* de l'acte notarié, ainsi qu'une partie de son *contenu*.

— Quant à son *origine*, l'acte notarié fait foi par lui-même jusqu'à preuve du faux. C'est-à-dire que l'écrit se présentant avec les signes extérieurs d'un acte notarié, notamment cachets, signature, paraphe

d'un notaire régulièrement nommé, emporte avec lui la présomption qu'il émane bien de ce notaire, présomption d'authenticité (tandis que, pour un acte sous seing privé, la seule dénégation de l'écriture ou signature impose au créancier d'établir l'origine de l'acte ; a. 1324).

— Quant au *contenu* de l'acte, il faut distinguer entre les énonciations provenant des parties et celles qui proviennent du notaire. Les premières ne font foi que jusqu'à preuve contraire, parce qu'on peut les contester sans mettre en cause l'honneur de l'officier public. La force probante d'acte authentique s'attache uniquement aux faits que le notaire affirme avoir accomplis lui-même ou avoir constatés par ses propres sens : que les parties ont comparu, qu'elles ont fait telles déclarations de volonté, qu'elles ont signé l'acte. Encore faut-il que la constatation ressortisse à sa mission (ex. son affirmation que les contractants étaient sains d'esprit ne fait foi que jusqu'à preuve contraire, car il n'est point un expert psychiatre), et que la signification juridique de ce qu'il a vu n'ait pas été altérée par ce qu'il n'a pas vu (ex. son affirmation que le prix d'une vente a été versé en sa présence n'empêche pas de prouver sans inscription de faux que cette prétendue vente déguise une libéralité, car les parties ont bien pu lui jouer la comédie avec comme accessoire un chèque qui ne sera pas encaissé).

— Quant à la *date*, l'acte notarié fait foi jusqu'à inscription de faux, l'officier public pouvant la vérifier lui-même.

## [99] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Beudant-Perrot, IX, nos 1178 s., Aubry et Rau, XII, 754 s. (les notes de Bartin sur la 5<sup>e</sup> édition d'Aubry et Rau ont profondément influencé la théorie moderne des preuves ; cf. les notes de P. Esmein sur la 6<sup>e</sup> éd., 1958) ; Ghestin-Goubeaux, *Introduction*, 1994, nos 627 s. — Legeais, *Les règles de preuve en Droit civil ; permanences et transformations*, Th. Poitiers, 1954 ; La preuve, *Rec. de la Société Jean-Bodin, pour l'histoire comparative des institutions*, 4 vol., Bruxelles, 1963-1965 ; Perelman et Foriers, *La preuve en droit*, Bruxelles, 1981 ; Gridel, La valeur du témoignage en Droit civil, *R.I.D.C.*, 94, 437 ; et la R. *Droits*, 1995 (23), La preuve ; Stürner, L'acte notarié dans le commerce juridique européen, *R.I.D.C.*, 96, 515.

## HISTOIRE

Dès l'Antiquité, les droits ont oscillé dans leur préférence entre la preuve par témoins et la preuve écrite ; pour un pénétrant coup d'œil d'ensemble, v. J.-Ph. Lévy, revue *Index*, n° 15 (« Hommages G. Boulvert »), Naples, 1987, 473. Pour les techniques de confection des actes, v. A. de Boüard, *Manuel de diplomatique*, 1948, II (L'acte privé) ; G. Tessier, *La diplomatique*, 1952.

## SOCIOLOGIE

Marcel Cohen, *La grande invention de l'écriture*, 1958 ; H. Lévy-Bruhl, *La preuve judiciaire*, 1964, p. 112-125 ; Furet et Ozouf, *Lire et écrire, l'alphabétisation des Français*, 1977, spéc. I, 91 : si la lecture est le véhicule de la religion et de la morale, l'écriture est l'apprentissage de l'utile (quittances, obligations, baux à ferme). — Cuise-nier et al., *Anonymat et signature*, 1989. Au Moyen Age, la signature, en concurrence avec les sceaux, les armoiries, est une ostentation, destinée à être vue plutôt que lue. Elle est l'affaire des officiers de plume, du chancelier et du chapelain. Au XVI<sup>e</sup> s. les bourgeois y accèdent, et elle devient procédé d'identification et d'engagement. — Recherches à faire sur les usages professionnels dispensant de l'écrit (et leur évolution) : ex. foires et marchés, grande joaillerie. — Exiger que les sommes, dans le bon pour ou dans le chèque, soient libellées en toutes lettres est contre les falsifications une précaution utile. Mais, dans notre société où existe une frange d'analphabétisme diffus, on peut se demander si la compréhension des chiffres n'est pas plus rapide que celle des mots (cf. Civ.<sup>1</sup> 13 nov. 1996, D. 97, 368, *J.C.P.*, 97, 2, 22810) ; ne pourrait-on, cependant, se demander, en toute originalité, s'il ne serait pas contraire à la norme constitutionnelle sur l'exclusivité de la *langue* nationale de se contenter de chiffres que nous disons arabes sans avoir égard aux lettres françaises. On observe, en tout cas, que l'a. L. 313-7 C. Consom., dans sa transposition de l'a. 1326 au cautionnement, n'a pas reproduit — inadvertance ou psychologie de pointe — l'exigence d'une mention en toutes lettres.

## POLITIQUE LÉGISLATIVE

Les progrès de la science ont fait surgir de nouvelles techniques de préconstitution de la preuve (ex. magnétophone), et surtout de nouveaux procédés de reproduction des actes instrumentaires (carbone, photocopie, microfilm). De là, des questions que la loi du 12 juill. 1980 n'a réglées que très partiellement (cf. F. Chamoux, *La preuve dans les affaires : de l'écrit au microfilm*, 1980), laissant beaucoup de marge à la jurisprudence et même aux juges du fond (cf. J. Mestre, *R.T.*, 96, 172). L'apparente défiance de la justice à l'égard des nouveautés (ex. Civ.<sup>3</sup> 28 oct. 1985, *Bull.*, n° 134 ; Com. 15 déc. 1992, *Bull.*, n° 419) s'explique souvent par des circonstances de fait ; point que tel procédé qui a l'air fiable à l'époque où il est invoqué était encore rudimentaire au moment où il a été utilisé. Tend à l'emporter une solution intermédiaire, qui permet au tribunal de voir venir : le commencement de preuve par écrit — à compléter : ex. pour un enregistrement par magnétophone, Dijon, 26 juin 1957, *J.C.P.*, 57, 2, 10279 ; pour un carbone, Civ.<sup>1</sup> 27 mai 1986, *J.C.P.*, 87, 2, 20873 ; pour des photocopies, Civ.<sup>1</sup> 10 janv. 1973, D. 73, *I.R.*, 46, Civ.<sup>1</sup> 14 févr. 1995 avec une restriction concernant les écrits spécialement imposés par la loi, tel l'a. 1907, al. 211, D. 95, 340, n. S. Piédelièvre. Le *télex* est reçu comme moyen de preuve, parce qu'il s'achemine sur un réseau contrôlé (Com. 19 nov. 1973, *Bull.*, n° 333), mais la télécopie (*fax*) a une moindre valeur (cf. Huet, D. 92, chr. 33).

Sans aller jusqu'à prétendre qu'il existe une lutte des classes sur le terrain des preuves, on ne peut s'empêcher d'observer que la réforme de 1980 s'est faite sous la pression des grandes entreprises (qui avaient déjà obtenu la commodité d'une prescription

plus rapide que de droit commun, a. 189 *bis*, 1. 3 janv. 1977). On comprend bien quel est l'encombrement de leurs archives ; mais, proportionnellement, le particulier n'est pas moins encombré, qui n'a qu'un logement exigu et pas de documentalistes. Outre qu'il y a une magie de l'écriture : je crois toucher la main qui a tracé les lettres, tandis que le film me fait écran. Mais, pour clore le débat hors toute politique, il faudrait surtout se demander si c'est bien le rôle du droit que de pourvoir à la conservation indéfinie des preuves plutôt que de fermer les yeux sur leur dépérissement (avec le microfilm, les droits féodaux eussent pesé plus lourd).

Une réforme plus radicale a été proposée, qui consisterait à supprimer l'exigence de l'écrit dans l'a. 1341 et à admettre en principe la preuve des contrats, quelle qu'en soit la valeur, par témoignages et présomptions (cf. la position plus nuancée de M. Gaury, D. 1977, 413). C'est la règle de l'a. 109 C. Comm. entre commerçants dans l'exercice de leur commerce (cf. Com. 19 janv. 1993, D. 93, *I.R.*, 36). Mais, dans les actes mixtes, elle n'est pas opposable au non-commerçant. On invoque l'exemple allemand : il est, cependant, assez isolé et trouve des critiques en Allemagne même (cf. H. Nagel, *Die Grundzüge des Beweisrechts in europ. Zivilprozess*, 1967, 323 s.). Chez nous, en tout cas, ce retour à l'avant-Moulins, à la situation d'avant 1566, supposerait une grande confiance du peuple dans ses juges, jointe à un certain affaiblissement de l'idéologie diffusée par l'école primaire. Les choses sont-elles déjà mûres ? Philosophiquement, d'ailleurs, la preuve, en matière civile, est moins affaire de vérité que de volonté, la preuve préconstituée est avéu avant d'être indice.

## [100]

## THÉORIE JURIDIQUE

a) *Charge de la preuve en cas de contestation des factures téléphoniques.* — Tout en rappelant le principe que c'est au créancier de prouver sa créance, la Cour de cassation (Civ.<sup>1</sup> 28 mars 1995, D. 95, 517, n. Huet, *J.C.P.*, 95, 2, 22539, n. critique Bénabent, *R.T.*, 96, 173), dans une espèce où la faiblesse de l'enjeu dispensait de l'écrit, a l'air de diluer la charge de la preuve entre les deux parties. France-Télécom pouvait se contenter d'invoquer la présomption résultant de l'enregistrement de communication. Mais la Cour elle-même ne semble y voir qu'une preuve imparfaite, sujette à être mise en doute par le débiteur, s'il avait produit des éléments de fait, en sens contraire ; et ce n'est pas parce qu'il s'était borné à émettre des hypothèses qu'il est finalement condamné. Il est permis de penser, néanmoins, que la présomption eût été plus convaincante si l'enregistrement avait été soumis au contrôle technique d'un expert indépendant nommé par le juge. D'un point de vue tout opposé, on pourrait s'étonner que France-Télécom, non plus que l'E.D.F. ou le Gaz de France en des cas semblables, ne songe à présenter ses « compteurs » comme des tiers ayant reçu par convention mission de déterminer selon l'a. 1592 le prix à payer à travers la quantité du produit. Ce qui leur aurait assuré une position plus forte encore, la décision de l'*arbitrator* ne pouvant être critiquée que pour erreur grossière (cf. *supra*, n° 57). Et ce qui eût été de surcroît motivé à une réflexion de philosophie cybernétique sur cette mécanique impersonnelle métamorphosée en une personne.

b) *L'acte instrumentaire.* — 1° *Les documents contractuels.* Sur cette notion, thèse très intéressante de F. Labarthe, 1994. Ce sont les écrits qui ont pu précéder, accompagner ou suivre l'*instrumentum* (affiches, bons de commande, factures, etc.) : sans

être le contrat, ils contribuent à le former et aideront à l'interpréter. Par les facilités de l'imprimerie, la bureaucratisation des gestions commerciales, la présence de documentalistes qui provoque à multiplier les documents, la vie moderne fait pulluler ces annexes de contrat sur lesquelles la volonté contractuelle a dû laisser des traces. — D'une portée différente, les *annexes* dans l'acte authentique (cf. Gelot, *Rép. not.*, 98, 533).

2° *La signature.* Elle semble faire partie de la définition (*seing*), Civ.<sup>1</sup> 27 janv. 1993, *J.C.P.*, 94, 2, 22195. Cf. Lamette, *G.P.*, 76, 1, doct. 74 ; Dauriac, *La signature*, Th. Paris II (ronéo), 1997. Quoique non signé, le *post-scriptum* n'en a pas moins force d'acte juridique, Civ.<sup>1</sup> 10 janv. 1995, *R.T.*, 95, 625 (il se met en relief, il exprime une réflexion finale ; *contra* : il s'est lui-même regardé comme secondaire). Le « lu et approuvé », Civ.<sup>1</sup> 27 janv. 1993, *J.C.P.*, 94, 2, 22195.

3° *Les blancs* dans les contrats, A. Gazier, *Dr. pros.*, 95 (2), 473.

4° *La date.* V. B. Sousi-Roubi, *R.T.*, 91, 69 ; F. Favanne-Héry, *La date certaine*, *R.T.*, 92, 1.

5° *Les caractères d'imprimerie.* Par souci de tenir la bride aux contrats d'adhésion, la loi (C. Ass., a. L. 112-3, 112-4) exige des polices d'assurance une impression en caractères apparents, voire *très* apparents. L'exigence a, sans doute, été jugée obsolète (Civ.<sup>1</sup> 1<sup>er</sup> déc. 1993, D. 94, 434). On nous dit, pourtant, que beaucoup de jeunes sortent du système scolaire sans bien maîtriser la lecture.

c) *La notion d'acte notarié.* — En parallèle avec une tendance qui revendique l'autonomie du droit notarial en face du droit civil, on a essayé, à l'étranger, de faire apparaître entre les parties et le notaire un rapport juridique notarial, de droit mixte, mi-privé, qui aurait son contenu et son esprit propres — un peu à l'image de l'action en justice, conçue comme un rapport juridique entre plaideurs et juge. L'analogie ne peut être poussée très loin, car le notaire n'a pas sur les parties la même autorité que le juge dans l'instance ; non seulement il ne juge pas, mais il ne fait pas acte de volonté ; son activité (constater, vérifier, qualifier) n'est qu'une condition extrinsèque de l'efficacité de l'acte juridique émanant de la volonté des parties. Toutefois, ses attaches historiques avec la juridiction ne sont pas douteuses (cf. Ripert-Boulanger, II, n° 378), et elles expliquent qu'aujourd'hui encore : 1° il dispose de la formule exécutoire ; 2° la responsabilité qu'il encourt envers les parties dans ses fonctions d'officier rédacteur ne soit point appréciée sur le mode contractuel, comme celle d'un mandataire, mais sur le mode légal, avec application de l'a. 1382 (cf. J.-L. Aubert, *La responsabilité civile des notaires*, 1998, n° 19 ; ex. Req. 9 janv. 1907, D. 10, 1, 215, Civ.<sup>1</sup> 25 mai 1981, D. 81, 653 ; Civ.<sup>1</sup> 26 mars 1996, *Bull.*, n° 154).

d) *Fondement de l'a. 1348, al. 2.* — La l. 12 juill. 1980 a-t-elle entendu traiter les reproductions répondant aux conditions qu'elle pose comme des copies privilégiées, dotées par exception d'une force autonome, en raison de la sécurité offerte ? Mais, s'il en était ainsi, la disposition aurait dû être placée à la suite de l'a. 1335. En l'insérant dans l'a. 1348, le législateur paraît l'avoir conçue comme une extension de la théorie de la force majeure (l'impossibilité morale pouvant former une transition) : une partie a été contrainte à l'élimination de ses titres originaux par l'extrême difficulté, l'onérosité excessive de leur conservation.

[101]

## PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Caractère d'intérêt privé attribué à l'exigence de l'écrit.* — On peut hésiter sur le but de l'a. 1341. Est-ce d'étouffer dans l'œuf des procès épineux où s'épuiserait la justice (de prévenir « l'involution des procès » selon l'ordonnance de Moulins) ? La disposition est alors d'ordre public. Est-ce d'écarter des témoignages qu'il serait trop tentant d'acheter ? Alors, c'est la protection du défendeur que la loi a eue en vue, et le texte n'est que d'intérêt privé. La jurisprudence s'est prononcée pour l'intérêt privé : ex. Civ.<sup>1</sup> 8 nov. 1989, D. 90, 369, n. Gavalda. Elle en déduit : que le juge ne peut soulever d'office le moyen tiré de l'a. 1341 (Civ.<sup>3</sup> 16 nov. 1977, *Bull.*, n° 393 ; civ.<sup>3</sup> 25 janv. 1984, sol. impl., D. 85, 117) ; que ce moyen ne peut être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation (Civ.<sup>1</sup> 21 déc. 1976, D. 77, *I.R.*, 161) ; que les parties ont le droit d'y renoncer, même tacitement (civ. 6 janv. 1936, D.H. 36, 115, Soc. 24 mars 1965, *J.C.P.*, 65, 2, 14415). Il y a là, pour les arrêts, une première manière d'exténuier le système légal de la preuve écrite préconstituée ; ce n'est pas la seule.

b) *Dérogations à l'exigence de l'écrit.* — La jurisprudence les a interprétées d'une manière très (peut-être trop) extensive (alors que les progrès de l'alphabet depuis 1804 auraient pu lui donner un argument pour tenir la main à la stricte application de l'a. 1341 ; mais, en sens inverse, la dépréciation de la monnaie a pu faire trouver trop étroit le chiffrage légal, pourtant plusieurs fois relevé, de l'a. 1341). C'est tout le contraire d'une « renaissance du formalisme ». L'attitude des tribunaux s'explique sans doute par un motif d'équité : quand ils sont convaincus de l'existence d'un droit, ils ne se résignent pas à le laisser sans protection sous prétexte que la preuve n'en a pas été rapportée suivant les modes légaux ; comme il advient dans d'autres hypothèses (cf. *infra*, n° 141, à propos de la prescription extinctive), leur conviction sur le fond du droit les amène à déplacer la barrière de l'irrecevabilité. On comprend que nos juges s'accommodent mal d'un système qui, comme tous les systèmes de preuves légales, tend à leur enlever leur pouvoir d'appréciation. Cf. Malinvaud, *L'impossibilité de la preuve écrite*, *J.C.P.*, 72, 1, 2468.

1° *Force majeure.* — Dès avant la l. 12 juill. 1980, la jurisprudence avait assimilé l'impossibilité morale à l'impossibilité physique, sans s'arrêter à l'objection que par là on s'éloignait de la force majeure, l'impossibilité morale n'étant ni irrésistible ni extérieure au sujet. Les solutions qu'elle avait consacrées gardent leur intérêt. — Les juges du fond ont un pouvoir souverain pour reconnaître l'impossibilité morale : Civ. l. 19 juill. 1978, D. 79, *I.R.*, 150. Elle a été ainsi reconnue dans les rapports entre parents et enfants (Civ.<sup>1</sup> 27 nov. 1961, D. 62, *Somm.* 38) ; entre époux (Civ.<sup>1</sup> 16 févr. 1983, *Bull.*, I, p. 59 ; cf. a. 1402, *in fine*) ; entre collatéraux (mais c'est à vérifier, Civ.<sup>1</sup> 16 nov. 1983, D. 84, *I.R.*, 112) ; entre employeur et employé (Civ. 17 mars 1938, D. 38, 1, 115, mais n'est-ce pas réduire à néant la réforme qu'avait voulu opérer la l. 2 août 1868 en abrogeant l'a. 1781 ?) La familiarité, même entre concubins (Civ.<sup>1</sup> 10 oct. 1984, *R.T.*, 85, 733), crée une gêne psychologique pour réclamer un écrit qui semblerait une marque de défiance (Civ.<sup>3</sup> 7 janv. 1981, *Bull.*, n° 7 ; v. cep. Paris, 31 mai 1989, D. 89, *I.R.*, 211). En d'autres cas, c'est l'usage qui est invoqué, mais parce qu'il engendre une impossibilité morale, non point parce qu'il vaudrait *contra legem*, l'emportant sur l'a. 1341 : Civ.<sup>1</sup> 15 avr. 1980, D. 80, *I.R.*, 360 (ventes de chevaux) ; Civ.<sup>1</sup> 17 mars 1982, *Bull.*, n° 114 ; trib. Saintes, 2 juill. 1991, D. 92, 466, n. Beignier. Le

médecin est dans l'impossibilité morale de préconstituer la preuve de ses visites ; la solution peut tendre soit au repos du malade (mais il y a sa famille), soit à la dignité du médecin (mais n'est-ce pas d'une époque où il n'avait pas de feuilles de sécurité sociale à remplir ?) : Civ. 13 avril 1910, D. 11, 1, 14 ; Civ. 31 mai 1932, D.H. 32, 378.

2° *Fraude.* — Si un écrit n'est pas exigé des tiers, c'est à cause de l'impossibilité matérielle, plutôt que par application de la maxime *Fraus omnia corrumpit* : ex. Req. 8 déc. 1937, D.H. 38, 114, qui invoque simultanément les a. 1348 et 1353. Mais les parties elles-mêmes sont dispensées de l'écrit dans le cas de fraude à la loi : ex. Civ. 21 mars 1938, D.H. 38, 257 ; Civ.<sup>1</sup> 5 janv. 1983, *Bull.*, n° 10.

3° *Commencement de preuve par écrit.* — Cf. H. Mazeaud, *La conception jurisprudentielle du commencement de preuve par écrit de l'a. 1347*, Th. Lyon, 1921 : l'a. 1347 procède à un déplacement de la preuve (au sens de Bartin, sur Aubry et Rau, XII, 749, n. 10 *bis*), en substituant à la preuve de l'acte, celle d'un fait voisin qui rend son existence vraisemblable. La jurisprudence est abondante et extensive. La Cour de cassation se réserve un pouvoir de contrôle sur l'origine des écrits (Req. 26 nov. 1912, D. 14, 1, 248), non sur les probabilités qu'ils apportent (Civ.<sup>5</sup> 1<sup>er</sup> avr. 1971, *J.C.P.*, 72, 2, 16998). L'écrit peut avoir une forme quelconque (Civ.<sup>1</sup> 27 mai 1986, *Bull.*, n° 141, *R.T.*, 87, 765, n. J. Mestre) : énonciations (et même mutisme) d'un inventaire (Req. 19 janv. 1904, D. 04, 1, 295), lettres missives (Civ.<sup>1</sup> 20 avr. 1983, *Bull.*, n° 126). L'attitude d'une partie au cours d'une comparution personnelle, ses silences, ses contradictions peuvent être retenus comme commencements de preuve par écrit, dès lors que mention en aura été faite dans les écritures du greffier. Toute une jurisprudence antérieure a été consacrée sur ce point par l'a. 198 C. Pr. C. On a pu dire (H. Mazeaud, *loc. cit.*) de cette solution, aujourd'hui légale, qu'elle efface, dans l'a. 1347, la formule : lorsqu'il existe un commencement de preuve..., car ce que le texte suppose, c'est que l'écrit préexiste au procès, tandis qu'ici le juge va le faire naître au cours du procès. Il semble que l'essentiel de l'a. 1347, suivant la conception jurisprudentielle, doive être cherché dans l'origine de l'écrit : il doit émaner de celui contre qui la demande est formée (Civ.<sup>1</sup> 24 nov. 1969, D. 70, 155 ; Civ.<sup>3</sup> 28 mai 1979, D. 79, *I.R.*, 470). Mais cette condition même est entendue par les arrêts d'une façon plus psychologique que formaliste. Il n'est pas nécessaire que l'écrit ait été l'œuvre matérielle du prétendu débiteur ; c'est assez qu'il ait été son œuvre intellectuelle : Req. 6 déc. 1933, D. 35, 1, 61 (lettres qu'il a dictées à un tiers, mais dont il s'est approprié par la suite les termes) ; Civ.<sup>1</sup> 7 juill. 1955, D. 55, 737 (lettres écrites par une femme et comportant l'expression « nous », jugées opposables au mari, parce qu'il avait fait état de l'une d'elles comme émanant de lui [le « nous » d'amour, l'unité du ménage] ; Civ.<sup>1</sup> 23 janv. 1996, sol. impl., *J.C.P.*, 96, 2, 22638, ordre de virement bancaire). A cette pointe extrême de la conception jurisprudentielle, c'est l'aveu qui devient l'élément décisif de l'a. 1347 (cf. Esmein sur Aubry-Rau, XII, 764, note 4), il n'est plus besoin de l'écrit que pour introduire un aveu, et l'aveu lui-même n'est envisagé que comme un acte de volonté (cf. Civ. 22 nov. 1948, D. 49, 27). La Cour de cassation pense, sans doute, que rien n'est plus juste que de déclarer l'homme obligé selon ce qu'il a voulu. A ce système, néanmoins, on a pu reprocher une certaine confusion de la preuve avec le fond (avec la formation du contrat). Il reste que le commencement de preuve devra être complété par d'autres éléments (Civ.<sup>1</sup> 12 juill. 1972, *Bull.*, n° 185 ; Civ.<sup>1</sup> 8 juill. 1986, *Bull.*, n° 203), des preuves extrinsèques (Civ.<sup>1</sup> 16 janv. 1985, *Bull.*, n° 24).

c) *Formalité de l'a. 1325.* — Dès lors que l'une des parties a entièrement exécuté son obligation, l'autre n'a plus d'intérêt à avoir un original en sa possession, Civ.<sup>1</sup> 13 janv. 1993, *Bull.*, n° 16, *R.T.*, 94, 610. La remise de l'original entre les mains d'un tiers (pas forcément d'un notaire), dispense de la formalité, encore faut-il prouver cette remise, Civ.<sup>3</sup> 15 avr. 1992, D. 92, *Somm.* 398. La convention reste valable malgré l'inobservation de l'a. 1325 : c'est seulement l'*instrumentum* qui est privé de force probante, Civ.<sup>3</sup> 13 févr. 1991, *Rép. not.*, 91, 1264.

[102] d) *Sanction de la formalité de l'a. 1326.* — Il est de principe que l'omission de la formalité est sans influence sur la validité de l'obligation elle-même (Civ.<sup>1</sup> 18 déc. 1978, *Bull.*, n° 280 ; Com. 6 juin 1985, *Bull.*, n° 182, *R.T.*, 86, 758 ; Civ.<sup>1</sup> 5 oct. 1994, D. 95, *Somm.* 227). L'*instrumentum* incomplet pourra même être utilisé comme commencement de preuve par écrit (Civ.<sup>1</sup> 16 janv. 1985, *R.T.*, 86, 758 ; Civ.<sup>1</sup> 15 oct. 1991, *J.C.P.*, 92, 2, 21923 ; Civ.<sup>1</sup> 27 juin 1995, D. 96, 133). Dans les années 80, cependant, la 1<sup>re</sup> chambre civile s'est écartée du principe en ce qui touche le cautionnement. Par de nombreux arrêts elle a décidé que l'engagement même de la caution était nul, faute par celle-ci de l'avoir spécifié de sa propre main dans l'acte. Elle se fonde sur une combinaison (mal expliquée) de l'a. 1326 avec l'a. 2015, mais aussi sur la nécessité (explicable) de protéger des cautions trop fragiles contre des abus que la pratique des affaires a révélés. La caution peut ainsi se libérer de la charge des intérêts lorsqu'elle n'y a pas souscrit spécialement, et cela malgré l'a. 2016 (les intérêts ne sont pas des accessoires innocents, vieille suspicion médiévale à l'égard de l'usure) : ex. Civ.<sup>1</sup> 5 déc. 1986, *J.C.P.*, 1988, 2, 20921, n. Storck ; Civ.<sup>1</sup> 10 mai 1988, D. 90, 442, n. I. Urbain-Parléani. Mais la solution est tout à fait générale, le défaut de *bon pour* est sanctionné par la nullité du cautionnement, nullité de protection : ex. Civ.<sup>1</sup> 6 févr. 1980, *J.C.P.*, 81, 2, 19535, n. Rémond-Gouilloud ; Civ.<sup>1</sup> 22 févr. 1984, *J.C.P.*, 85, 2, 20442 ; Civ.<sup>1</sup> 4 févr. et 4 mars 1986, D. 87, 342 ; Com. 28 mai 1991, *Rép. not.*, 91, 1114, 6<sup>e</sup> esp. De cette solution, la loi *Neiertz* s'est inspirée. Elle ne couvre, néanmoins, que certaines opérations de crédit, et les cautionnements seulement lorsque la caution est une personne physique. La jurisprudence de la 1<sup>re</sup> chambre civile conserve donc un champ étendu. Elle est critiquée (cf. Simler, *J.C.P.*, 89, 2, 21181). Est-elle irréversible ? Dans un arrêt de Civ.<sup>1</sup> du 15 nov. 1989 (D. 90, 177, n. Chr. Mouly, *J.C.P.*, 90, 2, 21, 422, n. D. Legeais), on a cru percevoir un revirement : « Les exigences de l'a. 1326 sont des règles de preuve qui ont pour finalité la protection de la caution. » D'où l'on peut induire que, si les droits de la caution ont été sauvegardés, les juges pourront passer outre au défaut des mentions requises. Et la Chambre commerciale (18 févr. 1992, *Rép. not.*, 92, a. 35303, n. Aynès), se ralliant à cette motivation, en accepte les conséquences, Com. 19 juin 1990, *Bull.*, n° 130, 26 nov. 1990, *J.C.P.*, 91, 2, 21701. A l'heure actuelle il semblerait que, si l'insuffisance de la mention manuscrite rend le cautionnement irrégulier, l'acte n'en constitue pas moins un commencement de preuve par écrit, susceptible d'être complété par des éléments extrinsèques, Com. 26 juin 1990, *Rép. not.*, 90, 1345, n. Aynès ; Civ.<sup>1</sup> 15 oct. 1991, *J.C.P.*, 92, 2, 21923, n. Simler ; Civ.<sup>1</sup> 10 janv. 1995, *J.C.P.*, éd. Not. 95, 2, 1006, n. Billiau ; Civ.<sup>1</sup> 22 févr. 1999 (2 arrêts), D. 99, 411, n. Ancel. Les notaires, en tout cas, sont dispensés d'insérer dans les actes de cautionnement qu'ils reçoivent les mentions manuscrites de l'a. 1326 : Com. 20 mars 1990, D. 90, *Somm.* 383 ; Civ.<sup>1</sup> 13 févr. 1996, *J.C.P.*, 96, 1, 3983 ; Civ.<sup>1</sup> 13 nov. 1996, D. 97, *Somm.* 163 ; cf. Dutour et Vignal, *Rép. not.*, 98, 218.

*Travaux de l'Association Capitant*, 1983 (Le rôle de la pratique dans la formation du droit) ; J.-Ph. Lévy, Les actes de la pratique, expression du droit, *R.H.D.*, 88, 151.

L'imitation facilite beaucoup la vie juridique. Ceux qui ont à rédiger des actes instrumentaires sont enclins à recopier les modèles que leur proposent des professionnels expérimentés, toutes les fois que les contrats qu'il s'agit de bâtir ne sortent pas de l'ordinaire. Il existe ainsi des petits livres de vulgarisation pour guider les particuliers dans la rédaction des types les plus usuels d'actes sous seing privé. Et il a existé, traditionnellement, toute une littérature de *formulaires* à l'usage du notariat. La sécurité des affaires aurait voulu que les juges eussent pour ces formulaires du notariat la même considération qu'ils réclament pour la jurisprudence. C'est la politique des juges anglais (cf. David, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, 1948, 170 s.), mais non point celle de la Cour de cassation (ex. sa condamnation de la « clause commerciale » ; cf. Civ. 11 janv. 1933, D. 33, 1, 10). La pratique des formulaires rigides, des traités formulaires, a du reste perdu de son importance dans le notariat moderne : 1<sup>o</sup> parce que les formules se périment vite et doivent être adaptées sans cesse aux changements du droit (d'où l'intérêt des recueils à reliure mobile, ex. le *Jurisclasseur notarial*, et des revues du notariat, ex. le *Rép. not.*) ; 2<sup>o</sup> parce que les organismes corporatifs du notariat s'efforcent d'élaborer eux-mêmes des formules normalisées que l'informatique diffusera ensuite dans les études notariales.

A noter la réglementation corporatiste instituée par la l. 90-1259 du 31 déc. 1990, modifiant la l. 71-1130 du 31 déc. 1971 (a. 54 à 66-3 de la loi modifiée). Rédiger des actes sous seing privé pour autrui à titre habituel et rémunéré n'est plus une libre entreprise. Il y faut la licence en droit, une assurance de responsabilité (attention : le droit, danger !) et l'appartenance à l'une des catégories énumérées par le texte.

Le contrat est inefficace si, au moment de sa formation, il manque de l'une des conditions qui lui sont essentielles, ou si telle de ces conditions se trouve viciée. La sanction générique est l'inefficacité. On peut rationnellement en distinguer trois degrés dans un *decrecendo* d'énergie : *inexistence*, *nullité absolue*, *nullité relative*, et répartir entre eux les différents cas.

**Différentes sanctions atteignant le contrat  
en cas d'absence ou d'imperfection  
de ses conditions de validité**

Inexistence <sup>1</sup> .	{	Absence de consentement.	{	Défaut total de volonté. Erreur sur l'identité de l'objet, sur la nature du contrat.
		Absence d'objet. Absence de cause, fausse cause. <i>Absence de forme dans les contrats solennels.</i>		
Nullité absolue (ou d'ordre public).	{	Objet.	{	Impossible. Indéterminable. Illicite ou immoral.
Nullité relative.	{	Nullité relative <i>stricto sensu</i> .	{	انعدام العقل <sup>سفه</sup> Insanité d'esprit (A. 489, al. 2). Erreur, dol, violence. Incapacité. Rescision. Lésion. <sup>سبب</sup>

1. Ou nullité absolue dans la doctrine qui n'admet pas la notion d'inexistence.

Il faut remarquer, toutefois, que l'inexistence (il n'y a rien de fait, *nihil actum est*, pas besoin de juge pour constater le néant) est une notion qui est rejetée par beaucoup d'auteurs : ils l'absorbent dans la nullité absolue (cf. Introduction, n° 168). En revanche, il conviendrait d'ajouter à la trilogie classique une notion en voie de développement, le *gommage* ou *caviardage* de clause, dont le modèle se trouvait déjà dans le C. Nap., a. 900 (contraste classique avec l'a. 1172), mais dont les applications se sont multipliées avec la législation interventionniste (ex. a. L. 411-77, Nouveau C. Ru., a. 1792-5 [l. 4 janv. 1978] ; a. L. 132-1 C. Consom., sur les clauses abusives ; l. 6 juill. 1989, sur les baux d'habitation, a. 4) : la clause est *réputée non écrite*. Cette sanction ressemble à l'inexistence en ce qu'elle peut fonctionner automatiquement, sans l'intervention d'un juge. Elle s'en différencie par un effet moins étendu, puisqu'elle efface la seule clause illicite, laissant subsister le contrat pour le surplus.

A s'en tenir désormais aux *nullités* proprement dites, on soulignera leur caractère judiciaire. Le contrat a beau être frappé d'inefficacité dès sa formation, il n'en représente pas moins une apparence qu'il faut détruire. Une *action* en justice est toujours nécessaire pour faire valoir la sanction, un *jugement* pour la prononcer.

## [105] 1 | L'ACTION EN NULLITÉ

L'étude de l'action en nullité permet de faire apparaître les différences entre nullité absolue et nullité relative, différences qui s'expliquent par l'idée que la nullité absolue a pour fondement l'intérêt public, la nullité relative un intérêt privé.

### ► Titulaires de l'action en nullité

a) *La nullité absolue* peut être invoquée par tout intéressé. Ce qui comprend, outre les contractants, leurs héritiers, ayants cause à titre particulier et créanciers chirographaires. Il faut écarter de l'action, au contraire, les tiers *penitus extranei*, à qui le contrat, en toute hypothèse, ne peut nuire.

L'un *quelconque* des deux contractants a qualité pour agir, lors même que la nullité aurait été établie par défiance à son égard et en vue de protéger son partenaire (ex. le vendeur, dans la vente à prix illi-

cite). La règle a été établie afin de multiplier les chances d'anéantissement d'un contrat abominé. Il pourrait se faire, toutefois, que l'action fût paralysée entre les mains d'un contractant par application de la maxime *Nemo auditur...*

La nullité absolue, nullité d'ordre public, répondant à des intérêts généraux que l'Etat a mission d'incarner, on admet que les *juges* puissent la relever *d'office* pour se refuser à faire application d'un contrat dont l'exécution leur est demandée. Mais il ne semble pas que le ministère public puisse prendre l'initiative d'une action en nullité.

b) *La nullité relative* ne peut être invoquée que par le contractant que la loi a entendu spécialement protéger (ainsi que par ses héritiers, ayants cause, créanciers chirographaires) : ex. l'incapable (a. 1125), la partie victime d'un vice du consentement ou d'une lésion.

### ► Extinction de l'action en nullité

L'action en nullité peut s'éteindre par deux causes :

a) *Confirmation*. — Elle n'est possible que pour la *nullité relative*, car c'est une renonciation à l'action en nullité, et une renonciation n'est permise que là où l'intérêt public n'est pas en jeu. Etant une renonciation, la confirmation est un acte unilatéral. Elle émane du titulaire de l'action en nullité et n'a pas besoin d'être acceptée par l'autre contractant.

1° *Conditions de la confirmation* (a. 1338).

— Conditions de *fond* : la confirmation n'est ouverte qu'après cessation de l'incapacité ou du vice qui déterminait la nullité (cf. a. 1115, 1311), et elle doit être faite en connaissance de cause (a. 1338, al. 1).

— Conditions de *forme* : la confirmation est tantôt *expresse* (l'a. 1338 exige un écrit contenant certaines mentions, faute de quoi il n'y aurait qu'un commencement de preuve par écrit), tantôt *tacite* (résultant notamment de l'exécution volontaire du contrat annulable, a. 1338, al. 2), tantôt même, dit-on, légalement *présumée* (ce serait l'explication de la prescription quinquennale de l'a. 1304 ; arg. a. 1115, *in fine*).

2° *Effets de la confirmation*. — Elle éteint l'action en nullité, consolide le contrat annulable. Ce n'est pas un nouveau contrat, c'est l'ancien qui subsiste à sa date : la confirmation est rétroactive (du moins dans les rapports entre parties, a. 1338, al. 3).

b) *Prescription*. — Toutes actions en nullité sont prescriptibles. Mais, tandis que l'on applique la prescription de *trente ans*, qui est le

droit commun (a. 2262), dans le cas de la *nullité absolue*, l'a. 1304 rend applicable une prescription spéciale de *cinq ans* (c'était dix ans avant la l. 3 janv. 1968) dans le cas de la *nullité relative* (sauf exceptions : ex. deux ans dans l'a. 1427 ; deux ans dans l'a. 1676, où il s'agit d'ailleurs d'un délai préfix [cf. *infra*, n° 358], non pas techniquement d'une prescription). La prescription de l'a. 1304 obéit, sous deux rapports, à des règles propres.

1° *Point de départ du délai*. — Ce n'est pas le jour où le contrat a été conclu, mais celui où a disparu soit l'incapacité, soit le vice du consentement qui était la cause de la nullité (a. 1302, al. 2, 3). Ce qui fait dire que cette prescription repose sur une confirmation présumée, puisque la confirmation n'est possible qu'une fois que la cause de nullité a cessé.

2° *Effet du délai accompli*. — L'action en nullité ne peut plus être exercée. Cependant, à l'action éteinte survit indéfiniment une exception, un moyen de défense. La jurisprudence invoque une maxime de la tradition : *Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*. Il faut supposer pratiquement que le contrat annulable, qui était translatif de propriété, n'a pas été exécuté : la partie qui aurait pu se prévaloir de la nullité, par ex. pour minorité, est restée en possession de l'objet aliéné. Elle laisse s'écouler sans agir (une fois qu'elle est parvenue à la majorité) le délai de la prescription quinquennale (justement parce que, se voyant en possession, elle n'éprouve pas le besoin de faire tomber le contrat). L'autre contractant va-t-il pouvoir, sortant de l'ombre, réclamer l'exécution ? Il sera repoussé par la maxime *Quae temporalia...*

## [106] 2 | LE JUGEMENT D'ANNULATION

Saisis de l'action en nullité, les juges *doivent* prononcer l'annulation dès lors qu'ils constatent que le contrat ne satisfait pas aux conditions imposées par la loi. En ce sens, la nullité est encourue de plein droit. Elle ne peut être écartée, ni par le motif que le maintien du contrat ne causerait aucun préjudice au demandeur (hors le cas des rescissions pour lésion, où l'existence d'un préjudice est inhérente à la définition même de l'action), ni par une appréciation morale des circonstances de l'affaire (à moins que cette faculté d'appréciation ne soit spécialement conférée au tribunal soit par un texte, ex. a. 491-2, al. 3,

soit par la nature de la cause d'annulation, ex. notions de cause immorale, de dol principal).

Le jugement d'annulation a des conséquences identiques, quelle que soit la nullité, absolue ou relative, qu'il met en œuvre. La *principale* est le complet *anéantissement* du contrat. Deux *corollaires* s'y rattachent : comme, du contrat anéanti, il ne peut subsister ni droit à l'exécution, ni droit à dommages-intérêts en cas d'inexécution, il faut poser en thèse et la nécessité de *restitutions* si des prestations avaient déjà été accomplies, et l'*irresponsabilité* des parties du fait de l'annulation.

### ► *Anéantissement du contrat*

Que du néant rien ne puisse sortir (*quod nullum est, nullum producit effectum*), ce n'est qu'une application de la notion logique de causalité. De là l'étendue très vaste de l'annulation, dans le temps et dans l'espace.

a) *Rétroactivité de l'annulation*. — Non seulement le contrat disparaît pour l'avenir, mais il est censé n'avoir jamais existé. Si le jugement d'annulation est rétroactif, c'est qu'il ne fait que constater, déclarer un vice qui minait le contrat dès l'origine. Les parties doivent donc être replacées dans la situation où elles étaient avant d'avoir contracté. L'annulation opère comme une résolution : si le contrat annulé était translatif de droits réels immobiliers, les droits acquis par un des contractants sur l'immeuble se trouvent résolus, ainsi que, par contrecoup, les droits qu'il avait pu transmettre ensuite à des tiers (cf. t. III, n° 83).

Des *restrictions* ont, cependant, été apportées à la rétroactivité de l'annulation, en considération de la nature de certains contrats. C'est qu'il y a eu, tout de même, entre la conclusion du contrat et le jugement d'annulation, une situation de fait, une apparence, à laquelle le droit ne peut pas ne pas avoir égard.

— *Contrats successifs*. — Ils ont pu recevoir, avant le jugement, une exécution qui résiste à un effacement rétroactif (v. *infra*, n° 138). Aussi l'annulation opère-t-elle pour eux, le plus souvent, sans rétroactivité, comme s'il y avait simplement dissolution anticipée (ex. a. 1844-15, pour la société).

— *Contrats translatifs de droits réels immobiliers*. — On maintient généralement les actes d'administration qu'un contractant a pu faire sans fraude sur l'immeuble, dans l'intervalle entre le contrat et l'introduction de l'action en nullité. Pour les actes de disposition, il ne



peut être question que d'atténuer l'insécurité des tiers qui ont traité avec le contractant : c'est dans cet esprit que le d. 4 janv. 1955 soumet à la publicité foncière les demandes en nullité (a. 28-4° c, a. 30-5) et les jugements d'annulation (a. 28-4° c, a. 30-4).

b) *Généralité de l'annulation*. — Il peut se faire que, dans un contrat, qui est un ensemble complexe de stipulations, une seule clause (viciée par l'erreur, contraire à l'ordre public, etc.) encoure la nullité. Rationnellement, l'annulation devrait être limitée à cette clause, qui serait, en quelque manière, effacée, réputée non écrite, le reste du contrat subsistant. Ce système de nullité partielle a été expressément consacré par le législateur pour quelques hypothèses relevant de l'ordre public (ex. a. 900, donations ; a. 1844-10, al. 2, sociétés ; a. L. 411-77 Nouveau C. Ru., baux à ferme ; l. 10 janv. 1978, sur la protection des consommateurs, a. 35). Mais, en dehors de là, les tribunaux estiment souvent qu'il serait contraire à l'intention des contractants de maintenir un contrat amputé d'une de ses dispositions essentielles, et ils préfèrent l'annuler entièrement en considérant que la clause nulle (contraire à l'ordre public) avait été soit la cause impulsive et déterminante, soit la condition de toute l'opération (cause, condition qui étaient donc illicites ; a. 1131, 1172).

#### [107] *Restitutions entre les parties*

a) *Principe*. — Si le contrat n'avait pas encore été exécuté au moment où l'annulation est prononcée, les parties ne sont plus tenues de l'exécuter. S'il l'avait déjà été, elles sont obligées à des restitutions réciproques (ex. l'acheteur devra restituer la chose, le vendeur le prix, c'est comme un contrat synallagmatique renversé). Ces obligations de restituer découlent logiquement de la rétroactivité de l'annulation ; on peut les analyser comme des obligations nées du paiement de l'indu (cf. *infra*, n° 304). Si la restitution ne peut plus avoir lieu en nature, elle se fait par équivalent, sous la forme d'une indemnité.

b) *Exceptions*. — Il arrive que le droit paralyse une obligation de restitution, afin de rendre la nullité plus protectrice pour une partie, plus redoutable pour l'autre. Deux cas, le premier légal, le second jurisprudentiel.

1° *L'a. 1312*. — Quand l'annulation est intervenue pour incapacité, l'a. 1312, à dessein de mieux protéger l'incapable, le dispense de rendre ce qu'il avait reçu en vertu du contrat annulé, si ce n'est dans la mesure de l'enrichissement qu'il en conserve (de sorte que, par ex.,

quand un mineur a gaspillé tout l'argent qu'il avait emprunté, il n'est plus obligé à rien).

2° *La maxime* *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. — Le sens de cette maxime traditionnelle est que personne ne peut se faire de sa propre indignité un titre pour agir en justice. La jurisprudence se fonde là-dessus pour repousser l'action en restitution formée par le contractant qui a exécuté, dès lors que lui-même peut encourir le reproche d'avoir trempé dans la turpitude motivant la nullité du contrat. Théoriquement, ce refus d'action pourrait concerner les contrats illicites (*stricto sensu*) aussi bien que les contrats immoraux ; il semble, toutefois, que les tribunaux n'en fassent aujourd'hui usage que pour les contrats immoraux. Peu importe la technique employée pour attaquer le contrat : cause immorale, objet immoral, contradiction aux bonnes mœurs, quoique la *nullité pour cause immorale* soit, sans doute, le champ où la maxime est le plus active. La solution, cependant, n'est jamais assurée d'avance, et il peut se faire que, le contrat ayant été annulé en vertu de l'a. 1133, un contractant obtienne néanmoins restitution des prestations qu'il a fournies.

#### ► *Irresponsabilité des parties*

a) *Principe*. — Le contrat étant nul dès l'origine, une partie ne peut être condamnée à dommages-intérêts envers l'autre pour ne l'avoir pas exécuté : la responsabilité contractuelle ne se conçoit que là où le contrat est valable.

b) *Atténuations*. — Une responsabilité pourrait, cependant, être encourue, non pas en vertu du contrat nul, mais, à l'occasion de la nullité du contrat, sur le fondement général de l'a. 1382. C'est le cas lorsqu'un incapable (mineur, prodigue en curatelle), par son dol, en dissimulant frauduleusement son incapacité, détermine une personne à contracter avec lui. De cette faute délictuelle, il doit réparation, et la réparation la plus adéquate, réparation en nature, consistera à ne pouvoir intenter l'action en nullité. Encore faut-il qu'il ait commis une véritable fraude ; ce ne serait pas assez d'un simple mensonge (arg. a. 1307 ; la déclaration de majorité, qui ne fait pas obstacle à l'*in integrum restitutio*, à l'annulation, est le mensonge simple, non accompagné de cette manœuvre frauduleuse que constituerait par ex. la production d'une carte d'identité maquillée).

**[108]** ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Esmein, VI, n<sup>os</sup> 280 s. et VII, n<sup>os</sup> 748 s. (*Nemo auditur...*). — Cf. J. Chevallier, G. Durry, Inexistence, nullité, annulabilité en droit civil, *Travaux de l'Assoc. Capitant*, t. XIV (1962), p. 513, 611.

## HISTOIRE

Santi di Paola, *Contributi a una teoria della invalidita e della inefficacia in diritto romano*, 1966. — En droit romain, deux sortes de nullité : une nullité de plein droit qui sanctionne l'absence d'un élément essentiel du contrat (*nulla obligatio, nihil agitur*) ; une annulation facultative, qui est accordée par le prêteur pour la protection de certaines catégories de personnes (mineurs de 25 ans, victimes de violences et de dol), mais suivant une appréciation équitable du cas (c'est l'*in integrum restitutio*). Quelque chose de cette dualité d'origine, recueillie à travers le Droit canonique et l'Ancien Droit (v. Brissaud, p. 464 s.), continue de peser sur la théorie moderne.

## POLITIQUE LÉGISLATIVE

Notre système d'annulation toujours judiciaire fait contraste avec le système du B.G.B. (§ 116 s.) où, sauf en matière de mariage, le recours au juge n'est jamais nécessaire, la nullité existant de plein droit, et la simple annulabilité ne requérant rien de plus qu'une déclaration de volonté (ce peut être une simple lettre missive) de la partie intéressée (§ 143, al. 1). Il y a, en général, de grands avantages à admettre les droits à se réaliser sans passer par les canaux bourbeux de la chicane ; et, si la confirmation d'un acte annulable peut avoir lieu par acte unilatéral, n'est-il pas d'une symétrie logique qu'il en soit de même de son annulation ? Le système allemand, pourtant, est un renfort d'individualisme, et cela suffit pour qu'il ne paraisse plus très actuel : s'il devait se poser aujourd'hui un problème législatif, ce serait plutôt dans la direction contraire (v. *supra*, n<sup>o</sup> 75, Politique législative de l'ordre public). — Restreindre le plus possible les annulations semble s'accorder au besoin moderne de sécurité dans les affaires. Il existe un modèle législatif en ce sens dans les a. 1844-10 s. relatifs aux sociétés. Mais c'est que la société est autre chose qu'un contrat : c'est un organisme vivant.

**[109]**

## THÉORIE JURIDIQUE

La théorie classique des nullités est un peu à base de métaphore : elle conçoit le contrat comme un organisme qui vit et meurt, souffre et guérit, et la nullité comme une qualité juridique du contrat. Contre cette théorie s'est élevé très vigoureusement Japiot (*Des nullités en matière d'actes juridiques*, Th. Dijon, 1909 ; cf. Gaudemet, p. 147. s.). Il entend déplacer le centre de gravité du problème : du contrat infirme à la règle de droit violée. A l'idée que la nullité est une qualité du contrat, il substitue une conception objective de la nullité : la nullité est la sanction d'une règle légale, et c'est de la nature de cette règle qu'il faut déduire le but et le régime de la nullité (ou, plus exactement, du droit de critique conféré à certaines personnes à l'égard du contrat).

Une bonne part de l'activité doctrinale fut jadis absorbée par la querelle de l'*inexistence*. V. t. II, n<sup>os</sup> 23, 195, à propos du mariage, qui en a été le principal terrain. En faveur de la notion d'inexistence, Aubry et Rau, I, § 37, n. 3 ; Bonnecase, *Supplément*, II, n<sup>os</sup> 75 s. L'opinion « moderne » est plutôt contre (Planiol-Esmein, n<sup>o</sup> 285 ; Ghestin, n<sup>os</sup> 739 s.). Néanmoins, la théorie de l'inexistence a reçu un appui qu'il ne faut pas sous-estimer (cf. L. Collet, D. 93, 508) : 1<sup>o</sup> de la pratique législative des « clauses réputées non écrites » (cf. Hannoun, *Revue des Sociétés*, 1991, 45 ; Kullmann, D. 93, chr. 59) ; 2<sup>o</sup> d'arrêts qui, sans parler d'inexistence, mais plutôt de nullité absolue, relèvent tout de même que l'acte juridique manquait de l'une de ses conditions d'existence (ex. Req. 30 déc. 1902, S. 03, 1, 257 ; Crim. 25 mai 1938, D.H. 38, 453 ; Civ.<sup>3</sup> 22 juin 1976, D. 77, 619, n. Diener) et en tirent des conséquences dépassant les effets ordinaires de la nullité absolue (ainsi, l'imprescriptibilité de l'action en nullité, malgré l'a. 2262 ; Civ. 16 nov. 1932, S. 34, 1, 1 ; Civ.<sup>1</sup> 10 juin 1986, et Com. 28 avr. 1987, R.T., 87, 535 et 746, n. J. Mestre). La confrontation de deux arrêts (Civ.<sup>1</sup> 5 mars 1991 et Com., 16 juin 1992, D. 93, 508, n. L. Collet) montre que le débat est loin d'être clos : selon la Chambre civile, le consentement échangé par une banque avec un incapable majeur n'a pas créé de contrat, il n'y a rien de fait, tandis que, pour la Chambre commerciale, une société  *fictive*  est nulle, non pas inexistante.

Si la *nullité relative* est unilatérale, c'est, selon l'analyse classique, parce qu'une seule des deux parties a besoin d'être protégée. Une autre analyse, cependant, eût été concevable : toutes les nullités sont, au fond, absolues, mais, par exception, la loi retire à l'un des contractants le droit d'agir en nullité, parce qu'il est *en faute* d'avoir contracté dans des circonstances douteuses (cf. D. 1935, 1, 55 ; ex. l. 6 juill. 1989 sur les baux d'habitation, a. 3, pénult. al.).

Les auteurs se sont employés à analyser diverses notions que la théorie classique avait laissées dans l'ombre : 1<sup>o</sup> *L'inopposabilité*, qui est une inefficacité à l'égard des tiers ou de certains tiers, l'acte restant d'ailleurs valable entre les parties ; ex. l'inopposabilité des contre-lettres (v. *supra*, n<sup>o</sup> 39 ; cf. Bastian, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Th. Paris, 1929 ; Hubert, S. 1931, 1, 361 ; J. Duclos, *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, 1984) ; 2<sup>o</sup> *La conversion (par réduction)* du contrat nul (cf. Perrin, Th. Dijon, 1911 ; Cornaz, Th. Lausanne, 1937) : quand l'acte nul remplit encore les conditions exigées pour la validité d'un autre acte, il est converti en cette seconde espèce (ex. dans le plan des actes instrumentaires, a. 1318, cf. B.G.B., § 140 ; source d'une abondante doctrine ; v. Gandolfi, *La conversione dell'atto invalido*, 2 vol., 1984-1988 [très riche étude historique et comparative]) ; 3<sup>o</sup> *La relation de fait* sous-jacente au contrat nul, et génératrice d'obligations analogues (ce qui atténue la rétroactivité de l'annulation) : ex. société de fait (cf. Hémard-Terré, *Sociétés commerciales*, III, 1978, n<sup>os</sup> 705 s.) ; relation de travail (le contrat de travail a beau être annulé, il reste que le salarié a été lié à l'entrepreneur par une relation de travail, et cela suffit, notamment, pour que lui ait été applicable la législation protectrice du travail ; cf. Agostini, D. 82, 68) ; v. Leveneur, *Situations de fait et droit privé*, Paris, 1990, n<sup>o</sup> 162, 232, pour la théorie générale. — Quant à l'étendue de l'effet destructeur, cf. Piédelièvre, Sur la maxime *Quod nullum est, nullum producit effectum*, *Mélanges Voiron*, 1967, 638 ; Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, Th. Strasbourg, 1969.

Parmi les mécanismes d'extinction de l'action en nullité, le mieux assis est la *confirmation* (cf. Couturier, *La confirmation des actes nuls*, Th. Paris, 1971). Est-il besoin,

toutefois, pour l'analyser, de prendre le détour d'une renonciation à l'action en nullité, plutôt que de supposer une opération, *sanatio*, directe (cf. Rui de Alarcão, *A Confirmação dos negócios anuláveis*, Coimbra, 1971) ? On s'interroge aussi sur la nature de la *prescription extinctive* de l'a. 1304. Confirmation tacite ? Si oui, elle ne devrait commencer à courir que du jour où l'intéressé a eu connaissance de son droit à faire annuler l'acte. Il en est bien ainsi en général (ex. Civ.<sup>1</sup> 31 mai 1992, *Bull.*, n° 142). Mais parfois on s'en écarte et l'on remonte à la date de la conclusion du contrat, parce qu'elle présente plus de certitude (v. deux arrêts, D. 93, 277). Variante moderne de la confirmation : la *régularisation* (ex. a. 1839 ; cf. Dupeyron, *La régularisation des actes nuls*, Th. Toulouse, 1973). Autres mécanismes d'extinction, la *ratification*, qui est elle aussi rétroactive (ex. a. 1998 ; cf. *infra*, n° 299, pour la gestion d'affaire) — et, bien sûr, la réfection pure et simple du contrat (ex. Civ.<sup>1</sup> 29 nov. 1983, *R.T.*, 84, 710), qui, elle, a l'inconvénient de n'agir que pour l'avenir.

## [110]

## PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *La maxime* Quae temporalia... — Cf. Storck, *L'exception de nullité en droit privé*, D. 87, chr. 67. Ex. Civ.<sup>1</sup> 1<sup>er</sup> mars 1977, D. 78, 21 ; Civ.<sup>1</sup> 12 juill. 1982, D. 82, 540 ; Civ.<sup>3</sup> 19 juill. 1984, *Bull.*, n° 145 ; Civ.<sup>1</sup> 19 déc. 1995, D. 96, Somm. 327.

b) *La maxime* Nemo auditur... — Cf. Savey-Casard, *Le refus d'action pour cause d'indignité*, Th. Lyon, 1930. La maxime, tirée du Droit romain (Dig. 12, 5, 2 et 8 ; C. Just. 4, 7, 2) par les interprètes et utilisée par la pratique judiciaire de la monarchie (cf. Sturm, Aperçu sur l'origine du brocard *Nemo auditur...*, *Etudes G. Chevrier*, 1972, II, 289 s.), a été reprise comme instinctivement par les tribunaux sous l'empire du C.C., bien qu'elle n'eût été consacrée par aucun texte. On voit la Cour de cassation l'invoquer directement, à l'occasion (ex. Com. 20 janv. 1987, *J.C.P.*, 88, 2, 20987), tandis que, dans d'autres cas, elle paraît la lire, divinatoirement, entre les lignes de l'a. 1131. Cette survivance peut créer des problèmes, en régime de légalité, à qui n'admet pas que la coutume puisse être source du droit (cf. Introduction, n° 139). Les scrupules d'une partie de la doctrine, au siècle de l'exégèse (Demolombe, XXXI, n° 436), ont amené les esprits à s'interroger sur le fondement et la portée de la solution jurisprudentielle.

1° *Fondement*. — L'idée d'une faveur faite à la possession (*melior causa possidentis* ; cf. t. III, n° 122) paraît ici archaïque : le refus d'action n'est pas conçu pour le défendeur, mais contre le demandeur. Que, lorsqu'il applique la maxime, le juge s'érige en moraliste (cf. Ripert, *Règle morale*, n° 104 s.), ce n'est pas douteux. Mais la chose peut être entendue de deux manières : il peut s'agir de faire régner la morale dans la *société*, ou simplement dans le *prétoire*.

— Dans la *société*. La maxime poursuivrait, au fond, les mêmes fins que l'a. 1131 (d'où l'invoque de ce texte) ; le but serait toujours d'empêcher la conclusion des conventions immorales, mais il pourrait être atteint — aussi bien que par une annulation interdisant de réclamer l'exécution — par un refus d'action consolidant l'exécution accomplie, car il en résulterait une insécurité propre à dissuader les contractants.

— Dans le *prétoire*. L'intention serait simplement de sauvegarder la dignité de la magistrature (cf. Aubry et Rau, VI, 5<sup>e</sup> éd., § 442 *bis*, n. 8), en fermant les tribunaux au scandale. On objecte que les juges en entendent bien d'autres (divorces, recherches de

paternité, etc.). Mais c'est, peut-être, que, dans ces hypothèses, une nécessité justifie l'action. Au demeurant, si telle était la signification des arrêts, il serait vain de leur supposer des critères systématiques dans le maniement de la maxime. Ce serait, plutôt que de *jurisdictio*, affaire d'*imperium* et, pour ainsi dire, de police de l'audience (cf. a. 24 C. Pr. C.).

2° *Portée*. — Le refus d'action n'est pas général (on le dit étranger aux règles de la responsabilité délictuelle, Civ.<sup>1</sup> 17 déc. 1996, *Rép. not.*, 97, 343) ; et son usage s'est plutôt restreint au XX<sup>e</sup> s. Des auteurs sont d'avis que la jurisprudence a recherché, pour chaque type de conflit, quelle était des deux décisions possibles, admission ou refus de l'action, celle qui convenait le mieux au but de la nullité (Planiol-Esmein, VII, n° 748 s.). Mais le sentiment le plus répandu (v. Colin-La Morandière, n° 105 ; Ripert-Boulanger, II, n° 762) est qu'elle fait une distinction entre cause illicite et cause immorale, réservant à celle-ci l'application de la maxime (v. en ce sens, très nettement, Aix, 28 mars 1945, *J.C.P.*, 46, 2, 3063). Cela s'accorde mieux à la notion de turpitude. Pourtant, si le refus d'action n'était qu'un renforcement de l'a. 1131 (par un moyen préventif), il se concevrait pour la cause illicite tout autant que pour la cause immorale. Toujours est-il que les arrêts se rangent assez bien sous la distinction usuelle. Ex. *conventions illicites* : posant le principe, Civ.<sup>1</sup> 27 nov. 1984, *G.P.*, 85, 2, 638 ; dans une cession d'office ministériel où a été stipulé, ce que la loi interdit, un supplément occulte de prix, le cessionnaire peut réclamer la restitution de ce qu'il a ainsi versé indûment (Civ. 20 juill. 1844, S. 44, 1, 582 ; Civ. 13 juill. 1885, S. 86, 1, 205, D. 86, 1, 263) ; solution analogue, dans les ventes d'immeubles, pour les suppléments de prix dissimulés au fisc (Req. 24 oct. 1928, *G.P.*, 28, 2, 747 ; Req. 29 avr. 1942, S. 42, 1, 42) ; dans un contrat d'assurance, si l'assuré a induit l'assureur en erreur sur l'étendue du risque (Civ.<sup>1</sup> 14 déc. 1982, *R.T.*, 83, 342 ; Civ.<sup>3</sup> 24 juin 1992, D. 92, Somm. 400, *R.T.*, 93, 121). Ex. *conventions immorales* : celui qui a prêté de l'argent à une femme mariée pour lui permettre de fuir avec son amant ne peut en réclamer la restitution (Req. 17 avr. 1923, D. 23, 1, 172) ; et toute la jurisprudence, qui fut abondante, déniait l'action dans les contrats relatifs aux maisons de tolérance (ex. Req. 1<sup>er</sup> avr. 1895, D. 96, 1, 329 ; Com. 27 avr. 1981 [turpitudes réciproques], D. 82, 51). Cependant, même pour des conventions immorales, l'action en restitution est parfois admise, soit parce qu'il apparaît que la faute du demandeur est moindre que celle de son partenaire (cf. Req. 11 août 1945, S. 45, 1, 642 ; une variante de la maxime déclare *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*, ce qui suppose une comparaison entre deux conduites), soit parce que, la convention annulée constituant un délit pénal, l'action en restitution semble nécessaire pour enlever au délinquant le bénéfice de son infraction (Crim. 7 juin 1945, D. 46, 149, *J.C.P.*, 46, 2, 2955 ; cf. Crim. 8 juill. 1947, *J.C.P.*, 48, 2, 4474 ; mais, dans cette dernière espèce, il s'agissait d'une convention illicite, non immorale, et même elle n'était illicite que selon les critères d'un droit très artificiel). Cf. Choucri Cardahi, L'exécution des conventions immorales et illicites ; étude de l'adage *Nemo auditur...*, d'après le droit comparé, le droit musulman et les moralistes chrétiens, *R.I.D.C.*, 1951, 385 s. ; Ph. Le Tourneau (*La règle « Nemo auditur... »*, Th. Paris, 1970 et D. 74, 378).

c) *Etendue de la nullité*. — Quand, dans un contrat, une seule clause est illicite, il paraît logique de limiter à celle-ci l'annulation, en vertu d'un principe de sauvegarde de la convention (*potius ut valeat quam ut pereat*), inscrit en filigrane à l'a. 1157. Si le contractant qui impose la clause suspecte veut se réserver la faculté de reprendre ses billes au

cas où l'autre demanderait la nullité, il stipulera que cette clause est la condition de son engagement (ce qui le place sous l'a. 1172, nullité totale) ou qu'elle en a été la cause impulsive et déterminante. Ce n'est pas toujours soutenable : il stipulera alors expressément l'indivisibilité entre la clause et le reste. Des arrêts ont accepté de la faire jouer : Civ.<sup>3</sup> 5 févr. 1971, *Bull.*, n° 84 ; Com. 27 mars 1990, D. 91, 289, n. Testu. D'autres la paralysent en l'enveloppant dans la même illicéité ou en sanctionnant l'intention frauduleuse : Civ.<sup>3</sup> 6 juin 1972, D. 73, 151 ; Civ.<sup>3</sup> 9 juill. 1973, D. 74, 24 (cf. a. 1217).

Il est plus grave de faire jouer la nullité d'un contrat en dehors de lui-même, en l'étendant à un autre acte juridique, celui-ci eût-il été passé entre les mêmes parties. La question ne relève plus de l'a. 1172, et l'on peut soutenir en sens contraire, pour peu qu'un intervalle se soit écoulé entre les deux actes, que leur validité (sous l'angle par ex. de l'intégrité du consentement, de l'ordre public) demande à être appréciée distinctement. Un arrêt (Civ.<sup>1</sup> 18 févr. 1991, *Bull.*, n° 63) admet, pourtant, que l'extension de la nullité peut se justifier par l'indivisibilité. On aurait pu se référer aussi à la disparition de la cause, l'acte principal ayant servi de cause à l'autre ; mais la conséquence aurait été plutôt la résolution. Cf., sur les ensembles contractuels, *infra*, n° 111.

d) *Quod nullum est nullum producit effectum*. — La rétroactivité inhérente à l'adage prive de cause les prestations qui ont pu déjà être exécutées. Elles doivent logiquement être restituées à celui qui les avait faites. Le jeu des restitutions n'a manqué ici ni d'analyses jurisprudentielles (v. Danet et Lorvellec [après annulation d'un contrat d'intégration, l. 6 juill. 1964], D. 82, chr. 211 ; E. Poisson-Drocourt [en général], D. 83, chr. 85 ; J. Mestre, *R.T.*, 88, 528 ni de vues théoriques (v. G. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitution et responsabilité*, Th. Paris I, 1989 ; J. Schmidt-Szalewski, *J.C.P.*, 89, 1, 3397 ; M. Malaurie, *Les restitutions en droit civil*, 1991 ; M.-L. Moranchais-Demeester, La responsabilité des personnes obligées à restitution, *R.T.*, 93, 757). Cependant, les difficultés se rencontrent surtout lorsque les prestations qu'il faudrait restituer ne subsistent plus qu'à l'état de souvenir, faute d'une matérialité qui se prêterait à une restitution en nature : le bailleur a procuré une jouissance des lieux, le salarié a fourni un travail (cette hypothèse paraît être assez fréquente). Force est alors de se rabattre sur des restitutions par équivalent, en forme d'indemnités pécuniaires, Civ.<sup>1</sup> 16 juill. 1998, D. 99, 361, n. Fronton. Mais comment justifier ce droit à être indemnisé en argent ? Des tribunaux ont invoqué l'équité (quoiqu'il soit interdit d'en parler devant la Cour de cassation), ou l'enrichissement sans cause, cet autre visage de l'équité (ex. Soc. 15 févr. 1978, D. 80, 30). C'étaient des critères qui permettaient la négociation, l'évaluation souple de l'indemnité. Plus récemment, pourtant, la Chambre sociale (dans un arrêt pas des plus explicites, il est vrai) semble avoir ouvert une voie toute différente (7 nov. 1995, D. 95, *I.R.*, 258, *J.C.P.*, 96, 2, 22626, n. B. Petit - M. Picq), en invoquant le contrat lui-même : la restitution devra s'opérer par l'application exacte de ses stipulations. Ce n'est donc pas l'annulation qui est rétroactive, c'est le contrat annulé : le renversement de l'adage est total. On pourra préférer une solution intermédiaire qui avait été préconisée pour le contrat de travail (v. Freyria, *R. droit soc.*, 60, 619 ; cf. Ph. Malaurie, D. 58, 221) : il n'y a jamais eu de contrat de travail, mais il a existé *de facto* une relation de travail : aux juges de construire le fait rationnellement. Cela ne se fera ni par l'octroi arbitraire d'une indemnité de consolation, ni par la survie artificielle du contrat. D'autres ont dit : au commencement était le fait (cf. R. Savatier, *Etudes Ripert*, 1950, 75, 86), et le non-droit avait ses normes (cf. Introduction, n° 59) avant que le droit n'eût été inventé.

*Les ensembles contractuels*

Le principe est que chaque contrat, mécanisme clos, se suffit à lui-même, est indifférent aux contrats qui peuvent être conclus à côté, fût-ce en même temps et entre les mêmes personnes. Il arrive, néanmoins, qu'un lien, qui ne sera pas sans conséquence, s'établisse entre deux ou plusieurs contrats. Le phénomène n'a guère été analysé qu'à partir de la décennie 1970, et il a été désigné par des noms variables : complexité, connexité, conjonction, groupe de contrats, ensemble contractuel. Cette dernière expression (où l'on entrevoit une allusion à la théorie mathématique) est probablement la plus large et la moins contraignante. Aussi l'avons-nous retenue en principe, sauf à retrouver les autres appellations sous la suggestion de tel ou tel cas.

## I | LES ENSEMBLES STRUCTURELS

1° Ici le lien entre les contrats est au maximum de sa force. Un exemple pourrait en être donné par la promesse de contrat, spécialement la promesse de vente (cf. *supra*, n° 15). L'opération, au fond, est unique, mais elle s'accomplit en deux temps, en deux contrats, dont chacun, quoique distinct, n'a d'existence que par l'autre. Par elle-même la promesse est déjà un contrat ; la levée de l'option en formera un autre. Le premier s'arc-boute sur la perspective, l'existence conditionnelle du second, et le second, si l'option est levée, s'incrusterait dans le premier. Mieux que conjonction, il y a imbrication.

Un autre exemple est plus clair encore, c'est le cautionnement : il n'existe pas par lui-même, mais seulement en tant qu'accessoire d'une obligation principale.

On entre dans un monde différent, plus complexe, avec les combinaisons que la pratique moderne a mises en place dans le grand commerce (les réseaux de distribution). Ce sont des structures à deux degrés : le producteur passe avec le distributeur un contrat-cadre, une convention-souche, sur quoi viendront s'articuler ultérieurement, selon les besoins, des contrats ponctuels d'application, d'exécution.

2° A l'intérieur de l'ensemble structurel, une *interdépendance* des éléments constitutifs est imposée par la définition même de l'opération. Mais elle doit être tempérée par la distinction purement rationnelle du principal et de l'accessoire : le principal peut survivre à l'accessoire, non l'inverse. Un cautionnement n'a plus de sens quand l'obligation cautionnée est éteinte (cf. a. 2012, al. 1) ; mais celle-ci pourra vivre sans cautionnement.

## 2 | LES ENSEMBLES D'ORIGINE VOLONTAIRE

La catégorie est susceptible de bien des variétés. Il ne faut pas, toutefois, la distendre jusqu'à y faire entrer les contrats à objet complexe (cf. *supra*, n° 56), tel le contrat *multirisques* proposé par les compagnies d'assurances : les différentes parties de l'acte peuvent réagir les unes sur les autres, mais ce n'est qu'affaire d'interprétation au sein d'un même contrat (a. 1161).

a) 1° Ce n'est guère qu'une nuance ; on passe, cependant, de l'objet complexe à la pluralité d'objets et, partant, de contrats, lorsque ces objets relèvent de *professions distinctes* que le professionnel exerce simultanément (ex. l'agence de voyages exploite un hôtel). Le professionnel peut conserver à chaque contrat son autonomie avec des clientèles différentes. Mais il peut aussi bien faire des deux un paquet-réclame qu'il offre aux mêmes clients, auquel cas se fait jour la notion d'ensemble contractuel.

2° Ce sont les abus du *package-deal* (ventes « liées », o. 1<sup>er</sup> déc. 1986, a. 8, « jumelées », « subordonnées ») qui ont appelé sur lui la méfiance du législateur. C'est un tout, imposé dans des contrats d'adhésion, à prendre ou à laisser : le client est entraîné à contracter au-delà de ses désirs, voire de ses besoins (cf. ce que fut, adossée aux usines du passé, la pratique patronale des *économats*, aujourd'hui abolie, C. Tr. a. L. 148-

1). L'a. L. 122-1 C. Consum. a interdit cette sorte d'assemblage contractuel comme un succédané du refus de contracter. Au pénal, ce serait une contravention de simple police. L'application en est problématique. Un juge parisien a, pourtant, condamné un hôtelier qui avait inclus dans le prix de la chambre celui du petit déjeuner (même servi au lit ?) : *bed and breakfast*, pas français.

b) 1° L'existence de l'ensemble contractuel acquiert plus de relief lorsqu'un autre contractant C vient s'agréger au duo de base AB. Le contrat AB peut avoir besoin d'être complété par un contrat BC, la location par une assurance du risque locatif. Ou bien BC a pris vie en vertu d'AB, le sous-traitant est là parce que l'entrepreneur a traité avec le maître de l'ouvrage. Ou encore AB s'est conclu en considération de BC, je n'achète l'appartement que parce que je compte sur un prêt. Ce sont des schémas qui se rencontrent abondamment en jurisprudence, surtout le dernier, le mouvement d'accès à la propriété s'étant accompagné depuis les années 70 d'un recours intensif au crédit. A ces schémas convient, par excellence, l'expression de *groupe de contrats*. L'effet de groupe, c'est physiquement l'attraction mutuelle qu'exerce entre elles les parties composantes. Mais, dans l'ensemble contractuel, cette attraction se heurte à la force de résistance inhérente à chaque contrat et qui l'enferme sur lui-même : c'est l'effet relatif, inscrit à l'a. 1165 (*infra*, nos 115, 122). Quelles conséquences ?

2° La plus éclatante, celle qui semble nécessaire pour donner un intérêt à la notion de groupe de contrats, c'est que les contrats ainsi groupés vont être liés dans leur existence. Tout événement juridique affectant l'un d'eux — annulation, résolution, caducité — se répercutera sur l'autre. L'effet de groupe l'emportera sur l'effet relatif.

De fait, c'est ce que dit le C. Consum. dans le domaine qui lui est propre : les prêts suivent le sort des achats qu'ils sont destinés à financer, a. L. 311-21 (crédit à la consommation), L. 312-12, lequel suppose sous le prêt une condition résolutoire (crédit immobilier).

Mais, en dehors de là, c'est généralement à la même solution que, sans texte, parvient la jurisprudence, sauf à hésiter sur la justification théorique où s'appuyer. L'*indivisibilité* se présente aisément à l'esprit, mais c'est user du mot par impression plutôt que techniquement (on est loin des a. 1217, 1221-5°). La *connexité* (notion d'origine procédurale, a. 101 C. Pr. C.) suppose un lien moins serré : elle permet à la compensation de jouer (cf. *infra*, n° 343), malgré le défaut provisoire de liquidité, ou malgré l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire (1<sup>re</sup> l. 5 janv. 1985, a. 33), entre des obligations issues de contrats réciproques, procédant cependant d'une même intention. Bien

d'autres analyses ont été avancées. Il est des arrêts qui articulent entre eux les contrats du groupe en faisant de l'un soit la *condition résolutoire* de l'autre, soit sa *cause* au sens de l'a. 1131. On pourrait demander davantage encore à la théorie de la cause, en assignant à l'ensemble contractuel une *cause unique*, le but économique de l'opération. Ce ne sera plus une interdépendance interne, mais l'unité du groupe. La solution est plausible lorsque l'examen des faits révèle entre les trois acteurs — banquier, vendeur, acheteur — une action *de concert*.

D'autant plus remarquable est la solution, d'esprit opposé, qui a prévalu sur le terrain de la sous-traitance (*infra*, n° 326) — chaîne de contrats, il est vrai, plutôt que groupe. Aucune fusion ne se produit entre le contrat initial et le sous-contrat, et si le maître de l'ouvrage veut mettre en jeu la responsabilité du sous-traitant, ce sera une responsabilité extra-contractuelle. L'effet relatif a rempli sa fonction de cloisonnement.

### 3 | LES ENSEMBLES ENGENDRÉS PAR L'HABITUDE

1° Le phénomène de cohérence ne se manifeste plus horizontalement, mais verticalement. Si, à intervalles assez rapprochés, un même partenaire s'offre à vous pour passer un même contrat de votre spécialité, il va se nouer de vous à lui une habitude contractuelle, en langage de droit commercial, un *rapport d'affaires*. Ce rapport tire son unité de la confiance mutuelle qui s'est maintenue dans la durée.

2° Entre des contrats que le temps a ainsi séparés, il va de soi que le lien est plus lâche que dans le cas d'un groupe. Néanmoins, des interférences sont souvent perceptibles. Une interprétation passée, qui a été bien acceptée, pourra influencer le contrat suivant. Une bonne exécution habituelle peut entraîner le juge à une appréciation indulgente d'une faute contractuelle isolée. À l'inverse, il arrive que la mauvaise exécution d'un seul contrat, en mimant la confiance qui soutenait l'ensemble, justifie une rupture radicale des relations.

Les relations d'affaires sont reconnues comme une valeur dans le patrimoine du contractant. N'est-ce pas ce que, dans une perspective différente, on nomme *clientèle*, sur quoi reposent les fonds de commerce et leur valeur marchande ? Toujours est-il que la menace de rompre est une manœuvre illicite (ord. 1<sup>er</sup> déc. 1986, a. 36, n°s 4 et 5, l. 1<sup>er</sup> juill. 1996) ; et si la rupture est consommée, pour peu qu'elle ait été injustifiée et dommageable, elle ouvrira droit à réparation.

### [112] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Ghestin (*Effets*), n°s 731 s. ; Bernard Teyssié, *Les groupes de contrats*, 1985 ; F. Cantegril-Malbosc, *Essai sur l'acte juridique conjonctif*, Th. Toulouse, 1991 ; J. Moury, De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats, *R.T.*, 94, 255 ; M. Baccache-Gimcili, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, 1996 ; Ferrier, La considération juridique du réseau, *Mélanges C. Mouly*, 1998.

#### PSYCHOSOCIOLOGIE

V. Coviaux, *L'habitude individuelle dans le droit des obligations*, Th. Paris, 1974. Le client « habitué » est un personnage de tous les temps. Mais, depuis environ la décennie 1970, dans une société de consommation et de concurrence, le grand commerce s'est efforcé de *fidéliser* la clientèle, et il a su y employer, entre autres, la technique des ensembles contractuels ; si bien que l'ord. du 1<sup>er</sup> déc. 1986 a dû intervenir, sur les doléances du petit commerce, pour tenter d'imposer un frein à certains abus. Les rapports d'affaires entre les multinationales ou leurs P.D.G. relèvent d'une psychologie différente, d'ailleurs malaisément pénétrable. On a parfois évoqué les amitiés d'affaires, et l'on parle en bourse d'O.P.A. amicales (ou inamicales). Mais est-il bon de faire du sentiment en affaires ? les affaires n'en font pas.

#### THÉORIE JURIDIQUE

La théorie des ensembles contractuels est un bon terrain pour vérifier ce qui a été écrit plus haut (n° 2) de la confusion dont souffre, dans sa présentation courante, notre droit civil des obligations : l'effet d'amalgame ici avec le droit commercial, comme ailleurs avec le droit de la consommation ou le droit communautaire. Car, si les ensembles structurels ne sont pas inconnus du droit civil classique (nous en avons cité deux, la promesse de contrat et le cautionnement), il est indéniable que le flot des combinaisons nouvelles est venu du commerce et de la banque. Il est même si créatif qu'après avoir imaginé la notion d'ensemble contractuel il est prêt à inventer autre chose qui l'en affranchisse (telle la garantie à première demande, sorte de cautionnement, mais autonome, indépendant du contrat de base, Com. 20 déc. 1982, D. 83, 365).

La thèse précitée de B. Teyssié, *Les groupes de contrats*, a eu le grand mérite de faire brèche. Par la suite, toutefois, on s'est demandé si un arrêt de l'Assemblée plénière du 12 juillet 1991, D. 91, 548, *J.C.P.*, 91, 2, 21743 (v. *infra*, n°s 127, 326), en insistant fortement sur l'effet relatif de l'un des contrats (a. 1165) au sein d'un ensemble contractuel, n'avait pas implicitement désavoué l'effet d'interdépendance et, par là, remis en question la théorie doctrinale. Mais, à supposer que celle-ci dût être amputée d'une de ses conséquences (et l'arrêt n'est pas tout à fait clair), elle n'en conserverait pas moins un intérêt, car elle traduit une réalité observable (en ce sens, Larroumet, *J.C.P.*, 91, 1, 3531). Depuis lors, d'autres explications sont venues se juxtaposer à l'image du groupe : la jonction (Cantegril-Malbosc) ; la convention-souche, l'accord-cadre (v. L. Amiel-Cosme, *Les réseaux de droit*, 1995 ; cf. Zaki, *R.I.D.C.*, 86, 1043 ; et, sous un autre angle, Viressamy, *Les contrats de dépendance*, 1986) ; l'indivisibilité (Moury).

A remarquer que les arrêts de l'Assemblée plénière du 1<sup>er</sup> déc. 1995 (cf. *supra*, n° 57), renvoyant la détermination du prix aux contrats d'application, pourraient être interprétés comme conférant plus d'autonomie à ceux-ci, aux dépens de l'accord-cadre et de la notion d'ensemble contractuel.

## PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Les groupes de contrats.* — L'effet d'interdépendance, à tout le moins de liaison, entre les contrats peut se manifester dès le stade de la formation : Com. 24 mai 1994, *Bull.*, n° 184, *R.T.*, 95, 99 ; Civ.<sup>1</sup> 15 nov. 1994 (qui ne s'arrête pas à l'objection rencontrée *supra*, tirée de l'a. 1165), *R.T.*, 95, 364, n. J. Mestre. Beaucoup d'arrêts concernent l'hypothèse, sur laquelle le droit de la consommation est intervenu, où l'achat à crédit est lié à l'obtention d'un prêt : ex. Civ.<sup>1</sup> 11 févr. 1986, D. 86, 541, n. Gross ; cf. Aynès, D. 88, chr. 283, et *Rép. not.*, 97, 1251 ; F. Bénac-Schmidt, D. 90, chr. 9. La jurisprudence ne manque pas non plus sur l'aspect le plus voyant de l'interdépendance, celui où les malheurs d'un contrat se réfléchissent sur l'autre (v. Reignié, La résolution pour inexécution au sein des groupes de contrats, in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Aix, 1997, 151) : ex. (on notera au passage les qualifications variables dont les magistrats ont usé) : Civ.<sup>1</sup> 21 juin 1988 (« groupe de contrats »), D. 89, 5, n. Larroumet, *J.C.P.*, 88, 2, 21125) ; Com. 4 avr. 1995 (« indivisibilité »), D. 96, 141, n. S. Piquet (cf. Aix, 13 févr. 1998, *J.C.P.*, 98, 2, 10213, n. C. Renault-Brahinsky) ; Com. 5 mars 1996 (ils ont agi de concert), D. 96, Som. 327, n. Libchaber ; Com. 4 mai 1995 (connexité, « les deux volets d'un ensemble contractuel unique servant de cadre général aux relations d'affaires des parties »), rapport Rémy, *J.C.P.*, 95, 2, 22448 ; Civ.<sup>1</sup> 1<sup>er</sup> oct. 1996, D. 97, Som. 171, et 1<sup>er</sup> juill. 1997, *Rép. not.*, 97, 1251, D. 98, 32 (cause unique). Sur les textes du C. Consom. l'interprétation est parfois large : ex. sur l'a. L. 312-12, Civ.<sup>1</sup> 1<sup>er</sup> déc. 1993, *Rép. not.*, 94, 823, n. D. Mazeaud.

b) *Les rapports d'affaires.* — Cf. Pollaud-Dulian, L'habitude en droit commercial, *Etudes Sayag*, 1997, 349. Une banque est couramment amenée à passer avec le même client une multiplicité d'opérations dont chacune pourrait être traitée comme un contrat séparé, mais qui toutes sont soutenues par une cause unique, la relation de confiance interpersonnelle. Qu'un manquement du client soit constaté sur l'une d'entre elles, c'est la confiance globale qui est ébranlée, et la banque a le droit de mettre fin pour le tout à l'ensemble contractuel, en transposant à l'inexécution d'un contrat ce que dit l'a. 1184 de l'inexécution d'une obligation (cf. *infra*, n° 185). V. par ex. Com. 20 nov. 1967, *Bull.*, n° 372 ; Civ.<sup>3</sup> 16 juill. 1968, *Bull.*, n° 212 ; Com. 3 mars 1970, *Bull.*, n° 85. Les relations d'affaires ont beau être fragiles, elles ont tout de même une valeur, du moins si elles sont commerciales. D'où la responsabilité de celui qui rompt intempestivement (c'est un peu comme si l'on sous-entendait une société entre les participants à l'ensemble contractuel (cf. a. 1844-7, 5°) : ex. Com. 28 févr. 1995, *Bull.*, n° 63, *R.T.*, 95, 885, n. J. Mestre (lequel suppose avec raison des circonstances de fait très favorables). Cf. P. Vergucht, La rupture brutale d'une relation commerciale établie, *R. jurispr. commerciale*, 1997, 129 ; Collectif Univ. Aix, *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, 1997.

## TITRE II

[113]

*Les effets du contrat*

Dans une analyse abstraite, on peut dire que les effets du contrat sont les obligations mêmes qu'il a pour but de créer. C'est ainsi que, lorsque l'on parle des effets de la vente, du bail, du mandat, etc., on a très souvent en vue les obligations, ou les séries d'obligations, auxquelles ces contrats donnent naissance. Une telle analyse est, cependant, insuffisante. D'abord, elle ne tient pas compte de ce fait que certains contrats (la vente, l'échange) ne sont pas seulement générateurs d'obligations mais (selon l'a. 1138) translatifs de propriété ou de droits réels (cf. t. III, n° 107). En outre, elle ne fait que reporter plus loin la question, car ce qui importera désormais pratiquement, ce sont les effets de ces obligations que le contrat a engendrées. Aussi est-il plus simple d'envisager directement comme effets du contrat les effets des obligations qui en naissent (les *effets des obligations conventionnelles*, tels qu'ils sont réglés principalement par les a. 1134 s.).

Ainsi compris, les effets du contrat s'ordonnent autour de deux destinées possibles : *exécution* ou *inexécution*. En cas d'exécution, les effets sont ceux que les parties ont voulu ; en cas d'inexécution, ceux que la loi y substitue comme un équivalent (le droit à dommages-intérêts), si même on n'arrive pas à une totale absence d'effets (le contrat étant rejeté dans le néant).

## ÉTAT DES QUESTIONS

a) La confusion des effets des contrats avec les effets des obligations dans les a. 1134 s. a souvent été relevée (Demolombe, XXIV, n° 384 s. ; Bonnet, *Supplément*, II, n° 268 s.). Il est plus important de souligner ce qu'il y a d'artificiel dans notre

dissociation classique (volontariste) de la formation et des effets du contrat. Le contrat ne produit évidemment d'effets que s'il est valablement formé. Mais, plus significativement, il achève de se former en produisant effet, en s'exécutant. Cela est vrai historiquement : que l'on songe à la théorie romaine des contrats innomés (v. Monier, II, n<sup>os</sup> 142 s.), où le contrat synallagmatique ne devenait obligatoire que lorsqu'il avait été exécuté par l'une des parties. Cela reste vrai positivement, en ce sens que l'inexécution rend le contrat résoluble. Cela n'est pas moins vrai sociologiquement : il y a, en fait, une infinité de contrats dûment formés qui ne sont pas ou ne sont plus exécutés, et dont aucune partie ne réclame l'exécution, sans que, pour autant, intervienne jamais une révocation formelle par *mutuus dissensus*. La négligence, la lassitude sont des forces vives du droit.

b) Rontchevsky, *L'effet de l'obligation*, 1998. L'ouvrage étudie un emploi particulier de cette notion : un contrat est traité non d'après son objet, mais d'après l'effet qu'il peut avoir ; ex. (a. 883, al. 2), la vente d'un bien indivis faite à l'un des coïndivisaires est assimilée à un partage parce qu'elle a pour effet, comme le partage, de faire cesser l'indivision — Dans la rubrique qui précède l'a. 1134, l'expression a un sens plus banal : l'obligation est exécutée ou, si elle ne l'est pas, le créancier a droit à l'équivalent.

c) *Des obligations multiples nées d'un même contrat*. — Toutes n'ont pas une égale importance. L'Ancien Droit connaissait une distinction scolastique entre les *essentialia* (ex. dans la vente, la chose et le prix), les *naturalia* (l'obligation de garantie), les *accidentalialia* (les modalités de paiement). Aujourd'hui, la pratique sait faire un tri entre le « noyau dur » du contrat, les obligations essentielles, et les éléments adventices. La portée de la distinction se manifeste dans la *punctuation* (cf. *supra*, n<sup>o</sup> 30) : le contrat se forme par un accord sur les *essentialias*, le règlement des éléments secondaires étant renvoyé à des négociations complémentaires. A notre époque où « faire sens », « donner sens », sont devenus des maîtres-mots de philosophie élémentaire, on recherchera quel est le *sens* du contrat : il doit prévaloir sur toutes autres stipulations. Ex. : « Vitesse » est le sens de Chronopost (cf. *infra*, n<sup>o</sup> 183 b) ; « Alerte » le sens de la Brink's (Civ. 2 déc. 1997, *R.T.*, 98, 673, n. J. Mestre).

*L'exécution du contrat*

La matière est dominée par l'a. 1134, texte célèbre qui, dans ses trois alinéas, consacre trois principes : la force obligatoire du contrat, son irrévocabilité, la maxime de la bonne foi.

► *Force obligatoire du contrat*

Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Quoique ce rapprochement du contrat et de la loi ne soit fait que par image (*tiennent lieu*), il est des plus expressifs. L'obligation, ou la série d'obligations, qui naît du contrat va constituer comme une loi particulière régissant le petit groupe des contractants. Sans doute cette loi particulière est-elle subordonnée à la loi générale. On ne peut reprocher au C.C. de ne s'en être pas souvenu : c'est seulement aux conventions *légalement* formées qu'il reconnaît force obligatoire ; il faut que le contrat réponde à toutes les conditions requises par la loi pour sa formation, ce qui comprend la conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Mais, validé par son obéissance à la loi de l'Etat, le contrat sera la loi des parties. Des mêmes mots (*à ceux qui les ont faites*), l'a. 1134 exprime l'idée que la loi contractuelle a seulement vigueur à l'intérieur du cercle où l'on a contracté (cf. a. 1165), et il en suggère une autre : que l'irrécusable autorité de cette loi lui vient de ce que ses sujets se la sont donnée de leur propre volonté (ou, comme eût dit le Sage, *patere quam ipse fecisti legem*).



► *Irrévocabilité du contrat*

Les conventions ne peuvent être révoquées que du *consentement mutuel* de ceux qui les ont faites, ou pour les *causes* que la loi autorise. Il en résulte *a contrario*, et en cela réside proprement l'irrévocabilité, que la volonté unilatérale de l'un des contractants ne peut mettre fin au contrat. Ce n'est pas simple souci d'une symétrie des formes entre la conclusion et la dissolution de l'acte. La vérité est que la volonté individuelle, une fois qu'elle s'est accordée à une autre, n'est plus autonome, n'a plus le pouvoir de se retirer. Le contrat, qui a besoin, pour naître, que deux volontés se réunissent, n'a pas besoin, pour subsister, que toutes deux persévèrent. C'est assez, pour le maintenir, qu'une seule s'accroche à ce qui avait été autrefois voulu par les deux. A l'opposé, le testament, parce qu'il est un acte unilatéral, l'œuvre d'une volonté solitaire, est essentiellement révocable au gré du testateur (a. 895, 1035).

a) *Du moment où l'irrévocabilité est acquise.* — Très généralement, elle est acquise dès l'instant où, par la rencontre des consentements, la convention est formée. Par exception, cependant, il arrive que les engagements pris ne soient pas définitifs tout de suite, et que, dans une première période, plus ou moins brève, chacune des parties, ou l'une d'entre elles, quoiqu'elle soit déjà entrée dans le contrat, puisse y renoncer.

1° Il peut en être ainsi en vertu du *contrat* lui-même. On a pu y insérer une *clause de dédit*, dont le sens est que chacun des contractants, ou l'un d'entre eux, a le droit de *se dédire* (de reprendre sa parole), de se dégager de l'affaire en abandonnant à l'autre une indemnité, fixée et parfois versée d'avance (sur l'utilisation de la clause pénale comme clause de dédit, cf. *infra*, n° 178). Dans la vente avec arrhes (a. 1590), les arrhes peuvent jouer ce rôle de moyen de dédit (mais ce n'est pas constant ; elles peuvent aussi servir à prouver que la volonté des parties est bien arrêtée ; ou bien elles peuvent constituer un acompte sur le prix). Dans la vente mobilière, l'a. 114-1 *in fine*, C. Consom. (l. 18 janv. 1992) pose la présomption que les arrhes ont été stipulées comme moyen de dédit. C'est quelquefois la nature de l'opération qui impose une phase initiale de révocabilité : le contrat de travail peut être conclu à l'essai (a. L. 122-4 C. Tr.) : si l'épreuve n'est pas favorable, il sera mis fin au contrat (dans la vente à l'essai, différemment, il n'y a pas de contrat formé, tant que l'essai ne s'est pas terminé sur un résultat favorable, a. 1588).

2° Dans un nombre croissant de cas, des lois de protection ont autorisé certaines catégories de contractants à revenir après coup sur leur acceptation. Ex. : a. 1794, malgré l'exécution commencée ; a. L. 121-4 C. Pr. Intell., droit de repentir de l'auteur ; C. Consom. a. L. 121-25 ; sur la vente par démarchage à domicile, délai de réflexion de 7 jours ouvert à l'acheteur, et a. L. 311-16, sur les opérations de crédit, délai de 7 jours ouvert à l'emprunteur pour revenir sur son acceptation de l'offre de prêt ; a. 132-5-1 C. Ass., relatif à l'assurance sur la vie, faculté de renonciation dans les 30 jours du premier versement ; l. 5 juill. 1985, sur les accidents de la circulation, a. 19, délai de 15 jours pour dénoncer la transaction conclue avec l'assureur ; a. L. 122-17 C. Tr., délai de deux mois ouvert au salarié pour dénoncer le reçu pour solde de tout compte qu'il a signé, mais ici la rétractation n'est plus un simple changement de volonté, elle doit être motivée.

b) *De l'irrévocabilité une fois acquise.* — Les parties sont liées l'une à l'autre jusqu'au terme stipulé ou jusqu'à l'achèvement de l'affaire ; sinon, indéfiniment. Le contrat pourra, néanmoins, prendre fin plus tôt.

1° Le *consentement mutuel* est, en principe (a. 1134, al. 2), le seul moyen de révoquer (il vaudrait mieux dire peut-être : résoudre ou résilier) un contrat. Cet accord aux fins de faire disparaître la convention (*mutuus dissensus*) est lui-même, au fond, une convention, inverse de la première (*distrat*, disait-on jadis), et il dépend avant tout de la volonté des parties d'en déterminer les effets. Elles pourront, notamment, soit se borner à faire cesser leur contrat pour l'avenir, soit l'anéantir même pour le passé (sous réserve des droits qui ont pu être acquis dans l'intervalle à des tiers).

2° Par exception, la *loi* autorise, à la demande d'une partie, la révocation du contrat pour certaines *causes*, quand bien même l'autre partie voudrait le maintenir. Ces causes peuvent être déterminées ou non.

— Les *causes déterminées* de révocation des contrats sont ordinairement des causes accidentelles, pathologiques, venant empêcher le fonctionnement normal du contrat : ainsi, l'impossibilité fortuite d'exécution (v. *infra*, n° 191), l'inexécution fautive des engagements d'une partie (v. *infra*, n° 186), mais non, en thèse générale, l'arrivée d'événements imprévus rendant l'exécution plus difficile (v. *infra*, n° 144).

— Est une *cause indéterminée* le simple changement de volonté d'une partie, dont la loi fait quelquefois une cause de résiliation unilatérale. Ici, l'exception est très directe au principe d'irrévocabilité ; mais elle est aussi très limitée. Elle ne se rencontre guère que dans des con-

trats à durée indéterminée, comme sauvegarde de la liberté (a. 1780, al. 2 ; *infra*, n° 139), ou, en dehors de là, dans des contrats qui supposent une confiance constante (a. 2003).

► *Maxime de la bonne foi*

Les conventions doivent être exécutées de *bonne foi*. C'est une évocation de la distinction romaine entre contrats de droit strict et contrats de bonne foi : tous les contrats, chez nous, sont de bonne foi. Cela signifie, notamment, qu'une partie ne peut s'enfermer dans la lettre du contrat pour en éluder l'esprit. La loi du contrat (comme celle de l'Etat) doit être appliquée selon son esprit, présumé raisonnable et équitable (cf. a. 1135), et une loyauté est exigée des contractants, à l'instar du loyalisme exigé des citoyens.

Ainsi l'a. 1134 nous invite à étudier l'exécution du contrat comme l'application d'une loi, la *loi contractuelle*. Cette loi, au même titre que la loi générale, régit une certaine *sphère*, et il lui faut surmonter des *difficultés d'application* qui font écran entre elles et les relations humaines pour lesquelles elle a été établie.

ÉTAT DES QUESTIONS

[114]

I. — L'A. 1134

HISTOIRE

L'a. 1134, al. 1, est tiré de Domat (*Lois civiles*, 1<sup>re</sup> part., liv. 1, tit. 1, sect. 2, n° 7) : celui-ci ne disait point *légalement formées*, mais, un peu plus haut (n° 1), il exigeait que la convention n'eût rien de contraire aux lois et aux bonnes mœurs. Le rapprochement du contrat et de la loi se trouvait, du reste, dans des textes romains (Dig. 50, 17, 23 : *hoc servabitur, quod initio convenit, legem enim contractus dedit* ; Dig. 16, 3, 1, 6 : *contractus enim legem ex conventionem accipiunt*), où il avait dû être facilité par des habitudes techniques, car, dès la République, le terme de *lex* (ex. *lex venditionis*) était employé pour désigner les clauses de certains contrats importants, des sortes de cahiers des charges (cf. Georgesco, *Leges privatae*, 1932). Dans ses *Pandectes*, éd. Lyon, 1782, t. III, p. 824, Pothier plaçait en exergue le second des textes précités du Digeste. Le 3<sup>e</sup> projet de la Commission Cambacérès disait : « Toute convention, quelle qu'en soit la cause, fait loi entre ceux qui l'ont formée. ». Malgré les interprétations « réductionnistes » que la doctrine moderne, depuis Demogue, aime donner de la formule de l'a. 1134, il semble bien que les rédacteurs du C.C. ne la prenaient pas à la légère : « Il est du devoir du législateur, déclarait le tribun Favard (*Fenet*, XIII, p. 336), de forcer les hommes à voir des *lois* dans les contrats. »

THÉORIE JURIDIQUE

La notion de *bonne foi*, dans l'a. 1134, al. 3, aurait pu être de grande conséquence. A la notion correspondante du B.G.B. (§ 242 : *Treu und Glauben*), la jurisprudence allemande a reconnu un rôle important (notamment, elle en a fait une des bases de la révision des contrats pour imprévision ; v. *infra*, n° 144). Cf. Pédamon, *Le contrat en droit allemand*, 1993, 119. En France, au contraire, pendant longtemps, il fut exceptionnel que les tribunaux fissent appel à cette notion, au point qu'on avait pu la considérer comme inutile (v. la critique très serrée de R. Vouin, *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, Th. Bordeaux, 1939, p. 53 s.). Beaucoup d'auteurs, cependant, ont continué d'être attirés par un texte qui n'est pas sans résonance morale. Il semble qu'à la bonne foi contractuelle puissent être rattachés des devoirs plus ou moins actifs. D'abord, un devoir d'honnêteté entre contractants : au minimum s'abstenir de dol (telle fut l'origine romaine), mais, au-delà de l'exécution des obligations qui forment le contenu du contrat, une conduite globale (chez le créancier aussi bien que chez le débiteur) à apprécier selon la morale. Puis, plus activement, c'est un devoir de coopération qui sera exigé (ex. les assurés ont le devoir de renseigner spontanément l'assureur sur les événements propres à l'intéresser ; v. C. Ass. a. 113-2, 2<sup>o</sup>, 3<sup>o</sup>). Nul ne s'est autant que Demogue (VI, n<sup>os</sup> 3 s.) préoccupé de donner figure juridique à ce devoir de coopération (« les contractants forment une sorte de microcosme ; c'est une petite société où chacun doit travailler pour un *but* commun qui est la somme (ou davantage) des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale ». L'idée s'est épanouie, et les auteurs évoquent aujourd'hui l'esprit de collaboration comme un devoir entre contractants (cf. J. Mestre, *R.T.*, 86, 101 ; Y. Picod, *J.C.P.*, 88, 1, 3318, et *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, 1989), voire la solidarité, la fraternité contractuelle (cf. C. Thibierge-Guelfucci, *Libres propos, sur la transformation du droit des contrats*, *R.T.*, 97, 382). Pour une synthèse brillante, mais noter le point d'interrogation, D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité » : la nouvelle devise contractuelle ?, *Mélanges Terré*, 1999, 603.

L'outrance peut perdre une idée juste. On s'étonnera qu'à une époque où le mariage s'était peut-être trop transformé en contrat, certains aient rêvé de transformer tout contrat en mariage. C'est surtout le contrat successif qui a été l'objet de cet enthousiasme (il y eut même, dans le national-socialisme allemand, des juristes pour doctriner là-dessus) — spécialement sur le contrat de travail, ennobli par la participation à l'entreprise, cette *Gemeinschaft*. Qu'il puisse y avoir dans le contrat un contenu affectif, c'est ce dont témoignent, dans le très Ancien Droit, certains aspects de la féodalité — lien de fidélité, don total, par contrat, du chef au suivant, du suivant au chef — et de nos jours, même, tant d'associations qui (du moins au premier stade de leur existence) vivent d'un élan des cœurs. Mais les contrats dont traite ordinairement le droit civil sont d'une pâte plus médiocre. Ce sont, selon l'expression de la psychologie sociale, des formes de *coopération antagoniste*. Entendons que, par des moyens communs, de pure opportunité, chacun des contractants cherche à atteindre des fins propres, et qu'un conflit est latent sous la coopération. Ce n'est pas assez pour décourager les contrats (non plus que les coalitions militaires ou les alliances électorales). Mais il est bon que le droit sache voir la coopération contractuelle telle qu'elle est bien souvent : restreinte et non exempte d'arrière-pensées. Ce qui ne nous empêchera pas de

reconnaître une valeur technique à l'*affectio societatis* pour distinguer la société de l'indivision (cf. Didier, *Dr. Comm.*, 1997, II, 54 s.) ou au *jus fraternitatis* pour exorciser les clauses léonines (cf. *supra*, n° 78).

Au demeurant, même des contrats à exécution instantanée sont susceptibles de cette sorte de prolongements psychologiques. Dans la vente de machines (appareils ménagers aussi bien que logiciels ; cf. Vivant, D. 94, chr. 121), l'obligation de garantie ou de conformité s'étire souvent en un service après vente. Entre le technicien vendeur et l'acheteur ignorant une relation pédagogique se crée, qui, à l'instar de toutes les relations de ce type, peut passer, de part et d'autre, par des moments de joie et de morosité.

Sur la résiliation amiable ou *mutuus dissensus*, v. R. Vatinet, *R.T.*, 87, 252, étude des plus fouillées.

#### PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?* C'était le thème d'un Colloque important (Chambéry, 1997) ; Paisant *et al.*, *Droit et patrimoine*, 1998 (3), p. 41. Les communications touchent à la fois à la théorie juridique et à la pratique judiciaire (on notera le nombre des arrêts de la Chambre commerciale ; cf. *supra*, n° 3). V. ainsi : Jamin (la double philosophie de l'a. 1134) ; D. Mazeaud (la réduction des obligations contractuelles) ; Leveneur (le forçage du contrat) ; J. Mestre (pour conclure). Question : il y a encore des gens qui croient à l'intangibilité du contrat et la respectent ; quelles sortes de gens ?

b) *Bonne foi dans l'exécution.* — Il est des cas où le texte du contrat semble s'imposer si l'on ne considère que les règles de l'interprétation, et où, pourtant, le créancier agirait contre la bonne foi s'il réclamait une exécution à la lettre (ce qui était, paraît-il, l'habitude du diable dans les pactes qu'il faisait signer). La jurisprudence a parfois fait appel à la théorie de l'abus du droit (cf. Com. 13 juin 1995, *R.T.*, 97, 129) pour dégager le débiteur. Mais elle s'est aussi avisée des ressources de l'a. 1134, al. 3 : spécialement dans des espèces où c'était l'application d'une clause résolutoire expresse (cf. *infra*, n° 188) qui était demandée. Le créancier n'exécute pas le contrat de bonne foi s'il poursuit l'exécution de la clause « à la rigueur » : Civ.<sup>3</sup> 6 juin 1984, *Bull.*, n° 111 ; Civ.<sup>1</sup> 5 juin 1991, *Bull.*, n° 163, Com. 2 juill. 1991, *R.T.*, 92, 92 ; Civ.<sup>1</sup> 31 janv. 1995, D. 95, 389, n. Jamin ; Civ.<sup>1</sup> 16 févr. 1999, *J.C.P.*, 99, 4, 1661 (cf., pour une faculté de dédit, Civ.<sup>3</sup> 11 mai 1976, D. 78, 269). Il arrive que le raisonnement soit inversé : le créancier est réputé de mauvaise foi parce qu'il n'a pas tenu compte de la bonne foi du débiteur, Civ.<sup>3</sup> 13 avr. 1988, D. 89, 334 (encore faut-il que le manquement de celui-ci ne soit pas trop éclatant, Civ.<sup>1</sup> 10 mars 1993, *J.C.P.*, 93, 1, 3725, n° 15). A la vérité, mieux que par un maniement de la bonne ou mauvaise foi contractuelle, cette jurisprudence pourrait se justifier comme l'exercice du pouvoir modérateur des juges, dont une autre manifestation est l'octroi des délais de grâce (cf. Picod, *J.C.P.*, 88, 2, 21037, D. 91, 515 ; Osman, *Rép. not.*, 93, 1, 65). On a finalement l'impression que l'exigence de bonne foi tend à devenir une notion générale du droit des contrats (cf. la note du *Mégacode civil Dalloz*, a. 1134, lettre F). Avec des emplois multiples, audacieux à l'occasion. Ainsi, Civ.<sup>1</sup> 23 janv. 1996, D. 97, 571, n. Soustelle, *Rép. not.*, 96, 744, n. Delebecque : un Office d'H.L.M. manque à la bonne foi en n'avertissant pas la Compagnie distributrice de l'eau du préjudice qu'elle s'inflige à elle-même, faute de se

faire payer ponctuellement par les locataires. C'est lui reconnaître une sorte de devoir de tutelle et, partant, de droit d'ingérence dans les affaires du cocontractant. Devant cet englobement de l'a. 1134 dans son al. 3, on est tenté de reprendre l'objection que des théologiens rigoureux faisaient, dit-on, à d'autres qui l'étaient moins : ce n'est pas la bonne foi qui sauve, c'est la foi, ici la fidélité à la parole donnée.

#### II. — LES DROITS DE REPENTIR

Le développement du *jus penitendi* au Bas-Empire (dans le louage dans les contrats innomés ; cf. Monier, II, n°s 129, 144) a intrigué les historiens, qui l'ont mis en corrélation avec l'instabilité économique et l'insécurité sociale de ces siècles-là. Peut-être faut-il y voir aussi la conséquence d'un plus grand raffinement — assez byzantin — dans l'analyse du consentement contractuel, le souci indulgent de concéder un peu de droit à la valse-hésitation des contractants timides. Ces contractants sont de toutes les époques, qui, à peine le marché conclu, en ont du regret. C'est en pensant à eux que nos grands magasins ont institué une faculté d'échange pour les articles « qui ont cessé de plaire ». Mais on ne la rattache pas d'ordinaire à la théorie des droits de repentir ; on y relève plutôt l'effet d'une condition (purement potestative ; cf. *infra*, n° 135) *nisi displicerit* (pour d'autres interprétations, cf. Ghazi, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, 1980). Les droits légaux de repentir que, sous des rubriques diverses, connaît notre droit positif paraissent avoir un même but social, qui est de protéger des contractants non professionnels contre des combinaisons facilement captieuses. V., pour la synthèse, Pizzio, *R.T.*, 76, 66, spéc. n°s 25 s. ; Ferrier, D. 80, chr. 183 ; R. Bailod, *R.T.*, 84, 227 ; Y. Dagonne, *Contribution à l'étude de la faculté de dédit*, Th. Paris II, 1985 ; L. Boyer, La clause de dédit, *Mélanges Raynaud*, 1985 ; et plus récemment, S. Mirabail, *La rétractation en droit privé français*, 1997 ; cf. *supra*, n° 28, « La réflexion contractuelle ». Une question théorique (cf. *supra*, n° 38) : quelle est la nature du mécanisme ? Il ne faut surtout pas essayer de le faire entrer dans le processus de formation du contrat (les pourparlers, la punctuation) : c'est à l'intérieur d'un contrat déjà conclu que vient jouer le repentir contractuel. Le vrai est que n'est entièrement satisfaisante aucune des notions — contrat provisoire (Demogue, *Etudes Capitaines*, 1939, 159), renonciation (arg. a. L. 121-25 C. Consom.) — auxquelles on pourrait penser pour analogie. Une question pratique : l'exercice du repentir est-il discrétionnaire ou justiciable d'un contrôle ? Une analogie : dans le contrat de travail à l'essai (cf. Mouly, D. 82, 206), la Cour de cassation, qui autrefois laissait beaucoup de liberté à la décision de l'employeur (Soc. 5 janv. 1945, *R.T.*, 45, 122), a fini par se reconnaître le pouvoir de vérifier si le refus de contracter définitivement était bien en rapport avec l'exécution des tâches (Soc. 12 mars 1970 et 17 mars 1971, *J.C.P.*, 70, 2, 16548 et 71, 2, 16870). Mais c'est que l'essai se concrétise dans un résultat objectif, tandis que le repentir, le regret sont des états d'âme.

SPHÈRE D'APPLICATION  
DE LA LOI CONTRACTUELLE

Cette sphère d'application doit être délimitée dans deux plans : *dans l'espace* (il faut préciser quelles personnes seront régies par le contrat), et *dans le temps* (tout en cherchant à consolider le présent, le contrat aspire à organiser l'avenir).

Nous supposons, dans ce chapitre, qu'une seule loi est en cause. Dans les relations internationales, il advient qu'avec la loi française une loi étrangère soit en concurrence pour régir la formation ou l'exécution d'un contrat : c'est un conflit de lois dans l'espace dont la solution relève du droit international privé. A s'en tenir à notre droit national, il est possible que, pendant la vie d'un contrat, deux lois se soient succédées, qui pourraient prétendre à le régir. La théorie des conflits de lois dans le temps, telle qu'elle s'est constituée autour de l'a. 2 C.C. (cf. Introduction, n<sup>os</sup> 131-135), pose en principe que la loi nouvelle ne s'applique pas aux contrats déjà formés, même s'ils sont encore en cours d'exécution. Il n'en sera autrement que si les auteurs de la loi nouvelle l'ont déclarée expressément rétroactive ou lui ont conféré un caractère d'ordre public.

[115] 1 / Sphère d'application  
de la loi contractuelle dans l'espace

Tandis que la généralité est dans la vocation de la loi étatique, la loi contractuelle n'est, le plus souvent, qu'un règlement particulier au petit nombre de ceux qui l'ont souscrit. Ce n'est que très exceptionnellement qu'on la voit, comme la loi étatique, rayonner au-delà de la personne de ses auteurs ; on parle alors de *contrat collectif* ; ex. convention collective de travail (a. L. 131-1 s. C. Tr.), accord collectif de location (l. 23 déc. 1986, loi *Méhaignerie*, a. 42 s.).

L'exemple le mieux structuré, parce que reposant sur l'expérience la plus dense, est donné par la *convention collective de travail*. Elle lie non seulement les organisations (patronales et ouvrières) qui l'ont signée, mais aussi, chacun en son particulier, les membres de ces organisations, car ses clauses seront de plein droit applicables à tous les contrats individuels de travail conclus par eux. Bien plus, elle peut, sous certaines conditions, être étendue à l'ensemble de la profession (à l'échelon local, régional ou national), ce qui la rend obligatoire même pour les professionnels ne faisant pas partie des organisations signataires. Cette extension ne peut, d'ailleurs, avoir lieu que par un arrêté du ministre du Travail. La convention collective apparaît alors, mais par l'appui de la loi de l'Etat, comme la loi interne de la profession.

Dans le cas le plus ordinaire, cependant, il n'existe que des *contrats individuels*, et définir la sphère d'application de la loi contractuelle dans l'espace, ce n'est que déterminer les individus entre qui le contrat doit être observé. D'une manière toute physique, comme on distingue le dedans et le dehors, on est amené à distinguer les parties et les tiers : la loi contractuelle régira les parties, les tiers lui échapperont. C'est la distinction que fait l'a. 1165, où s'exprime le *principe de la relativité du contrat* : le contrat n'a pas d'effet absolu, n'a pas force obligatoire à l'égard de tout le monde (*erga omnes*), mais seulement dans les *relations* de chaque partie avec l'autre ; il ne peut nuire aux tiers, il ne leur est pas *opposable* ; il ne peut non plus leur profiter.

Cette séparation sommaire des parties et des tiers ne suffit pas, pourtant, à rendre raison du droit positif : la notion de partie a besoin d'être définie ; il arrive que des tiers soient soumis à la loi contractuelle ; et surtout, entre les deux, l'analyse a fait apparaître une catégorie moins aisément saisissable, les ayants cause, qui ne sont point parties, mais ne sont pas non plus tiers véritables, parce qu'ils tirent leurs droits des droits d'une partie. Si bien que c'est à travers trois cercles de personnes, *parties, tiers et ayants cause*, qu'il faut tracer le domaine de la loi contractuelle.

#### ÉTAT DES QUESTIONS

La notion juridique du *contrat collectif* a retenu l'attention, comme un signe du recul de l'individualisme. Elle a des frontières un peu incisées. L'exemple le plus net est la *convention collective de travail* (cf. Despax, *Les conventions collectives*, 1966 ; Rivéro-Savatier, *Droit du trav.*, 1991, p. 322 ; Le Goff, *Droits*, 90 (12), 67). Il est classique de lui attribuer une double nature, contractuelle et réglementaire (v. P. Durand, Le dualisme de la convention collective de travail, *R.T.*, 1939, 353 s.) : lors de sa con-

clusion, elle est traitée comme un contrat ; pour son application, comme un règlement (Ass. plén. 6 févr. 1976, *J.C.P.*, 76, 2, 18481, n. Groutel : l'inobservation de la convention entraîne cassation pour *violation* d'une règle de droit, non pas pour dénaturation de la volonté des parties), N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, 1980 (cf. *R.I.D.C.*, 1987, 7 s.), dépasse l'opposition, en intégrant la convention collective à la philosophie de Kelsen (cf. Introduction, n° 42 ; selon Kelsen, le contrat est créateur de normes), mais avec cette précision qu'elle est elle-même le produit d'un ordre juridique socioprofessionnel qui a fait l'objet d'une *réception* par l'ordre juridique, étatique. N'étaient les scrupules de l'Etat indivisible, on pourrait être tenté de rapprocher la convention collective du traité international (cf. *R.T.*, 1956, 369), en se disant qu'il faut un droit public (de la paix et de la guerre) entre classes.

#### [116] 1 | LES PARTIES

Conformément au postulat de l'autonomie de la volonté, est partie qui a voulu l'être. Ce qui définit les parties (contractantes), c'est qu'elles ont émis les déclarations de volonté dont l'accord a fait le contrat. Ni la présence corporelle, ni l'exécution matérielle n'ont à être prises en considération, mais seulement la volonté juridique, celle de s'obliger et d'obliger. Ni le témoin instrumentaire, bien qu'il signe l'acte, ni l'exécutant du contrat, ne sont des parties. C'est pour le même motif, parce que la volonté l'emporte sur la matière, que, dans une vente, l'acheteur n'est pas l'individu qui fournit les fonds, mais celui qui déclare acheter (lui seul deviendra propriétaire de la chose).

Cependant, si, en thèse générale, pour avoir la qualité de partie, il faut être l'auteur de l'une des déclarations de volonté qui concourent à former le contrat, cette règle peut se trouver modifiée soit par l'institution de la *représentation*, soit par les *incidences du droit successoral* ou même *familial*. Par l'effet de la représentation, les parties véritables pourront ne plus se trouver dans le cercle de ceux qui ont émis les volontés contractuelles. Du fait du droit successoral ou familial, il semble que, par-delà l'individu, ce soit une chaîne d'individus successifs, voire un groupe actuel d'individus, qui ait contracté.

#### I. — La représentation

La représentation est un mécanisme par lequel un individu (représentant) passe un contrat pour le compte d'un autre individu (représenté), en la personne de qui naissent les droits et les obligations. Ce

mécanisme seul permet de conclure les contrats que nécessite la gestion du patrimoine d'un incapable, tel que mineur ou interdit, puisque l'incapable ne pourrait les conclure personnellement. Mais, en outre, il est fort utile à ceux qui ne peuvent ou ne veulent se déplacer pour signer quelque acte, ou ne se sentent l'humeur ni le loisir d'en discuter les clauses. Le C.C. ne contenait pas de théorie générale de la représentation ; mais cette théorie a pu être construite à partir de textes relatifs à la protection des incapables (ex. a. 389-3, 450) et surtout grâce au titre entier consacré au mandat (a. 1984 s.), expression contractuelle de l'institution.

► *Conditions de la représentation*

Deux conditions, l'une juridique, l'autre psychologique : le *pouvoir* et la *volonté du représentant* (la volonté du représenté n'est pas nécessaire, elle n'est qu'une source possible, mais non la seule, du pouvoir).

a) Le *pouvoir* est l'élément juridique extérieur qui donne effet à la volonté du représentant sur le patrimoine du représenté. Le représentant peut avoir reçu son pouvoir soit de la *loi*, soit d'un *contrat* (mandat) passé, précisément à cette fin, entre le représenté et lui.

1° C'est la *loi* qui confère au représentant une investiture, non seulement dans les cas où l'on parle, par excellence, de *représentation légale* (ex. cas du tuteur, a. 450), parce que la représentation y est organisée directement par le législateur — mais encore dans les cas dits de *représentation judiciaire* (ex. mandataire chargé par le juge des tutelles de faire un acte pour le compte de l'individu sous sauvegarde de justice, b. 491-5, al. 2), où le représentant est nommé par un jugement, encore que sa mission soit délimitée par des textes, et même dans ce cas de représentation spontanée qu'est la *gestion d'affaires* (v. *infra*, n° 298), où l'a. 1375 paraît être la source de l'effet de représentation. Tous ces cas offrent un trait commun : c'est que l'existence et l'étendue du pouvoir n'y dépendent en rien de la volonté du représenté.

2° Par le *contrat* de mandat, le mandant donne au mandataire, qui accepte, le pouvoir de le représenter dans l'accomplissement d'un ou plusieurs actes juridiques. La *procuratio* (a. 1984) est le pouvoir qu'il a conféré au mandataire (et parfois l'écrit faisant preuve de ce pouvoir). Il dépend ici de la volonté du représenté de doser le pouvoir du représentant, soit quant aux contrats à conclure (a. 1987 s.), soit quant à la discussion de leurs clauses. Ainsi, on rencontre des mandataires dont le mandat est conçu en termes impératifs, et qui peuvent même

n'avoir d'autre mission que de signer une convention déjà tout arrêtée. D'autres, à l'opposé, ont toute latitude pour chercher des cocontractants et débattre avec eux des détails de l'opération. Représentation de la *volonté* ou représentation des *intérêts*, dit-on à l'occasion en doctrine pour distinguer ces deux types de représentation.

b) La *volonté du représentant* est indispensable au jeu de la représentation. Pour conclure le contrat dont le représenté a besoin, il faut une volonté accordée à celle du cocontractant : ce sera celle du représentant. En un sens, c'est lui qui contracte, ainsi que le dit l'a. 1998. En un autre sens, néanmoins, on considère qu'il ne contracte pas lui-même, qu'il ne fait que prêter sa volonté comme un instrument au représenté, et c'est pourquoi on admet qu'il puisse n'avoir pas personnellement une entière capacité (ex. mineur discernant ; arg. a. 1990).

Mais la volonté du représentant a une autre face tournée vers le représenté, non plus vers le cocontractant. Il n'y a de représentation que si le représentant a eu l'*intention d'agir pour le compte du représenté*. Peu importe qu'il n'ait pas déclaré cette intention dans ses rapports avec le cocontractant. Il y aura, tout de même, représentation, bien que sur un mode différent. On peut distinguer, en effet, comme deux modes de représentation : celui où le représentant contracte à la fois *pour le compte* et *au nom du représenté* et celui où il contracte *pour le compte du représenté*, mais *en son nom personnel*. Cette seconde situation caractérise le contrat de commission (ou mandat avec prêtement ; a. 94 C. Com.), par opposition au contrat de mandat selon le C.C. : la représentation, ignorée du cocontractant, n'y opère plus avec le même automatisme.

[117] ► *Effets de la représentation*

La représentation sera *immédiate* ou *médiate*, justement suivant que le représentant a agi au nom du représenté ou en son nom personnel.

a) *Représentation immédiate (parfaite)*. — C'est l'hypothèse ordinaire, celle du mandat notamment. Les effets de la représentation sont complets ; ils tiennent en deux propositions :

- *Le contrat est inapplicable au représentant ;*
- *Le contrat est applicable au représenté.*

En d'autres termes, les droits et les obligations créés par le contrat naissent *immédiatement* en la personne du représenté, sans que le représentant en soit touché. Le représenté devient créancier ou débi-

teur dès la conclusion du contrat : c'est lui qui est véritablement partie.

Une réserve doit être faite, cependant, pour le cas où la loi contractuelle n'aurait pas été élaborée dans les limites du pouvoir conféré au représentant. En ce cas, le représenté n'est pas engagé ; le contrat lui est inopposable, sauf ratification (a. 1998) ; le cocontractant n'aura d'autre ressource que de mettre en cause la responsabilité du représentant.

b) *Représentation médiate (imparfaite)*. — Le mécanisme de la représentation ne va plus opérer qu'en deux temps. Le représenté n'a pas de lien direct avec le cocontractant du représentant ; car il n'est pas partie au contrat. C'est en la personne du représentant que naissent les droits et les obligations. Mais, en vertu de leurs rapports internes, le représentant et le représenté sont réciproquement tenus de s'en faire raison. Le représentant doit transférer ses droits au représenté, qui, à partir de cette cession de créance, pourra agir contre le cocontractant. Le représenté est tenu envers le représentant d'assumer les engagements pris envers le cocontractant. Débiteur du représentant, qui est débiteur du cocontractant, il est soumis à la poursuite de celui-ci par le jeu de l'action oblique (a. 1166 ; *infra*, n° 366).

## [118] II. — Les incidences du droit successoral ou familial

Il faut, pour l'application de la loi contractuelle, assimiler aux parties leurs *successeurs à titre universel*, car les contrats leur sont *de plano* transmissibles. Qui plus est, en dehors même de toute idée de succession, il arrive que, derrière un contractant et avec lui, les membres de sa famille soient impliqués dans le contrat, ce qui semble élargir la notion de partie d'une sorte de zone indécise.

### ► *Transmission des contrats aux successeurs à titre universel des parties*

a) Le *principe* est que les héritiers et légataires universels ou à titre universel succèdent aux droits et obligations nés du contrat auquel leur auteur avait été partie. L'a. 1122 présente cette solution comme le résultat d'une stipulation pour autrui que, dans le contrat, chacun des contractants ferait tacitement au profit de ses héritiers. Mais on peut y

voir aussi bien une conséquence du titre universel de la transmission : soit à l'actif, soit au passif, le contrat est un élément du patrimoine.

b) *Exceptionnellement*, certains contrats ne se transmettent pas avec le patrimoine, parce qu'ils s'éteignent par la mort de l'un des contractants. Il peut en être ainsi, soit en vertu d'une clause expresse (ex. a. 1870, al. 2), soit à cause de la nature propre du contrat (ex. rente viagère). Quelquefois, la loi a jugé bon de statuer pour mettre hors de doute que le contrat, de sa nature, est transmissible aux héritiers (ex. a. 1742 ; v. cep. Nouveau C. Ru. a. 411-3 ; a. 1870, al. 1), ou ne leur est pas transmissible (ex. a. 1795, 2003, al. 4).

### ► *Effets des contrats à l'égard des membres de la famille d'un contractant*

Le contrat n'existe pas entre deux personnes abstraites, sans égard à leur situation de famille. Derrière l'individu avec qui nous contractons, nous envisageons et, en tout cas, nous allons rencontrer sa famille. De cette pénétration du droit des obligations par le droit familial, les manifestations sont tantôt *indirectes*, tantôt *directes*.

a) *Des cas où le contrat réfléchit sur les membres de la famille par contrecoup d'autres institutions*. — 1° Ce que l'on a longtemps appelé le *mandat domestique* aboutit, sous le couvert d'une notion de représentation, à faire retentir sur un époux les contrats passés par l'autre pour les besoins du ménage (a. 220 ; t. II, n° 79) ; sur les parents les contrats de l'enfant (t. I, n° 166).

2° En conséquence de l'*obligation alimentaire*, les contrats qu'un individu dans le besoin a passés à crédit afin de subvenir à son existence peuvent avoir effet sur ses parents, débiteurs d'aliments, que les fournisseurs poursuivront par l'action *de in rem verso* (cf. t. II, n° 381).

3° Le *régime de communauté* sous lequel un contractant se trouve marié a fréquemment pour résultat de communiquer à son conjoint le bénéficiaire et la charge des contrats qu'il passe. Croirait-on contracter avec un seul, on contracte avec deux.

b) *Des cas où un rayonnement familial est directement reconnu au contrat*. — Deux exemples :

1° Le *contrat de transport* produit directement effet au profit de certains proches du voyageur. Si celui-ci est victime d'un accident mortel, ses enfants et son conjoint pourront invoquer le contrat en leur nom propre, afin de faire jouer la responsabilité du transporteur,

quand bien même ils n'auraient pas, ayant renoncé à la succession, la qualité d'héritiers. Suivant la jurisprudence, ce serait l'effet d'une stipulation pour autrui que le voyageur aurait tacitement faite au profit de ses proches, en contractant avec le transporteur.

2° Au *contrat de bail*, la famille du preneur est, sous plusieurs rapports, virtuellement partie : les dommages qu'elle cause dans l'immeuble ne sont pas traités comme ceux qui viennent des tiers (a. 1735), son travail dans l'exploitation agricole est assimilé à celui du fermier lui-même (a. 411-33, 412-5, Nouveau C. Ru.) ; elle a, pour son logement, un droit propre à continuer pour son compte le contrat de location après décès, voire abandon de domicile, du locataire en titre (l. 6 juill. 1989, a. 14) ; le droit au bail de l'habitation familiale se communique d'un époux à l'autre, quel que soit le régime matrimonial (a. 1751 ; cf. a. 215, al. 3).

#### [119] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Demogue, I, n° 89 ; Ghestin, *Effets*, n° 563 s.

Sur la représentation, v. *Travaux de l'Assoc. H. Capitant*, 1948, p. 109 s. ; rapports Rouast et Hijmans Van den Bergh. Cf. Flattet, *Les contrats pour le compte d'autrui*, Th. Paris, 1950 (cette notion, plus large que la représentation, engloberait par ex. la gestion d'affaires, la stipulation pour autrui, l'interposition de personne) ; C. Lazerges, *Les mandats tacites*, *R.T.*, 75, 222 ; Le Tourneau, *D.* 92, chr. 157 (évolution du mandat). La représentation, *Droits*, 1987, n° 2.

#### HISTOIRE

Son formalisme originaire interdisait au Droit romain toute vue nette de la *représentation* : si ce sont les rites qui créent l'obligation, non la volonté, seuls ceux qui les ont accomplis effectivement peuvent devenir créanciers ou débiteurs. Jamais le Droit romain ne consacra la représentation comme un principe général. Mais il en admit des applications particulières dans un nombre croissant de cas, principalement sous la forme de la représentation imparfaite (un lien juridique s'établissait indirectement entre le cocontractant et le représenté sans que, pour autant, le représentant cessât d'être tenu ; cf. Mornier, II, n° 187 s.). On peut observer que beaucoup de ces atténuations concernaient la représentation familiale et domestique : celle du père de famille par les personnes en puissance, celle des incapables par leurs tuteurs. — Dans notre haut Moyen Age, le formalisme eut le même effet inhibant qu'à Rome. Cependant, l'Ancien Droit parvint (quoique seulement vers le XVI<sup>e</sup> s.) à une franche consécration de la représentation. Ici encore, il faut observer le rôle de la représentation familiale, domestique (par les gens de la mesnie), féodale.

#### SOCIOLOGIE

Le contrat, dans les sociétés primitives, est souvent collectif : l'obligation, qui est peut-être un envoiement, se communique à tous les proches du contractant ; chacun engage avec lui sa famille, voire (s'il traite avec l'étranger) sa tribu entière. Il en restait quelque chose dans le contrat de mariage, où la pratique n'hésitait pas à faire figurer des membres de la famille qui n'y avaient légalement que faire et qui signaient *honoris causa* (ex. Amiens, 20 nov. 1895, *D.* 97, 2, 502). Entre représentant et représenté, le rapport de forces est variable, et le mot pouvoir est ambigu : le pouvoir de l'administrateur légal d'un mineur est un vrai pouvoir ; l'employé subalterne reçoit de son patron plutôt des ordres qu'un pouvoir.

#### POLITIQUE LÉGISLATIVE

On peut regretter que le C.C. (opp. B.G.B., § 164 s., C.O. a. 32 s., C.C.It. a. 1387 s.) ne contienne pas une réglementation d'ensemble de la *représentation*, la matière ayant été noyée dans celle du mandat, selon un point de vue trop exclusivement volontariste. — En prenant de la hauteur, on pourrait se demander s'il existe un intérêt à tant favoriser la représentation conventionnelle, sous couleur d'autonomie de la volonté. C'est une abdication de la personnalité, et qui se prête à des combinaisons dangereuses pour les représentés : mandats irrévocables (v. Planiol-Savatier, XI, n° 1492 s.), contrats avec soi-même (v. *infra*, Théorie juridique), dont on a trop facilement admis la validité de principe. La véritable autonomie de la volonté postulerait qu'il n'y eût de mandat que révocable *ad nutum* et impératif.

#### [120]

#### THÉORIE JURIDIQUE

a) Les théories foisonnent pour tenter d'expliquer le mécanisme de la *représentation*, et qu'un contrat puisse ainsi avoir ses effets dans une personne qui n'y a pas été présente par son consentement (cf. Storck, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, 1982). 1° Il est classique de rattacher le mécanisme à l'*autonomie de la volonté*. Mais de quelle volonté ? Longtemps, on a considéré avant tout la *volonté du représenté*, que le représentant n'aurait fait que porter, en quelque sorte, à l'autre partie (c'est le point de vue, notamment, de Savigny ; il fait bon marché de la représentation légale ; au surplus, n'est-ce pas confondre le représentant avec le *nuntius*, le porte-parole, dont la mission est purement matérielle ?). Il est devenu aujourd'hui plus courant, en tous pays, d'accorder la valeur efficiente à la volonté du représentant. Ce qui met le mystère en pleine lumière : comment cette volonté peut-elle avoir action hors de la sphère individuelle ? Des auteurs ont essayé de rendre la difficulté moins abrupte, en infléchissant quelque peu les autres notions impliquées dans le problème. Ainsi, la notion d'obligation (Pilon, *Essai d'une théorie de la représentation dans les obligations*, Th. Caen, 1898) : si l'on y voit un engagement non plus de la personne, mais du patrimoine (cf. t. III, n° 43), il peut paraître moins étonnant que le représentant oblige le représenté (cependant, le patrimoine n'est-il pas, en principe, aussi clos que la personne aux immixtions d'autrui ?). Ou bien encore la notion de contrat (cf. Planiol-Esmein, n° 55) : si on lui substitue la notion, plus large, d'acte juridique



(toute manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit ; où ? peu importe), il n'y a plus d'obstacle rationnel à ce que la volonté du représentant ait ses effets dans la sphère du représenté (Madray, *De la représentation en droit privé*, Th. Bordeaux, 1931, effort remarquable pour éliminer de l'essence de la représentation la volonté du représenté). Mais, entre la volonté du représenté et celle du représentant, le choix est-il inévitable ? Une opinion moins individualiste que les précédentes considère la représentation comme l'effet d'une coopération des deux volontés : représenté et représentant forment une sorte de groupe social comportant une solidarité active en vue du contrat à conclure (Demogue, I, n<sup>os</sup> 89 s.). Dans un esprit plus technique, on pourrait soutenir qu'il n'y a rien d'inattendu à ce que la volonté du représenté et celle du représentant soient également nécessaires à produire l'effet de représentation, parce que, même dans le contrat *inter partes*, l'effet de droit est bien plus le produit de déclarations de volonté successives que d'un accord de volonté formant un tout. 2<sup>o</sup> En opposition radicale avec les théories précédentes, des publicistes (Duguit) ont fondé la représentation sur le *droit objectif*, pratiquement sur la loi. L'explication est très bonne pour la représentation légale. Dans la représentation conventionnelle, elle supprime la difficulté, plutôt qu'elle ne la résout : il est évident que la loi, qui peut tout, peut faire produire effet envers le représenté au contrat passé par le représentant.

La réédition du *Traité élémentaire de Planiol* par Ripert et Boulanger (II, n<sup>os</sup> 210 s.) a eu le mérite de mettre en relief l'opposition, très fondée en psychosociologie, entre les deux types de représentation, représentation de la volonté ou représentation des intérêts d'autrui. Dans la première, le représentant reçoit des *instructions*, et doit s'y conformer. Dans la seconde, ce sont de simples directives, avec une marge de manœuvre pour le choix des cocontractants comme pour la négociation du contenu.

Les particularités de la *représentation légale des incapables*, notamment des *mineurs*, dans son fonctionnement pratique, peuvent contribuer utilement à la construction de la théorie générale, en découvrant une face cachée de l'institution : une représentation conçue non plus seulement dans l'intérêt du représenté, mais aussi — et peut-être même principalement — dans l'intérêt des tiers. Et les tiers, ici, ne seront plus tellement des contractants éventuels ; ce seront fréquemment des tiers entrés en contact forcé avec le mineur, des victimes, des administrations, scolaires, sanitaires, policières, etc. Ces tiers ont besoin de trouver un interlocuteur adulte, un répondant de l'incapable, facilement identifiable. C'est la fonction du représentant légal (cf. t. I).

b) La nature du pouvoir, et spécialement de la *procuracion* dans la représentation conventionnelle, mérite attention (cf. E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, 1985, spéc. p. 250). La procuracion ne se confond ni avec le contrat de mandat, malgré l'a. 1984, ni avec l'acte instrumentaire destiné à faire preuve de ce contrat (v. cep. Planiol-Savatier, XI, n<sup>os</sup> 1450 s.). C'est un acte juridique distinct du contrat de mandat quoique prenant appui sur lui. Il a la nature d'un acte unilatéral (cf. von Tuhr, C.O., § 42-1 ; cela pourrait justifier la pratique bancaire du *bon pour pouvoir*, que l'on critique un peu légèrement parce que l'on veut voir dans la procuracion la preuve du mandat, contrat synallagmatique, qui devrait échapper dès lors à la règle de l'a. 1326).

c) *Le contrat avec soi-même* est la situation qui se produit quand un représentant agit avec deux qualités différentes comme représentant d'autrui et en son nom personnel, ou bien comme représentant double de deux représentés ayant des intérêts contradictoires ; par ex. le mandataire chargé de vendre un objet s'en porte acheteur pour son

compte personnel, ou bien il l'achète pour un autre mandant, qui lui avait donné mandat d'acheter un objet de cette sorte. On a parfois, en Allemagne, analysé le *Selbstkontrahieren* comme un acte juridique unilatéral (cf. Demogue, I, n<sup>o</sup> 42). Mais l'opinion dominante y voit plutôt l'application correcte (jusqu'à l'absurde) de la théorie de la représentation à ce qui demeure un contrat. La théorie de l'acte unilatéral à effet contractuel a, cependant, été consacrée par l'a. L. 117-15, C. Tr. : quand le représentant légal d'un mineur entend l'employer comme apprenti, c'est par une déclaration unilatérale que seront obtenus les effets d'un contrat d'apprentissage. — Le problème le plus aigu touche la validité de la combinaison. Contre les représentants légaux des incapables, la doctrine tend à déduire des textes prohibitifs (ex. a. 450 al. 3 ; 1596, al. 2) un principe général de prohibition et corrélativement la généralité d'un palliatif, la nomination d'un tiers qui représentera provisoirement l'incapable dans l'acte qui provoque un conflit d'intérêts (tuteur *ad hoc*, administrateur *ad hoc*, a. 388-2, 389-3, 420, al. 2). Au contraire, elle juge valable, en principe, le contrat avec soi-même passé par un mandataire, pourvu que le mandant ait été averti (protection assez illusoire ; le C.C.It. a. 1395 exige une autorisation du mandant).

## [121]

## PRATIQUE JUDICIAIRE

*Effets des contrats à l'égard des membres de la famille d'un contractant.* — La stipulation pour autrui sous-entendue dans le transport de personnes a été imaginée par Civ. 6 déc. 1932 et 24 mai 1933, D. 33, 1, 137, n. Jossierand, S. 34, 1, 81, n. Esmein. Il faut, sans doute, limiter le bénéfice de cette stipulation aux proches envers qui le défunt avait des devoirs alimentaires : conjoint, descendants, ascendants, à l'exclusion des collatéraux (Civ.<sup>1</sup> 15 févr. 1955, D. 55, 519). L'hypothèse que le voyageur, en s'embarquant, a pensé à ses proches est peut-être moins fictive, en profondeur, qu'on ne l'a dit pour critiquer la jurisprudence. Celle-ci est, d'ailleurs, approuvée pour la bonté de ses résultats (cependant, gare aux clauses de non-responsabilité, Civ.<sup>2</sup> 23 janv. 1959, D. 59, 281), car elle permet aux proches, tout en invoquant la responsabilité contractuelle (ce qui les dispense du fardeau de la preuve), de ne pas restreindre leur demande à la réparation du dommage subi par le transporté avant de mourir, comme ils y seraient contraints s'ils agissaient *jure hereditario* (à supposer qu'ils n'eussent pas renoncé à la succession). Cf. *infra*, n<sup>o</sup> 207. — Il a toujours été dans la nature du bail d'immeuble d'avoir un rayonnement familial : qui loue une maison contracte avec une maisonnée ; cf. Cornu, sur l'étendue de la *maison* au sens de l'a. 1735, R.T., 63, 366 (v. pourtant Civ. 24 mars 1936, R.T., 36, 469, n. critique Demogue). Dans la matière des fermages et des loyers, c'est à chaque pas que, derrière le preneur qui a signé le bail, apparaît sa famille, dont l'existence s'impose au bailleur. Ex. Soc. 13 mai 1955, G.P., 55, 1, 427 ; cf. R.T., 1946, 40. Là où l'aménagement familial n'a pas été organisé par la loi, ni aucune solidarité stipulée entre membres de la famille, la communication des droits et des engagements contractuels pourra être rattachée à la notion un peu vague d'indivisibilité : ex. Soc. 10 févr. 1950, G.P., 50, 1, 223 ; R.T., 1951, 263. La théorie de la famille personne morale pourrait proposer ici une synthèse : l'un des deux parents n'agit-il pas, dans certains contrats, comme le représentant légal du groupe (a. 220, 372-2) ?

## [122] 2 | LES TIERS

Il s'agira ici des tiers *penitus extranei* (profondément extérieurs). Ce sont les tiers véritables. Il est des ayants cause dont on dit, en certains cas, qu'ils sont tiers par rapport à la convention qu'a passée leur auteur. Mais ils n'ont pas véritablement la qualité de tiers. Les tiers *penitus extranei* (tiers absolus, comme on pourrait les appeler) sont les individus *entièrement étrangers* à la conclusion du contrat, ceux qui n'y ont figuré ni par eux-mêmes ni par représentants, et qui ne sont pas les ayants cause des parties.

Cependant, l'extériorité des tiers au contrat peut présenter deux degrés. En toute hypothèse, sans doute, leur consentement a été, par définition, absent de l'opération. Mais la considération de leur personne peut n'en avoir pas été absente. Si le plus ordinaire est que le contrat soit conclu par les parties à *leur intention propre*, il arrive qu'elles le concluent à *l'intention d'un tiers ou de certains tiers*. On conçoit que, dans la seconde situation, le contrat ait une ouverture qu'il n'a pas dans la première.

### I. — Contrats conclus par les parties à leur intention propre

Le *principe* de l'effet relatif des conventions (a. 1165) revêt ici toute sa portée. Le contrat ne pourra profiter aux tiers ni leur nuire, car c'est une chose qui s'est passée entre d'autres personnes (*res inter alios acta aliis neque prodesse neque nocere potest*), et le bon sens, avant même l'individualisme, demande que chacun s'occupe de ses affaires, non de celles d'autrui. L'indépendance de l'individu trouve, néanmoins, une limite dans le respect des droits de tous.

#### ► *Principe : effet relatif du contrat en tant que générateur de créances et d'obligations*

Un tiers ne peut réclamer le bénéfice d'un contrat que les contractants ont entendu conclure pour eux (à moins que l'un d'eux ne lui ait ensuite régulièrement cédé sa créance). Ex. un propriétaire ayant, par

convention, accordé à un voisin droit de passage sur ses terres, les autres voisins ne peuvent se prévaloir de la convention.

Réciproquement et surtout, un tiers n'est pas tenu d'assumer les obligations de l'un des contractants. Il peut les assumer, s'il le veut bien, en ce sens que notre droit reconnaît, en thèse générale, la validité du paiement pour autrui (a. 1236, al. 2 ; cf. n° 328). Mais il n'y est tenu en rien : le contrat, en tant qu'il crée des obligations, lui est *inopposable*.

Il va de soi que le principe s'applique rigoureusement aux tiers absolus, tels qu'ils viennent d'être définis par opposition aux ayants cause. Les ayants cause à titre universel (les héritiers), au contraire, succèdent sans problème, comme créanciers et comme débiteurs, aux contrats que leur auteur (le défunt) avait conclus. Mais les ayants cause à titre particulier, les acquéreurs de biens, n'ont pas une situation aussi nette. Il arrive que certains contrats passés par leur auteur, l'aliénateur, leur soient transmis avec les biens eux-mêmes à titre d'accessoires — du moins activement, quant aux droits qui en découlent (cf. *infra*, n° 128). En général, cependant, les conventions de leur auteur ne leur profitent ni ne leur nuisent : ils rejoignent les tiers véritables sous l'a. 1165.

#### ► *Limite : respect des droits acquis en vertu du contrat*

Les droits régulièrement acquis aux parties (ou à leurs ayants cause) en vertu du contrat constituent une réalité que les tiers ne peuvent méconnaître. Porter intentionnellement atteinte aux droits d'autrui est *a priori* une faute, et les tiers ne seraient pas reçus à se disculper en soutenant que les contrats d'où ces droits sont nés ne leur étaient pas opposables. Ce respect des droits contractuellement acquis a d'abord été sanctionné pour des droits qui pouvaient sembler avoir un caractère absolu, puis pour des droits à effet relatif.

a) *Droits absolus*. — D'un contrat (statuts) peut naître une *personne morale* (société, association), dont l'existence (publiée) s'impose *erga omnes* : les tiers qui entreront en relation avec la personne morale pourront invoquer le contrat et devront le subir. Pareillement, un tiers, tenu de respecter les droits réels dont une personne peut être titulaire (v. t. III, n° 40), est par là même tenu de respecter les conventions par lesquelles ils ont été transmis à cette personne (cf. sur une autre opposabilité des conventions translatives de droits réels, mais envisagées en tant que preuve, t. III, n°s 207, 211).

b) *Droits relatifs*. — Le droit de créance contractuellement acquis à un contractant est une valeur qui, à l'égal des autres droits, mérite d'être protégée. Les tiers engagent leur responsabilité, s'ils y portent sciemment atteinte en mettant obstacle à l'exécution des engagements de l'autre partie. Tel est le cas du tiers qui se rend *complice* de la violation d'une obligation contractuelle : ex. employeur qui embauche un salarié, sachant qu'il n'est pas dégagé d'un contrat de travail antérieur (a. L. 122-15, C. Tr.) ; ou bien encore acquéreur qui achète un immeuble, sachant que le vendeur est lié envers une autre personne par une promesse de vente.

[123] II. — Contrats conclus par les parties  
à l'intention de tiers

Les parties doivent, en général, refermer le contrat sur elles-mêmes (a. 1119) : les tiers sont hors de leur sphère d'action, et ils ont le droit d'être laissés tranquilles. Cependant, les a. 1120 et 1121 prévoient deux modalités dérogatoires, susceptibles d'être greffées sur n'importe quel contrat : deux modalités par lesquelles les parties peuvent, en quelque sorte, ouvrir leur convention vers des tiers, ceux-ci demeurant, d'ailleurs, libres d'y accéder, car, en dernière instance, un contrat ne peut faire naître d'obligation ou de créance que par la volonté souveraine de celui qui est appelé à devenir débiteur ou créancier. Ces deux modalités, intéressant l'une le côté passif, l'autre le côté actif du contrat, sont la *promesse de porte-fort* et la *stipulation pour autrui*.

► *La promesse de porte-fort*

A promet à B que C consentira à tel contrat d'ores et déjà préparé, et qui est resté en suspens (justement faute du consentement de C) : un tuteur, par ex., vendant sans les formalités légales l'immeuble de son pupille, promet, *se porte-fort* que le pupille, parvenu à la majorité, souscrira à l'opération qui a été prévue en son nom. Psychologiquement, il faut supposer, entre le *porte-fort* (A) et le tiers (C), des relations personnelles, de famille ou d'amitié (A se sent en mesure de convaincre C, le moment venu, qu'il est bon pour lui de consentir au contrat). Cette combinaison, visée par l'a. 1120, réunit au fond deux contrats : un contrat *immédiat*, entre A et B, un contrat *éventuel*, entre B et C.

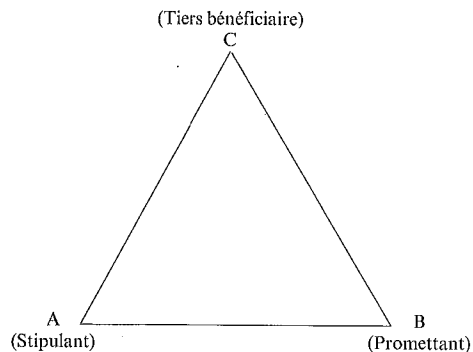
a) *Le contrat immédiat*. — Le porte-fort n'y promet pas exactement le fait d'autrui (quoi qu'en dise l'a. 1120), mais le sien propre : il s'engage à faire en sorte que le tiers consente — obligation de faire (et en ce sens, il peut sembler que la combinaison ne déroge pas au principe de la relativité des conventions, chacun restant dans sa sphère). La convention de porte-fort n'est pas un cautionnement : A ne s'engage pas à exécuter le contrat pour le compte de C si celui-ci est défaillant. A l'inverse, cependant, il y a là plus qu'une promesse morale de bons offices : l'obligation est juridique. Si le tiers signe le contrat éventuel, le contrat immédiat est accompli, et le porte-fort est libéré. Si le tiers refuse de signer, le contrat immédiat, inexécuté, entre en jeu : le porte-fort, tenu à réparation du seul fait de l'échec de sa promesse, sera condamné à des dommages-intérêts envers son cocontractant B (a. 1142). Quel est le préjudice ? Il est, pour B d'avoir été privé de l'avantage qu'il pouvait attendre du contrat prévu avec C.

b) *Le contrat éventuel*. — Jusqu'à ce que le tiers ait fait connaître sa volonté, ce contrat lui est ouvert, mais ne lui est pas opposable ; et en droit, il reste absolument libre de ne pas le ratifier. S'il refuse sa *ratification*, le contrat n'aura jamais existé. S'il la donne, le contrat se forme, et *retroactivement*, à la date de l'engagement du porte-fort. Tout se passe comme si, dès ce moment, le tiers avait été enveloppé dans l'accord des volontés entre le porte-fort et son cocontractant (et en ce sens, il peut être vrai de dire que la combinaison déroge au principe de la relativité des conventions).

[124] ► *La stipulation pour autrui*

A fait promettre à B une prestation en faveur de C. Ex. l'expéditeur d'une marchandise stipule du transporteur qu'il la remettra au destinataire ; un père de famille stipule d'une compagnie d'assurances qu'à sa mort elle versera un certain capital à ses enfants. De la convention passée entre stipulant et promettant va naître un engagement du promettant envers le tiers bénéficiaire (a. 1121).

Les règles insuffisantes de l'a. 1121 peuvent être aujourd'hui complétées par le livre I<sup>er</sup> du Code des assurances, spécialement par ses a. 132-1 s., relatifs à l'assurance sur la vie, car il est permis de reconnaître à la réglementation de ce cas particulier une valeur typique.



a) *Conditions de validité.* — L'a. 1121 semblait restreindre à deux hypothèses la validité de la stipulation pour autrui. Mais la jurisprudence, dès la fin du siècle dernier, avait pratiquement rayé du texte ces restrictions, dont ne s'inquiète plus le Code des assurances (pas plus que ne s'en inquiétait, d'ailleurs, l'a. 1973, écrit pour un autre cas particulier). On peut affirmer que la stipulation pour autrui est aujourd'hui toujours valable, pourvu que le stipulant puisse justifier d'un *intérêt*, au moins moral, qui soit pour lui la cause de l'opération. Il faut aussi que le tiers bénéficiaire ait la *capacité* d'acquiescer des droits. Mais cette capacité n'a pas besoin d'être actuelle comme celle d'un contractant ; il suffira qu'elle soit accomplie au moment où la stipulation aura à s'exécuter, car, en attendant, c'est assez des volontés croisées du stipulant et du promettant pour soutenir la convention. C'est ainsi que des personnes indéterminées (ex. assurance pour le compte de qui il appartiendra, a. L. 112-1 C. Ass.), des enfants à naître (ex. a. L. 132-8 C. Ass.) peuvent être désignés comme tiers bénéficiaires dans une stipulation pour autrui.

b) *Formation.* — Chacun des trois personnages impliqués dans l'opération est appelé à manifester sa volonté, mais pas de la même manière. Le *stipulant* et le *promettant* échangent leurs consentements pour former un contrat, le contrat originaire, qui va servir de support à tout le reste. Quant au tiers *bénéficiaire*, il doit seulement accepter le bénéfice de la stipulation.

L'*acceptation* ne fait pas véritablement du tiers une partie contractante. Elle n'est même pas nécessaire pour lui faire acquiescer son droit de créance contre le promettant, car ce droit lui est acquis, dès avant

l'*acceptation*, par le seul effet de la convention intervenue entre les deux parties (arg. a. L. 132-12 C. Ass. : à partir du jour du contrat ; c'est en quoi la stipulation pour autrui est bien une dérogation au principe de l'a. 1165). Si l'*acceptation* est nécessaire, c'est pour d'autres raisons :

1° On ne peut imposer à un individu une acquisition contre son gré ; néanmoins, l'opération étant tout profit pour lui, on pourra n'être pas exigeant sur les formes de son consentement (l'*acceptation* peut être tacite, résulter de ce que le tiers a commencé à agir contre le promettant aux fins d'exécution).

2° L'*acceptation* consolide le droit du tiers. Jusqu'à l'*acceptation*, en effet, le stipulant avait le pouvoir de révoquer le bénéfice de la stipulation pour se l'appliquer à lui-même ou pour l'attribuer à un autre (a. 1121 ; a. L. 132-9 C. Ass.). L'*acceptation* rend cette révocation impossible.

3° L'*acceptation* est nécessaire pour obliger le tiers envers le promettant, dans le cas particulier où le bénéfice stipulé est grevé d'une obligation corrélative (ex. dans le contrat de transport en port « dû », le destinataire, bénéficiaire de la livraison, est redevable du prix du transport envers le transporteur).

c) *Effets.* — Le contrat passé entre stipulant et promettant engendre des rapports de droit triangulaires.

1° *Entre stipulant et promettant*, le lien de droit créé par le contrat subsiste même après l'*acceptation* du tiers. Le stipulant peut réclamer l'exécution au promettant, quoique ce ne soit pas à lui qu'elle doive, en définitive, profiter. Il pourrait même, en cas d'inexécution, demander la résolution du contrat originaire.

2° *Entre tiers bénéficiaire et promettant*, la stipulation pour autrui fait acquiescer au tiers bénéficiaire un droit direct contre le promettant. L'existence de ce droit direct, admise déjà par la jurisprudence, est confirmée par l'a. L. 132-12 C. Ass.

— Dire que le tiers a un *droit* contre le promettant, c'est reconnaître qu'il peut agir en justice contre celui-ci pour obtenir l'exécution de la promesse. Il ne pourrait, au contraire, agir en résolution du contrat originaire, car il demeure tiers par rapport à ce contrat.

— Dire que le tiers bénéficiaire a un droit *direct* contre le promettant, c'est reconnaître qu'il ne tient pas ce droit du stipulant. Sa créance n'a pas d'abord figuré dans le patrimoine du stipulant, d'où elle lui aurait été ensuite transmise. En conséquence, elle ne peut être saisie par les créanciers de celui-ci (cf. a. L. 132-14 C. Ass.). Pourtant, à d'autres égards, le tiers apparaît comme l'ayant cause du stipulant :

son droit n'est pas indépendant du contrat originaire. C'est pourquoi le promettant peut lui opposer toutes les exceptions qu'il pourrait opposer au stipulant lui-même : ainsi, que le contrat est nul, ou bien que le stipulant n'a pas exécuté ses propres obligations (ex. si l'assuré n'avait pas payé les primes, la compagnie d'assurance-vie n'a pas à verser le capital assuré au tiers bénéficiaire).

3° *Entre stipulant et tiers bénéficiaire*, l'opération peut avoir, suivant les cas, la signification d'un acte à titre onéreux ou à titre gratuit :

— d'un acte à titre *onéreux*, si la prestation stipulée du promettant consiste à exécuter une obligation antérieure du stipulant envers le tiers (ex. le transporteur ne fait qu'exécuter le contrat de vente qui liait l'expéditeur au destinataire) ;

— d'un acte à titre *gratuit*, si le stipulant n'était tenu à rien envers le tiers (ainsi, dans l'assurance sur la vie ; toutefois, on considère que la libéralité, dans cette hypothèse, porte tout au plus sur les primes, non sur le capital assuré ; cf. a. L. 132-13 C. Ass.).

## [125] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Demogue, VII, nos 703 s., 759 s., 881 s. ; Ghestin (*Effets*), nos 601 s. — Tchandjon, *Les applications contemporaines de la stipulation pour autrui*, Th. Paris, 1995 (dans la pratique, elle est devenue un acte complexe, qui se charge d'obligations accessoires, ex. dans le contrat de transport de marchandises, d'une assurance de groupe ; Tosi, *L'adhésion du destinataire au contrat de transport*, *Mélanges C. Mouly*, 1998.

### HISTOIRE

Le cautionnement du Droit romain archaïque constituait, sans qu'on y prît garde, une promesse du fait d'autrui, fondée sur la solidarité naturelle du groupe (c'est sur cette solidarité que repose, aujourd'hui encore, en somme notre promesse de porte-fort). A l'époque classique, l'individualisme naissant fit admettre le principe que les promesses pour autrui sont nulles. V. Coudert, *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*, Th. Nancy, 1957. Parallèlement, fut affirmée la totale inefficacité des stipulations pour autrui, dans la logique d'un système formaliste qui rejetait la représentation et ne concevait pas que la *stipulatio* pût produire effet à l'égard d'une personne n'y ayant pas figuré matériellement (cf. Cornil, Explication historique de la règle *Alteri stipulari nemo potest*, *Studi Riccobono*, 1934, IV, p. 245 s.). Par la suite, des palliatifs s'introduisirent, où se dessinent déjà nos a. 1120-1121. Sur l'Ancien Droit, v. Brissaud, p. 494. Pothier (*Obligations*, nos 53 s.) enseigne encore assez rigoureusement le principe ; il l'explique par une combinaison de la relativité des conventions et de la théorie de l'intérêt (de l'objet ? de la cause ?) : le stipulant n'ayant à l'exécution de la stipulation qu'un intérêt moral, il n'en peut sortir à la charge du

promettant qu'une obligation naturelle (encore est-ce là un tempérament, qui vient de l'Ecole du Droit naturel ; cf. *R.H.D.*, 1933, 113). L'histoire de la stipulation pour autrui n'a pas fini en 1804, car, après une période de sommeil, les besoins auxquels le mécanisme pouvait répondre reprurent force vers 1860 (assurances, transports par chemin de fer), ce qui détermina la jurisprudence à annihiler l'esprit restrictif de l'a. 1121 (cf. Ripert-Boulanger, II, n° 637).

### POLITIQUE LÉGISLATIVE

a) La l. 6 janv. 1988 (passée dans le C. Consum., a. L. 421-2) a ouvert aux *associations de consommateurs* (et aux unions d'association familiales) la faculté d'intervenir dans le procès civil qu'un client mécontent a pu tenter à son fournisseur (*supra*, n° 75). L'intention est louable : il s'agit de prêter main-forte à un consommateur isolé en face d'une puissante entreprise. Il résulte, cependant, des a. 5 et 3 combinés que l'association intervenante pourra faire annuler une clause du contrat (illicite sans doute), alors que, par hypothèse, le contractant avait choisi de la maintenir en se bornant à demander des dommages-intérêts. Cette intrusion du tiers dans le contrat est remarquable comme une atteinte à deux principes : la relativité des conventions (a. 1165), le respect de la vie privée (a. 9).

b) La *promesse de porte-fort* apporte des assouplissements utiles au formalisme de notre régime des incapacités. Au lieu d'aller devant le juge des tutelles, les parents du mineur (surtout s'il est proche de sa majorité) signent *pour lui*, et il *ratifiera* quand il aura ses 18 ans. Mais quelquefois ils signent sans trop réfléchir. D'où l'interdiction édictée par la l. 5 juill. 1985, a. 18, al. 3, pour protéger les incapables victimes d'accidents de la circulation. Cf. Véricel, *Désuétude ou actualité de la promesse de porte-fort*, D. 88, chr. 123.

## [126]

### THÉORIE JURIDIQUE

a) *Notion de tiers*. — V. Aussel, *Essai sur la notion de tiers en Droit civil français*, Th. Montpellier, 1951 (qui décrit l'évolution de la notion, en parallèle avec les transformations générales du droit dans un sens à la fois personnaliste et communautaire : le droit, en même temps qu'il bat en brèche l'indépendance traditionnelle des « tiers étrangers à l'effet obligatoire », s'efforce d'assurer davantage la protection des « tiers intéressés à l'opposabilité », notamment par l'organisation de publicités).

b) *Effet relatif des conventions*. — L'a. 1165 a été soumis, dans la doctrine contemporaine, à des critiques corrosives, en accord avec la tendance générale à « socialiser » le contrat, à le faire sortir de sa coquille individualiste : v. Savatier, Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats, *R.T.*, 1934, 526 s., qui fait la somme de toutes les dérogations (assurément, en nombre accru) ; A. Weill, *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, Th. Strasbourg, 1938, qui insiste sur cette idée que, si les conventions ont un effet relatif (ne font naître de droits et d'obligations qu'entre les parties contractantes), il ne s'ensuit nullement qu'elles ne soient pas opposables aux tiers en tant que fait créateur d'une situation juridique ; Goutal, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, 1981 ; Duclos, *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, 1984. La critique de l'a. 1165 se retrouve à travers un renouvellement de la distinction des

parties et des tiers chez J. Ghestin, II, n° 5551 (cf. *J.C.P.*, 92, 1, 3628, *R.T.*, 94, 777, et aussi Fontaine et Ghestin, *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons franco-belges*, 1992). Cet auteur neutralise le principe de l'effet relatif par le principe de l'opposabilité — l'opposabilité de la situation juridique dont le contrat est la source. V. en sens contraire, défendant une lecture plus classique de l'a. 1165, J.-L. Aubert, *R.T.*, 93, 263 — exemple devenu rare de vive controverse doctrinale (dont l'écho se prolonge chez G. Guelfucci-Thibierge, *R.T.*, 94, 275). — Cf. *infra*, n° 296, *in fine*, pour une autre utilisation possible de l'opposabilité du contrat aux tiers.

c) *Promesse de porte-fort et stipulation pour autrui*. — Ed. Lambert, *Du contrat en faveur des tiers*, Th. Paris, 1893 ; J. Boulanger, *La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui*, Th. Caen, 1933 ; Larroumet, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Th. Bordeaux, 1969 ; Engel, n° 94. — Il y eut, au siècle dernier, des controverses très vives pour expliquer comment, dans la stipulation pour autrui, le tiers pouvait acquérir un droit contre le promettant. 1° *Théorie de l'offre* : le stipulant offre au tiers le bénéfice du contrat qu'il a d'abord passé avec le promettant (inconvenient capital : pas de droit direct du tiers ; le bénéfice de la stipulation passe par le patrimoine du stipulant, et les créanciers de celui-ci peuvent le saisir). 2° *Théorie de la gestion d'affaires* (Labbé) : le stipulant gère les affaires du tiers (cf. *infra*, n° 300) ; l'acceptation de celui-ci est une ratification (objection : le stipulant est partie au contrat, tandis que le gérant d'affaires n'entend pas agir pour son compte) ; une variante récente de la théorie propose de voir dans la stipulation pour autrui un cas de *représentation des intérêts d'autrui* (Ripert-Boulanger, II, n° 664). 3° *Théorie de l'engagement unilatéral* (sous l'influence de la doctrine germanique) : le promettant s'oblige envers le tiers par un acte unilatéral.

Il dépend de la volonté du stipulant de faire une stipulation parfaite ou imparfaite. Elle est imparfaite s'il n'entend pas conférer au bénéficiaire le droit d'exiger l'exécution : ce n'est alors qu'une indication de paiement (cf. *infra*, n° 328). Même dans la stipulation parfaite, on peut se demander si l'accord passé entre A et B, qui fait acquérir un droit de créance à C, lui fait aussi acquérir immédiatement la propriété du bien (meuble) que, par hypothèse, A aurait remis à B : ce serait une extension de l'a. 1138.

[127]

## PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Effet relatif des conventions*. — La jurisprudence ne manque pas, à l'occasion, de réaffirmer le principe : ex. Civ. 20 juin 1938, D. 39, 1, 26, n. critique A. Weill ; Civ.<sup>1</sup> 7 juill. 1981, *Bull.*, n° 250 ; Ass. plén. 12 juill. 1991 (l'arrêt met une certaine solennité dans la réaffirmation ; il s'agit d'empêcher que les effets d'un contrat faisant partie d'une chaîne [cf. *supra*, n° 111, et *infra*, n° 326] ne se diffusent à l'intérieur de la chaîne), D. 91, 548, n. Ghestin, *J.C.P.*, 91, 2, 21743, n. G. Viney ; *R.T.*, 92, 90. Mais il ne faut pas manquer d'ajouter que la convention peut être opposée aux tiers ou invoquée par eux comme un *fait* : civ. 26 déc. 1900, D. 01, 1, 129 ; Com. 19 oct. 1954, D. 55, Somm. 3.

b) *Tiers responsable de la violation d'une obligation contractuelle*. — La jurisprudence a souvent retenu la responsabilité (délictuelle) du tiers : ex. Civ.<sup>1</sup> 7 oct. 1958, D. 58, 763 (engagements théâtraux) ; Com. 11 oct. 1971, D. 72, 120 ; Civ.<sup>3</sup> 3 juill. 1975,

*G.P.*, 75, 2, 781 ; Civ.<sup>1</sup> 26 janv. 1999, D. 99, *I.R.*, 64, *R.T.*, 99, 405, n. Jourdain. Ces deux derniers arrêts n'exigent pas une intention frauduleuse du tiers, sa complicité, c'est assez qu'il ait commis une faute (il ne suffirait pas, toutefois, à ce qu'il semble, d'une simple négligence ou imprudence). V., dans le même sens, Com. 13 mars 1979 (clause de non-rétablissement dans une vente de fonds de commerce), D. 80, 1, et 23 avr. 1985, *Bull.*, n° 124. Le problème, en tout cas, est placé sur le terrain de la responsabilité délictuelle (cf. P. Hugueney, *De la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, Th. Dijon, 1910). Cette conception a été critiquée (Starck, Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui, *J.C.P.*, 1954, 1, 1180, qui est d'avis que le problème relève plutôt du droit des contrats : il y a conflit de contrats, et c'est par respect pour la force obligatoire du premier que le second est déclaré inopposable à l'autre partie ; encore peut-il y avoir à considérer si le premier a eu, ou non, publicité ou apparence, si le second a été, ou non, exécuté).

c) *Promesse de porte-fort*. — Rappel des principes : Com. 25 janv. 1994, *Rép. not.*, 94, 1, 792. Le cas de l'époux qui se porte-fort pour l'autre est beaucoup moins limpide que le cas traditionnel qui a fait aimer l'a. 1120 (le tuteur qui se porte-fort pour son pupille proche de la majorité) : entre époux, ce n'est pas une incapacité temporaire qui est en cause, c'est un défaut de droit, c'est le principe d'égalité. La vente programmée unilatéralement est nulle et va entraîner dans sa nullité la clause de porte-fort : Civ.<sup>1</sup> 11 oct. 1989 (vente du logement familial), D. 90, 310, *J.C.P.*, 90, 21549, *R.T.*, 91, 387 ; Civ.<sup>1</sup> 15 juill. 1993 (vente d'un bien commun, *J.C.P.*, 94, 1, 3733, n° 16, *R.T.*, 94, 929. Toutefois, un porte-fort semblable (vente de fonds de commerce) a pu trouver grâce en jouant sur les mots du pourvoi, Com. 1<sup>er</sup> oct. 1996, *J.C.P.*, 98, 1, 135 ; n° 12, *R.T.*, 97, 989. Il ne faut pas, relève un arrêt, Civ.<sup>3</sup> 7 mars 1978, *Bull.*, n° 108, confondre avec le porte-fort qui s'engage à procurer la ratification du contrat, la simple promesse d'aider par tous ses moyens à la légalisation de l'opération envisagée ; mais la différence n'est-elle que de l'obligation de résultat à l'obligation de moyens (cf. *infra*, n° 156), n'est-elle pas plutôt du droit au non-droit (cf. *Introd.*, n° 59) ? La ratification est un acte unilatéral, déclare Civ.<sup>3</sup> 7 mars 1979, D. 79, *I.R.*, 395. Emportant libération du porte-fort, elle est, pourtant, équipollente ici à une remise de dette, qui, selon le C.C., devrait être conçue comme une convention (cf. *infra*, n° 352). Si l'on juge expédient de ne pas exiger l'adhésion du porte-fort, à la validation du contrat, il serait utile de demander pour lui une notification, d'autant que la ratification rétroagissant au jour de sa promesse, Civ.<sup>1</sup> 8 juill. 1964, D. 64, 560, il peut avoir son mot à dire sur les tractations initiales. Le refus de ratification met le porte-fort non pas tant en faute qu'en état d'échec, Civ.<sup>1</sup> 28 févr. 1966, *Bull.*, n° 143, Paris, 19 juin 1998, *R.T.*, 99, 100. Pour l'évaluation des dommages-intérêts, Soc. 9 avr. 1957, D. 57, 335, renvoie à l'a. 1149. Mais on s'est avisé de soutenir que la réparation en nature étant la plus adéquate, le mieux serait de condamner le porte-fort à payer pour son protégé (il faut supposer une obligation de somme d'argent pour lever les difficultés pratiques de la substitution). La Cour de cassation a repoussé ce raisonnement, Civ.<sup>1</sup> 26 nov. 1975, D. 76, 353, *J.C.P.*, 76, 2, 18500, *R.T.*, 76, 575. A bon droit, car il tendait à transformer la clause de porte-fort en cautionnement « sauvage ». Au reste, le préjudice exact subi par la partie lésée ne se mesure par sur l'avantage que semblait lui promettre le contrat espéré. Le porte-fort lui avait promis la signature du contrat, non pas sa bonne fin. Quand le tiers hérite du porte-fort, il succède à ses dettes, donc à la dette d'indemnité, si elle n'a pas été déjà

acquittée. Mais la réparation en nature étant la meilleure manière d'indemniser, on pourrait soutenir qu'il est maintenant tenu de ratifier. Civ.<sup>1</sup> 26 nov. 1975, D. 76, 353, *J.C.P.*, 76, 2, 18500, pourtant, a eu raison de ne pas retenir le raisonnement, car l'objet de la promesse n'était pas proprement la ratification, mais l'activité d'entremise en vue d'obtenir la ratification, obligation de faire qui n'est pas susceptible d'exécution forcée. Le cas est différent lorsque, l'acte à ratifier étant la vente d'un immeuble indivis, le porte-fort, vendeur pour sa part, a assumé une obligation de garantie. Le tiers en sera tenu à son tour comme héritier, et comme elle est regardée en général comme indivisible, il sera empêché pour le tout de critiquer l'acte litigieux : Civ. 28 déc. 1926, S. 28, 1, 273 ; Lyon, 11 mars 1980 D. 81, 617.

d) *Stipulation pour autrui*. — L'abondante jurisprudence de la fin du siècle dernier a beaucoup jauni, car elle concernait principalement l'assurance sur la vie et les solutions qu'elle consacrait sont passées dans la l. 13 juill. 1930, puis dans le C. Ass. (ainsi, les arrêts de 1888, qui furent fameux, reconnaissant le *droit direct* du tiers bénéficiaire, Civ. 16 janv. 1888 et 22 févr. 1888, S. 88, 1, 121, D. 88, 1, 77 et 193). Mais, depuis lors, la stipulation pour autrui a trouvé de nouveaux emplois : ex. Com. 23 mai 1989, *Bull.*, n° 164 ; Civ.<sup>1</sup> 2 juin 1989, *Bull.*, n° 233 (cf. J. Mestre, *R.T.*, 90, 71). C'est aussi un développement intéressant que la Cour de cassation a apporté à la théorie, en décidant que la stipulation pouvait, après acceptation du bénéficiaire, faire naître une obligation directe de celui-ci envers le promettant : Civ.<sup>1</sup> 21 nov. 1978, D. 80, 309, n. Carreau, *J.C.P.*, 80, 2, 19315 n. Rodière, *Rép. not.*, 79, n° 32077, n. Aubert, Civ.<sup>1</sup> 8 déc. 1987, *Bull.*, n° 343, D. 89, Somm. 233, n. Aubert ; cf. Venandet, *J.C.P.*, 89, 1, 3391. Fondement de la solution : l'idée d'accessoire ? mais l'obligation assumée par le bénéficiaire a parfois un caractère principal, ex. le prix du transport dû au transporteur — l'idée d'une charge réelle grevant la valeur qui fait l'objet de la stipulation ? — l'idée d'un contrat distinct, noué par l'acceptation entre bénéficiaire et promettant ? — l'idée d'une cession de dette ? ou (mieux) d'une cession de contrat (cf. *infra*, n° 324) ?

### [128] 3 | LES AYANTS CAUSE

La notion d'ayant cause suppose une transmission de droit : l'acquéreur d'un droit est l'*ayant cause* de celui qui le lui a transmis ; celui qui a transmis le droit est l'*auteur* de celui qui l'a acquis.

On distingue deux catégories d'ayants cause selon que la transmission porte sur une universalité (soit un patrimoine, soit une fraction de patrimoine), ou, au contraire, sur un droit considéré à titre particulier. Les *ayants cause à titre universel* des parties (c'est-à-dire leurs héritiers ou légataires universels) doivent être entièrement assimilés aux parties elles-mêmes pour l'application de l'a. 1165. Les ayants cause sur lesquels il y a lieu de s'interroger ici seraient donc uniquement les *acquéreurs à titre particulier*, s'il ne fallait y comprendre aussi les *créanciers*

*chirographaires*, dont la situation est un peu à part (ce ne sont pas proprement des acquéreurs ; cependant, ils ont des droits qui viennent du débiteur et qui dépendent de lui).

#### I. — Les acquéreurs à titre particulier

Il ne peut y avoir de problème qu'autant que le contrat est dans une certaine relation avec le droit — plus concrètement avec le bien — faisant l'objet de l'acquisition. Il s'agit pratiquement de savoir si, en acquérant la propriété d'un bien, une personne succède aux droits et aux obligations qu'ont pu faire naître, relativement à ce bien, les contrats passés par l'ancien propriétaire avant l'aliénation.

##### ► *Contrats ayant pour objet des droits réels*

Ces contrats, déterminant la manière d'être du bien, font corps, pour ainsi dire, avec lui. Aussi se transmettent-ils, sans difficulté, à ses acquéreurs successifs (ex. convention constituant une servitude au profit ou à la charge d'un fonds ; transaction sur les limites de deux immeubles). La transmission a lieu de plein droit, passivement aussi bien qu'activement. Tout au plus faut-il réserver le jeu de la publicité foncière ; son inaccomplissement peut avoir pour conséquence que certaines de ces conventions seront inopposables à l'acquéreur à titre particulier, qui sera considéré comme *tiers* à leur égard.

##### ► *Contrats ayant pour objet des droits personnels*

Le raisonnement précédent ne vaut plus ; l'a. 1165 paraît faire obstacle à ce que les acquéreurs à titre particulier soient impliqués dans des rapports purement personnels auxquels ils n'ont pas été parties. Toutefois, l'obstacle est moins insurmontable du côté *actif* que du côté *passif* (notre droit connaît la cession de créance, tandis qu'il rejette en principe la cession de dette ; v. *infra*, n° 322).

a) *Transmission active des contrats aux acquéreurs à titre particulier*. — La loi l'a quelquefois expressément prévue : le bail est transmis à l'acquéreur de l'immeuble l'a. 1743) ; les garanties dues par les entrepreneurs passent aux acquéreurs successifs (a. 1646-1) ; en cas d'aliénation de la chose assurée l'assurance se transmet (a. L. 121-10 C. Ass. ; v. cep. a. L. 121-11). En dehors de là, il faut rechercher la volonté des parties :

soit celle des parties au contrat dont la transmission est en question, soit celle des parties à la convention par laquelle le bien est aliéné.

1° On considère souvent l'a. 1122, en tant qu'il vise les ayants cause, comme posant une présomption générale de volonté dans le sens de la transmission : tout contrat passé relativement à un bien serait présumé contenir une *stipulation pour autrui*, tacitement faite au profit des acquéreurs futurs. La jurisprudence s'inspire parfois de cette idée (ex. l'engagement de non-concurrence qu'un commerçant a pu obtenir de son prédécesseur ou d'un ex-employé est censé avoir été stipulé au profit de tous les acquéreurs successifs du fonds de commerce) ; mais elle n'en fait pas une solution de principe.

2° Dans les conventions portant aliénation de biens, une présomption de volonté est couramment admise : que le bénéficiaire d'un contrat doit être *de plano* compris dans l'aliénation, quand il peut être regardé comme l'*accessoire* du bien aliéné (arg. a. 1615, 1692, 2112). Mais il ne faut pas étendre trop loin la notion d'*accessoire* (ex. les contrats nés de l'exploitation d'un fonds de commerce ne sont pas, sauf clause formelle, englobés dans la vente du fonds).

b) *Transmission passive des contrats aux acquéreurs à titre particulier*. — Les obligations contractuelles relatives à un bien sont, en principe, inopposables à l'acquéreur de ce bien ; il est tiers par rapport au contrat (ex. l'acheteur d'un immeuble n'est pas tenu contractuellement envers les entrepreneurs pour des réparations que le vendeur avait déjà commandées). La cession d'un contrat peut, cependant, résulter de la loi ou de la volonté privée (v. *infra*, n° 324).

## [129] II. — Les créanciers chirographaires

### ► *Condition juridique*

Comme ces créanciers ont pour gage non pas tel bien particulier, mais le patrimoine de leur débiteur (a. 2092-2093), le principe a longtemps été de les classer parmi les *ayants cause à titre universel*. De même que les héritiers doivent se contenter de l'actif subsistant au décès, les créanciers chirographaires, observait-on, subissent les fluctuations du patrimoine de leur auteur, les aliénations consenties, les nouvelles dettes contractées.

Le rapprochement, cependant, était superficiel. Ce qui caractérise l'ayant cause à titre universel, c'est l'obligation aux dettes ; or, ce sont précisément les créanciers qui constituent le passif, loin d'avoir à l'acquiescer. Remarquant que le créancier a droit, en définitive, à une

valeur concrète particulière (une somme d'argent, des biens en nature), on tend aujourd'hui à la ranger plutôt parmi les *ayants cause à titre particulier*. Au vrai, leur condition est quelque peu hybride.

### ► *Effets des contrats passés par le débiteur*

Ces contrats ont évidemment une incidence indirecte sur le créancier chirographaire, parce que les créances ou les dettes qui en résultent grossissent ou diminuent le patrimoine qui lui sert de gage. Mais on se demande s'ils ont à son égard le même effet qu'à l'égard d'une partie, ou s'il doit être regardé comme tiers par rapport à eux. La réponse du droit positif n'est pas uniforme.

a) En un sens, le créancier chirographaire est assimilé à une *partie* ; c'est comme s'il avait été représenté par le débiteur dans la convention :

1° Il ne peut se prévaloir du défaut de *date certaine* d'un acte sous seing privé ; il n'est pas tiers au sens de l'a. 1328, suivant l'interprétation dominante (cf. *supra*, n° 97) ;

2° Il peut exercer les droits et actions que la convention passée par son débiteur a fait naître. L'a. 1166, en présentant cette action oblique (v. *infra*, n° 366) comme une dérogation à la relativité des contrats, suggère par là même que le créancier se comporte alors comme une partie.

b) A d'autres égards, le créancier chirographaire est traité comme un *tiers* par rapport aux contrats que le débiteur a passés après la naissance de la dette. A la vérité, il s'agit d'hypothèses où l'on peut toujours reprocher une certaine fraude au débiteur (d'où l'explication : représente-t-on celui que l'on trahit ?) :

1° Les contre-lettres sont inopposables aux créanciers chirographaires (a. 1121 ; cf. *supra*, n° 85).

2° Leur sont également inopposables les conventions par lesquelles le débiteur s'est sciemment appauvri à leur préjudice (a. 1167 ; v. *infra*, n° 367).

## [130] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Esmein, VI, n°s 330 s. ; Demogue, VII, n°s 676 s. ; Ghestin (*Effets*), n°s 329 s.

### THÉORIE JURIDIQUE

a) *Transmission des contrats à l'acquéreur d'un bien*. — En parallélisme avec le courant qui tend à réduire la portée de l'a. 1165, la doctrine moderne, dans un esprit favo-



nable à la transmission, a essayé de faire le bilan de tous les cas légaux et jurisprudentiels où cette transmission a été admise ; v. Lépargneur, *R.T.*, 1924, 481 s. ; et, plus catégoriquement, Du Garreau, *R.T.*, 1944, 219 s. Mais est-il possible de faire, par-delà le bilan, la synthèse ? On peut la chercher du côté de l'autonomie de la volonté : dans cette conception, il ne dépendrait que des volontés intéressées que le contrat eût effet à l'égard des ayants cause, soit par le jeu d'une stipulation pour autrui (qui pourrait être regardée comme de style ; c'est, sans doute, le sens historique de l'a. 1122, à en juger après confrontation avec Pothier, *Obl.*, n<sup>os</sup> 67 s.), soit tout simplement par l'adhésion (expresse ou tacite) des ayants cause eux-mêmes aux engagements de leur auteur (cf. Ripert-Boulanger, II, n<sup>o</sup> 564, qui admettent, en outre, que le propriétaire assume une *représentation des intérêts* des ayants cause). Quand on a voulu fonder, en dehors de la volonté des intéressés (sinon contre leur volonté), l'effet des contrats à l'égard des ayants cause, plusieurs idées ont été utilisées : celle d'*accessoire* (elle est toute naturelle) ; celle d'*universalité de droit* (v. t. III, n<sup>o</sup> 62), qui vaudrait pour le fonds de commerce, pour l'entreprise (dans le cas de l'a. L. 122-12, al. 2, C. Tr.) ; celle de servitude, charge réelle, ou du moins d'obligation *propter rem*, qui permettrait de justifier l'incorporation de certaines obligations contractuelles aux immeubles (cf. Lépargneur, *loc. cit.*, n<sup>os</sup> 27 s. ; Malinvaud, D. 84, chr. 41). Et pourquoi par une *action directe* (cf. *infra*, n<sup>o</sup> 366), évitant la lente remontée vers le contractant par l'action oblique ? Peut-être le problème pourrait-il être repris par une nouvelle analyse de la nature de l'aliénation (et spécialement de la vente) : peut-être conviendrait-il d'y voir non pas le transfert de la propriété d'un bien, mais le transfert de la *qualité de propriétaire* (à notre époque, surtout, où la chose est devenue l'occasion de tant de droits et d'obligations qui semblent la dépasser ; cf. t. III, n<sup>o</sup> 114).

b) *Condition juridique du créancier chirographaire*. — Laborde-Lacoste, *Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier*, Th. Bordeaux, 1916 ; Bonnet, La condition juridique du créancier chirographaire, *R.T.*, 1920, 103 s. Les fortes critiques de ces deux auteurs ont été décisives : la théorie du créancier chirographaire ayant cause à titre universel est aujourd'hui abandonnée (cf. Planiol-Esmein, n<sup>o</sup> 330). S'il fallait regretter ce qui n'est pas regrettable, on pourrait dire que cette théorie allait dans le sens de la liberté (du débiteur), et que, malgré tout, on ne réussit pas, dans l'opinion adverse, à faire du créancier chirographaire un tiers intégral.

## [131]

## PRATIQUE JUDICIAIRE

*Transmission des contrats à l'acquéreur d'un bien*. — La Cour de cassation paraît sous-entendre l'intransmissibilité comme un principe, soit du côté actif : ex. Civ. 29 mars 1933, D.H. 33, 282 (clause d'habitation bourgeoise non constituée sous forme de servitude) ; Civ. 12 janv. 1937, D.H. 37, 99 (contrats nés de l'exploitation d'un fonds de commerce) ; Civ.<sup>3</sup> 25 janv. 1983, *Bull.*, n<sup>o</sup> 26 (action en dommages-intérêts pour dégradations antérieures) — soit, à plus forte raison, du côté passif : ex. Req. 16 juill. 1889, D. 90, 1, 440 (engagements pris par le cédant d'une exploitation théâtrale) ; Civ. 15 janv. 1918, D. 18, 1, 17 (qui affirme le principe) ; Civ.<sup>3</sup> 16 nov. 1988, D. 89, 157, n. Malaurie, 1<sup>er</sup> esp. Des deux côtés, cependant, des dérogations sont souvent admises. Les tribunaux ont une tendance naturelle à fonder la transmission sur la volonté (implicite) des parties, ce qui les dispense d'engager l'avenir, et la Cour de

cassation s'en félicite ; ex. Req. 3 nov. 1932, D.H. 32, 570 ; Civ.<sup>3</sup> 14 nov. 1982, D. 83, I.R., 481. Bien entendu, si la volonté de transférer le contrat à l'acquéreur s'est expressément manifestée, il n'y aura qu'à s'y conformer : Req. 3 sept. 1940, D.A. 41, 37, sur un acte de vente contenant une clause (usuelle ; de style ?), cf. *infra*, n<sup>o</sup> 142) par laquelle l'acquéreur déclarait « faire son affaire personnelle » des contrats antérieurement conclus par le vendeur (la clause a été analysée comme stipulation pour autrui ; c'est, au fond, une cession de contrat, sans libération du contractant primitif ; cf. *infra*, n<sup>o</sup> 324). Une série jurisprudentielle concerne le sort des clauses de non-concurrence, en cas de vente d'un fonds de commerce (cf. Azéma, *Le droit français de la concurrence*, 1989, n<sup>o</sup> 100). Le bénéfice de celles que le vendeur avait pu stipuler est transmis à l'acquéreur : Req. 18 mai 1868, S. 68, 1, 246, D. 69, 1, 366 (ces clauses ont été prises dans l'intérêt de l'établissement, pas seulement dans l'intérêt personnel du vendeur ; elles constituent un accessoire nécessaire à la jouissance du fonds). Réciproquement, l'acquéreur recueille la charge de celles que le vendeur avait pu souscrire envers des tiers : Rouen, 28 nov. 1925, D. 27, 2, 172 (charge réelle ? stipulation pour autrui du vendeur ? faute de l'acquéreur, s'il avait eu connaissance des clauses ?).

L'exception légale dont bénéficie la transmission du bail peut s'expliquer par une stipulation pour autrui du vendeur. C'était l'idée romaine. Mais, depuis lors (et de plus en plus), le droit du preneur a pris une certaine consistance de droit réel. Ce qui peut justifier une interprétation accommodante des conditions de l'a. 1743 : ex. un bail verbal sera opposable à l'acquéreur pour peu qu'il soit établi que celui-ci en a eu connaissance, Civ.<sup>3</sup> 20 juill. 1989, *R.T.*, 90, 101, n. Rémy.

Un contentieux important porte sur la garantie des vices cachés ; un sous-acquéreur peut-il l'exercer contre le vendeur originaire (en particulier, le vendeur-fabricant ; cf. pour la responsabilité de celui-ci envers un tiers véritable, *infra*, n<sup>o</sup> 266). Une jurisprudence abondante décide que l'action en garantie (action *bifrons*, résolution ou dommages-intérêts, a. 1644) est transmise aux acheteurs successifs avec la chose vendue : Civ.<sup>1</sup> 14 févr. 1963, *J.C.P.*, 63, 2, 13159, *R.T.*, 63, 564, n. Cornu ; Civ.<sup>1</sup> 5 janv. 1972, *J.C.P.*, 73, 2, 17340 ; Com. 14 mars 1977 (reconnaissance d'une action directe), D. 77, I.R., 284 ; Civ.<sup>1</sup> 9 mars 1983, *J.C.P.*, 84, 2, 20295 ; *R.T.*, 83, 756, n. Rémy ; Civ.<sup>3</sup> 26 avr. 1983, *Bull.*, n<sup>o</sup> 91. Un cas voisin s'est mis en vedette parce qu'il avait suscité une hésitation de la jurisprudence entre les deux responsabilités, extra-contractuelle et contractuelle (cf. *infra*, n<sup>o</sup> 292) : sur quoi fonder l'action du maître de l'ouvrage, propriétaire de l'immeuble construit ou en construction, contre les fabricants qui ont livré des matériaux défectueux à ses entrepreneurs ? L'Assemblée plénière (7 févr. 1986, 2 arrêts, D. 86, 293, *J.C.P.*, 86, 2, 20616, *R.T.*, 86, 605) avait tranché en faveur du contrat : l'action contractuelle en garantie, ou plutôt en non-conformité pour exécution imparfaite de l'obligation de délivrance, se trouvait transmise au maître de l'ouvrage. Mais *ecce iterum* l'Assemblée plénière : l'arrêt du 12 juillet 1991 paraît bien remettre le contrat en question (cf. n<sup>os</sup> 20, 127, 326).

## [132] 2 / Sphère d'application de la loi contractuelle dans le temps

C'est, en général, aux parties qu'il appartient de déterminer, par leur commune volonté, le commencement et la fin de la loi contractuelle appelée à les régir. Elles disposent pour cela de deux modalités temporelles élémentaires : le *terme* et la *condition* ; elles peuvent en affecter leurs obligations, isolément considérées, et par là les projeter, de façon variable, dans le futur. Mais c'est aussi le contrat, globalement envisagé, qui s'insère dans le temps : la *durée des contrats* devait appeler la réglementation du droit, parce que le temps n'appartient pas aux individus.

### 1 | LE TERME ET LA CONDITION

Le terme et la condition ne concernent pas seulement les obligations et le contrat, ils peuvent affecter tous les droits, notamment les droits réels (cf. t. III, n° 83). Il ne sera question ici que du terme et de la condition dans le contrat ; c'est, du reste, à cette occasion que le C.C. (a. 1168 s.) en a présenté la théorie.

Le terme est un événement *futur* et d'accomplissement certain qui suspend soit l'exigibilité, soit l'extinction des obligations et, par-delà, l'exécution ou la disparition des contrats eux-mêmes. La condition est un événement *futur* et d'accomplissement incertain qui suspend soit la naissance, soit la résolution des obligations et, par-delà, celles des contrats eux-mêmes. Il apparaît ainsi que le terme et la condition ont des modes d'action couplés : dans le terme suspensif et la condition suspensive, l'événement est un point de départ ; dans le terme extinctif et la condition résolutoire, c'est une fin.

Le Code civil a rapproché le terme et la condition, et il est courant de les étudier ensemble. Sans doute, à première vue, ils s'opposent : l'obligation à terme a un caractère de certitude ; elle existe déjà, quoique l'exécution ne puisse pas en être encore demandée, tandis que, si l'obligation est conditionnelle, un *doute* plane sur son existence. Mais le terme et la condition ont quelque chose de commun, c'est

qu'ils aboutissent à étaler dans le temps l'exécution du contrat. Ce sont des événements futurs, qui appellent la notion de durée. Ils ont encore ceci de commun qu'ils ne sont jamais nécessaires à l'existence ou à la validité du contrat ; ce ne sont pas des éléments nécessaires, mais des modalités accidentelles. Le principe est que l'obligation est *pure et simple*, le contrat, immédiat ; qu'ils ne sont affectés ni de terme, ni de condition.

### [133] I. — Le terme

C'est un événement futur (par là, il se rapproche de la condition) ; mais un événement certain (par là, il s'oppose à elle). C'est une modalité qui peut affecter le contrat de deux manières : il peut être suspensif ou extinctif. Je loue le 1<sup>er</sup> mars une villa pour les vacances, entre le 1<sup>er</sup> juillet et le 31 août ; le 1<sup>er</sup> juillet est un terme suspensif ; le 31 août un terme extinctif. Le contrat existe dès le 1<sup>er</sup> mars. C'est son exécution qui est retardée ; il ne pourra pas être exécuté avant le 1<sup>er</sup> juillet (ni après le 31 août).

#### ► *La notion du terme*

Plusieurs classifications en sont proposées.

a) Selon sa nature, le terme est un droit (*terme de droit*) ou une faveur (*terme de grâce*) ; le *terme judiciaire* participe des deux natures :

1° *Terme de droit*. — C'est l'hypothèse ordinaire, et ce terme de droit est un *terme conventionnel*, consenti par le créancier au débiteur, soit dans le contrat originaire, soit dans une convention postérieure — soit expressément, soit tacitement (ex. le bail d'un immeuble en construction est tacitement affecté d'un terme : jusqu'au jour où les appartements seront habitables).

2° *Terme de grâce*. — C'est celui que les a. 1244-1 et 1244-2 permettent aux juges d'accorder, en connaissance de cause, à un débiteur en difficulté (a. 510 s. C. Pr. C.), compte tenu de sa situation et des besoins du créancier (cf. en l'inversant le double critère de l'obligation alimentaire, a. 208). C'est une grâce faite au débiteur, à laquelle il n'a pas de droit défini, mais à laquelle il ne pourrait renoncer d'avance. Dans le même esprit, la loi *Neiertz* sur le surendettement (a. 4, 12) prévoit la possibilité de reports amiables ou judiciaires de paiement. On conçoit aussi que la loi, survenant quelque événement, tel que guerre ou crise, qui met les débiteurs en peine, puisse imposer aux contrats

des termes de grâce par mesure collective : ce sont les *moratoires*. A s'en tenir aux a. 1244-1 et 2, des garde-fous sont tout de même apposés à la grâce des juges. Le report ou l'échelonnement du paiement ; est contenu dans la limite de deux années, et il peut être assorti de mesures imposées au débiteur pour faciliter ou garantir l'exécution.

3° *Terme judiciaire*. — C'est, dans le C.C., une spécialité du prêt de consommation, prêt d'argent en pratique : si aucune date n'avait été prévue pour le remboursement, le juge peut en fixer une à la demande du prêteur ; avec un certain pouvoir l'appréciation (a. 1900-1901).

b) Selon le *degré de précision*, il faut distinguer le *terme certain* et le *terme incertain*. Le terme est toujours un événement certain, en ce sens qu'on est sûr qu'il arrivera. Mais, le plus souvent, non seulement on sait que le terme arrivera, on sait *quand* il arrivera. C'est le cas dès lors qu'il est une date : le 31 décembre 1999 est une date, donc un terme certain. Le terme incertain est un événement dont on est sûr qu'il arrivera (sinon ce ne serait plus un terme), sans qu'on sache *quand* il arrivera. L'exemple classique est la mort d'une personne : on est sûr qu'elle mourra, on ne sait quel jour ; terme incertain.

c) Selon l'*intérêt* de la combinaison s'établit une dernière différence. Le terme peut être inséré au contrat dans l'intérêt soit du débiteur soit du créancier, soit des deux.

1° Généralement, si le contrat est affecté d'un terme, c'est dans l'*intérêt du débiteur* : en reculant dans l'avenir le moment où sa dette sera exigible, on lui donne du temps (on lui fait crédit), ce qui est un avantage. Tel est le principe, suivant l'a. 1187. Il en résulte une conséquence pratique très importante : c'est qu'en principe un débiteur peut renoncer unilatéralement au terme et payer par anticipation.

2° Toutefois, il advient que le terme soit stipulé dans l'*intérêt du créancier*. C'est une exception, et la conséquence est alors inversée : seul le créancier peut renoncer au terme, unilatéralement. Ex. dans un dépôt (le déposant est créancier de la restitution de l'objet), il a pu être convenu que la chose resterait déposée jusqu'à telle date ; ce terme est dans l'intérêt du déposant, non du dépositaire (car celui-ci n'a pas le droit de se servir de la chose) ; donc, si le déposant réclame la restitution avant le terme, le dépositaire doit restituer immédiatement (a. 1944) ;

3° Mais il peut arriver encore que le terme ait été inséré dans l'*intérêt commun* des deux contractants, aussi bien du créancier que du débiteur. En ce cas, aucun des deux n'a le droit d'y renoncer unilatéralement. D'après l'a. 1187, cet intérêt commun peut avoir été affirmé par une stipulation expresse. Il peut aussi s'induire des circonstances,

de l'économie générale du contrat. Il en sera le plus souvent ainsi dans le prêt à intérêt : l'emprunteur est évidemment intéressé à conserver les fonds jusqu'au bout ; mais le prêteur a aussi avantage à ne pas être remboursé par anticipation contre son gré, car il n'est pas sûr de retrouver à ce moment-là un placement aussi fructueux.

#### [134] ► *Les effets du terme*

Ils varient selon que le terme est *suspensif* ou *extinctif*.

a) Pour le *terme suspensif*, on peut (comme le fait l'a. 1185, afin de marquer le contraste avec la condition suspensive) résumer ses effets dans cette double proposition : qu'il ne modifie pas l'*existence*, mais seulement l'*exigibilité* de l'obligation.

1° *L'obligation à terme existe déjà*. — Le débiteur à terme est déjà débiteur. S'il est commerçant et omet d'inscrire à un passif ses dettes à terme, il commet un faux bilan. Que la dette à terme existe dès avant l'échéance, plusieurs conséquences en découlent :

— Le créancier à terme peut faire des actes conservatoires de son droit (ex. inscrire l'hypothèque garantissant sa créance) ; un créancier sous condition pourrait faire de tels actes (a. 1180), *a fortiori*, un créancier à terme dont le droit est plus solide.

— L'exécution de l'obligation avant l'échéance est valable, et le débiteur ne peut demander la restitution de ce qu'il a ainsi payé par anticipation (a. 1186), l'eût-il payé par erreur, ignorant qu'il bénéficiait d'un terme.

Le paiement avant terme est, d'ordinaire, tout bénéfique pour le créancier : le terme, par nature, est conçu dans l'intérêt du débiteur (a. 1187). Il arrive, cependant, que les créanciers aient un avantage à n'être pas payés tout de suite : leurs créances étaient frugifères, et le taux de l'intérêt ayant baissé sur le marché monétaire, ils ne sont pas assurés de retrouver un aussi bon placement. Aussi le législateur est-il intervenu. Il a retiré aux sociétés anonymes qui ont émis des obligations le droit d'imposer à leurs obligataires, leurs créanciers, un remboursement anticipé ; le contraire peut, toutefois, avoir été stipulé valablement dans le prospectus d'émission (l. 24 juill. 1966 sur les sociétés, a. 323). La perspective est inversée dans les opérations de crédit que régissent les lois sur la protection des consommateurs et emprunteurs : le particulier débiteur a toujours le droit de rembourser, en tout ou partie, avant terme, ce qui lui permettra de renégocier le

crédit avec la banque et de profiter éventuellement d'une baisse des taux d'intérêt (C. Consum. a. L. 311-29 et 312-21).

2° *L'obligation à terme n'est pas exigible.* — C'est en ce sens seulement que l'on peut entendre le vieux proverbe « Qui a terme ne doit rien » : le créancier est sans droit pour exiger d'être payé (a. 1186). S'il agit en justice avant l'échéance, son action prématurément introduite devra être rejetée quand bien même la créance serait arrivée à terme avant que le jugement ne soit rendu, car c'est un principe procédural que le juge, pour apprécier les droits respectifs des plaideurs, doit se reporter au jour de l'introduction de l'instance. C'est parce que le créancier à terme ne peut pas encore exiger le paiement que, par une juste réciprocité, la prescription extinctive ne court pas contre lui (a. 2257, al. 4).

Par exception, le créancier à terme recouvre le droit d'agir immédiatement si le bénéfice du terme vient à être perdu avant l'échéance, ce qui (sans préjudice d'une *renonciation*, toujours possible quand le terme avait été conçu dans l'intérêt du seul renonçant) peut se produire à la suite d'une *déchéance*. La déchéance du terme est encourue dans le cas (a. 1188) de *diminution*, imputable au débiteur, des *sûretés* particulières qu'il avait concédées au créancier (ex. il avait hypothéqué une forêt, et il se livre à des coupes de bois qui la déprécient notablement ; ici encore, c'est que se trouve ébranlé le fondement conventionnel de la confiance qui avait été faite).

b) Pour le *terme extinctif*, la situation est plus simple. Avant l'échéance, le contrat se déroule comme s'il n'y avait aucune modalité. L'obligation affectée du terme extinctif est comme une obligation pure et simple ; seule son extinction est retardée. A l'échéance, l'obligation cessera, mais — et c'est la différence entre terme extinctif et condition résolutoire — sans rétroactivité, pour l'avenir seulement.

## [135] II. — La condition

Ce qui caractérise l'obligation conditionnelle, c'est l'incertitude, le doute, qui planent sur son existence et par-delà sur l'existence du contrat (a. 1168).

### ► *Notion de la condition*

L'événement qui sert de condition doit présenter certains caractères.

a) *Extériorité par rapport à la volonté des parties.* — C'est que, si l'événement dépendait de la volonté d'une partie, pour celle-ci il n'y

aurait plus d'incertitude, plus de véritable condition. Cette exigence d'extériorité conduit à une distinction entre diverses espèces de conditions (a. 1169-1171).

1) *La condition casuelle* est la plus extérieure à la volonté des parties. Il s'agit d'un événement qui ne dépend que du hasard (*casus*) et sur lequel, par conséquent, les parties n'ont aucune prise : s'il pleut demain...

2) Tout à l'opposé, se place *la condition potestative*, celle qui dépend du *pouvoir*, de la volonté d'une partie : si vous entreprenez tel voyage..., si vous vous mariez...

3) *La condition mixte* combine la volonté d'une partie avec un élément extérieur à cette volonté : si vous vous mariez avec telle personne...

Cette triple distinction a un intérêt pratique. La validité de la condition en dépend et, par-delà, celle du contrat tout entier, car, si le contrat est affecté d'une condition qui n'est pas valable, il est lui-même, en principe, entraîné dans la nullité. Or, sont valables, sans aucune difficulté, les conditions casuelles et mixtes, parce qu'elles font intervenir un élément qui échappe à la volonté des parties. Au contraire, la condition potestative, dans la mesure où elle met le contrat à la merci de l'un des contractants, ne devrait pas, apparemment, être valable. Pourtant, de nouvelles distinctions s'imposent ici.

— D'abord, l'a. 1174 interdit seulement la condition *potestative de la part du débiteur* (celui qui s'oblige). En effet, le débiteur ne serait pas sérieusement lié si sa dette dépendait d'un événement qu'il est au pouvoir de sa volonté de faire arriver ou non ; il n'y aurait plus là une véritable obligation. *A contrario*, on déduit de l'a. 1174 que, si la condition est *potestative de la part du créancier*, le contrat n'est pas nul. Ainsi, dans la promesse unilatérale de vente, il y a une condition potestative : la vente définitive aura lieu si le bénéficiaire de la promesse manifeste la volonté d'acheter. Mais c'est une condition potestative de la part du créancier.

— Partant de là, les arrêts en sont venus à cette conclusion que la condition potestative est toujours valable dans les contrats synallagmatiques, puisque, de quelque côté qu'elle y soit stipulée, elle se rapporte à un contractant qui a nécessairement la qualité de créancier.

— Même quand il s'agit d'une condition potestative de la part du débiteur, bien que l'a. 1174 ne dise rien de tel, il est traditionnel de distinguer entre la condition *purement* potestative et la condition *simplement* potestative ; deux degrés dans la dépendance de l'événement à l'égard de la volonté d'une partie. La condition purement potestative est celle qui s'exprime par « je paierai telle somme *si je veux* » (opp. quand

je pourrai, c'est tout autre chose, a. 1901). Cette condition arbitraire, discrétionnaire de la part du débiteur, est nulle, et entraîne la nullité du contrat. Promettre si l'on veut, ce n'est pas, en réalité, s'engager juridiquement. La condition simplement potestative, au contraire, est celle qui dépend d'un fait du débiteur et, sans doute, de sa volonté, mais d'une volonté qui pourra être influencée par des circonstances extérieures, de sorte que le contrat n'est pas livré à l'entière discrétion de celui qui s'oblige : « J'achète votre appartement à Paris si je puis trouver un acheteur pour ma maison de province », ou même, plus sèchement encore : « Je vous vends ma maison si je quitte la ville. » L'acte est volontaire, mais non arbitraire et de bon plaisir ; le contractant, dans une telle décision, est déterminé par des considérations sérieuses. Aussi la combinaison est-elle valable.

— C'est, enfin, une opinion répandue que l'a. 1174 concernerait seulement les conditions suspensives, mais non les *conditions résolutoires*. La loi elle-même donne l'exemple d'une condition résolutoire purement potestative : la vente à réméré (a. 1659 s.), où le vendeur se réserve le droit de reprendre la chose vendue en restituant le prix, s'il en exprime le désir dans un délai de 5 ans au plus. Pareillement, malgré l'absence de texte, on ne doute pas que soit valable la faculté d'échange ouverte à leurs clients par les grands magasins (« on reprend les objets qui ont cessé de plaire »), quoiqu'elle semble bien affecter la vente d'une condition résolutoire purement potestative.

b) *Caractère possible et licite de la condition* (a. 1172). — Si l'événement choisi pour condition est impossible, l'essentielle incertitude manque, puisqu'il est sûr d'avance que cet événement n'arrivera pas.

La *licéité* doit être entendue de la même manière que lorsqu'il s'agit de l'objet ou de la cause illicite : on considère comme condition illicite non seulement celle qui est contraire à une loi précise, mais celle qui est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

Lorsque la condition est illicite, elle entraîne dans sa nullité l'ensemble du contrat. L'a. 1172 s'en explique formellement, qui doit d'autant plus être remarqué qu'il fait contraste avec une autre disposition relative aux conditions illicites, l'a. 900. L'a. 1172 est relatif aux contrats à titre onéreux, tandis que l'a. 900 régit les libéralités. Dans les contrats à titre onéreux, quand la condition est illicite, tout est illicite et partant nul, si bien que le contrat entier doit tomber. Néanmoins, lorsqu'ils estiment que la condition n'a joué qu'un rôle secondaire dans la conclusion du contrat, qu'elle n'a pas été la *cause* du contrat (au sens de l'a. 1131), les tribunaux se bornent parfois à annuler la condition sans annuler le contrat tout entier. C'est rejoindre la solution de l'a. 900.

### [136] ► *Effets de la condition*

Ces effets doivent être examinés distinctement selon qu'il s'agit d'une *condition suspensive* ou d'une *condition résolutoire*.

a) *Condition suspensive*. — Pour en examiner les effets, il faut se placer successivement à deux moments : *pendente conditione*, lorsque la condition est encore pendante (on ne sait encore si elle s'accomplira ou non) ; puis, après que l'incertitude a cessé, soit parce que la condition s'est *accomplie*, soit au contraire parce qu'elle a *fait défaut*.

#### 1° *Première période : condition pendante*.

Dans cette période, le droit du créancier n'est pas encore né, l'obligation n'existe pas encore — ce qui fait la différence entre l'obligation affectée d'un terme et l'obligation sous condition. Le débiteur à terme est déjà débiteur, tandis que le débiteur sous condition suspensive ne l'est pas encore. Conséquence pratique : si le débiteur sous condition paie la dette, alors que la condition est pendante, on considère qu'il a payé ce qu'il ne devait pas, il a payé l'indu — et, s'il l'a payé par erreur, il peut en réclamer la restitution, tandis que, dans le cas symétrique, le débiteur à terme n'aurait pas d'action en répétition.

Cela ne veut pas dire qu'il n'y ait rien, *pendente conditione*, dans une obligation conditionnelle : il y a un *germe de créance*. Aussi le créancier peut-il faire des actes conservatoires (a. 1180), par ex. demander une vérification d'écriture sur l'écrit constatant sa créance. Pour la même raison, si le créancier décède avant l'arrivée de la condition, la créance conditionnelle, qui représentait déjà une valeur dans son patrimoine, passe à ses héritiers (a. 1179) ; qu'une loi nouvelle intervienne avant l'arrivée de la condition, la créance conditionnelle s'imposera, comme un droit acquis, au respect de cette loi (a. 2). Par cette présence irrécusable dans le patrimoine, les droits conditionnels se distinguent de ce que l'on nomme couramment les *Droits éventuels*. Ce sont des droits dont le C.C. n'a pas fait une catégorie distincte, mais il en connaît bien le prototype, qui est le droit de l'héritier, même de l'héritier réservataire, tant que le *de cuius* n'est pas mort. Ce sont des droits plus hypothétiques que les droits conditionnels, et ils pourraient être enlevés à l'héritier présomptif par une loi nouvelle sans qu'il y ait violation d'un droit acquis.

2° *Seconde période : condition défaillie ou accomplie.*

Question préalable : quand peut-on dire que la condition est défaillie ou accomplie ? C'est affaire d'interprétation de volonté (a. 1175), quoique la loi ait posé quelques règles (a. 1176-1177). Si le débiteur a, par son fait, empêché l'accomplissement de la condition, il a commis une faute en corrigeant le hasard, ce qui est tricher. Il doit réparation du dommage ainsi causé, et la meilleure réparation sera de considérer que la condition s'est accomplie à son encontre (a. 1178).

— *Première hypothèse : défaillance de la condition suspensive.*

L'obligation conditionnelle est réputée n'avoir jamais existé. L'obligation et, par-delà l'obligation, le contrat étaient suspendus à cet événement incertain ; on est sûr désormais qu'il ne se produira pas. C'est comme s'il ne s'était rien passé : le contrat est réputé n'avoir eu, dès le début, aucune existence ; son effacement est *rétroactif*.

— *Deuxième hypothèse : accomplissement de la condition suspensive.*

L'obligation conditionnelle, libérée du doute qui planait sur son existence, est désormais comme une obligation pure et simple. Cette transformation se produit *rétroactivement* : l'obligation, le contrat sont censés avoir existé dans leur plénitude dès le jour où ils ont été formés, non pas seulement du jour où la condition s'est accomplie (a. 1179). Il en résulte, notamment, que si le débiteur de l'obligation conditionnelle a payé pendant la condition, ce paiement, qui était un paiement de l'indu au moment où il a été fait, se trouve consolidé une fois la condition accomplie. Mais c'est surtout lorsqu'il s'agit d'un contrat translatif de droit réel que la rétroactivité de la condition a des conséquences importantes.

b) *La condition résolutoire* (a. 1183). — En réalité, le contrat sous condition résolutoire est en lui-même comme un contrat pur et simple, il vit comme si la condition n'existait pas ; c'est seulement sa disparition qui est conditionnelle. Aussi a-t-on pu analyser la condition résolutoire comme une variété de la condition suspensive, suspendant non plus la naissance, mais la cessation du rapport de droit, et le contrat affecté d'une condition résolutoire comme un contrat pur et simple résoluble sous condition.

1° *Première période : condition pendante.*

Le contrat affecté d'une condition résolutoire produit ses effets comme contrat pur et simple tant que la condition est pendante.

L'acheteur sous condition résolutoire devient immédiatement propriétaire, seulement son droit de propriété est menacé d'une cause d'anéantissement.

2° *Seconde période : condition défaillie ou accomplie.*

— *Première hypothèse : défaillance de la condition.*

L'obligation, en pareil cas, est réputée avoir été pure et simple dès le principe, la menace qui pesait sur elle est dissipée. Les effets que le contrat avait produits sont définitifs.

— *Deuxième hypothèse : accomplissement de la condition.*

Le contrat, non seulement va cesser de produire de nouveaux effets, mais les effets qu'il avait produits pendant la condition sont anéantis. Tout se passe comme s'il n'y avait jamais eu d'obligation, jamais eu de contrat, sous un autre aspect, c'est encore la *rétroactivité* de la condition (a. 1183, al. 1). Il faut remettre les choses au même état que si le contrat n'avait pas existé. Comme, par hypothèse, il avait dû être exécuté dans l'intervalle, il y aura lieu entre les parties à des restitutions réciproques (l'acheteur sous condition résolutoire qui avait pris possession de l'immeuble devra le restituer au vendeur, le vendeur qui avait reçu le prix devra le restituer à l'acheteur).

## [137] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Ghestin (*Effets*), n°s 160 s.

I. — *Terme*

a) *Théorie juridique.* — Sous le concept générique d'*échéance*, le C. Com. (a. 131 s.) réunit plusieurs variantes du terme qui seraient en droit civil transposables au billet à ordre (*infra*, n° 317). Ex. la promesse payable à vue, c'est-à-dire dès la présentation du billet, ce qui met un délai de fait à la disposition du porteur. — Le *terme judiciaire* des a. 1900-1901 est autre chose qu'un terme de grâce, le juge y dispose d'un pouvoir d'appréciation qui n'est pas bridé par les normes restrictives de l'a. 1244-1 (tel le maximum de durée Civ.<sup>1</sup> 12 oct. 1977, *Bull.*, n° 362), ce qui peut se justifier en ce que son intervention n'est pas un imprévu pour les parties). — Les clauses insolites visées à l'a. 1901 suggèrent la notion d'un *terme potestatif* (non pas purement potestatif), comparable à la condition du même nom (cf. Gautier, D. 91, 438).

b) *Economie politique.* — La présomption de principe inscrite à l'a. 1187 est peu réaliste appliquée au prêt à intérêt, spécialement lorsque l'emprunt s'est fait, par émission d'obligations : le prêteur (l'obligataire) regarde sa créance comme une propriété frugifère et le remboursement anticipé comme une expropriation injuste. Dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, le texte eut l'inconvénient économique d'entraver les opérations de *conversion*. Le taux courant de l'intérêt ayant baissé, nombre de collectivités (l'Etat en tête) et

d'entreprises qui avaient émis des emprunts à long terme proposèrent de convertir les obligations anciennes en obligations nouvelles à taux diminué : le postulat était qu'en cas de refus elles remboursaient immédiatement. Des obligataires contestèrent la légalité du mécanisme, arguant que la nature particulière du contrat de prêt entraînait dans les circonstances propres, selon l'a. 1187, à renverser la présomption de base. La Cour de cassation préféra laisser aux juges du fond le pouvoir d'apprécier librement ces circonstances. D'où des solutions, en fait, divergentes : Civ. 29 juill. 1879, S. 80, 1, 109, l'offre de conversion est valable ; Req. 21 avr. 1896, *Chemins de fer de l'Est*, D. 96, 1, 484, S. 97, 1, 481, elle ne l'est pas (cf. Planiol-Gabolde, *Obligations*, VII, n° 1002). C'est un débat du passé, clos aujourd'hui par la loi du 24 juill. 1966 sur les sociétés, a. 323, mais la baisse des taux d'intérêt depuis 1990 l'a fait ressurgir, entre banquiers et particuliers emprunteurs, dans le crédit immobilier. Une renégociation du prêt est possible, C. Consom. a. L. 312-21 (sur une conséquence imprévue et peu équitable, au préjudice de la banque, Civ.<sup>1</sup> 6 janv. 1998, *Rép. not.*, 98, 388, n. S. Piédelièvre).

c) *Pratique judiciaire*. — Sur la distinction du terme incertain et de la condition, v. Civ.<sup>3</sup> 27 nov. 1969, *Bull.*, n° 772 ; Civ.<sup>3</sup> 4 déc. 1985, *R.T.*, 87, 98, n. J. Mestre. — Contrairement à ce que donnerait à penser leur tonalité archaïque (où l'on croit entendre un écho de la conception évangéliquement charitable du prêt, *mutuum date, nihilo inde sperantes* [Luc, 6:35]), les combinaisons envisagées aux a. 1900-1901 ont des applications dans la vie moderne. Le terme judiciaire n'est pas le terme de grâce ; il n'est donc pas soumis à la limite des deux ans : Civ.<sup>1</sup> 12 oct. 1977, *Bull.*, n° 362. Les juges du fond y exercent une appréciation souveraine, Civ.<sup>1</sup> 6 oct. 1976, *Bull.*, n° 287 ; il faut toutefois que le terme fixé par eux le soit à une date postérieure à la demande, Civ.<sup>1</sup> 19 janv. 1983, *Bull.*, n° 29. La classe « remboursable dès retour à meilleure fortune » s'interprète par référence à l'a. 1901, Civ.<sup>1</sup> 20 nov. 1990, D. 90, *I.R.*, 292.

d) *Délais de grâce*. — Cf. E. Loko-Balossa, L'octroi judiciaire d'un délai de grâce, *Dr. pros.*, 94 (3), 807. Les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation pour les octroyer (Civ.<sup>2</sup> 10 juin 1970, *Bull.*, n° 201) ou les refuser (Civ.<sup>2</sup> 28 mars 1973, *Bull.*, n° 101 ; Civ.<sup>1</sup> 5 juill. 1988, *Bull.*, n° 216). La loi leur propose, néanmoins, des critères. Mais ceux-ci ont varié, et les remaniements du texte (l'ancien a. 1244, puis l'a. 1244-1, qui lui a succédé) laissent apparaître plusieurs strates historiques. Dans le C.C. de 1804 les délais devaient être accordés, *en considération de la position du débiteur*. La formule était des plus vagues, mais le juge pouvait lui donner la figure du débiteur *malheureux et de bonne foi*, objet un peu plus loin (a. 1268, abrogé depuis) d'une autre indulgence judiciaire. C'était, en somme, un renvoi à l'équité, entendue comme pitié justifiée pour un cas individuel. En 1936 va s'y ajouter un critère collectif : et compte tenu de la *situation économique*. Par derrière se profile la grande dépression qui, partie de New York en 1929, vient d'envahir la France. Il faut prendre garde aux réactions en chaîne : refuser tout répit au demandeur sous prétexte qu'il a quelques moyens, c'est le pousser à poursuivre avec rigueur ses propres débiteurs, et la crise s'étendra. La rédaction de 1991 ne mentionne plus la situation générale de l'économie, mais elle met en avant les *besoins du créancier*, et l'on peut penser que le résultat sera le même. Toutefois, une interprétation différente, par l'ethnologie, serait concevable : qu'en intégrant à son tableau l'image inattendue d'un créancier famélique, le législateur a cédé à l'irruption d'un archétype — le vieux modèle celtique du jeûne du créancier à la porte du débiteur. Au spectacle de cette grève de la faim, annonciatrice

de mort, le débiteur, à son tour, s'abandonne à la commisération, et il s'exécute. Un critère de plus dans le texte de 1991 : le juge peut subordonner sa décision à l'*accomplissement par le débiteur d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement*. La faveur, cette fois, est réservée au débiteur méritant (cf. Sériaux, *R.T.*, 93, 789). La théologie des mérites n'est pas la théologie de la grâce. Mais, au fond, où est la grâce dans tout cela ? L'expression n'est pas dans l'a. 1244-1, pas plus qu'elle n'était dans l'a. 1244. Elle ne se trouvera que dans l'a. 1292, retombée d'un passage de Pothier (*Obligations*, n°s 228 s.). Pothier, qui s'y connaissait en bon janséniste, évoquait nommément le terme de grâce, mais il citait aussi Papinien, païen assurément, stoïcien sans doute, assassiné en 212 sur l'ordre de Caracalla. Selon Papinien (Dig. 16, 2, 16), le sursis à payer s'expliquait *humanitatis gratia*. Ce que l'on pourrait traduire « pour l'amour de l'humanité » (l'expression que Dom Juan n'arrivait pas à arracher au mendiant).

## II. — Condition

B.G. — Planiol-Gabolde, VII, n°s 998 s. ; Beudant-Lagarde, VIII, n°s 693 s. ; J.-M. Verdier, *Les droits éventuels*, 1955 ; Taisne, *La notion de condition dans les actes juridiques*, Th. Lille II, 1977 ; Derouin, Pour une analyse fonctionnelle de la condition, *R.T.*, 1978, 1 s. ; O. Milhac, *La notion des conditions dans les actes à titre onéreux*, 1998.

Notre théorie est trop pauvre : à la condition suspensive, elle ne trouve à opposer que la condition résolutoire. Mais on conçoit une condition simplement extinctive, mettant fin au contrat sans rétroactivité (par ex. la clause dite de fonctionnaire, dans les baux ancien style, stipulant que le bail serait résilié, c'est-à-dire prendrait fin, mais pour l'avenir seulement, dans le cas où le locataire fonctionnaire serait muté hors de la localité).

a) *Psychologie*. — Des psychologues assurent que, parfois, le créancier met *in conditione* ce qu'il s'interdirait de mettre *in obligatione*. Ainsi, du sage Pothier, *Oblig.*, n° 204 : Je vous promets une somme sous la condition que vous fassiez un triangle sans angles ou sous celle d'aller tout nu dans les rues. Le désir est satisfait sans conséquence : l'obligation est rendue nulle par la condition, impossible ou contraire aux bonnes mœurs.

b) *Condition potestative*. — L'a. 1174 est assez fréquemment invoqué (ex. Com. 23 sept. 1982, D. 83, *I.R.*, 12 ; Civ.<sup>1</sup> 1<sup>er</sup> févr. 1984, *Bull.*, n° 26 ; Civ.<sup>3</sup> 22 nov. 1995, D. 96, 604, n. Malaurie ; cf. Ghestin, *Etudes Alex Weill*, 1983, 243 s.). Mais il est chargé d'interprétations si subtiles que la nullité qui en est la pointe ne frappe pas toujours juste : tantôt c'est un contractant de mauvaise foi qui s'en sert pour se débarrasser d'un contrat devenu désavantageux ; tantôt, à l'inverse, c'est un engagement tout à fait sérieux qu'il faut sacrifier parce qu'il s'est embrouillé dans les méandres d'une condition. Sur bien des points, d'ailleurs, la théorie appellerait discussions. Ainsi, la thèse couramment reçue — que la condition potestative, même purement potestative, est valable dans les synallagmatiques (ex. Civ.<sup>3</sup> 21 janv. 1971, D. 71, 232, *R.T.*, 71, 632) — pourrait facilement être retournée : dans ces contrats, chaque contractant n'est-il pas nécessairement débiteur (cf. Chevallier, *R.T.*, 68, 146 ; cf. Civ.<sup>3</sup> 7 juin 1983, D. 83, *I.R.*, 481) ? Le vrai est que l'on peut se faire de la condition potestative deux conceptions : l'une purement technique (*potestas* = volonté), l'autre sociale (*potestas* = puissance). Suivant cette dernière conception, ce qu'il faudrait rechercher, pour appliquer l'a. 1174, ce n'est pas si l'obligation, dans son mécanisme abstrait, est subordonnée à la volonté du débiteur, mais bien plutôt si celui-ci, concrètement, tient le créancier sous sa puissance (cf. Ghestin, D. 73, chr. 293 ; Goubeaux, n. *J.C.P.*, 74, 2,

17786, *Rép. not.*, 79, art. 31987 ; J. Mestre, *R.T.*, 84, 713). Ce qui devrait dépendre du rapport des forces économiques entre les deux. A moins qu'on ne se dise (ce que s'est peut-être dit la jurisprudence indulgente ; cf. Com. 22 nov. 1976, *J.C.P.*, 78, 2, 18903, n. Stemmer) que, si le créancier a voulu faire une confiance globale au débiteur, il en était bien libre, après tout. Il n'est pas, d'ailleurs, toujours facile de distinguer d'une condition purement potestative l'attente du consentement de l'une des parties dans un contrat qui doit se former par étapes (ex. Civ.<sup>3</sup> 7 juin 1983, D. 83, *I.R.*, 481, n. Audit). La promesse unilatérale de vente peut fournir un argument d'analogie pour soutenir la validité des conditions purement potestatives conçues en faveur des créanciers ; mais, en rigoureuse analyse, la levée de l'option est un élément constitutif du contrat, non une condition qui devrait lui être extérieure.

c) *Rétroactivité de la condition.* — C'est chez nous une règle traditionnelle (cf. Pothier, *Obl.*, n<sup>os</sup> 220 s.). Le Droit romain classique l'avait probablement ignorée. Peut-être admettait-il, cependant, au profit du créancier l'existence d'une véritable situation juridique, d'une espérance juridiquement protégée (*spes debitum iri*). Cf. Bartosek, *La spes en droit romain, R. intern. des droits de l'Antiquité*, 1949-19. Deux problèmes au sujet de notre a. 1179 :

1<sup>o</sup> *L'analyse du droit positif* : comment expliquer ce mécanisme de rétroactivité ? Les uns disent : c'est une fiction légale (arg. a. 1183 : « ... dans le même état que si » = *comme si* l'obligation n'avait pas existé), à interpréter restrictivement (v. Baudry-Lacantinerie-Barde, II, n<sup>o</sup> 809, *in fine*). D'autres n'y voient rien que de conforme à la réalité : le droit conditionnel préexistait à l'état latent avant l'arrivée de la condition ; il n'est que confirmé par l'événement (v. Larombière, II, a, 1179, n<sup>o</sup> 9 ; cf. Cornu, n. S. 1951, 1, 127, col. 1). Ce que Leibniz avait exprimé avec enthousiasme : à l'événement *in conditione*, il n'avait manqué que d'être visible d'emblée pour être intégré au contrat ; s'il y avait eu un prophète dès le moment de l'engagement, le créancier aurait pu faire valoir ses droits tout de suite. La jurisprudence suit des vues différentes : elle rattache la rétroactivité à l'intention des parties et l'analyse comme une règle interprétative (une stipulation expresse peut donc l'écartier, Req. 10 févr. 1925, S. 25, 1, 62). Cf. Filderman, *La rétroactivité de la condition*, Th. Paris, 1935 ; Jambu-Merlin, *Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques, R.T.*, 1948-271.

2<sup>o</sup> *Législation* : faut-il maintenir la rétroactivité ? Le B.G.B. (§ 158) et le C.O. (a. 151) l'ont abandonnée (cf., dans le même sens, C.R.C.C., *Travaux*, 1946-47, p. 40 s.). Il lui est surtout reproché d'être dangereuse pour les tiers (acquéreurs ayant traité de bonne foi avec le propriétaire sous condition résolutoire). Toutefois, ils sont le plus souvent, aujourd'hui, avertis du risque de résolution par la publicité foncière. En revanche, l'effet rétroactif a un avantage : il unifie le sort du contrat, empêche sa coupure en deux existences successives, grande simplification. Sur les exigences d'une politique générale de non-rétroactivité, v. Deprez, *La rétroactivité dans les actes juridiques*. Th. Rennes, 1953, n<sup>os</sup> 327 s.

## [138] 2 | LA DURÉE DES CONTRATS

Il est des contrats — les plus nombreux, si l'on songe à la multitude des ventes au détail — qui ne laissent aucune trace à la surface

du temps, parce qu'ils se concluent et s'exécutent en un instant, sans même qu'on aperçoive derrière eux la traînée de quelque obligation de garantie. A l'opposé, il est des sociétés anonymes qui font survivre parmi nous des contrats fondateurs et même une part de leurs statuts vieux d'un siècle. Le point est assez important pour qu'une *classification* se soit établie entre les contrats suivant leur durée, et pour que cette durée elle-même ait fait l'objet d'une *réglementation*.

### ► *Classification des contrats suivant leur durée*

a) *La distinction des contrats à exécution instantanée et des contrats successifs* résulte virtuellement des règles particulières auxquelles le C.C. a soumis les contrats successifs, notamment le louage.

1<sup>o</sup> *Quel en est le critère ?* Dans les *contrats à exécution instantanée*, les obligations sont susceptibles d'être exécutées par des prestations uniques, non répétées, encore que l'accomplissement de ces prestations soit quelquefois différé par un terme (ex. la vente reste un contrat à exécution instantanée lors même qu'un délai a été fixé pour la livraison de la chose ou pour le paiement du prix).

Il y a, au contraire, *contrat successif* quand les obligations d'au moins un des contractants doivent s'exécuter par des prestations étalées dans le temps. La manière dont les contrats successifs prennent possession de la durée n'est pas, d'ailleurs, toujours identique :

— Les plus typiques (contrats *successifs* proprement dits) créent entre les parties un véritable rapport *permanent* d'obligation ; il existe une continuité de contrat, sans intervalle (ex. bail, contrat de travail, société, assurance, clause de non-concurrence).

— D'autres (pour lesquels on parle parfois de *contrats à exécution échelonnée*) font simplement se succéder dans le temps des prestations qui pourraient rationnellement constituer autant de contrats distincts, mais qui sont considérées comme formant un tout en raison de l'unité de l'acte originaire. A cet égard, cependant, une nuance doit être introduite, selon que l'acte originaire définit ou non à l'avance les quantités de prestations à venir. Au premier type correspondent des combinaisons telles que l'abonnement à un journal, ou le contrat passé avec un restaurant par un pensionnaire à la semaine. Au second, l'abonnement à la fourniture du gaz ou de l'électricité, la cession du droit d'extraire des matières minérales moyennant une redevance fixée d'après les quantités extraites. Ce qui caractérise ce second type, c'est que les quantités que l'un des contractants aura à fournir dépendront de la volonté de son



partenaire. L'indépendance de chaque prestation par rapport aux autres est plus grande que dans le cas précédent ; ce qui est permanent, pourrait-on dire, c'est seulement le droit à contracter (et l'on a pu parler de *contrat à répétition*). Il existe une sorte de droit-souche, de *contrat-cadre*, à partir duquel se noueront des accords d'application. On rejoint, jusqu'à s'y confondre, le phénomène des ensembles contractuels (*supra*, n<sup>os</sup> 111 s.).

2° Les *conséquences* pratiques de la distinction sont de plusieurs sortes.

— Des mesures sont parfois prises par la loi pour empêcher que les contrats n'enchaînent trop longtemps la liberté des contractants (ex. prohibition des contrats perpétuels) ; elles ne concernent que les contrats successifs.

— Dans les contrats successifs de caractère synallagmatique, la disparition de la cause (de la contrepartie) en cours de contrat met fin au contrat (cf. *supra*, n<sup>o</sup> 59).

— L'annulation et la résolution opèrent sans rétroactivité sur les contrats successifs (cf. *infra*, n<sup>o</sup> 187).

— La durée du contrat successif le laissant ouvert aux fluctuations économiques et monétaires, c'est surtout pour lui que s'est posé le problème de l'imprévision (cf. *infra*, n<sup>o</sup> 144).

[139] b) *La distinction des contrats à durée déterminée et indéterminée* se greffe sur le phénomène des contrats successifs :

1° La règle est représentée par le contrat à durée déterminée, contrat limité par un terme extinctif : il permet la prévision et restreint dans le temps l'aliénation de liberté. Dans le contrat de travail, cependant, la loi ne l'accepte qu'avec beaucoup de circonspection (a. L. 122-1 s. C. Tr.), car ce pourrait être pour les employeurs, par un jeu de renouvellements continus, un moyen d'échapper aux obligations (les indemnités de licenciement) qui pèsent sur eux en cas de rupture d'un contrat à durée indéterminée. En d'autres types de contrat, au contraire, on peut craindre que la partie la plus forte, en stipulant une longue durée, n'enlève à l'autre une liberté virtuellement contractuelle, la liberté de changer de cocontractant. Le remède législatif consistera alors (ex. a. L. 113-12 s. C. Ass.) à ouvrir de chaque côté une faculté de résiliation, nonobstant le terme convenu, ce qui aura pour conséquence de rapprocher cette première modalité de son antithèse, le contrat à durée indéterminée.

A l'arrivée du terme extinctif, le principe est que le contrat cesse de plein droit. Si les parties entendent poursuivre leur relation antérieure, il leur faut conclure un nouveau contrat, supposant un nouvel accord

de volontés et l'établissement d'une preuve distincte. Par exception, cependant, il est des contrats qui peuvent se renouveler sans manifestation de volonté expresse : l'exemple traditionnel en est donné par le bail dans ses différentes variétés (a. 1736, 1738, 1759, 1775, l. 6 juill. 1989 sur les rapports locatifs, a. 10). Si, à l'échéance, le locataire ou fermier continue à occuper les lieux sans que le bailleur s'y oppose (en lui donnant congé), il s'opère une *tacite reconduction*. Ce n'est pas, selon la jurisprudence, une prorogation du contrat primitif, mais bien une convention nouvelle. Elle n'en comporte pas moins, présume-t-on, les mêmes clauses et conditions. A un point près : le nouveau bail sera à durée indéterminée.

2° Qu'ils l'aient été d'origine ou qu'ils le soient devenus, comme dans ce dernier cas, après renouvellement — les contrats conclus *sans détermination de durée*, qui ont leurs sites par excellence dans le droit du travail et celui du louage ; sont des contrats qui ont vocation à se poursuivre indéfiniment. Le contrepoint en faveur de la liberté, c'est que chacun des contractants conserve, en principe, la faculté de se dégager par volonté unilatérale (a. L. 122-4, C. Tr., a. 1736). La faculté, toutefois, n'est pas discrétionnaire : celui qui veut résilier doit prévenir l'autre un certain temps à l'avance (délai de préavis ou délai-congé dans le contrat de travail, congé dans le bail), et il peut être condamné à des dommages-intérêts si la résiliation est abusive. Ces solutions peuvent se recommander du principe de la bonne foi (a. 1134, al. 3). Aussi la jurisprudence les a-t-elle généralisées à tous les contrats à durée indéterminée. Mais dans le contrat de travail, afin d'assurer la sécurité de l'emploi, le droit de résiliation (des employeurs), le licenciement, fait l'objet d'une réglementation spécialement restrictive (v. notamment a. L. 122-14 s. C. Trav.).

#### [140] ► *Réglementation de la durée des contrats*

Le droit libéral avait fixé un *maximum*, en faveur de la liberté ; le droit contemporain a, çà et là, institué un *minimum*, en faveur de la sécurité, car il est des contrats qui représentent, pour l'un des contractants, une situation vitale.

1° *Maximum*. — Tandis que la perpétuité est dans la vocation de la loi étatique, la loi contractuelle n'est conçue, le plus souvent, que comme le règlement transitoire d'une situation limitée dans le temps, et notre droit, suivant l'esprit individualiste de 1789, prohibe en principe les *contrats perpétuels*. Quoique le principe ne soit formulé expres-

sément nulle part, on le déduit de textes particuliers qui ont prohibé la perpétuité dans les contrats où la liberté avait le plus à craindre, la perpétuité étant d'ailleurs entendue dans un sens relatif et pratique (a. 1780, al. 1 : interdiction du louage de services à vie ; cf. a. L. 122-1 C. Tr. ; d. 18-29 déc. 1790 : interdiction des baux de plus de 99 ans [cf. a. 1709 : un certain temps] ; a. 1838 et l. 24 juill. 1966, a. 2 : interdiction de former une société pour plus de 99 ans). Mais rien n'empêche les contractants de renouveler le contrat chaque fois qu'il arrive à expiration.

2° *Minimum*. — La fixation directe d'un minimum est exceptionnelle : a. L. 411-5 Nouveau C. Ru. (la durée du bail à ferme ne peut être inférieure à 9 ans) ; l. 6 juill. 1989 sur les baux d'habitation, a. 10 (la durée du contrat de location ne peut être inférieure à 3 ans). Ce qui est plus fréquent, ce sont les mesures destinées soit à entraver la résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée (ex. délai de préavis et, éventuellement, responsabilité pour rupture abusive dans le contrat de travail), soit à imposer le renouvellement du contrat arrivé à expiration (ex. législations spéciales du bail ; cf. t. III, n° 186).

#### [141] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Ouvrage collectif : *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, 1960 ; J. Pétel-Teyssié, *La durée d'efficacité du contrat*, Th. Montpellier, 1984 ; M. Behar-Touchais, *Le décès du contractant*, 1988.

a) *La distinction du contrat à exécution instantanée et du contrat successif* a acquis une grande importance dans l'instabilité économique et monétaire de notre époque (cf. Planiol-Esmein, VI, n° 45 ; J. Azéma, *La durée des contrats successifs*, Th. Lyon, 1969 ; Gross, *Les contrats par abonnement*, *J.C.P.*, 87, 1, 3282 ; M. L. Cros, *Les contrats à durée échelonnée*, D. 89, chr. 49) : le contrat successif prête le flanc à cette instabilité ; mais il paraît aussi un refuge contre elle. Il y a une philosophie du contrat successif (cf. *supra*, n° 138) : contrat-organisme où les deux intéressés coopèrent à des fins sociales (la coopération se traduisant notamment par un devoir permanent de transparence ; ex. C. Assur. a. L. 113-2). Aussi un tel contrat mérite-t-il de n'être pas dissous à la légère (plutôt le réadapter et le remettre en marche). La distinction, cependant, n'est pas exempte de difficultés théoriques (v. Brière de l'Isle, *De la notion de contrat successif*, D. 1957, chr. 153). Il ne suffit pas de dire que le contrat successif s'étale dans le temps, car c'est également vrai de certains contrats à exécution instantanée (vente à terme, promesse de vente, prêt, contrat de crédit, etc.). D'autre part, l'idée de *succession*, de *continuité*, à laquelle on pourrait songer, n'a pas la valeur d'un critère, à cause des nuances dont elle est susceptible. Il faudrait, enfin, tenir compte de l'intention des parties, qui, en mettant une indivisibilité entre plusieurs livraisons, peut créer un marché successif là où il aurait pu n'y avoir qu'une pluralité de contrats à exécution instan-

tanée. Les intérêts pratiques de la distinction ne sont pas davantage à l'abri de la controverse, même le plus traditionnel (que les contrats successifs échappent à la résolution rétroactive : v. Civ. 16 févr. 1932, *G.P.*, 32, 1, 866 ; cf. Corembliet, *Critique de la distinction entre contrats à exécution instantanée et contrats à exécution successive au point de vue de l'application des a. 1183 et 1184 C.C.*, Th. Grenoble, 1940 ; G. Signoret, *J.C.P.*, 84, 2, 20166 ; Ghestin, *Mélanges P. Raynaud*, 1985).

b) *Prohibition des contrats perpétuels*. — Faut-il admettre comme un principe virtuel de notre droit la prohibition de tout contrat perpétuel, même en dehors des cas prévus par les textes ? Ghestin, existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels ? *Mélanges D. Tallon*, 1999. L'affirmative est classique (v. Ripert-Boulanger, II, n° 1930, qui proposent d'appliquer le terme de 99 ans comme le plus long possible ; ce n'est pas que 100 ans fassent une éternité, mais 99 ans, c'est le forfait légal pour trois générations, selon le d. 18-29 sept. 1790, et si la famille n'existe qu'entre générations qui se peuvent connaître, le vrai est que tout est nuit au-delà de nos petits-enfants). En validant un bail fait pour la durée de la vie du preneur *et de ses enfants*, Civ.<sup>3</sup> 30 nov. 1983, *Bull.*, n° 249, *R.T.*, 84, 522, n. Rémy, n'a pas dépassé la mesure. Peut-être l'éthique du libéralisme économique demanderait-elle une coupe plus brève (cf. Stuart Mill, *Principes d'économie politique*, liv. 5, chap. II, § 10), et l'aléa monétaire a fait de nos jours apparaître une témérité même dans les obligations à dix ans. Là où la prohibition est expressément portée par la loi (ex. baux), la sanction est la nullité absolue du contrat, non sa réduction : Civ. 20 mars 1929, D. 30, 1, 13, n. Voirin ; Soc. 29 mai 1954, D. 54, 640, *R.T.*, 55, 129 ; Paris, 23 déc. 1967, *R.T.*, 68, 734, n. Cornu.

c) *Tacite reconduction* (étymologie romaine, relocation par le silence). — Cf. Amar-Layani, D. 96, chr. 143. Mieux que les textes souvent confus, la jurisprudence a donné son cadre à l'opération. C'est un contrat nouveau, Com. 13 mars 1990 et 11 févr. 1997, *R.T.*, 90, 464, *Petites Affiches*, 24 oct. 1997 (conséquence : le cautionnement qui était l'*accessoire* du contrat primitif va disparaître), a. 1740. Le contrat renouvelé comporte les mêmes clauses et conditions *principales* que le contrat primitif, Com. 6 mai 1953, *Bull.*, n° 160 (arg. a-1759), mais une clause trop particulière ne sera pas reconduite, Com. 22 oct. 1996, *Rép. not.*, 97, 657). Sauf stipulation contraire, le renouvellement débouche sur un contrat à durée indéterminée, Com. 18 févr. 1992, *G.P.*, 92, 2, Panor. 170 (arg. a-1736, 1775, al. 2, 3). L'idée théorique de départ, que reconduire n'est pas proroger, était-elle indispensable (cf. Demogue, S. 11, 2, 130, § 1) ?

d) *Contrats à durée indéterminée*. — Le prototype est le contrat de travail. Mais, sur ce modèle, la jurisprudence a reconnu *pro libertate* comme un principe général le droit à la résiliation unilatérale, sauf abus : Civ.<sup>1</sup> 5 févr. 1986, *R.T.*, 86, 105 ; Com. 14 nov. 1989, *Bull.*, n° 58 ; Com. 11 mai 1993, sol. impl., *J.C.P.*, 94, 2, 22188 ; Com. 20 janv. 1998, *R.T.*, 98, 675 (cf., *a contrario*, Soc. 28 oct. 1992, D. 93, Somm., 211). Qu'est-ce que l'*abus* ? Sans le confondre avec l'intention de nuire, Com. 3 juin 1997, D. 98, Somm. 113, les arrêts se montrent exigeants pour en reconnaître l'existence. La résiliation n'a pas, du reste, à être motivée, Com. 4 janv. 1994, D. 95, 355, et elle peut encore n'être pas abusive malgré l'absence de motifs sérieux, Com. 6 janv. 1987, *Bull.*, n° 7. On a l'impression que les abus finalement condamnés le sont au vu d'une appréciation globale et morale qu'en ont faite les juges du fond, Com. 5 avr. 1994, D. 95, Somm. 69, une appréciation qui ne s'interdit pas de remonter jusqu'aux relations des parties en cours de contrat, Com. 5 oct. 1993, *J.C.P.*, 94, 2, 22224.

DIFFICULTÉS D'APPLICATION  
DE LA LOI CONTRACTUELLE

Tantôt c'est la volonté des parties qui a besoin d'être retrouvée : le contrat appelle une interprétation. Tantôt cette volonté est connue, mais elle n'est plus adaptée au réel, parce que, depuis qu'elle s'était manifestée, les circonstances ne sont plus les mêmes : le contrat appellerait une révision. L'interprétation est un hommage rendu à l'autonomie de la volonté, tandis que la révision paraît lui donner un démenti. Aussi s'explique-t-on que celle-ci, à la différence de celle-là, n'ait dans notre droit volontariste par principe qu'une place exceptionnelle.

I | L'INTERPRÉTATION DES CONTRATS

Pour être appliquée, la loi contractuelle requiert souvent une interprétation préalable, comme la loi générale — mais pas entièrement pour les mêmes causes. La loi contractuelle n'a pas, par rapport aux faits, le même degré d'abstraction que la loi générale, ses clauses peuvent parfois être très concrètes. Pour elle, l'interprétation n'est donc pas imposée par la nécessité rationnelle d'adapter aux faits la règle abstraite. Il ne s'agit que de dissiper des obscurités et de résoudre des contradictions dans la rédaction d'un acte — ce qui, du reste, peut être aussi un aspect de l'interprétation des lois.

C'est le juge qui, à défaut d'accord entre les parties, a mission d'interpréter la loi contractuelle, comme il a mission d'interpréter la loi générale — mais pas de la même manière. Par sa méthode, comme

par la répartition des pouvoirs qu'elle suppose entre la Cour de cassation et les juges du fond, l'interprétation des contrats est foncièrement différente de celle des lois.

► *Méthode d'interprétation des contrats*

Dans ses a. 1156 à 1164, le C.C., à l'intention des juges, a posé un *principe* et énoncé des *maximes* pour l'interprétation des contrats.

a) *Principe d'interprétation.* — Dans l'interprétation de la loi, c'est le texte qu'il faut considérer d'abord : la recherche de l'intention du législateur ne vient qu'après. Dans l'interprétation du contrat, faut-il avoir égard à la formule ou à l'intention ?

1° *Principe.* — Suivant le postulat du consensualisme (cf. *supra*, n° 16), l'*intention* l'emporte sur la formule (a. 1156). Le juge doit rechercher par tous les moyens, même extrinsèques à l'acte, quelle a été la pensée véritable, intime, qui a réuni les contractants. Rien d'autre ne vaut que comme signe de cette pensée. Si l'on applique au contrat les usages (a. 1159, 1160), c'est dans la mesure où il apparaît que les parties s'y sont tacitement référées ; et si les termes dont s'est servi le rédacteur de l'acte peuvent être pris en considération, c'est comme un élément d'appréciation, parmi d'autres, pour découvrir la volonté réelle qui les a animés.

Il n'y a donc pas lieu d'attacher à ces termes une valeur sacramentelle, ni de les interpréter *a priori* restrictivement, sous prétexte que tout contrat est une exception, toute obligation un empiètement sur la liberté naturelle. C'est selon l'esprit, *de bonne foi*, et non pas à la lettre, en droit strict, qu'il faut appliquer les conventions ; l'a. 1134, al. 3, rejoint l'a. 1156.

2° *Corollaires :*

— Si, dans l'acte, des clauses manuscrites sont en contradiction avec des *clauses imprimées*, il sied de faire prévaloir les premières comme reflétant mieux la volonté personnelle, profonde, des contractants.

— L'interprétation pourra aller jusqu'à tenir certaines clauses, dites *clauses de style*, pour non avenues, s'il apparaît que, reproduites dans l'acte par imitation purement mécanique, elles n'ont pas été réellement pensées, ni voulues par les contractants.

b) *Maximes d'interprétation.* — Ce sont, plutôt que de véritables règles de droit (dont la violation donnerait ouverture à cassation), des maximes d'ordre intérieur, des conseils adressés au juge. Il en est deux principales :

1° *Faveur du débiteur* (a. 1162) : des deux sens dont une convention est susceptible, retenir le plus favorable au débiteur, le plus défavorable au créancier (*stipulant*, dans la terminologie romaine). Cette faveur s'ajoute à d'autres faveurs, faites à la défense (ex. a. 1315). Mais, à la racine, on rencontre aussi l'idée, plus précise, que le créancier est en faute si le contrat n'a pas été plus clairement rédigé, car il était à même d'en dicter les conditions. Dans les contrats synallagmatiques, où chaque contractant est à la fois créancier et débiteur, la maxime reste sans application. Il faut rechercher, pour chaque type de contrat, quelle partie est en possession de dicter ses conditions à l'autre : c'est le vendeur dans la vente, d'après l'a. 1602 ; ce sera, par analogie, le bailleur dans le louage. L'a. L. 133-2 C. Consom. fait de la faveur du consommateur une règle de droit ;

2° *Faveur du contrat* (a. 1157) : interpréter le contrat, *potius ut valeat quam ut pereat*, plutôt dans le sens où il est valable que dans celui où il serait nul (spécialement comme contraire à l'ordre public). C'est que tout contrat représente un effort humain et une utilité sociale, qui ont leur prix et méritent d'être, autant que possible, sauvegardés.

[143] ► *Pouvoirs respectifs des juges du fond et de la Cour de cassation dans l'interprétation des contrats*

La Cour de cassation n'est pas juge du fait, mais seulement du droit (cf. Introduction, n° 143). La recherche de l'intention des parties est-elle question de droit ou de fait ?

a) *Principe.* — Depuis l'arrêt solennel *Lubert* du 8 février 1808 (S. chron.), la Cour de cassation a constamment affirmé le principe que l'interprétation des contrats ressortit au pouvoir souverain des juges du fond. Elle se refuse donc à contrôler l'interprétation de la loi contractuelle, alors que l'interprétation de la loi générale relève de sa mission essentielle. C'est que le sens du contrat peut dépendre de circonstances extrinsèques, que la Cour de cassation ne pourrait rechercher sans rouvrir le procès au fond. D'autre part, il importe peu, ici, d'assurer une unité d'interprétation : le contrat est, par définition, instrument de diversité juridique.

b) *Tempérament.* — Il semble que, par moments, la Cour de cassation veuille ressaisir un contrôle sur les juges du fond, afin de les empêcher de refaire le contrat en équité, sous couleur de l'interpréter.

Le critère de son intervention est le caractère *clair et précis* de certaines clauses : l'interprétation ne se conçoit que pour des clauses obscures et ambiguës ; si la convention est claire et précise, il n'y a plus à l'interpréter, mais seulement à l'exécuter. La cassation sera donc prononcée quand les juges du fond ont refusé d'appliquer une telle disposition, car, par là, ils ont violé l'a. 1134. Et pareillement, quand ils l'ont *dénaturée*, altérée dans son essence, car, par là, ils en ont modifié ou détruit les conséquences légales.

## [144] 2 | LA RÉVISION DES CONTRATS

On se demande si la loi générale est abrogée par la disparition de la *ratio legis* (et la réponse est plutôt négative ; cf. Introduction, n° 127). On se demande également si la loi contractuelle est révoquée par le changement des circonstances qui l'avaient motivée. Il faut supposer un contrat dont l'exécution s'étale dans le temps, spécialement un contrat successif (ex. bail, marché de fournitures) passé pour une longue durée. Les obligations des parties — notamment, celle qui s'exprime en argent, sous la forme d'un prix — ont dû être fixées en considération des circonstances économiques (du niveau de prix) qui existaient au moment où l'opération a été conclue. L'hypothèse est que, pendant le contrat, les circonstances changent substantiellement, par suite d'événements imprévus (guerre, crise, inflation) : les marchandises se raréfient, les prix montent, l'exécution devient beaucoup plus onéreuse pour l'un des contractants. Lui sera-t-il permis de demander la révision du contrat, afin qu'en soit rétabli l'équilibre ?

### ► *Le principe*

La réponse de principe est négative. Elle a été formulée dans l'affaire du *Canal de Craponne*, où la Cour de cassation s'est opposée au relèvement d'une redevance fixée par contrat du XVI<sup>e</sup> s. à 3 sols l'unité (pour l'entretien d'un canal d'arrosage), quoique cette somme fût devenue notoirement insuffisante : aucune considération de temps ou d'équité, déclare l'arrêt, ne peut autoriser le juge à modifier les conventions des parties (Civ. 6 mars 1876, D. 76, 1, 193). C'est une application de l'a. 1134 : modifier les conventions, ce serait les révo-

quer partiellement ; or, il n'y a ici, par définition, ni consentement mutuel des contractants ni loi autorisant la révision.

Le refus d'exécuter le contrat tel quel ne peut se réclamer d'aucune des catégories du droit positif. Il n'y a pas *force majeure* : l'exécution de l'obligation est devenue extrêmement difficile, onéreuse, mais non point absolument impossible, comme l'exigerait le critère ordinaire de la force majeure. Il n'y a pas davantage *lésion* : la lésion doit avoir son germe dans le contrat lui-même, dans une inégalité interne des prestations, tandis qu'ici on a affaire à un bouleversement survenu du dehors, par un événement casuel et imprévu (arg. a. 1306). Il n'y a pas lésion, il y a *imprévision*. Mais l'imprévision n'est pas un vice du consentement, ni un motif légitime de repentir.

Pourrait-on soutenir que la révision correspond à la volonté probable des intéressés ? Qu'ils ont dû subordonner implicitement leur contrat à la condition que les circonstances resteraient toujours les mêmes (ce que l'on a appelé la clause tacite *rebus sic stantibus*) ? Mais il est peu raisonnable de présumer une volonté d'instabilité sous des engagements apparemment fermes.

La conséquence de ces arguments communément acceptés en droit civil est qu'un contractant ne peut demander, pour cause d'imprévision, ni la *révision* du contrat, ni même (ce qui a paru quelquefois moins grave) sa *résiliation*. Malgré les cyclones économiques (et monétaires) provoqués par les deux guerres mondiales, la Cour de cassation a maintenu sa solution de principe. Cette attitude fait contraste avec celle du Conseil d'Etat, qui, depuis l'arrêt *Gaz de Bordeaux* (C. d'Etat, 30 mars 1916, S. 16, 3, 17), décide que, dans les contrats administratifs bouleversés par des circonstances imprévues, une indemnité peut être accordée à un contractant afin de rétablir l'équilibre financier du contrat et d'empêcher l'interruption du service public.

### [145] ► *Les exceptions*

a) *Exceptions conventionnelles*. — Les parties peuvent licitement prévoir, en contractant, que leurs stipulations — notamment leurs stipulations relatives au prix — seront modifiées si un changement de circonstances économiques (mesuré par ex. d'après des indices statistiques) survient en cours d'exécution. Deux sortes de combinaisons sont devenues courantes :

1° *Clauses de variation automatique* : l'objet de l'obligation — spécialement le montant de l'obligation de somme d'argent — variera de

plein droit en fonction d'une variation des indices, sans qu'il soit besoin pour cela d'une intervention du juge. Le type de ces combinaisons est la clause d'échelle mobile ; son automatisme même en fait un mécanisme de valorisme contractuel (cf. t. III, n<sup>os</sup> 20, 36), qui relève de l'étude des garanties contre la dépréciation monétaire.

2° *Clauses de révision* : la révision du contrat pourra être demandée par l'un ou l'autre des contractants, soit à tout moment, soit à la fin de périodes fixées, dès lors qu'un changement aura été constaté dans les circonstances économiques. C'est comme une clause *rebus sic stantibus* expresse. Il appartient à la convention de préciser les critères qui guideront la révision et les organes qui en seront chargés (usuellement, la révision a lieu à dire d'experts, faute par les parties de s'accorder à l'amiable).

b) *Exceptions légales*. — Sans préjudice de survivances (ex. a. 960 s., 1769 s., 1889), la législation contemporaine a, dans quelques cas limités, institué une procédure judiciaire de révision ou, à tout le moins, de résiliation des contrats pour cause d'imprévision. Ex. :

1° Le d.-l. 30 sept. 1953 a organisé une faculté de révision des loyers dans les *baux commerciaux* (a. 26), et il autorise certaines modifications du contrat en fonction — expression significative — de l'évolution des usages commerciaux (a. 35-1, al. 2) ;

2° L'a. L. 191-5 C. Pr. Intell. autorise l'auteur qui a cédé son droit d'exploitation à faire réviser les conditions de la cession en cas de *prévision insuffisante* ;

3° Les rentes viagères visées par la l. 25 mars 1949 (a. 4, al. 4, mod. par l. 2 juill. 1963) peuvent faire l'objet d'une majoration judiciaire, si l'équilibre voulu par les parties se trouve bouleversé par suite de circonstances économiques nouvelles.

4° La loi du 3 juillet 1971 (a. 900-1) permet au donataire — la donation est un contrat — (ou au légataire) grevé d'une clause d'inaliénabilité de la faire supprimer par le juge, en démontrant que l'intérêt qui l'avait justifiée a disparu, ou se trouve maintenant contredit par des intérêts nouveaux, plus importants ; et, plus généralement, la loi du 4 juillet 1984 (a. 900-2 s.), sur la même lancée, permet au donataire (ou au légataire) de faire réviser en justice les conditions et les charges grevant la donation (ou le legs), lorsque, par suite d'un changement de circonstances, l'exécution en est devenue pour lui soit extrêmement difficile, soit sérieusement dommageable.

c) *Exceptions coutumières*. — 1° L'usage de la *réfaction* dans la vente commerciale autorise l'acheteur à faire réduire le prix par le juge en raison d'un imprévu dans la livraison.

2° Prenant appui sur l'a. 1986 qui pose en norme la gratuité du mandat, les tribunaux se sont toujours reconnu le pouvoir de réviser le salaire stipulé par le mandataire pour le proportionner au service rendu, et cette pratique s'est étendue aux honoraires des avocats, des généalogistes, etc.

## ÉTAT DES QUESTIONS

### [146]

#### I. — INTERPRÉTATION

B.G. — Planiol-Esmein, VI, n<sup>os</sup> 373 s. ; Ghestin (*Effets*), n<sup>os</sup> 6 s. ; López Santa María, *Sistemas de interpretación de los contratos*, Valparaiso, 1971 ; et en particulier sur les a. 1156-1164 ; Dupichot, *Etudes Flour*, 1979, 179.

#### HISTOIRE

Le petit guide-âne des a. 1156-1164 a son origine dans Pothier (*Obl.*, n<sup>os</sup> 91 s.), médiatement dans Domat (*Lois civ.*, part. 1, liv. 1, tit. 1, sect. 2, n<sup>os</sup> 8 s.). On y retrouve, d'ailleurs, mises en ordre, des règles romaines, même dans l'a. 1156 (Dig. 50, 16, 219 ; car la psychologie n'est pas une invention du XVIII<sup>e</sup> s., seulement, à Rome, elle avait à s'affirmer contre tout un passé de formalisme ; cf. Gandolfi, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, 1966). Domat et Pothier représentaient ici un effort cartésien afin de rendre inutile, par des maximes générales, l'art des « conjecturistes », juristes ingénieux (souvent Italiens), qui faisaient métier d'imaginer des présomptions pour découvrir sous un type donné de clause, à partir de telle ou telle particularité de rédaction, les volontés probables (des contractants ou des testateurs). Il n'est pas sûr que l'abandon des méthodes concrètes ait été un progrès dans une matière comme celle-ci.

#### THÉORIE JURIDIQUE

V. Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques*, Th. Paris, 1905. — A la méthode *subjective* (ou théorie de la *volonté*), qui est traditionnelle en France, on oppose la méthode *objective* (de la *déclaration* de volonté), préconisée par la doctrine et pratiquée par la jurisprudence en pays germaniques (quoique le § 133, B.G.B. et l'a. 18 C.O., à les lire rapidement, puissent sembler tout autant psychologiques que notre a. 1156 ; cf. Bosshart, *L'interprétation des contrats*, Th. Genève, 1939). Suivant la méthode objective, la formule employée pour rédiger le contrat a une valeur en soi : la volonté des parties ne doit être prise en considération que dans la mesure où la déclaration de volonté l'incorpore. Il faut, pour interpréter la formule, se référer à des données objectives : les usages admis dans les affaires, l'acception reçue dans le milieu social (et si les parties appartiennent à des milieux différents ?). En fait, la méthode objective n'est pas toujours énoncée aussi catégoriquement, et quand Jhering, par ex., que l'on dit objectiviste, prescrit au juge de rechercher comment le destinataire de la déclaration de volonté a pu et dû la comprendre, il n'est pas tellement loin de la *commune* intention de

chez nous (on oublie trop que cette exigence de la *communauté* d'intention introduit dans l'a. 1156 un élément d'objectivité). Le reproche couramment fait à la théorie subjective est d'engendrer l'insécurité par l'incertitude des recherches psychologiques. L'a. 1382 pourrait servir à atténuer l'inconvénient si l'on admettait plus franchement, à la charge de l'un ou de l'autre contractant, une *culpa in contrahendo* pour s'être mal expliqué ou n'avoir pas su comprendre. On peut discuter quelle est des deux méthodes la plus conforme aux habitudes des hommes ; ces habitudes varient beaucoup selon les milieux et les contrats. Il est des cas où chaque partie s'efforce, dans la discussion, de percer les pensées de l'autre ; mais il existe aussi un formalisme populaire, buté sur la lettre du contrat (« ceci n'est pas dans mon rollet »). L'opinion tend à se répandre que chacune des deux méthodes devrait avoir son domaine : à la méthode subjective, les contrats ordinaires, du type individualiste ; à la méthode objective, les contrats commerciaux (influencés par les usages) et, en tout cas, les *contrats d'adhésion* (moins peut-être à cause d'une analogie superficielle avec la loi que par un raisonnement pratique : la formule du contrat d'adhésion étant rédigée après une étude approfondie, la présomption est que le rédacteur n'a pas voulu plus qu'il n'a dit). — Peut-être faudrait-il avoir le courage de reconnaître que l'interprétation du contrat, comme celle de la loi, a des limites, et qu'à un certain point d'obscurité et de contradiction, la *commune* intention des parties (s'il y en a jamais eu une) ne pourra être retrouvée : c'est un pouvoir de réfection qu'exerce alors le juge. Il essaie de refaire le contrat tel que l'aurait fait un homme raisonnable et équitable, meilleur peut-être que ne l'étaient les contractants — sans doute plus civique, ne fût-ce que parce qu'il est sous le feu de l'opinion.

## [147]

## PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Méthode d'interprétation.* — La jurisprudence suit la méthode subjective, que semble lui imposer l'a. 1156 (sur la position, peut-être plus objectiviste, du Conseil d'Etat, cf. de Soto, D. 50, 455). Ex. symptomatiques : Civ. 11 janv. 1943, D.C. 43, 48 (peu importe la signification intrinsèque d'un mot étranger) ; Req. 6 févr. 1945, *G.P.*, 45, 1, 116 (stipulation réputée non écrite, étant probablement le résultat d'une erreur) ; interprétation par des données de fait extrinsèques, des comportements antérieurs, Civ.<sup>1</sup> 18 févr. 1986, *Bull.*, n° 31, des comportements postérieurs, Civ.<sup>1</sup> 13 déc. 1988, D. 89, Somm. 230 (cf., pour les actes constitutifs de servitude, t. III, n° 165). La même prédominance attribuée à la volonté réelle explique les arrêts déclarant inefficaces des *clauses de style* : Civ. 29 oct. 1928, D.H. 28, 574 ; Civ. 21 nov. 1932, D.H. 33, 19. Il en est d'autres toutefois, qui les tiennent pour bonnes : ex. Civ.<sup>3</sup> 5 mai 1968 (clause de non-garantie), *Bull.*, n° 184 (cf. Lecomte, La clause de style, *R.T.*, 1935, 305 ; D. Denis, *Etudes Flour*, 1979, 117). — La jurisprudence applique aux *contrats d'adhésion* deux règles particulières (sans qu'on puisse dire, pour autant, qu'elle soumette ces contrats à la méthode objective) : 1° Dans le doute, ils sont interprétés contre la partie qui les a rédigés (fût-elle débitrice au sens de l'a. 1162), car elle a eu l'initiative contractuelle (cf. *supra*, n° 38) : Paris, 5 mai 1896, D. 96, 2, 414 ; Amiens, 10 mai 1960, D. 61, Somm. 5 ; Colmar, 25 janv. 1963, *G.P.*, 63, 1, 277 ; 2° En cas de contradiction entre clause manuscrite et clause imprimée, la première l'emporte parce qu'elle manifeste la volonté des parties de déroger à la seconde : Civ. 31 janv. 1927, S. 27, 1, 190 ; Civ.

23 juin 1952, S. 53, 1, 86. — Les a. 1157-1164 n'ont aucun caractère impératif : Civ.<sup>1</sup> 6 mars 1979, *Bull.*, n° 81 ; Com. 19 janv. 1981, *Bull.*, n° 34.

b) *Pouvoirs respectifs de la Cour de cassation et des juges du fond.* — L'arrêt *Lubert* (Sect. réun. 8 févr. 1808, S. chr.) qui a fondé la jurisprudence a été rendu à propos d'une variété de contrat (statuts sociaux ; de surcroît diffusés par circulaires) où, plus qu'ailleurs, un rapprochement avec la loi aurait pu sembler compréhensible, et une interprétation uniforme souhaitable. Il y avait eu des hésitations dans le droit intermédiaire (v. Dalloz, *Jurispr. génér.*, v° *Cassation*, n°s 1569 s.), car le tribunal de cassation était récent et sa mission encore mal définie. Ce fut Merlin qui, procureur général dans l'aff. *Lubert* (*Rép.*, v° *Société*, Sect. 2, 3, n° 2), fit pencher la balance en faveur du pouvoir souverain des juges du fond. Son grand argument était contingent, et s'est évanoui depuis : à cette époque, un conflit persistant entre le tribunal de cassation et les juges du fond devait être vidé par référé au gouvernement, qui était appelé à rendre un décret déclaratoire de la loi ; semblable intervention de l'Etat pour interpréter un contrat privé parut tout à fait inadmissible. La Cour de cassation est bien fixée quant au principe : ex. Req. 23 févr. 1932, D. 32, 1, 141, rapport Pilon. Il ne peut être question pour elle de l'abandonner, aujourd'hui qu'elle a à se battre contre un flot montant de pourvois. Elle en a, pourtant, sensiblement réduit la portée par sa jurisprudence relative aux clauses claires et précises (antithèse : les clauses ambiguës ; cf. Ivainier, D. 76, chr. 153, et l'*Interprétation des faits en droit*, 1988). Cette jurisprudence a commencé avec l'arrêt *Foucauld et Coulombe* (Civ. 15 avr. 1872, S. 72, 1, 232, D. 72, 1, 176 ; cf. Boré, Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes, *R.T.*, 1972, 249 ; C. Marraud, *La notion de dénaturation*, Th. Nancy, 1974) et ne s'est jamais démentie. Ex. Civ. 14 déc. 1942, D.C. 44, 113 ; Com. 5 juill. 1984, *J.C.P.*, 85, 2, 20409 (casse pour dénaturation d'une clause claire et précise) ; Civ.<sup>1</sup> 6 déc. 1989, D. 90, 289, *J.C.P.*, 90, 2, 21534 ; Com. 27 mars 1990, D. 91, 289. Ce qu'elle a de plus critiquable, c'est l'arbitraire de la distinction qu'elle suppose entre la dénaturation, sujette à redressement et la mauvaise interprétation, inattaquable. Car la dénaturation ne doit pas être comprise comme une sorte particulière d'erreur, qui concernerait la nature juridique, la qualification du contrat (l'erreur sur la qualification a toujours suffi, du reste, à entraîner la cassation). C'est une erreur sur la portée du contrat ; donc une mauvaise interprétation, mais, sans doute, d'une gravité particulière, et qui saute aux yeux (cf. Perdriau, *J.C.P.*, 93, 2, 22072 et 95, 2, 22385). Il est possible que la Cour de cassation ait une tendance plus marquée à exercer un pouvoir de contrôle là où elle a affaire à des contrats d'adhésion. Non pas tellement pour cette raison de substance que la loi contractuelle s'y rapproche davantage de la loi générale. Mais, plus pratiquement, parce que, dans cette hypothèse, la même convention tirée à des milliers d'exemplaires pouvant donner lieu à une multiplicité de procès identiques, on pourrait craindre que la diversité des solutions ne fût davantage sentie comme une incohérence, voire une insupportable inégalité entre citoyens (ex. tarifs de chemins de fer).

## [148]

## II. — RÉVISION

B.G. — Demogue, VI, n°s 632 s. ; Ghustin (*Effets*), 263 s. ; Engel, no 246 ; Voirin, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, Th. Nancy, 1922 ; E. de Gaudin de Lagrange, *La crise du contrat et le rôle du juge*, Th. Montpellier, 1935 ; Delmas-Saint-

Hilaire, dans l'ouvrage collectif *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, 1960, p. 189 ; Fabre, *Clauses d'adaptation dans les contrats*, *R.T.*, 83, 1 ; Stoffel-Munck, *Regards sur la théorie de l'imprévision*, Aix, 1994 ; Viprey, *L'imprévision en droit privé*, *D. Aff.*, 97, 918.

## HISTOIRE

Il y avait dans la compilation justinienne des matériaux pour une théorie de l'imprévision : Dig. 12, 4, 8 (effet du divorce sur les libéralités matrimoniales) ; Dig. 46, 3, 38 (allusion à une condition tacite *si in eadem causa maneat*) ; C. 8, 56, 8 (révocation des donations pour survenance d'enfant) ; C. 4, 65, 3 (droit du bailleur de résilier le bail s'il lui survient un besoin imprévu de l'immeuble : c'était la fameuse loi *Æde*, conservée dans notre Ancien Droit [v. Pothier, *Louage*, part. 5, sect. 2, art. 2] et abolie par l'a. 1761 C.C. [mais cf. *J.C.P.*, 1946, 2, 3112] ; Dig. 19, 2, 25, 6 et 15, 4 (origine de nos a. 1769 s.). C'est là-dessus que les postglossateurs (Balde) et les humanistes (Tiraqueau) se livrèrent à un travail de généralisation (sans préjudice des canonistes, qui avaient leur angle de vision propre : les fiançailles pouvaient être rompues unilatéralement en raison de certains changements). Divers points, dans cette histoire, semblent mal élucidés : si les juristes qui ont imaginé de dire *rebus sic stantibus* y ont aperçu une réponse à des besoins sociaux, ou une évidence rationnelle, comparable à la formule des mathématiciens « toutes choses égales d'ailleurs » ; si la théorie a été inventée pour les conventions entre particuliers et transportée ensuite aux pactes conclus par le prince, ou l'inverse, que l'on déclare plus probable, mais qui soulève une autre question : comment s'est fait le passage, car il y avait, pour justifier la révocabilité des traités, des édits de pacification, etc., une idée de souveraineté inaliénable, qui n'avait pas d'analogue dans les contrats privés. Les vues favorables à la clause *rebus sic stantibus* demeurèrent isolées chez nous, ce qui ne veut pas dire que la monarchie se fit scrupule d'intervenir dans les contrats, spécialement au XVI<sup>e</sup> s., période d'instabilité monétaire, réduction du taux des rentes, résiliation des baux à long terme (ex. lettres patentes du 22 févr. 1581), etc. En Allemagne, cependant, le mouvement fut bien plus marqué, peut-être parce que les désastres de la guerre de Trente Ans y firent durement sentir la nécessité de rééquilibrer les contrats. Mais une réaction se dessina dans l'École du Droit naturel. Il serait téméraire d'y déceler l'influence du haut commerce : l'École tirait de sa morale assez de motifs très purs pour suspecter une théorie qui, dans le droit des gens, avait déjà bien souvent servi de voile à la mauvaise foi. De là, une position de principe hostile à la révision, dans l'*Allgemeines Landrecht* prussien (art. 1, tit. 5, 377 s.), à la fin du XVIII<sup>e</sup> s. Le problème de l'imprévision ne pouvait donc être ignoré des rédacteurs du C.C. (d'autant que le souvenir des assignats restait cuisant) ; et la solution, dans l'a. 1134, fut délibérément négative. Après une indifférence d'un siècle, due à la stabilité monétaire et à la prospérité économique, la clause *rebus sic stantibus* aurait peut-être retrouvé ses chances, entre les deux guerres, dans l'opinion française (c'était notre guerre de Trente Ans), si, à la même époque, le pays n'avait été mobilisé dans un combat pour défendre l'immutabilité des traités contre la thèse, réputée germanique, de l'éternel devenir (*Werden*).

[149]

## POLITIQUE LÉGISLATIVE

A l'étranger, la révision pour imprévision a pénétré un peu partout, ne fût-ce que par voie jurisprudentielle : ex. Allemagne, Suisse, Angleterre (R. David, *L'imprévision dans les droits européens*, *Etudes Jauffret*, 1974, 211 s. ; D. Tallon, *Etudes Sayag*, 1997, 403). Il y a là un appel au législateur français. L'exemple de notre droit public s'y ajoute. On a, il est vrai, montré que la réception de l'imprévision dans les contrats administratifs se justifiait par une raison spéciale, savoir : la nécessité d'assurer la continuité du service public (v. Capitant, *D.* 1927, 2, 237 ; A. de Laubadère, *Contrats administratifs*, III, n° 951). Mais n'y a-t-il pas des contrats de droit privé qui sont indispensables aussi à la bonne marche de véritables services publics (ex. contrats passés par les grandes entreprises industrielles pour la fourniture de leurs matières premières) ? Pour une consécration législative de la théorie de l'imprévision le C.C.I.T. de 1942 (a. 1467-1469) proposerait, sans doute, un modèle satisfaisant. Il retient comme critère de l'intervention du juge l'excessive onérosité de la prestation par suite d'événements extraordinaires et imprévisibles, et comme technique de cette intervention la résolution du contrat déséquilibré, sauf au défendeur à l'éviter en offrant une modification équitable des conditions du contrat (le système, en réalité, tend à persuader les parties de procéder à une révision amiable et transactionnelle du contrat).

Mais que vaut le principe même ? La sécurité des affaires, qui postule la stabilité des contrats, paraît entrer en conflit avec l'équité ou même, plus rigidement, avec la justice commutative. Le dilemme, cependant, n'est pas si simple. Les affaires, au contraire, pourraient bien gagner en sécurité si les parties étaient certaines de pouvoir obtenir une révision équitable du contrat, en cas de bouleversement réellement imprévisible. La preuve en est dans le succès des clauses d'échelle mobile ou de révision, par où les milieux commerciaux se sont précisément efforcés d'atteindre à une sécurité plus grande. Ce qui est exact, c'est que la faculté de révision (comme la faculté de divorce) peut troubler par sa seule présence, susciter le regret et le procès. Et il n'est pas sûr que, si elle était admise chez nous, ce serait aux contractants économiquement les plus faibles qu'elle servirait le plus. Le critère de l'excessive onérosité est un leurre si on l'applique contrat par contrat ; il faudrait l'appliquer subjectivement, par rapport à la force économique globale du contractant demandeur. Joint que la révision pour imprévision se concilie mal avec un régime d'économie semi-dirigée, où les modifications de prix ne doivent pas s'opérer au hasard de décisions individuelles. Mais envisageons l'hypothèse inverse — le libéralisme parfait —, la prévision économique, la prospective étant devenues (comme on l'assure) des sciences, les opérations à terme, les marchés de *futures* des instruments de gestion courante, l'entrepreneur ne sera-t-il pas bientôt en faute de n'y avoir pas recouru ?

[150]

## THÉORIE JURIDIQUE

Il ne faut pas dire que notre droit civil positif n'offrait aucune ressource pour une théorie de l'imprévision. Si la Cour de cassation avait jugé de bonne politique d'admettre cette théorie, elle n'aurait eu que l'embarras du choix quant aux moyens ; ces moyens ont suffi aux jurisprudences étrangères.



D'abord, on aurait pu se placer sur le terrain de l'interprétation des conventions. Les parties ont contracté en considération des circonstances qu'elles pouvaient connaître ; il est probable qu'elles n'auraient pas contracté, ou auraient contracté différemment, si elles avaient pu prévoir les événements qui sont venus bouleverser les données de l'affaire. C'est l'idée traditionnelle d'une condition tacite *rebus sic stantibus*. On n'est pas obligé de la recueillir telle quelle : plutôt que de condition, il vaudrait mieux parler d'un terme extinctif tacite (cf. Larombière, III, a. 1234, n° 4) ; peut-être même, aujourd'hui que les clauses de révision se sont beaucoup répandues au point d'imprégner l'atmosphère, serait-il déjà légitime de dire qu'une clause de révision est sous-entendue dans tout contrat successif.

Sur la seule maxime de la *bonne foi*, la jurisprudence allemande a pu construire un remède à l'imprévision : un contractant se conduirait au mépris de la bonne foi s'il exigeait de son partenaire l'exécution, alors que sa propre prestation est vidée de substance par l'effet de la hausse des prix, de la dépréciation de la monnaie (variante helvétique : il y aurait, à se conduire ainsi, abus du droit, condamné par l'a. 2 C.C. s.). Or, nous avons une maxime de la bonne foi (cf. *supra*, n° 113), que renforce l'a. 1135 (dont le sens pourrait être que les parties laissent l'imprévu à l'équité).

Si la cause peut jouer un rôle même après la formation du contrat (cf. *supra*, n° 59), il est permis de lui rattacher la théorie de l'imprévision. C'est ce qu'a fait expressément l'a. 504, al. 2 (l. 3 janv. 1968), qui prévoit en somme une caducité du testament pour changement imprévu des circonstances. Les Allemands, qui ne pratiquent pas notre notion de la cause, ont rattaché aux notions qui chez eux y correspondaient leur technique de révision (*Voraussetzung* de Windscheid et *Geschäftsgrundlage* de Oertmann, le « pré-supposé » et le fondement du contrat) ; bouleversé par les événements qui ont rompu l'équivalence entre prestations, le contrat synallagmatique n'a plus d'équilibre ; il faut le rééquilibrer, en réduisant une prestation ou en augmentant l'autre. Cf. Pédamon, *Le contrat en droit allemand*, 1993, 121.

Si l'on considère qu'il y a — ou, à tout le moins, qu'il devrait y avoir — un esprit d'association entre les deux parties au contrat successif, il n'est pas absurde de soutenir que toutes deux doivent coopérer, pour surmonter la crise survenue dans l'exécution du contrat. C'est cette formule de *collaboration* qui paraît rendre le mieux raison du système suivi en droit administratif. Elle implique des conséquences pratiques particulières : 1° il n'y a pas lieu immédiatement à une révision autoritaire par le juge ; il faut d'abord inviter les parties à rechercher entre elles un accord amiable ; 2° à défaut d'un tel accord, le juge doit procéder non pas à un rééquilibrage mathématique du contrat, mais à un règlement équitable, transactionnel, où les deux intéressés seront appelés à contribuer aux pertes.

## [151]

## PRATIQUE JUDICIAIRE

Les arrêts sont, somme toute, rares (soit que les créanciers eux-mêmes croient profondément à l'irrévocabilité des conventions, soit qu'il y ait peu de contrats de longue durée où les débiteurs ne consentent amiablement, et dans leur propre intérêt, à un réajustement des prestations devenues dérisoires). Dans l'affaire du *Canal de Craponne* (Civ. 6 mars 1876, S. 76, 1, 161, D. 76, 1, 193), il semble que le créancier des redevances anémiées aurait pu exercer son effort critique sur la validité même du rapport juri-

dique où l'on prétendait l'enfermer : n'était-ce pas un engagement perpétuel de services, contraire à l'a. 1780, ou, si l'on voulait y voir une servitude, n'y avait-il pas violation de l'a. 686 (cf. t. III, n° 151) ? C'était d'un cas analogue qu'avait à connaître, aux frontières du contrat et de la servitude, Civ. 15 nov. 1933, *G.P.*, 34, 1, 68 (il s'agissait du charbon, mal payé, des *Mines de Graissessac* ; cf. a. 701, al. 3), bien qu'on eût cherché, cette fois, à rendre la théorie de l'imprévision plus acceptable en la limitant expressément aux contrats successifs, la Cour de cassation se prononça de nouveau pour l'application stricte de l'a. 1134. Même position catégorique dans l'affaire dite des cheptels (née de la dépréciation monétaire de 1914-1918 ; pour l'historique, v. Planiol-Givord-Tunc, X, n° 759) ; Civ. 6 juin 1921, S. 21, 1, 93, n. L. Hugueney, D. 21, 1, 73 (jurisprudence contestable dans ses résultats, puisque le législateur est intervenu pour en empêcher la réédition : l. 9 juin 1941, a. 1800 s. C.C.). — Autres arrêts, mais concernant plutôt la notion de force majeure (onérosité n'est pas impossibilité) : Civ. 17 nov. 1925, D.H. 26, 35, Com. 18 janv. 1950, D. 50, 227 (une augmentation des salaires, une hausse, même homologuée, des prix de revient n'autorise pas l'entrepreneur à majorer ses prix de vente dans les contrats déjà conclus). Toute cette jurisprudence est, néanmoins, d'une époque où la religion du contrat était encore puissante. Aujourd'hui, les décisions se portent sur la flexibilité (sauf la résistance des salariés si le contrat de travail est en cause). Le miracle est que le changement a pu se faire sans qu'il fût besoin de quitter l'a. 1134, l'accent se déplaçant simplement du premier alinéa au troisième. C'est ainsi qu'un arrêt, Com. 3 nov. 1992, *R.T.*, 93, 124, n. J. Mestre, paraît admettre que la bonne foi contractuelle puisse créer une obligation de revoir le contrat : une société pétrolière n'a pas exécuté de bonne foi le contrat qui la liait à ses distributeurs, en refusant de négocier avec eux un accord lui permettant de faire face à la concurrence. L'obligation de renégocier est une donnée acquise en droit du travail, et la grève vient parfois à l'appui, sans que le droit crie au chantage. On voit mal, en revanche, des magistrats, même de la Chambre commerciale, se servir de la bonne foi pour arracher à un contractant, fût-il *potentior*, une révision en équité. — Rien ne remplace la coutume : les juges sont accoutumés à contrôler quasi disciplinairement les professions plus ou moins libérales qui gravitent autour d'eux ; aussi ne sentent-ils pas l'entorse à la liberté contractuelle que comporte la réduction des honoraires : ex. Civ.<sup>1</sup> 9 mars 1998 (avocats), 5 mai 1998 (généalogistes), *R.T.*, 98, 901, n. J. Mestre.

## [152]

## PRATIQUE EXTRAJUDICIAIRE

Ce qui, en droit privé, a rendu plus aisément supportable le rejet de la théorie de l'imprévision et, du même coup, a détourné la doctrine de déployer plus d'efforts pour faire évoluer la jurisprudence, c'est que, dès l'entre-deux-guerres, une pratique s'était instaurée qui, l'instabilité croissant, s'est considérablement développée depuis : une pratique de clauses de révision, de clauses d'adaptation du contrat au changement de circonstances économiques, de « clauses de sauvegarde » (cf. Paris, 28 sept. 1976, *J.C.P.*, 78, 2, 18810). L'éventail en est très étendu (cf. R. Fabre, *R.T.*, 83, 1). L'un des deux extrêmes est représenté par l'automatisme absolu, immédiat de la révision, la modification s'imposant avec l'évidence des mathématiques (tel est du moins le vœu) : ce sont les clauses d'indexation (cf. t. III, n° 20). A l'autre extrême se situe un simple

engagement de pourparlers, de *parler* avant toute formation d'un nouvel accord : c'est peu de chose, plus que non-droit, cependant, car la contrainte du raisonnable s'exercera sur chaque déclaration (cf., dans le droit du travail, l'obligation légale de négocier périodiquement les salaires et les autres conditions du contrat, a. 132-27 C. Tr.). Entre les deux extrêmes, bien des combinaisons sont possibles : référence au prix du marché (cf. a. 1291, *mercuriales*), fixation du prix par un tiers (*arbitrator*, a. 1592), etc. Le postulat de l'autonomie de la volonté a fait valider, en principe, toutes les clauses d'adaptation : Civ. 19 oct. 1931, S. 32, 1, 102. La structure même du contrat élève, néanmoins, deux barrières : il ne faut pas que, par la flexibilité de la clause, l'objet devienne indéterminé (a. 1129 ; cf. *supra*, n° 55) ni l'engagement dépendant de la *potestas* d'une partie (a. 1174 ; ce que vérifie Civ. 20 oct. 1982, D. 83, *I.R.*, 24 ; cf. *supra*, n° 135).

### *L'inexécution du contrat*

Puisque le contrat a force obligatoire, son inexécution est un fait contraire au droit. Le créancier de l'obligation inexécutée dispose, avant tout, d'une action en justice pour demander que le débiteur soit condamné à exécuter sa promesse, à tenir sa parole.

Il est, cependant, souvent impossible de contraindre ainsi le débiteur à l'exécution directe du contrat : soit, en fait, parce que l'inexécution est définitivement consommée (ex. c'était un dépôt à restituer, et la chose déposée a péri), soit, en droit, parce qu'il s'agit d'une obligation de faire ou de ne pas faire, pour laquelle l'a. 1142 interdit, en général, que le débiteur puisse être contraint (*infra*, n° 372). Le créancier ne peut alors recevoir satisfaction que par équivalent ; pour remplacer l'exécution impossible, il a droit, en principe (à moins que le débiteur ne puisse se prévaloir d'une cause libératoire), à des *dommages-intérêts* (abréviation courante, *d.i.*), à une indemnité en argent ; l'argent paie tout.

Mais, par là, n'est pas réglé le sort du contrat en tant qu'organisme, en tant que complexe d'obligations. Va-t-il subsister, vidé de tout ou partie de sa substance ? L'inexécution ne doit-elle pas être plutôt un juste motif pour débarrasser la scène juridique d'un organisme qui ne remplit plus les fins pour lesquelles il avait été créé, un juste motif de le résoudre ? C'est à cette vue que répond la *résolution* (*lato sensu*) des contrats pour cause d'inexécution.

Les *dommages-intérêts* et la *résolution* sont ainsi les deux réactions principales à l'inexécution.

A raisonner en termes strictement économiques, un contractant pourrait choisir de ne pas exécuter, voire de violer ouvertement ses engagements, en payant *cash* des dommages-intérêts raisonnables : l'hypothèse est qu'entre-temps il a reçu des propositions

plus avantageuses dont le bénéfice couvrira, et au-delà, l'indemnité à régler. Il est des auteurs anglo-saxons qui jugent qu'une telle attitude non seulement est licite, mais mérite d'être encouragée, parce qu'elle contribue au dynamisme de la concurrence. C'est la théorie dite de la *violation efficace* (efficace pour une économie de marché). Il serait difficile, cependant, de l'acclimater chez nous (cf. Ghestin, *Effets*, n° 220 ; Rudden et Juilhard, *R.I.D.C.*, 86, 1015). Elle bute tout de suite sur l'a. 1150. En cas d'inexécution dolosive, les dommages-intérêts ne sont plus limités à ce qui avait pu être prévu lors du contrat, et l'inexécution est dolosive quand, de propos délibéré, le débiteur se refuse à exécuter, peu importe qu'il n'ait pas l'intention de nuire (Com. 4 févr. 1969, D. 69, 601, *J.C.P.*, 69, 2, 2030). Sans préjudice de la morale.

## Chapitre I

[154]

## LES DOMMAGES-INTÉRÊTS

C'est la somme d'argent que, faute d'avoir exécuté le contrat, le débiteur, en principe, a l'obligation de payer au créancier. Cette obligation de remplacement a été construite, dans la théorie moderne, comme une responsabilité, une obligation de réparer le dommage causé à autrui : le débiteur a l'obligation de réparer le dommage qu'il a causé au créancier par l'inexécution (fautive) du contrat, comme tout homme, en général, est tenu de réparer le dommage qu'il a causé à autrui par sa faute (a. 1382-1383). Il existe ainsi une *responsabilité contractuelle*, à l'image de la responsabilité délictuelle. L'analogie est frappante. Il sied de remarquer, cependant, que, dans les a. 1146-1155, le C.C. a traité les dommages-intérêts en matière contractuelle d'une manière tout à fait indépendante des a. 1382-1383 (le mot même de *faute* n'y est pas prononcé).

Dans ces a. 1146-1155 le C.C. a surtout déterminé les *conditions générales* du droit aux dommages-intérêts ; mais il a aussi (par l'exigence de la mise en demeure) réglé pour partie la *réalisation* de ce droit. Une troisième question, celle des *conventions* relatives aux dommages-intérêts, est apparue plus tard, en antithèse au régime légal.

### ÉTAT DES QUESTIONS

Que l'on ait toujours, et déjà en Droit romain, rapproché la théorie des dommages-intérêts contractuels et celle des délits, ce n'est pas niabile. Et Domat, dans cette espèce de petit traité très remarquable qu'il a consacrée aux dommages-intérêts (*Lois civiles*, part. 1, liv. 3, tit. 5), passe constamment des contrats aux délits. Mais on partait alors des contrats, et les délits venaient à la suite. C'était encore la conception du C. Nap. : si l'on désire, pour appliquer les a. 1382 s., des précisions sur la force majeure, le dommage réparable, etc., c'est au titre des contrats qu'il faut les demander.

A notre époque, le rapport est inversé : la responsabilité contractuelle est devenue intellectuellement tributaire de la délictuelle, témoin l'effort déployé en doctrine pour étudier de front les deux responsabilités (ainsi le grand traité de Mazeaud était un *Traité de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*). Cela ne s'explique pas seulement par la fascination qu'exercent aujourd'hui les a. 1382 s., mais aussi par une donnée plus concrète : dans beaucoup des hypothèses marquantes où la responsabilité contractuelle avait à s'appliquer, la situation humaine n'était pas foncièrement différente de celle qu'on eût pu rencontrer dans la responsabilité délictuelle (ex. accident corporel dans le transport de voyageur, homicide par imprudence dans le contrat médical ; à preuve que, dans ces exemples, la pratique hésita longtemps entre les deux responsabilités). N'empêche qu'il y a une bonne part d'artifice à retailler ainsi de force l'obligation aux dommages-intérêts sur le patron de la responsabilité délictuelle : les dommages-intérêts contractuels constituent la suite et comme la projection des relations préexistantes organisées entre le créancier et le débiteur, tandis que la responsabilité délictuelle intervient entre deux étrangers que le hasard a mis épisodiquement en présence (cf. Tallon, *R.T.*, 94, 223 ; Rémy, La « responsabilité contractuelle », histoire d'un faux concept, *R.T.*, 97, 323) ; M.-A. Frison-Roche, Le contrat et la responsabilité, *R.T.*, 98, 43 ; Savaux, La fin de la responsabilité contractuelle, *R.T.*, 99, 1. Le droit anglais sauvegarde mieux l'originalité de la matière contractuelle : il ne recherche point s'il y a eu faute ni quelle faute ; il se borne à constater qu'il y a *breach of contract*, et le créancier réclamera ce qui lui est dû (*debt*) plutôt que la réparation d'un préjudice.

En France, cependant, la jurisprudence flotte entre les deux conceptions. En décidant que les dommages-intérêts sont garantis *de plano* par les sûretés qui assortissaient le contrat (Req. 8 mai 1881, S. 82, 1, 150, Req. 20 mars 1922 D. 23, 1, 21), elle laisse bien entendre qu'en eux le contrat se perpétue. Mais, sur la question que l'on aurait pu croire la plus discriminante, elle apparaît divisée : le droit aux dommages-intérêts préexiste-t-il à la condamnation ? Oui, Req. 2 avr. 1941, D.C. 44, 43 ; n'est-ce pas plutôt celle-ci qui le fait naître ? Exact, Com. 2 déc. 1947, D. 48, 577, n. Ripert. Selon que l'on penche vers l'une ou l'autre thèse, on est amené à reconnaître au jugement de condamnation un caractère déclaratif ou constitutif. Sous cet angle, il est usuel de comparer les deux responsabilités : les jugements condamnant à dommages-intérêts seraient déclaratifs en matière contractuelle, constitutifs en matière délictuelle. Usuel, mais peu probant : en fait, il y a du brouillard des deux côtés (cf. *infra*, n° 287). A analyser de plus près l'acte juridictionnel, on voit que si toujours il déclare (éclaire) une vérité préexistante, il n'est jamais sans apporter *aliquid novi*, ne fût-ce que la force exécutoire.

Cette dernière remarque peut être l'occasion d'une réflexion sociologique sur le contentieux de l'obligation contractuelle, du contrat en général, à l'état lisse, dépouillé des plaies et bosses de tel ou tel contrat spécial. C'est un contentieux sans débat de fond, où la plupart des demandes sont accueillies, qui ne sont en réalité que des demandes de formule exécutoire pour des dettes liquides et exigibles — l'énorme contentieux des impayés (plus d'un million en 1991). Le fer de lance de ce contentieux, qui n'est finalement que le prélude à une procédure d'exécution forcée, est l'*injonction de payer* par ordonnance du juge d'instance (a. 1405 s. C. Pr. C. ; 866 786 injonctions en 1991). Cf. Putman, L'injonction judiciaire d'exécuter une dette, *Dr. pros.*, 94 (3), 795.

## [155] 1 / Les conditions générales du droit à dommages-intérêts

L'a. 1147, qui est au centre de la matière, montre bien comment le droit aux dommages-intérêts dépend tout à la fois de conditions positives et de conditions négatives : de conditions positives que le créancier doit établir et qui constituent, pour ainsi dire, les éléments de la *responsabilité* du contractant débiteur, de conditions négatives, en ce sens que la condamnation aux dommages-intérêts est subordonnée à une absence de justification de la part du débiteur, est écartée si celui-ci justifie d'une cause qui implique sa *libération*.

### I | LA RESPONSABILITÉ DU DÉBITEUR

Il semble, à lire l'a. 1147, que ce que l'on demande au créancier d'établir pourrait se ramener à une idée : l'*inexécution* du contrat. Cependant, parlant de *responsabilité contractuelle*, il est devenu tout à fait usuel de transposer ici l'analyse à laquelle se prête l'a. 1382, et c'est ainsi que le droit à dommages-intérêts est subordonné à la triple constatation d'un *dommage*, d'une *faute* et d'une *relation de cause à effet entre la faute et le dommage*.

#### I. — Le dommage

L'a. 1147 parle de l'inexécution, mais non pas du *dommage* (ou *préjudice*, les deux mots sont réputés synonymes) : c'est, sans doute, que le dommage peut être regardé comme impliqué dans l'*inexécution*. Cependant, il peut être utile d'analyser directement le dommage contractuel pour en faire apparaître les différents *éléments* : c'est à quoi répond l'a. 1149.

► *Rapports du dommage à l'inexécution*

L'inexécution, dont il est question à la rubrique précédant l'a. 1146, est entendue dans un sens large, qui englobe, aussi bien que le *défaut d'exécution* proprement dit, le *retard dans l'exécution*. L'a. 1147 fait cette distinction, qui est fondamentale, car elle commande la distinction de deux espèces de dommages-intérêts, dont le régime n'est pas identique : les *dommages-intérêts compensatoires*, qui réparent le préjudice causé par la carence définitive du débiteur, les *dommages-intérêts moratoires*, qui réparent le préjudice causé par son simple retard.

a) *Défaut d'exécution*. — L'objet de l'obligation présentant par définition un intérêt pour le créancier (cf. *supra*, n° 55), il est à présumer que celui-ci subit un dommage du seul fait de l'inexécution. Exceptionnellement, toutefois, on pourrait concevoir une inexécution sans préjudice appréciable (d'où la formule « s'il y a lieu » dans l'a. 1147).

Le défaut d'exécution peut n'être que partiel. La différence avec le défaut total est psychologique plutôt que mathématique. Il s'agit de savoir si l'obligation inexécutée était accessoire ou essentielle dans l'intention des contractants. La distinction entre ces deux degrés d'inexécution n'est pas sans portée pratique : les dommages-intérêts seront évidemment moindres si l'inexécution n'est que partielle ; mais, de plus, en pareil cas, il ne pourra y avoir lieu à résolution du contrat (cf. *infra*, n° 186).

L'exécution *défectueuse* d'une obligation (ex. la marchandise livrée est de mauvaise qualité) doit être assimilée à une inexécution : soit partielle, soit totale, suivant le même point de vue subjectif (totale, si la défektivité est telle que la prestation ne puisse servir en rien à la destination convenue).

b) *Retard dans l'exécution*. — On suppose que, si l'obligation a bien été finalement exécutée, elle ne l'a été qu'après le terme fixé dans le contrat. Ce retard peut causer un dommage au créancier. Mais, de ce dommage, il doit justifier, car on ne peut poser en présomption générale du droit que le temps est de l'argent. Ce n'est que pour le cas particulier des créances monétaires que l'on rencontre une telle présomption : la loi, estimant que le créancier aurait pu immédiatement replacer à intérêts les fonds liquides qui lui étaient dus, présume irréfragablement qu'il subit un préjudice du seul fait du retard dans l'exécution (a. 1153, al. 2).

► *Différents éléments du dommage*

Suivant une règle traditionnelle, inscrite à l'a. 1149, le créancier peut réclamer des dommages-intérêts non seulement pour la *perte éprouvée* (*damnum emergens*), mais pour le *gain manqué* (*lucrum cessans*) en raison de l'inexécution du contrat (a. 1149). Ex. dans un transport maritime de marchandises destinées à la vente, si des manquants sont constatés à l'arrivée, les dommages-intérêts alloués au destinataire doivent tenir compte, non pas du prix auquel il avait payé les objets perdus, mais du prix auquel il aurait pu les vendre ; c'est-à-dire qu'il faut inclure le bénéfice manqué dans le préjudice réparable.

Au début du XIX<sup>e</sup> s., le dommage matériel que pouvait invoquer un contractant ne se comprenait guère que dans une relation étroite avec l'objet, par définition chose dans le commerce, susceptible par nature d'une appréciation pécuniaire (a. 1128 ; cf. *supra*, n° 55). Le corps humain ne pouvant faire l'objet d'un contrat, le *dommage corporel* ne paraissait relever que de l'a. 1382 et de la responsabilité délictuelle, que l'on revêtait de la même force que la responsabilité pénale. Le doute initial s'est dissipé au fur et à mesure que les juristes ont construit les dommages-intérêts contractuels en forme de responsabilité, sur le modèle de la responsabilité délictuelle (cf. *supra*, n° 154). Et l'importance des cas pratiques en jeu a aidé au mouvement : ce fut d'abord le contrat de transport des voyageurs par chemin de fer ; bien plus tard, à partir de 1936, le contrat médical. On n'en discute plus aujourd'hui : de la mauvaise exécution d'un contrat peut naître un dommage corporel (et l'obligation de la réparer). Personne ne se laissera arrêter par une lecture naïve de l'a. 16-5 dans la loi de bioéthique.

Mais le dommage corporel a deux faces : il est dommage matériel (ex. l'incapacité de travail subie par le voyageur blessé dans un accident) ; il est aussi *dommage moral* (ex. les souffrances ressenties par le voyageur blessé, ou en cas d'accident mortel, la douleur de ses proches). Dans la responsabilité délictuelle, la pratique judiciaire détaille (à plaisir) le dommage corporel en une diversité de chefs de préjudice (cf. *infra*, n° 207). Cette diversité est transposable au domaine des contrats.

La distinction du dommage matériel et du dommage moral a, du reste, une valeur générale qui dépasse le dommage corporel. Un dommage moral peut apparaître à tous les degrés de l'inexécution du contrat (les dindes de Noël lui ayant été livrées en retard, le restaurant aura perdu des clients et son honneur). Le point important, qui est de

fait, tient au calcul de l'indemnisation. Tandis que le dommage matériel est susceptible d'estimation pécuniaire sans difficulté majeure (il y a des experts), le dommage moral est impalpable, et la partie lésée est naturellement encline à se l'exagérer. Les juges arbitreront à une somme forfaitaire. S'il y a réparation, c'est au sens d'une réparation d'honneur plutôt que de dommages-intérêts. On parle de *peine privée* comme dans la responsabilité délictuelle ; mais ici la peine privée pourrait avoir été prévue dès la formation du contrat dans une clause pénale (cf. *infra*, n° 178).

## [156] II. — La faute

L'a. 1147 parle de l'inexécution, mais non pas de la *faute* : c'est, sans doute, que la faute peut être regardée comme impliquée dans l'*inexécution*. De fait, puisqu'il est courant de définir la faute, dans l'a. 1382, comme le manquement à une obligation (cf. *infra*, n° 224), il n'est pas surprenant que, dans l'a. 1147, le manquement à une obligation puisse être analysé comme une faute. La *faute contractuelle* n'est pas, pour autant, entièrement symétrique de la faute délictuelle.

### ► *Nature et preuve de la faute contractuelle*

Sa preuve dépend de sa nature, et celle-ci peut dépendre de l'objet de l'obligation. Sous cet angle, les arrêts distinguent couramment *obligations de résultat* et *obligations de moyens*. Il est des contrats où le débiteur promet au créancier un *résultat* défini (ex. l'acheteur s'engage à payer le prix ; la S.N.C.F., à amener le voyageur à destination). Il en est d'autres où le débiteur ne promet rien de plus que de mettre au service du créancier les *moyens* dont il dispose, d'appliquer sa diligence à l'affaire, de faire de son mieux (ex. le médecin ne s'engage pas à guérir le malade, mais seulement à lui donner des soins consciencieux, attentifs, conformes aux données acquises de la science). La distinction a au moins une valeur suggestive. Elle permet de comprendre que la preuve de la faute ne se fasse pas toujours de la même manière : la faute peut être *présumée* dans les obligations de résultat ; elle doit être *prouvée* dans les obligations de moyens.

a) *Faute présumée*. — Toutes les fois que l'obligation inexécutée peut être regardée comme une obligation de résultat (et cette catégorie est beaucoup plus vaste qu'on ne le croirait, parce qu'il faut y faire entrer toutes les obligations de sommes d'argent), la faute contrac-

tuelle est impliquée dans le seul fait matériel de l'inexécution. Le créancier n'a pas à la prouver distinctement : il lui suffit d'établir que le contrat contenait tel engagement à son profit (ce qui pourra, il est vrai, nécessiter une interprétation), et que cet engagement n'a pas été exécuté. Il y a là, quant au fardeau de la preuve, une différence capitale entre la responsabilité délictuelle et la contractuelle : tandis que, dans l'une (sous l'a. 1382), la faute du défendeur doit être démontrée par la victime — dans l'autre (sous l'a. 1147), la faute du défendeur est présumée.

La présomption n'est pas, néanmoins, irréfragable. Le débiteur pourra se libérer, ainsi que l'indique l'a. 1147, en prouvant que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne lui est pas imputable. C'est, au premier rang, la force majeure (a. 1148). Il convient de lui assimiler le fait du créancier lui-même ou le fait d'un tiers. Mais non pas le fait d'un préposé du débiteur, car ce n'est pas une cause qui soit *étrangère* à celui-ci. En ce sens, il existe de plein droit une *responsabilité contractuelle du fait d'autrui* : le contrat est inexécuté, qu'importe par le fait de qui ?

b) *Faute prouvée*. — Toutes les fois que l'obligation inexécutée peut être regardée comme une obligation de moyens, la faute ne se laisse plus déduire de la seule absence de résultat. Il devient nécessaire de porter un jugement sur la conduite du débiteur, et de comparer ce qu'il a fait à ce qu'il aurait dû faire. L'a. 1137 donne la formule de la comparaison. C'est un texte qui a été écrit pour les contrats comportant l'obligation de veiller à la conservation d'un corps certain (ex. vente jusqu'à la livraison, louage, prêt, gage ; cf. a. 1624, 1728, 1880, 2080), mais on ne le limite pas à ces contrats. Le débiteur contractuel a le devoir d'agir en bon père de famille. Le *bonus pater familias* est l'adulte soigneux et diligent, l'homme moyen ayant le sens de ses responsabilités. La faute que ne commettrait pas ce modèle abstrait est une faute légère (non pas, toutefois, très légère) : elle est dite *culpa levis in abstracto*. C'est, en principe, cette sorte de faute qui doit être prouvée contre le débiteur contractuel.

Il n'y a là, cependant, qu'un principe, sujet à du plus ou du moins, ainsi que l'annonce l'a. 1137, al. 2. Tantôt la loi exige du débiteur davantage (v. a. 1882), tantôt surtout elle se contente à moins : soit qu'elle lui demande seulement d'apporter aux choses d'autrui la diligence, peut-être médiocre, qu'il apporte aux siennes propres (v. a. 1927 ; c'est le critère de la *culpa levis in concreto*), soit — plus fréquemment — qu'elle restreigne sa responsabilité aux fautes lourdes.

► *Différentes qualifications de la faute contractuelle*

La loi fait quelquefois dépendre de la qualification de la faute le principe même du droit à dommages-intérêts ou, à tout le moins, son étendue. Quand il en est ainsi, le créancier se trouve indirectement contraint à faire la preuve de la faute qu'il impute au débiteur.

a) *Distinction du dol et de la faute non intentionnelle.* — Le *dol* (a. 1150 ; *dol* dans l'exécution et non plus ici dans la formation du contrat) est la faute intentionnelle d'un contractant, ce que d'autres textes (a. 1147 ; a. 1153, al. 4) nomment sa *mauvaise foi*, plutôt que proprement l'intention de nuire, comme en matière délictuelle (cf. *infra*, n° 226), c'est la malhonnêteté du débiteur essayant, de propos délibéré, de se soustraire à ses engagements. A l'opposé, on conçoit, en matière contractuelle (cf. a. 1383), des fautes de négligence ou d'imprudence (l'imprudence à s'engager au-delà de ses capacités). Or, si le principe est que les dommages-intérêts sont dus lors même que l'inexécution ne vient pas d'une faute intentionnelle (a. 1147, *in fine*), l'existence d'une telle faute n'en a pas moins une grande importance, car l'étendue de la réparation peut en dépendre (a. 1150, 1153, al. 4).

b) *Notion de la faute lourde.* — Cette notion, qui a pris de l'importance, est sous le contrôle de la Cour de cassation. La faute lourde (*culpa lata*) est celle qui trahit une impéritie ou une incurie poussée à un degré étonnant. Il n'y a point intention de nuire, ni malhonnêteté ; mais c'est à s'y méprendre : « On dirait qu'il le fait exprès. » La faute lourde est prise en considération à deux points de vue :

1° D'abord — et c'est une sévérité à l'égard du débiteur — elle est, en général, regardée comme *equipollente au dol* : ainsi, l'a. 1150 lui est applicable ; elle ne peut être couverte par une clause exonératoire ou limitative de responsabilité (cf. *infra*, n° 176) ;

2° En second lieu — et c'est le revers d'une indulgence — elle est la seule faute dont certains contractants aient à répondre ; de leurs fautes légères, ils ne sont pas tenus : ainsi, le mandataire quand le mandat est gratuit (a. 1992, al. 2), le fermier dans le cas d'incendie de la ferme (Nouveau C. Ru., a. L. 415-3, al. 2 ; le texte parle de faute *grave*, ce qui est la même notion) ; le salarié, son licenciement ne peut être justifié que par sa faute grave (cf. a. L. 122-3-8, 122-6, 8, 9, C. Tr.).

[157] III. — La relation de cause à effet  
entre la faute et le dommage

C'est une exigence rationnelle, sous-entendue dans l'a. 1147, et impliquée par les a. 1150-1151, qui refusent les dommages-intérêts dans deux hypothèses où la relation de causalité semble trop douteuse.

► *Dommage indirect* (a. 1151)

L'exemple quasi proverbial, et qui vaut presque règle de droit, est celui de Pothier : si un marchand m'a vendu une vache qu'il savait être infectée d'une maladie contagieuse, et qu'il m'ait dissimulé ce vice, cette dissimulation est un *dol* qui le rend responsable du dommage que j'ai souffert non seulement dans la vache même qu'il m'a vendue, mais pareillement dans tous mes autres bestiaux auxquels cette vache a communiqué le mal, car c'est encore une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention ; au contraire, le dommage que j'ai pu souffrir de ce que, par la perte des bestiaux, j'ai été empêché de cultiver mes terres est trop éloigné, trop indirect, pour être mis à la charge du marchand, à plus forte raison le dommage que j'ai souffert, si, n'ayant pu cultiver, j'ai été empêché de payer mes dettes, et que mes créanciers aient saisi mes terres et les aient fait vendre à vil prix. Le droit s'épuiserait à vouloir suivre à l'infini la cascade des malheurs. Il est un point à partir duquel, comme on dit dans la responsabilité délictuelle (cf. *infra*, n° 213), on ne peut plus reconnaître, sans heurter le bon sens et l'équité, un rapport de causalité entre la faute et le dommage. Ce point dépend pour une large part de l'appréciation du juge. Il ne faudrait, cependant, d'après l'a. 1151, y faire entrer aucune considération morale relative à la conduite du débiteur, l'inexécution dolosive étant traitée sur le même pied que l'inexécution simplement négligente.

► *Dommage imprévisible* (a. 1150)

Il est des dommages qui, bien qu'ils soient objectivement une suite immédiate et directe de l'inexécution, n'ont pu être prévus — du moins, n'ont pu être prévus par le débiteur — au moment où le contrat a été conclu. Ces dommages extraordinaires ne donneront pas lieu à réparation, hormis le cas où l'inexécution aurait été dolosive. Ex. quand un transporteur reçoit une malle comme bagage enregistré,

il peut prévoir raisonnablement qu'elle renferme des vêtements et des objets de toilette, mais non de l'argenterie et des bijoux ; qu'il perde la malle sans qu'il y ait mauvaise foi de sa part, sa responsabilité se limitera à ce qu'il est d'usage de faire transporter par bagages enregistrés. Cette limitation de la responsabilité au dommage prévisible paraît se rattacher à la notion même de contrat : la satisfaction dont le créancier se trouve privé n'était pas entrée dans le champ des volontés contractuelles. Aussi l'a. 1150 est-il *a priori* étranger à la matière des délits, ce qui fait dire parfois que le principe de la réparation intégrale a moins de force dans la responsabilité contractuelle que dans la délictuelle. C'est au juge d'apprécier, d'après les termes de l'acte, l'usage des affaires, la coutume, ce qui a pu ou non être prévu par les contractants. Il arrive, cependant, que, par faveur pour un commerce, la loi fixe elle-même une limite aux dommages-intérêts prévisibles pour un certain type de contrats (ex. a. 1953, al. 3 : limitation à 100 fois le prix de la journée pour les effets et valeurs que les clients d'un hôtel gardent dans leurs chambres ; au-delà de ce chiffre, l'hôtelier pourrait encore être rendu responsable, mais il faudrait démontrer qu'il a commis une faute).

#### [158] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Mazeaud-Tunc, *Responsabilité*, I, n<sup>os</sup> 652 s. ; G. Viney, *Introduction*, n<sup>o</sup> 170 (qui montre que la responsabilité contractuelle du fait d'autrui est très différente des responsabilités délictuelles pour autrui prévues à l'a. 1384) ; D. Rabut, De la responsabilité contractuelle du fait d'autrui et de son caractère autonome, *Dr. pros.*, 96 (2), 409. — Deprez, Sanctions attachées à l'inexécution, *Trav. Assoc. Capitant*, XVII, 1964, p. 28 s.

#### HISTOIRE

Beaucoup de notions du C.C. sont empruntées au Droit romain : bon père de famille, dol, faute lourde, etc., mais à un Droit romain vu à travers les romanistes de l'Ancien Droit, c'est-à-dire sans perspective historique, toutes époques confondues à la surface du Digeste. Or, il est peu de matières où le Droit romain ait plus évolué, et de façon plus embrouillée, entre ses origines, assez rudes pour le débiteur contractuel (tenu par ex. des cas fortuits qui peuvent atteindre la chose due, c'est la *custodia*), et les Byzantins, enclins à la bienveillance et aux recherches de moralité (raffinements sur la *culpa*). — La systématisation romaniste fut portée à son comble, dans l'Ancien Droit, par la théorie (du reste, ingénieuse) de la *prestation des fautes*. Les contrats étaient répartis en trois catégories d'après l'intérêt qui les avait déterminés (la notion n'aurait-elle pas pu servir aux doctrines de la cause ?) : intérêt exclusif du créancier (ex. dépôt

gratuit, intérêt commun aux deux parties (ex. vente, louage, société), intérêt exclusif du débiteur (ex. commodat), et le débiteur, suivant les cas, avait à répondre de sa faute lourde, ou légère, ou très légère. C'est cette gradation que le C.C. a entendu abolir dans l'a. 1137, al. 1 (contre l'opinion de Pothier, *Obl.*, n<sup>o</sup> 142). Cf. Desrayaud, Sur les interprétations dans l'École de l'exégèse, *R.T.*, 93, 535.

Dans la partie de son traité des *Obligations* où il étudie ce que nous appelons le rapport de causalité dans la responsabilité contractuelle (n<sup>os</sup> 161-172), Pothier use de la méthode des cas à l'égal d'un professeur anglo-saxon, des cas gradués et teintés d'humour : le cheval du chanoine, le tonneau qui gâte le vin et surtout la célèbre vache (*folle* avant la lettre) qui contamine tout le troupeau et, de malheur en malheur, traque l'acheteur jusqu'à la saisie de sa propriété. Pothier avait estimé que cette péripétie de la saisie était trop lointaine, trop équivoque pour être imputée au dol du vendeur, et sa théologie lui avait, sans doute, interdit d'imaginer une ultime catastrophe qui eût été le malheureux paysan se donnant la mort sur les ruines de sa fortune. A cette modération, qui devait être celle du C.C., on opposera la conception mécaniste à l'infini que l'on cherchait, en 1999, à accréditer chez nous, par imitation de l'Amérique : une caisse de Sécurité sociale a entrepris de réclamer à la Seita, fabricante de cigarettes et non ignorante de leurs dangers, réparation des dommages *générés* par tous les cancers de fumeurs.

#### POLITIQUE LÉGISLATIVE

Le C. Consom., la traque des clauses abusives ont effacé la contradiction que l'on relevait jadis dans notre droit des contrats (cf. Rodière, *R.T.*, 54, 201) : d'un côté une conception rigoureuse de la responsabilité, de l'autre une grande facilité pour s'en affranchir par une clause de non-responsabilité. Cette facilité ayant disparu, ne faut-il pas s'attendre à ce que, par rééquilibrage instinctif, les tribunaux se fassent plus indulgents à la faute du débiteur, plus ouverts à une conception relativiste de la force majeure (cf. *infra*, n<sup>o</sup> 165) ? Pour le quart d'heure, semble-t-il, rien de tel.

#### [159]

#### THÉORIE JURIDIQUE

a) *Faute contractuelle*. — Tunc, Force majeure et absence de faute en matière contractuelle, *R.T.*, 1945, 235 s. ; Esmein, L'obligation et la responsabilité contractuelles, *Etudes Ripert*, II, p. 103 s. ; Rodière, Une notion menacée : la faute ordinaire dans les contrats, *R.T.*, 1954, 201 s. ; Ségur, *La notion de faute contractuelle en Droit civil, français*, Th. Bordeaux, 1954 ; Constantinesco, *Inexécution et faute contractuelle en droit comparé* [français, allemand, anglais], 1960 ; N. Dejean de La Batie, *Appréciation « in abstracto » et « in concreto »*, Th. Paris, 1965 ; G. Viney, *Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde*, D. 75 chr. 263.

Le premier exercice a été d'exégèse : réduire l'antinomie entre l'a. 1137 (le débiteur est libéré s'il a pris tous les soins d'un bon père de famille) et l'a. 1147 (il n'est libéré que s'il démontre que l'inexécution vient d'une cause étrangère non imputable). Plusieurs systèmes : 1<sup>o</sup> L'a. 1137 concerne les obligations de donner (cf. a. 1302) ; l'a. 1147, les obligations de faire ou de ne pas faire (Josserand, II, n<sup>o</sup> 613) ; 2<sup>o</sup> L'a. 1137 concerne la détermination du contenu de l'obligation ; l'a. 1147, la responsabilité du débiteur (Planiol-Radouant, n<sup>os</sup> 833 s., mais les deux questions sont liées) ; 3<sup>o</sup> L'a. 1147 est la



disposition de principe ; l'a. 1137 y déroge pour les obligations de moyens (Mazeaud, *Resp.*, I, n° 671) ; 4° Il n'y a pas d'antinomie réelle : l'a. 1147, comme l'a. 1137, permet au débiteur de se libérer par la preuve de l'absence de faute (Esmein, *R.T.*, 1933, 627 s., pour qui ce serait le sens de la notion de cas fortuit dans l'a. 1148 ; Tunc, *R.T.*, 1945, 235 s., en vertu d'une conception générale de la force majeure en matière contractuelle).

Les partisans de la *théorie du risque* (cf. *infra*, n° 200) ont voulu introduire dans la matière une idée de responsabilité sans faute (v. Marton, *R.T.*, 1935, 499 s. ; Josserand, II, n° 611). Lus d'une certaine manière, les a. 1147-1148 pouvaient s'y prêter : si le débiteur reste tenu de tout ce qui n'est pas force majeure démontrée, il garde nécessairement la charge de tous les événements douteux et anonymes, ce qui est bien plus que sa faute. L'opinion la plus répandue, cependant, maintient la nécessité de la faute dans la responsabilité contractuelle, sauf à admettre que, au moins en certains cas (obligations de résultat), cette faute sera présumée à partir de l'inexécution de l'engagement (v. Esmein, *R.T.*, 1933, 627 s. ; Mazeaud, II, n° 668 s.). Pourtant, on aurait pu remarquer que Domat (*Lois civiles*, part. 1, liv. 3, tit. 5, sect. 2, n° 10) admettait comme chose allant de soi qu'il pût être dû des dommages-intérêts sans qu'aucune faute y eût donné lieu. Il citait comme exemple les dommages-intérêts dus par le vendeur de *bonne foi* en cas d'éviction de l'acheteur. Or, cette solution subsiste dans le C.C. (a. 1630-4° ; cf. Planiol-Hamel, *Vente*, X, n° 113), et ce n'est pas une question de responsabilité, mais d'exécution du contrat (cf. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile*, Th. Paris, 1947, p. 275 s.). La vérité, est-il permis d'ajouter, est que ni l'Ancien Droit, ni le C. Nap. lui-même n'ont attribué à la notion de faute (contractuelle ou délictuelle) la précision et l'importance tyranniques qu'elle devait prendre dans le psychologisme du XIX<sup>e</sup> s. Il est encore moins probable qu'ils aient connu les nuances — scientifiquement intéressantes, mais trop raffinées pour un droit populaire — que la doctrine moderne a introduites entre faute intentionnelle, faute dolosive, mauvaise foi. Pour eux, il ne devait y avoir que deux sortes de débiteurs, parmi les défaillants : les mauvais débiteurs et les débiteurs malheureux.

b) *Obligations de résultat et obligations de moyens*. — Voltaire écrivait déjà (*Diatriba du docteur Akakia*) : « Un médecin promet ses soins et non la guérison ; il fait ses efforts, et on les lui paie. » La distinction, mise en forme par Demogue (v. n° 1237 ; VI, n° 599), a été utilisée par la jurisprudence, justement à propos du contrat médical. Ce fut d'abord implicite dans le fameux arrêt *Mercier* (Civ. 20 mai 1936, S. 37, 1, 321, D. 36, 1, 88, concl. Matter), qui pour commencer, détachait la responsabilité médicale de l'a. 1382 et la faisait entrer dans l'ordre contractuel. Aujourd'hui, c'est devenu une règle de droit : le médecin n'est pas tenu d'une obligation de résultat, mais seulement d'une obligation de moyens : Civ.<sup>1</sup> 28 juin 1989, D. 90, 413 ; Civ.<sup>1</sup> 7 oct. 1992, D. 93, 589, *J.C.P.*, 93, 2, 22071 ; Civ.<sup>1</sup> 25 févr. 1997, *J.C.P.*, 97, 1, 4016 (en annexe).

Mais la distinction a envahi bien d'autres contrats. Ex. Civ.<sup>1</sup> 14 mars 1967, 12 juin 1990 (soins généraux du dentiste, *Bull.*, n° 89, 162) ; Civ.<sup>1</sup> 4 oct. 1967 (coiffeur pour dames), *J.C.P.*, 68, 2, 15698 ; Com. 9 oct. 1990, *Bull.*, n° 234 (film publicitaire raté) ; Civ.<sup>1</sup> 10 févr. 1993 (*surveillance* des enfants dans une colonie de vacances), D. 93, 605 ; Montpellier, 16 janv. 1951 (sourcier), D. 51, 283 — toutes obligations de moyens, que l'on opposera à des exemples avérés d'obligations de résultat : Civ.<sup>1</sup> 29 oct. 1985 (rupture d'un bridge), D. 86, 417, 2<sup>e</sup> esp. ; Civ.<sup>1</sup> 2 juin 1981 (*alimentation* d'une colonie de vacances, ne pas empoisonner les enfants est un minimum), D. 81, *I.R.*, 406 ; ou

encore Civ.<sup>1</sup> 15 nov. 1988, D. 89, 179, et Civ.<sup>1</sup> 2 févr. 1994, D. 94, *I.R.*, 55, *J.C.P.*, 94, 2, 22294, ainsi que 20 juin 1995, *Bull.*, n° 263 (le garagiste réparateur n'est pas traité comme un médecin de la machine) ; Civ.<sup>1</sup> 28 oct. 1991 (descente en toboggan), *Bull.*, n° 289.

La forme frappante de la distinction l'a fait volontiers adopter en doctrine — parfois avec des variantes (ex. H. Mazeaud, *R.T.*, 1936, 1 : obligations déterminées et obligations générales de prudence et de diligence), parfois avec des approfondissements (v. Tunc, *J.C.P.*, 1945, 1, 449 ; Frossard, Th. Lyon, 1965 ; Plancqueel, *R.T.*, 1972, 334). Mais il s'est élevé aussi des critiques (v. Planiol-Esmein, n° 378 *ter* ; Malauric-Aynes, n° 473 s.), et notamment celle-ci (Colin-La Morandière, II, n° 123 ; Esmein, *Mélanges Ripert*, II, 101 ; Beignier, D. 98, 79) : que même dans les obligations de résultat il peut y avoir du plus ou du moins. Le cas du dépôt ordinaire est bien propre à faire saillir la difficulté (cf. Rémy, *R.T.*, 82, 431) : restituer la chose est une obligation de résultat, la restituer en bon état suggère une obligation de moyens (Civ.<sup>1</sup> 28 mai 1984, *Bull.*, n° 173).

D'où des hésitations renaissantes — à telle enseigne qu'un instant parut même être remise en discussion la nature contractuelle de l'obligation médicale (v. Chabas, *J.C.P.*, 73, 1, 2541 ; cf. J. Penneau, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, Th. Paris, 1973). Pour sortir de l'état de confusion où se trouve la pratique, des auteurs, G. Viney et P. Jourdain (*J.C.P.*, 97, 4016) préconisent une nette réorientation de la jurisprudence sur deux axes : 1° l'échec des soins continuerait à relever d'une responsabilité pour faute, fondée sur une obligation de moyens ; 2° l'accident caractérisé par un dommage supplémentaire étranger à la maladie serait soumis à une responsabilité stricte fondée sur une obligation de résultat, de sécurité (cf. Sargos, D. 96, chr. 365). L'objection perceptible est que, bien souvent, chez un même responsable, les deux axes s'emmêleront ou même se commanderont mutuellement. Mais le législateur ferait-il mieux ? V. *infra*, 203.

c) *Différentes qualifications de la faute contractuelle*. — Le dol avait peu retenu l'attention (sauf sous l'aspect spécialisé de la mauvaise foi selon l'a. 1153 ; v. *infra*, n° 169). On se contentait de le définir par l'intention de nuire — contamination visible des concepts de la responsabilité délictuelle. Cependant, Jambu-Merlin, *Dol et faute lourde*, D. 1955, chr. 89, en a proposé une conception plus spécifiquement contractuelle : ce serait la volonté manifeste de ne pas faire ce qui est nécessaire à l'exécution du contrat, qu'il y ait ou non intention formelle de nuire. Cette théorie semble avoir influencé Civ.<sup>1</sup> 4 févr. 1969, D. 69, 601, et Civ.<sup>1</sup> 22 oct. 1975, D. 76, 151 : le seul refus d'exécuter, même s'il n'est pas dicté par l'intention de nuire (laquelle est, en effet, difficile à prouver), peut constituer un dol au sens de l'a. 1150. Cf. Denise Nguyen Thanh-Bourgeois, La faute dolosive et sa place actuelle dans la gamme des fautes, *R.T.*, 73, 496 ; Brière de l'Isle, *La faute dolosive*, D. 80, chr. 133, et D. 81, 605. — Pour les fautes non intentionnelles, on a assisté au phénomène que notre droit civil répète à tant d'exemplaires : après un siècle, les écrous unitaires de l'a. 1137, al. 1, se sont relâchés, et la notion a repris sa tendance naturelle à la diversité. V. Lalou, *La gamme des fautes*, D.H. 1940, chr. 17. C'est surtout la faute lourde qui est entrée en expansion : v. G. Viney, D. 75, chr. 263. Par-delà l'idée sommaire des textes romains (*non intellegere quod omnes intellegunt*), on s'est préoccupé d'en préciser le critère. Les uns, psychologiquement, ont mis l'accent sur la prévisibilité du dommage (ce qui rapproche la faute lourde de la faute inexcusable selon la législation des accidents du travail) : la

faute lourde consisterait à agir alors que l'on peut et doit prévoir que l'action est de nature à préjudicier à autrui. Mais la réalité jurisprudentielle est peut-être plus complexe que cela. — N'empêche que la maxime *Culpa lata dolo aequiparatur*, venue de textes romains interpolés, paraît, pour l'assimilation, une caution un peu fragile, l'intention de nuire mettant tout de même entre le dol et une négligence ou imprudence, fût-elle grave, une différence radicale de nature. Mais on peut encore défendre l'équipollence comme une règle utilitaire de preuve, une présomption, qui serait d'ailleurs susceptible de preuve contraire (v. Mazeaud, *Resp.*, I, n° 414 : « il ne faut pas que la malice prenne le masque facile de la bêtise »).

## [160]

## PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Inexécution du contrat = faute*. — Formule lapidaire d'un arrêt, Com. 30 juin 1992, *Bull.*, n° 258 (peut-être sous influence doctrinale) : l'inexécution donne lieu à d.i., il importe peu qu'elle n'ait pas été fautive.

b) *Faute lourde*. — Malgré le pouvoir de contrôle que se réserve la Cour de cassation (Civ. 15 janv. 1929, D.H. 29, 204 ; Com. 3 avr. 1990, *Bull.*, n° 108), les circonstances de fait jouent un grand rôle dans la détermination de la notion. Et peut-être ne faut-il bien souvent chercher sous les décisions d'autre critère que celui dont se contentaient les Romains : une sorte d'épaisseur de la sottise. La valeur du bien lésé (car elle commandait des précautions particulières), l'importance de l'obligation inexécutée (ex. Civ.<sup>1</sup> 15 nov. 1988, D. 89, 349) apparaissent souvent dans les décisions. Et peut-être davantage encore la gravité des conséquences prévisibles (ex. Civ.<sup>1</sup> 18 janv. 1984, *J.C.P.*, 85, 2, 20372 ; cf. Soc. 9 juill. 1954, *J.C.P.*, 54, 2, 8416, *R.T.*, 57, 550, à propos de la faute grave du fermier). Autre critère remarquable, celui que l'on trouve appliqué à des professionnels : la répétition de la faute (ex. la fréquence des vols chez un transporteur ou dépositaire) : Civ. 29 juin 1932, S. 32, 1, 351 ; Req. 4 avr. 1933, S. 33, 1, 188. C'est tout l'opposé du système de la *culpa in concreto*, où la faute cesse d'en être une parce qu'elle est habituelle. Si l'habitude, ici, est prise en considération, c'est qu'elle trahit l'absence de l'organisation commerciale sur laquelle la clientèle était en droit de compter, ce qui est, en définitive, un critère objectif de la faute lourde professionnelle. Autre critère : le *profit* que le professionnel peut tirer de son incurie (cf. Jack, S. 32, 1, 129, H. Rousseau, S. 34, 1, 57). La part faite à l'avantage excessif dans l'analyse des clauses abusives (v. *supra*, n° 79) pourrait rendre une jeunesse à la notion de la *faute qui profite* (ex. *a contrario*, Paris, 23 nov. 1993, *G.P.*, 94, 1, 1), soit que l'on soupçonne sous la négligence une intention de lucre, soit que l'on cherche, plus objectivement, à combiner la responsabilité avec l'enrichissement sans cause. — L'assimilation de la faute lourde au dol est, en thèse générale, couramment affirmée par la jurisprudence, non pas, semble-t-il, comme une présomption utilitaire, mais plutôt comme une règle de fond, une règle morale, postulée par la gravité de la faute : ex. Civ. 29 juin 1948, *J.C.P.*, 49, 2, 4660 (qui en déduit qu'une convention limitative de responsabilité ne peut être appliquée à cette sorte de faute) ; Com. 7 mai 1980, D. 81, 245 ; Com. 3 avr. 1990, *Bull.*, n° 108. Cette assimilation conduit à la conclusion que la volonté de nuire à l'autre contractant est impliquée dans la faute lourde, Civ.<sup>1</sup> 10 avr. 1996, *Bull.*, n° 172. Un arrêt, pourtant, a jugé que là n'était pas l'essentiel, Civ.<sup>1</sup> 4 févr. 1969, D. 69,

601, *J.C.P.*, 69, 2, 16030, et a tenu, en revanche, pour équipollent au dol le refus délibéré d'exécuter.

c) *Dommage prévisible*. — C'est le dommage *normalement* prévisible, Civ.<sup>1</sup> 25 janv. 1989, D. 89, *I.R.*, 47 ; Paris, 31 mars 1994, *G.P.*, 94, 1, 402. L'imprévisibilité, dit-on, s'apprécie *in abstracto*, ce qui ne s'accorde pas, du reste, parfaitement à l'explication que l'on donne de l'a. 1150, que la prévisibilité est la projection de la prévision contractuelle, car les contractants devaient prévoir *in concreto*. Même en partant d'une appréciation *in abstracto*, on peut estimer, du reste, que Civ.<sup>1</sup> 11 mai 1982, *R.T.*, 83, 145, n. Durry, a étendu un peu loin l'horizon prévisible. Assouplissement nécessaire de l'a. 1150 en période de hausse des prix : l'exigence de prévisibilité ne porte que sur les éléments constitutifs du dommage, non sur l'équivalent monétaire destiné à le réparer, Com. 4 mars 1965, *J.C.P.*, 65, 2, 14219 ; Civ.<sup>1</sup> 6 déc. 1983, *Bull.*, n° 287.

## [161] 2 | LA LIBÉRATION DU DÉBITEUR

Dire que le débiteur est libéré s'il justifie de certaines causes, cela ne signifie pas seulement qu'il est dispensé de la prestation même qui faisait l'objet du contrat (il en était déjà dispensé, puisque, par hypothèse, cette prestation, en fait ou en droit [a. 1142], était devenue impossible) — cela signifie, plus énergiquement, qu'il est délié même des dommages-intérêts qui, s'il avait été responsable, auraient remplacé la prestation. Pour le cas particulier où l'obligation porte sur un corps certain et où ce corps certain a péri sans que la responsabilité du débiteur soit engagée, l'a. 1302, al. 1, souligne, d'une autre manière, la portée absolue de l'effet libératoire ; l'obligation est éteinte aussi bien sous sa forme primitive que sous la forme, qu'elle eût pu prendre, de dommages-intérêts.

Mais quand le débiteur est-il libéré ? L'a. 1147 répond : quand il justifie d'une cause étrangère qui ne lui est pas imputable. L'a. 1148 semble traduire : *force majeure ou cas fortuit*. C'est au moins l'hypothèse principale. Mais on admet qu'il peut y avoir d'autres causes de libération que celles-là.

## [162] I. — Force majeure ou cas fortuit

On peut saisir la notion de force majeure ou de cas fortuit (les deux expressions sont pratiquement synonymes) soit dans une définition générale, soit à travers la diversité des applications qu'elle recouvre.

► *Définition de la force majeure*

L'événement d'où provient l'inexécution doit présenter certains caractères. Ce sont des caractères qui excluent la faute : il y a *antinomie entre la force majeure et la faute*.

a) *Caractères de la force majeure*. — Un événement ne constitue une force majeure que s'il présente le triple caractère d'*irrésistibilité* (à quoi fait plus proprement allusion l'expression *force majeure, vis major*), d'*imprévisibilité* (ce qu'exprime plus spécialement *cas fortuit*), d'*extériorité* (c'est en quoi la force majeure est une cause *étrangère*). Des trois caractères l'*irrésistibilité* est probablement le plus décisif, et beaucoup, aujourd'hui, s'en contentent.

1° *Irrésistibilité*. — L'homme trouve son maître dans un événement plus fort que lui. C'est, sous sa forme la plus élémentaire, l'*impossible*, auquel nul n'est tenu (cf. *supra*, n° 4). On n'a égard qu'à l'impossibilité absolue, non pas à l'impossibilité relative, résultant des faibles moyens dont dispose personnellement le débiteur. Il ne faut pas non plus confondre avec l'impossibilité la simple difficulté : si le débiteur pouvait surmonter l'obstacle en y appliquant une dose supplémentaire de travail ou d'argent, il avait le devoir de le faire. On dit encore qu'il n'y a pas force majeure (il pourrait y avoir imprévision, si l'imprévision était reçue chez nous), quand l'exécution de l'engagement est devenue extrêmement onéreuse. La Cour de cassation demeure ferme sur tous ces points, dans l'intérêt de la sécurité des affaires.

2° *Imprévisibilité*. — Il n'est de force majeure qu'autant que l'obstacle échappait, lors de la conclusion du contrat, à toutes les prévisions humaines. Car, s'il était prévisible, le débiteur avait le devoir de prendre le surcroît de précautions qui auraient pu l'éviter ; à la limite, il devait s'abstenir de contracter plutôt que de braver le risque.

3° *Extériorité*. — L'événement empêchant l'exécution n'est libératoire qu'à la condition de se produire en dehors de la sphère dont le débiteur doit répondre. Ainsi, la défaillance du matériel ou du personnel qu'un contractant emploie à l'exécution du contrat peut bien être irrésistible et imprévisible pour lui ; mais, comme elle est survenue à l'intérieur de son entreprise, il ne peut s'en prévaloir comme d'une force majeure (cf. par ex. a. 1953, al. 1).

b) *Antinomie de la force majeure et de la faute*. — La force majeure exclut la faute, parce qu'un résultat ne peut être imputé à faute qu'à celui qui avait le pouvoir de l'empêcher. Mais il est vrai de dire aussi que la faute exclut la force majeure, car, si elle réapparaît à travers

l'événement fortuit, elle en supprime l'effet libératoire. Il est ainsi des forces majeures qui laissent subsister la responsabilité, parce qu'elles sont absorbées par les fautes qui les ont précédées ou suivies (arg. a. 1807) : ex. les marchandises ont été pillées par des émeutiers sur le quai d'une gare, mais il n'y aurait rien eu à piller si la S.N.C.F. n'avait pas été en retard pour la livraison, ou bien une brume impénétrable régnait, mais c'est un coup de barre maladroit du capitaine qui a jeté le navire et sa cargaison sur les récifs ; ou bien encore l'objet du contrat a péri dans une catastrophe, mais le débiteur aurait eu les moyens de le sauver (faute dans le sauvetage ; a. 1882).

► *Diversité de la force majeure*

La loi n'a pas donné de catalogue des forces majeures (v. cep. a. 1773, et en matière maritime, l. 28 juin 1966, a. 38). On peut classer celles que présente la pratique, soit d'après l'origine de l'événement, soit d'après l'*objet* de l'obligation à l'exécution de laquelle il met obstacle.

a) *Origine de l'événement*. — Les forces majeures par excellence sont des forces de la *nature* (tremblement de terre, foudre ou feu du ciel, tempête, inondation, etc.). Mais certaines forces des hommes peuvent aussi entrer dans la définition : soit la violence de fait (émeutes, pillages, vols à main armée), soit la puissance de droit (ordre de l'autorité publique, expropriation, réquisition ; cette espèce de force majeure se nomme *fait du prince*).

b) *Objet de l'obligation*. — La conception ordinaire de la force majeure n'est applicable telle quelle qu'aux *obligations de faire ou de ne pas faire* et aux obligations de donner portant sur des *corps certains*. Elle doit subir une restriction quand on veut la transposer aux obligations de donner portant sur des choses de genre (cf. t. III, n° 53). Cela tient à la maxime *Genera non pereunt* : malgré la destruction fortuite de tout son stock, même des stocks de tous ceux de sa profession, le débiteur de choses de genre n'est pas libéré, parce qu'il est présumé pouvoir toujours se procurer sur un marché (fût-ce à l'étranger) les marchandises qui font l'objet de son obligation. Il n'y a, pour lui, de force majeure libératoire que si la chose est *mise hors du commerce*, à titre permanent (établissement d'un monopole) ou temporaire (réquisition, blocage). Chose de genre au suprême degré, l'argent est censé ne manquer à personne et le crédit, qui peut y suppléer, être ouvert à tous. La pauvreté, même celle qui n'est pas vice, ne libère pas les débiteurs d'obligations pécuniaires. Ce ne sont là, d'ailleurs, que des postulats, sur lesquels le droit lui-même est sans illusion (il sait que l'insolvabilité existe, cf. *infra*, n° 371).

## [163] II. — Autres causes de libération

Parmi les causes auxquelles on a pu songer, deux sont indiscutablement opérantes : le *fait du créancier* et le *fait d'un tiers* ; une troisième est matière à discussion : l'*absence de faute*.

► *Fait du créancier et fait d'un tiers*

Ce sont des faits précis, déterminés, qui peuvent entrer dans la notion de la cause *étrangère* non imputable. Le débiteur, sous certaines conditions, se libérera en prouvant que l'inexécution provient de l'un de ces faits. Toutefois, la libération lui est plus facile dans le premier cas que dans le second.

a) *Fait du créancier*. — Le créancier ne peut se plaindre si c'est par son propre fait que le contrat n'a pas été exécuté (ex. un voyageur tombe du train par son imprudence, la responsabilité contractuelle de la S.N.C.F. n'est pas engagée). La situation évoque un peu ce qu'est la *faute de la victime* dans la responsabilité extracontractuelle (cf. *infra*, n° 232, 259, 284). Si le fait du créancier a eu, pour le débiteur, quelque chose d'irrésistible et d'imprévisible qui équivaut à une force majeure, le débiteur est libéré. A défaut de ces caractères, le comportement du créancier pourra encore être pris en considération pour atténuer la condamnation du débiteur. Il n'est même pas toujours besoin que ce comportement ait eu la nature d'une faute (ex. le transporteur n'est pas tenu à dommages-intérêts pour les avaries survenues par le vice propre de la marchandise, cf. a. 103, C. Com., quoique le défaut de la chose n'implique par lui-même aucune faute de l'expéditeur).

b) *Fait d'un tiers*. — Ce fait ne libère le débiteur qu'à condition d'avoir été pour lui irrésistible et imprévisible (il n'y a donc là qu'une variété de la force majeure ; d'où l'opposition entre les a. 1953, al. 1, *in fine*, et 1954 : le vol commis par un étranger est bien toujours le fait d'un tiers, mais il n'est libératoire pour l'hôtelier que s'il a eu les caractères d'une force majeure véritable). Le fait d'une personne dont le débiteur doit répondre n'est pas le fait d'un tiers (cf. a. 1735).

► *Absence de faute*

Quand le débiteur a justifié de l'un des faits déterminés qui constituent une cause étrangère libératoire au sens de l'a. 1147, il a, du même coup, implicitement démontré qu'il n'a commis aucune faute. Pourrait-

il aussi bien se libérer en faisant directement cette démonstration, en prouvant que sa conduite a été exempte de faute, parce qu'il a apporté à l'exécution du contrat tous les soins et toute la diligence qui étaient nécessaires ? Le problème, pratiquement, ne concerne pas les obligations de moyens, puisque, là, le créancier, par hypothèse, a déjà dû établir la faute de son cocontractant. Mais, dans les obligations de résultat, le débiteur aurait avantage à se libérer par la preuve de l'absence de faute, car il laisserait ainsi à la charge du créancier tous les cas où la cause de l'inexécution reste inconnue, tous les cas douteux ou anonymes. Ce n'est pas, cependant, semble-t-il, la solution qui prévaut : on exige, en général, du débiteur la preuve d'une cause précise de libération (arg. a. 1302, al. 3).

## [164] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Mazeaud, *Responsabilité*, II, n° 1563 s. — Cf. Radouant, *Du cas fortuit et de la force majeure*, Th. Paris, 1919 ; Sousse, La notion de « force majeure non exonératoire », *Dr. pros.*, 95 (1), 125 ; Antonmattei, La force majeure, *J.C.P.*, 96, 1, 3907.

## HISTOIRE

Origine de la théorie à Rome (v. Monier, II, n° 167 s.), mais avec les traits d'un droit plus matérialiste que le nôtre : par le système de la *custodia*, beaucoup de débiteurs demeurent responsables des pertes survenues par cas fortuit ; d'autre part, c'est à l'irrésistibilité de l'événement qu'est, le cas échéant, attaché l'effet libératoire, plutôt qu'à l'imprévisibilité, notion psychologique. Sur l'Ancien Droit, v. Timbal, II, 40 s.

## POLITIQUE LÉGISLATIVE

Le droit anglo-américain se singularise par une position de principe rigoureuse : en dehors de l'*Act of God, vis divina* étroitement limitée aux forces de la nature, le cas fortuit n'est pas libératoire (le principe ne va pas, toutefois, sans atténuations, fondées sur l'intention implicite des parties). C'est, sans doute, historiquement, la survivance d'un système archaïque, comparable à la vieille *custodia* romaine. Mais cette survivance s'explique peut-être par une harmonie préétablie avec l'esprit de peuples commerçants, qui pratiquent la morale des affaires plutôt que celle de la patience. La conception inverse des droits continentaux peut sembler plus sociale. Il ne faut pas, cependant, être dupe du mot *débiteur*, abstraction qui recouvre des réalités humaines très diverses. Il est des débiteurs pour lesquels on peut juger bon, dans une certaine vue politique, d'adoucir les exigences de la force majeure (symptôme de cette tendance, l'a. L. 411-53 Nouveau C. Ru., qui autorise le fermier à invoquer, comme une sorte de diminutif de la force majeure, les *raisons sérieuses et légitimes* qu'il a eues de ne pas exécuter ses obligations, c'est-à-dire, à ce qu'il semble, la simple difficulté d'exécution). Mais, aujourd'hui, bien souvent la force majeure est invoquée par des débiteurs qui n'auraient nullement besoin de protection, des entreprises puissantes de taille à assumer

tous les risques. De surcroît, il arrive que ces débiteurs soient intimement liés à l'Etat (entreprises nationalisées) et, par là, n'apparaissent plus comme purs de toute responsabilité dans les prétendues forces majeures qu'ils invoquent (guerres, grèves, faits du prince ; ils sont les princes). — La règle *Genera non pereunt* postule une économie d'abondance, *J.C.P.*, 1945, 2, 2795, le négoce, *R.T.*, 59, 749.

[165]

## THÉORIE JURIDIQUE

a) *Distinction du cas fortuit et de la force majeure*. — La dualité des expressions employées par le C.C. (et non pas seulement dans l'a. 1148 ; v. a. 1348-4<sup>o</sup>, 1733, etc.) a suggéré l'idée qu'il pourrait y avoir là deux notions différentes : la *force majeure* serait le fait absolument étranger à la personne du débiteur (force de la nature, fait du prince, fait d'un tiers), faisant irruption du dehors dans le cercle contractuel, et à ce titre toujours libératoire ; le *cas fortuit* serait un événement non fautif sans doute, mais se produisant à l'intérieur de l'entreprise montée par le débiteur (ex. incendie, avaries de matériel, déraillement), et à ce titre, laissant subsister la responsabilité contractuelle. L'opposition, qui avait déjà été faite dans la doctrine germanique (Exner, *La notion de la force majeure ; théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*, trad. 1892), fut surtout développée chez nous, au début du siècle, par Josserand (*Traité des transports*, n<sup>os</sup> 568 s., et *Cours de Droit civil positif*, II, n<sup>o</sup> 451 ; cf. Bourgoïn, *Essai sur la distinction du cas fortuit et de la force majeure*). C'était une tentative pour faire entrer dans la responsabilité contractuelle une part de responsabilité objective, de responsabilité pour risque créé. La base exégétique en était faible, car il est visible que le C.C. a employé les deux expressions indifféremment. Du point de vue de l'interprétation des textes, on peut dire que le système n'a pas réussi (cf. Mazeaud, II, n<sup>os</sup> 1559 s.). Mais il avait, quant au fond, quelque chose de juste : le débiteur ne peut invoquer comme libératoires les événements, même irrésistibles et imprévisibles, qui sont inhérents au fonctionnement de son entreprise.

b) *Notion de la force majeure*. — Dans l'analyse, on attache aujourd'hui bien moins de poids à l'imprévisibilité qu'à l'irrésistibilité (cf. Cornu, *R.T.*, 81, 171) : un minimum de prévision paraît faire partie de la prudence courante. Mais on reproche surtout à la doctrine classique d'avoir mis l'accent de l'absolu sur chacun des éléments de la trilogie. N'était-ce pas exiger de l'homme les qualités d'un surhomme ? Critique brillante de Tunc (Force majeure et absence de faute en matière contractuelle, *R.T.*, 1945, 243 s.), lequel préconisait un certain relativisme dans la notion : la force majeure, fait-il remarquer, n'est pas la *vis maxima*, mais simplement la *vis major*. C'est la force que ne peut surmonter le bon père de famille. Elle est libératoire dès qu'elle domine les moyens que le débiteur était obligé de mettre en œuvre ; elle doit être mesurée sur la diligence qu'il devait d'après le contenu de l'obligation. En conclusion, le débiteur pourrait se libérer par la seule preuve de l'absence de faute, parce que force majeure et absence de faute seraient deux notions équivalentes. On peut discuter, d'un point de vue social ou économique, s'il est bien opportun d'alléger la situation des débiteurs contractuels ; mais, philosophiquement, c'est la conception relativiste qui a raison : l'absolu n'est pas de ce monde.

[166]

## PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Notion générale de la force majeure*. — Beaucoup d'arrêts anciens, à mi-XX<sup>e</sup> s. encore, adoptaient dans leurs formules la conception la plus rigoureuse : ex. un événement indépendant de la volonté humaine et que cette volonté n'a pu ni prévoir ni conjurer (Civ. 1<sup>er</sup> juill. 1857, D. 57, 1, 307) ; un événement échappant à toutes les prévisions humaines (Civ. 21 janv. 1918, D. 18, 1, 9). Il est vrai que, par-delà ces déclarations de principe, on constatait parfois, au gré des espèces, pas mal de modération et, en définitive, d'humanité (en ce sens, Rodière, *R.T.*, 1954, 209). A rebours, cependant, d'autres arrêts sont si raides qu'ils feraient penser (s'ils ne s'expliquaient par en dessous) à une responsabilité contractuelle purement objective (cf. Rodière, *R.T.*, 1954, 212). Ex. Civ. 1<sup>er</sup> 30 juin 1953, D. 53, 642, *J.C.P.*, 53, 2, 7764 (le déraillement dû à un sabotage lors d'une grève générale n'est pas force majeure, car il pouvait être prévu et évité ; c'est très sévère, mais l'idée de service public a dû influencer la décision, et la S.N.C.F. semblait s'identifier avec l'Etat, responsable de l'ordre sur tout le territoire) ; Civ. 2<sup>e</sup> 4 mars 1954, *J.C.P.*, 54, 2, 8122 (l'humidité des couloirs du métro par temps de neige n'était pas force majeure pour la R.A.T.P. ; du métro, on attend qu'il assure le clos et le couvert). Ex. persistants de sévérité : Civ. 3<sup>e</sup> 28 sept. 1983, D. 84, *I.R.*, 41, ce n'est pas parce qu'un incendie a une origine criminelle qu'il est force majeure pour le locataire innocent (cf. Civ. 1<sup>er</sup> 6 mai 1968, D. 68, 694) ; la reconnaissance administrative d'une catastrophe naturelle ne règle pas nécessairement la question de droit privé, Civ. 3<sup>e</sup> 24 mars 1998, *R.T.*, 93, 594 ; une gelée tardive, même classée (un peu légèrement ?) calamité agricole, n'est pas une force majeure, Soc. 25 oct. 1995, D. 95, *I.R.*, 258. Sans conséquence contraire sur l'extension pratique de la notion, le mouvement doctrinal qui tend à faire de la seule irrésistibilité le critère de la force majeure paraît avoir gagné la jurisprudence : ex. Com. 28 avr. 1998, D. 99, 469.

Il faut mettre à part la jurisprudence relative à ce que l'on pourrait appeler la *force majeure financière*, ou plutôt le principe — marqué par un libéralisme économique qui ne s'interdisait pas de paraître impitoyable — qu'il n'y a pas de force majeure en matière financière. Le principe recouvre deux solutions, d'ailleurs liées : 1<sup>o</sup> Pas de force majeure lorsque l'exécution du contrat, sans être impossible, est devenue extrêmement onéreuse (Civ. 4 août 1915, S. 16, 1, 17, D. 16, 1, 22 ; Civ. 17 nov. 1925, D.H. 26, 35 ; Com. 18 janv. 1950, D. 50, 227 ; Soc. 8 mars 1972, D. 72, 340, fût-ce au point d'entraîner la ruine du débiteur ; Soc. 20 févr. 1996, D. 96, 633. Le créancier ne peut demander au débiteur de se tuer pour exécuter, mais il peut lui demander de se ruiner : plaie d'argent n'est pas mortelle. L'exécution du contrat financièrement désastreux est toujours possible, car, à la limite, il suffira d'inscrire un chiffre négatif au passif du patrimoine ; 2<sup>o</sup> Par le même raisonnement, pas de force majeure dans l'insolvabilité, d'ores et déjà acquise, du débiteur, dans son état de faillite (Civ. 2 févr. 1927, D. 27, 1, 164 ; Paris, 17 févr. 1892, D. 94, 2, 1), dans son indigence. Des courants plus cléments ont traversé, pourtant, la jurisprudence : ex. Civ. 2<sup>e</sup> 26 mai et 14 juin 1956, D. 56, 573 (des difficultés financières, sans constituer la force majeure, peuvent faire accorder au débiteur le bénéfice de la bonne foi, qui le dispense des majorations de retard pour non-paiement des cotisations de Sécurité sociale ; cf. Com. 8 juill. 1981, *R.T.*, 82, 426) ; Civ. 3<sup>e</sup> 19 avr. 1972, D. 73, 205 (l'état de chômage peut dispenser un associé de remplir ses engagements

financiers). Mais ces timidités allaient être débordées par la montée du chômage, les phénomènes de surconsommation et de surendettement, avec le remède spécifique de la loi Neiertz (31 déc. 1989, C. Consom., a. L. 331-1 ; cf. *infra*, n° 369).

[167] b) *Applications de la notion de force majeure*. — On pourrait composer un droit des forces majeures spéciales, comme il y a un droit des contrats spéciaux : cf. Demogue, VI, n°s 544 s.

1° *Guerre*. — Il faut distinguer l'état de guerre et les faits de guerre. Quoique l'état de guerre répande dans tout le pays un trouble économique et social extrêmement profond (mobilisation du personnel, pénurie des produits, etc.), il n'est pas par lui-même force majeure : Civ. 4 août 1915, S. 16, 1, 17, Orléans, 20 juill. 1942, D.C. 43, 17 ; Civ. 14 janv. 1997 (pour la guerre du Golfe en 1991), *R. Resp. civ. assur.*, 97, n° 120. C'est qu'il n'y a pas, pour autant, impossibilité absolue d'exécuter : l'exécution est seulement devenue plus onéreuse ou plus difficile. Une causalité trop lointaine dilue la force majeure : la crainte que la guerre du Golfe ne retentisse sur l'accueil des touristes français au Maroc n'était pas assez forte pour libérer ceux-ci de leurs obligations envers l'agence de voyage, Civ. 8 déc. 1998, *J.C.P.*, 99, 2, 10106, 2<sup>e</sup> esp. Mais des faits de guerre précis pourront, selon les cas, constituer une force majeure pour un contractant : ex. évacuation sur ordre (Civ. 22 déc. 1954, D. 55, 252, *R.T.*, 1955, 238). Une émeute, même en Thaïlande, n'est pas la guerre (Civ. 20 janv. 1998, *J.C.P.*, 98, 4, 1551). On n'a plus égard à la distinction désabusée de l'a. 1773.

2° *Grève*. — Cf. A. Bouziges, *Mélanges J. Savatier*, 1992, 85. Est-elle une force majeure dans les rapports d'un entrepreneur avec sa clientèle ? Elle peut paralyser plus ou moins complètement la fabrication, les livraisons, l'arrivée des matières premières. Au début du siècle, des décisions lui reconnaissaient la nature d'une force majeure, mais à une triple condition qui conserve une part de pertinence : qu'elle ait eu une certaine extension (ex. Civ. 24 janv. 1995, D. 95, 327, la grève affectait l'ensemble du secteur public) ; qu'elle ait été soudaine et imprévue (typique, la grève sans préavis, Civ. 6 oct. 1993, *J.C.P.*, 93, 2, 22154) ; qu'elle n'ait pas été provoquée par une faute du patron (c'en était une que son intransigeance à l'égard des salariés ; s'il pouvait les désarmer par des concessions raisonnables, il avait le devoir, à l'égard de sa clientèle, de faire ces concessions ; ce qui amènera le juge du contrat à porter un jugement de *prima facie* sur le conflit du travail qui s'est élevé à l'intérieur de l'entreprise). — Cependant, à notre époque, la physionomie des grèves a beaucoup changé : de plus en plus, ce sont des phénomènes de masse échappant à l'action des individus qui ont passé des contrats ; bien souvent, c'est, par-dessus la tête d'un patron, au patronat en bloc ou même à l'Etat qu'elles s'attaquent. Leur nature de force majeure paraît plus évidente. D'autant que, dans un régime d'économie mixte ou plus ou moins dirigée, l'entreprise où la grève éclate n'aurait pas toujours les moyens de l'éviter, les salaires étant sous le contrôle de l'Etat, ou du moins sous l'influence de ses recommandations déflationnistes. C'est ce que faisait valoir l'E.D.F. dans l'espèce (qui a donné lieu à Com. 24 nov. 1953, *J.C.P.*, 54, 2, 8302 ; mais l'arrêt avait estimé qu'il n'y avait pas, pour autant, force majeure, semblant ainsi rejoindre la tendance à la sévérité, signalée *supra* (a), à moins qu'il ne s'expliquât par cette considération que l'E.D.F., c'est au fond l'Etat. Mais, depuis lors, la Cour de cassation s'est rangée à l'opinion indulgente (ou réaliste), et elle y a apporté bien plus de netteté : Com. 21 nov. 1967, D. 68, 279, *J.C.P.*, 68, 2, 15462 (les jeux de princes sont au risque des sujets) ; et surtout Ch. mixte,

4 févr. 1983, *R.T.*, 83, 549, n. Durry, suivie par Civ. 6 oct. 1993, *J.C.P.*, 93, 2, 22154 (cf. Civ. 24 janv. 1995, D. 95, 327).

3° *Vol*. — Même le vol à main armée, autrefois incontestable force majeure (arg. a. 1954, avant la l. 24 déc. 1973), n'en est plus toujours une, de nos jours, faute d'imprévisibilité (Civ. 9 mars 1994, *J.C.P.*, 94, 1, 3773, n° 6, n. G. Viney). A plus forte raison, on conçoit que les autres formes de vol, y eût-il effraction, ne suffisent pas à libérer le débiteur tenu d'une obligation de restituer : Civ. 8 nov. 1881, S. 83, 1, 167 ; Com. 8 avr. 1948, S. 49, 1, 135 ; Com. 7 mai 1980, D. 81, 245 (1<sup>re</sup> esp.). Le fait est qu'il peut y avoir quelque négligence ou imprudence à se laisser détrousser (cf. n° 267, la jurisprudence sur l'auto volée). Aujourd'hui, cependant, le pullulement des vols crée une situation si irrésistible que la qualification de force majeure y retrouve un sens : si, comme beaucoup le croient, le phénomène dérive d'une carence de l'appareil étatique, préventif et répressif, il y a bien force majeure — par un fait du prince à l'état diffus.

4° *Maladie*. — Ce qui fait la difficulté, c'est que la maladie apparaît à la fois comme une force de la nature (des microbes) ou une élection de Dieu et comme une faiblesse interne de l'homme (cf. Durry, *R.T.*, 69, 136). Il y avait jadis des décisions incroyablement dures (ex. Req. 15 juin 1911, D. 12, 1, 181 : la mort, encore qu'à peu près subite, ne serait pas force majeure) et d'autres indulgentes (ex. Paris, 7 janv. 1910, D. 10, 2, 292 ; c'est force majeure libératoire, pour un écrivain, que de souffrir des dents). La maladie du salarié a donné lieu à des arrêts abondants et nuancés (cf. Rivero et J. Savatier, *Droit du travail*, 1991, p. 562), au vu desquels il est bien difficile de dire si, en principe, elle met fin (Soc. 12 mai 1980, D. 81, *I.R.*, 128) ou non (Soc. 5 et 19 oct. 1977, D. 78, 408, n. Jeammaud ; Soc. 29 nov. 1990, D. 91, 339, n. N. Decoopman) au contrat de travail. En tout cas, elle ne fait que le suspendre si elle reste assez brève pour ne pas troubler la marche de l'entreprise ; ex. Soc. 18 févr. 1944, S. 44, 1, 104, *R.T.*, 45, 44 (v. *infra*, n° 195). Encore y faut-il toujours un certificat médical, *morbum facit medicus* (cf. Soc. 11 janv. 1984, D. 85, *I.R.*, 348 ; Soc. 9 juill. 1997, *J.C.P.*, 97, 4, 1932). — Les progrès de la santé publique, rendant usuel un examen médical périodique de l'individu, ne tendent-ils pas à faire disparaître le caractère d'imprévisibilité, donc la qualification de force majeure ?

## [168] 2 / La réalisation du droit à dommages-intérêts

Le droit du créancier se réalise par une procédure. Il lui faut obtenir la *condamnation* du débiteur aux dommages-intérêts. Mais, avant même le procès qui doit aboutir à cette condamnation, une procédure extrajudiciaire peut être nécessaire, dans certains cas, pour fixer le droit du créancier : c'est la *mise en demeure*, préliminaire formaliste qui est spécial à la responsabilité contractuelle.

## 1 | LA MISE EN DEMEURE

La demeure (*mora*) est le retard, plus largement le défaut du débiteur, constaté dans les formes légales. Le créancier met le débiteur en demeure en lui adressant une réclamation solennelle. Cette réclamation est destinée à l'interpeller, à le sommer d'exécuter et, pour ainsi dire, à le mettre dans son tort, en lui ôtant tout prétexte tiré d'une négligence ou tolérance de son créancier.

L'acte que l'a. 1139 désigne en première ligne pour opérer mise en demeure est l'acte d'huissier appelé *sommation*. Mais le texte de 1804 admettait déjà l'emploi d'un acte *équivalent* (= pourvu d'une égale énergie). Et la loi du 9 juill. 1991, consacrant la pratique antérieure, a finalement écarté tout formalisme : la mise en demeure peut se faire par simple lettre missive, lorsqu'il ressort des termes utilisés une interpellation suffisante (= lorsque ces termes rendent évident que le créancier est à bout de patience). Reste, toutefois, la difficulté de prouver que la lettre a bien été *reçue*. C'est en quoi la lettre recommandée avec demande d'avis de réception (a. 669 C. Pr. C.) conserve un avantage sensible. Elle est, d'ailleurs, devenue aujourd'hui la forme ordinaire de notification des actes.

Bien que l'a. 1146 ne distingue pas, le rôle de la mise en demeure n'est pas identique selon qu'il s'agit des dommages-intérêts *moratoires* ou *compensatoires*.

► *La mise en demeure et le droit aux dommages-intérêts moratoires*

C'est le domaine propre de la mise en demeure : elle est en *principe* (mais il y a des *exceptions*) une condition à défaut de laquelle les dommages-intérêts moratoires ne sont pas dus.

a) *Le principe* est que le débiteur, qu'il doive une somme d'argent (a. 1153, al. 3) ou une prestation quelconque (a. 1146), n'est pas tenu des dommages-intérêts par le seul fait qu'il a été en retard pour exécuter son obligation. Il n'en est tenu que s'il a été mis en demeure, et seulement pour la partie du retard postérieure à la mise en demeure. Tant que l'interpellation ne lui a pas été adressée, il a pu croire que le créancier n'avait pas d'intérêt à l'exécution immédiate, et lui accordait tacitement un délai supplémentaire. La solution, qui doit être rapprochée d'une autre règle du droit, d'après laquelle les dettes sont qué-

rables et non portables (a. 1247 ; cf. *infra*, n° 328), est parfois exprimée sous une forme un peu différente : la seule échéance du terme ne vaut pas mise en demeure (ne met pas en demeure à la place du créancier ; *dies non interpellat pro homine* ; cf. a. 1139).

b) A ce principe, des *exceptions* peuvent être apportées, par la volonté des parties ou par la loi :

1° La *convention* peut stipuler que le débiteur sera en demeure et devra des dommages-intérêts moratoires par la seule arrivée du terme (a. 1139). Cette clause peut même, selon la jurisprudence, être *tacite* et s'induire des circonstances (ex. si la dette a été stipulée portable, on peut en conclure que le créancier est dispensé de la mise en demeure), ou de l'usage conventionnel (le solde d'un compte courant porte intérêt de plein droit à partir de la clôture du compte) ;

2° Pour certaines dettes de sommes d'argent (ex. a. 474, 2001), la *loi* décide que le débiteur, faute de paiement à l'échéance, devra de plein droit des intérêts moratoires (a. 1153, al. 3), c'est-à-dire sans qu'il soit besoin de mise en demeure. Une exception plus générale résulte de l'a. 1153-1 : toute condamnation à dommages-intérêts, en matière contractuelle aussi bien qu'extra-contractuelle, fait courir de plein droit les intérêts moratoires.

► *La mise en demeure et le droit aux dommages-intérêts compensatoires*

La mise en demeure n'est pas ici toujours exigée. C'est selon l'utilité qu'elle peut procurer au créancier, comme moyen soit de pression, soit de preuve.

a) *Moyen de pression*. — L'interpellation pourra déterminer le débiteur à exécuter. Encore faut-il que l'exécution soit encore possible. C'est pourquoi il n'y a plus lieu à mise en demeure dans les cas des a. 1145 et 1146 *in fine* : elle ne servirait plus à rien ;

b) *Moyen de preuve*. — La mise en demeure rend manifeste la mauvaise volonté du débiteur ; elle fait apparaître que l'inexécution est due à sa faute et non pas à celle du créancier (lequel aurait, par ex., omis de prendre livraison). Mettre le débiteur en demeure, c'est le constituer solennellement en faute, ce qui se traduit par deux conséquences à l'avantage du créancier : la charge des *risques* est déplacée ; le caractère *fautif* de l'inexécution est mis hors de doute.

1° *Effet sur la charge des risques*. — A partir de la mise en demeure, le débiteur assume la responsabilité des cas de force majeure, qui ne seront plus libératoires pour lui. La loi (a. 1138, al. 2 ; 1302, al. 1) rai-

sonne sur les contrats comportant une obligation de livrer un corps certain, et elle présume que, si le débiteur avait livré à temps, comme il en avait le devoir, la perte ne se serait pas produite chez le créancier. Le manquement originaire a donc été la cause de la perte ; la faute initiale absorbe la force majeure. D'où le droit du créancier aux dommages-intérêts compensatoires (mais aussi la preuve contraire réservée par l'a. 1302, al. 2).

2° *Effet sur le caractère fautif de l'inexécution.* — La mise en demeure n'est pas une condition générale du droit aux dommages-intérêts compensatoires. Mais, dans la mesure où ce droit dépend de la constatation d'une faute, la formalité pourra être nécessaire, car en son absence l'attitude du débiteur n'apparaîtrait plus comme fautive. Il en est ainsi toutes les fois que le débiteur peut légitimement ignorer l'existence de l'obligation à exécuter. Ex. le locataire qui subit un préjudice parce que des réparations n'ont pas été faites sur l'immeuble loué ne peut prétendre à dommages-intérêts si, le besoin de réparations ayant surgi inopinément, il n'a pas mis le bailleur en demeure d'y pourvoir. Inversement, la mise en demeure est inutile s'il est d'ores et déjà certain que le débiteur connaît l'obligation, mais entend ne pas l'exécuter (il a averti formellement le créancier qu'il n'exécuterait pas).

## [169] 2 | LA CONDAMNATION À DOMMAGES-INTÉRÊTS

Par une action en justice, le créancier de l'obligation inexécutée obtiendra la condamnation du débiteur à réparer le dommage causé par l'inexécution.

a) *Exclusion de la réparation en nature.* — Il est de principe que la réparation du dommage ne peut avoir lieu que par l'allocation d'une somme d'argent au créancier de l'obligation inexécutée. Le juge ne pourrait condamner le débiteur à une réparation en nature (ex. condamner celui qui a emprunté un livre et l'a perdu à en fournir un autre exemplaire). Ainsi, toutes les fois que la créance originaire n'était pas elle-même une créance de somme d'argent, le créancier n'a droit qu'à une satisfaction par équivalent, et il s'opère une transformation dans le contrat inexécuté.

Cela ne veut pas dire qu'un débiteur ne puisse être condamné à exécuter directement le contrat (ex. l'emprunteur à restituer le livre emprunté, s'il l'a encore en sa possession). Mais c'est un autre problème, qui se pose dans une situation différente (et l'on peut s'y tromper)

quand le contrat peut encore être exécuté (*infra*, n° 372). Ici, nous supposons une inexécution consommée, qui cause un préjudice au créancier : le dommage ne pourra être réparé que sous la forme pécuniaire.

b) *Evaluation du dommage en argent.* — Cette opération ne présente pas les mêmes difficultés selon que l'obligation inexécutée était elle-même une *obligation en nature* ou une *obligation pécuniaire* (cf. *supra*, n° 10).

1° *Inexécution d'une obligation en nature.* — Faisant état des différents chefs de préjudice *réparable* dont s'est prévalu le créancier, le juge en recherchera l'équivalent pécuniaire exact. En termes de responsabilité, on dit que les dommages-intérêts doivent être adéquats au préjudice, que le préjudice réparable doit être réparé intégralement (a. 1149).

Il y a lieu d'appliquer ici les principes techniques de toute évaluation (v. t. III, n° 23). La principale difficulté est d'ordre monétaire et concerne le *moment* de l'évaluation. On peut hésiter entre la date où le contrat aurait dû être exécuté (et ne l'a pas été ; c'est la date où le préjudice a été consommé) et la date où intervient la condamnation définitive du débiteur. La jurisprudence se prononce pour la seconde date, comme en matière de responsabilité délictuelle (v. *infra*, n° 285). L'hypothèse pratique de notre époque étant que la monnaie s'est dépréciée dans l'intervalle et que les prix de toutes choses ont monté, c'est la solution la plus avantageuse au créancier, celle qui s'approche le plus de la réparation intégrale.

2° *Inexécution d'une obligation monétaire.* — Il ne peut s'agir ici que de dommages-intérêts *moratoires*. Le juge n'a pas à les évaluer, c'est la loi qui les évalue pour lui — non pas directement le C.C., mais une loi particulière qu'annonce l'a. 1907. Cette loi a changé plusieurs fois : c'est actuellement la loi 75-619 du 11 juillet 1975, modifiée par une loi 89-421 du 23 juin 1989, laquelle à son tour se réfère à une donnée extérieure, une donnée du marché monétaire. Les dommages-intérêts pour retard dans l'exécution d'une obligation pécuniaire se présentent ainsi comme un *pourcentage* de la somme due, comme les intérêts d'un capital qui est la créance : ce sont les *intérêts légaux* ou *moratoires*. Le contrat pourrait, du reste, prévoir un taux différent, mais à deux conditions : la stipulation doit être écrite (a. 1907, al. 2 = a. L. 312-2 C. Consom.), et elle ne doit pas, semble-t-il bien (cf. *supra*, n° 80), dépasser le plafond de l'usure, tel qu'indiqué par l'a. L. 313-2 C. Consom., ce texte étant invoqué non pas pour application directe (puisqu'il n'y a pas ici de contrat de prêt), mais comme donnée de fait, propre à nourrir l'appréciation de ce que les mécanismes usuraires ont d'immoral ou de contraire à l'ordre public économique.



Le système des intérêts légaux comprend deux taux, successivement applicables :

— le taux ordinaire, à compter de la mise en demeure. Ce taux est fixé par décret pour la durée de chaque année du calendrier, d'après la moyenne des taux de rendement actuariel des adjudications de certains bons du Trésor. Pour l'année 1999, ce taux a été fixé à 3,47 % ;

— un taux majoré de cinq points (ainsi, pour 1999, 8,47 %) à l'expiration d'un délai de deux mois à compter du jour où, le débiteur ayant été condamné, la décision est devenue exécutoire contre lui, et ce afin que le débiteur ne se moque pas du juge en même temps que du créancier (cf. l'institution de l'astreinte, *infra*, n° 373). Toutefois, le juge de l'exécution peut, en considération de la situation du débiteur, exonérer celui-ci, en tout ou partie, de la majoration (l. 9 juill. 1991, a. 91) : c'est une extension du délai de grâce (v. *supra*, n° 133).

Il faut souligner le caractère *forfaitaire* de l'évaluation des dommages-intérêts moratoires. Le taux légal constitue à la fois un minimum et un maximum (a. 1153, al. 1), que ni le débiteur ni le créancier ne sont admis à discuter, sous prétexte que le dommage causé aurait été moindre ou plus grand.

Toutefois, selon l'a. 1153, al. 4 (rédaction de la l. 7 avr. 1900), le créancier de somme d'argent peut obtenir des dommages-intérêts supplémentaires, à une double condition :

— Qu'il justifie avoir subi un préjudice indépendant du retard, distinct de ce préjudice abstrait et uniforme qui tient à la non-disposition des fonds et qu'a déjà réparé forfaitairement l'intérêt légal (ainsi, faute de la rentrée attendue, son entreprise a fait l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire) ;

— Qu'il établisse la mauvaise foi du débiteur (le débiteur est de mauvaise foi s'il a eu conscience du tort qu'il allait causer au créancier en ne le payant pas).

## [170] ÉTAT DES QUESTIONS

### I. — *La mise en demeure*

B.G. — Planiol-Esmein, VII, n°s 771 s. ; Demogue, VI, n°s 231 s. — D. Allix, *J.C.P.*, 77, 1, 2844 ; X. Lagarde, *J.C.P.*, 96, 1, 3974.

### HISTOIRE

C'est un problème que de savoir si la *mise en demeure* est le signe d'une civilisation juridique primitive ou raffinée. On pourrait généraliser ainsi la controverse qui s'est

élevée entre les interprètes du Droit romain : si la nécessité d'une *interpellatio* existait dès les origines, ou si c'est seulement le sensible Justinien qui l'a introduite par bienveillance au débiteur. Cette dernière opinion tend aujourd'hui à prévaloir (cf., pour notre Ancien Droit, Brissaud, p. 515). Pourtant, l'idée d'un avertissement solennel adressé au débiteur semble plus analogue au formalisme primitif. D'autant que les primitifs n'ont pas du temps un sentiment aussi précis que le nôtre. L'oubli est naturel aux débiteurs, aux cautions encore plus qu'aux débiteurs principaux : à l'égard des cautions, les banques ont un devoir d'information mnémotechnique chaque année (l. 1<sup>er</sup> mars 1984 sur les difficultés des entreprises, a. 48).

### POLITIQUE LÉGISLATIVE

Bien qu'atténué par la jurisprudence, l'a. 1139 a l'inconvénient de mettre dans le fonctionnement du contrat un esprit de mollesse et de lenteur ; la ponctualité serait-elle une qualité secondaire, et peu française ? Le B.G.B. (§ 284), le C.O. (a. 102), même le C.C.It. (a. 1219-3) ont adopté la maxime inverse *dies interpellat pro homine*. Cf. F. David, De la mise en demeure, *R.C.*, 1939, 95. On peut répondre qu'un C.C. n'est pas un code de commerce et doit prêcher la morale de l'infinité patience (tandis que, dans la morale des affaires, tout à l'opposé, il pourrait être reproché à un créancier de s'être montré longanime et d'avoir ainsi permis à son débiteur de faire de nouvelles victimes ; cf. Gavalda, *J.C.P.*, 69, 2, 16124). On peut répondre surtout qu'entre l'échéance de la créance et la satisfaction du créancier s'interposent aujourd'hui des obstacles autrement décourageants que l'a. 1139 : délais de grâce, lenteurs des procès, sursis administratifs à l'exécution des décisions de justice. — Se juxtaposant tant bien que mal au système du C.C. s'est mise en place une réglementation bancaire (v. le règlement homologué du 11 avr. 1990, *J.O.*, 16 mai) : les retards du débiteur ont pour sanction une inscription au Fichier national des *incidents de paiement*, tenu par la Banque de France.

### THÉORIE JURIDIQUE

*Nature de la mise en demeure.* — On peut dissocier : d'un côté, l'acte juridique unilatéral du créancier ; de l'autre, l'attitude d'abstention persistante du débiteur (est-ce une faute distincte de l'inexécution antérieure ?). On peut nouer les deux, supposer entre créancier interpellant et débiteur interpellé une convention tacite d'où naissent ces effets nouveaux : la charge des risques, le cours des intérêts moratoires.

Cf., sur le même sujet, P. Collomb, *Demeure et mise en demeure en droit privé*, Th. Nice, 1975 (qui distingue *mora et interpellatio*, celle-ci n'étant que le moyen de créer celle-là) ; Mograbi, *La mise en demeure*, Th. Paris, 1976 (qui souligne dans la mise en demeure l'aspect d'acte discrétionnaire, l'exercice d'un droit potestatif).

Par une apparente symétrie à la demeure du débiteur, peut se rencontrer (moins fréquente) une demeure du créancier, *mora creditoris* (cf. *infra*, n° 333) : le créancier empêche par son fait le débiteur d'exécuter.

## [171]

### PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Dispense de toute mise en demeure.* — Les tribunaux l'ont toujours entendue facilement (ex. Civ.<sup>3</sup> 7 mars 1969, *J.C.P.*, 70, 2, 16461, n. Prieur ; Civ.<sup>3</sup> 17 nov. 1971, *Bull.*, n° 564).

b) *Forme de la mise en demeure.* — Depuis longtemps déjà, la Cour de cassation (Civ. 19 févr. 1878, D. 78, 1, 261 ; Req. 28 oct. 1903, D. 1904, 1, 14) avait autorisé les juges du fond à considérer après coup qu'une simple lettre missive avait pu opérer mise en demeure. La justification était tirée de l'autonomie de la volonté, les circonstances laissant supposer que les parties avaient entendu se dispenser de recourir à l'huissier. Aujourd'hui nous avons des textes (a. 1139, 1146). Mais ils semblent maintenir l'exigence d'un écrit comme minimum de forme. Il doit être suffisamment explicite pour que le débiteur puisse distinguer, dans ce qui lui est réclamé, ce qui est certain et ce qui est contestable, Soc. 8 juin 1995, *J.C.P.*, 96, 2, 22579. Une visite faite au débiteur ne saurait, en tout cas, être tenue pour équipollente à une épître : Civ.<sup>1</sup> 8 nov. 1961, D. 62, Somm. 73. Comment savoir, en effet, si les propos du créancier ont été suffisamment comminatoires ? Savary recommandait aux apprentis du *Parfait négociant* (1<sup>re</sup> partie, l. 4, chap. 8), chargés de la sollicitation des dettes, de la hardiesse certes, mais aussi de la patience et des circonlocutions.

c) *Les dommages-intérêts compensatoires sont-ils subordonnés à une mise en demeure ?* — Il semble y avoir deux courants contraires dans la jurisprudence de la Cour de cassation. 1<sup>o</sup> *Exigence de la mise en demeure.* Arrêt de principe : Civ. 11 janv. 1892, D. 92, 1, 257, n. critique Planiol (la récolte de foin d'un fermier avait été gâtée faute de réparations dans les lieux loués ; le bailleur n'est pas responsable parce qu'il n'avait pas été mis en demeure). Cf. Civ. 11 avr. 1923, S. 26 I, 17, n. Hubert ; Soc. 17 déc. 1943, *J.C.P.*, 47, 2, 3373 ; Civ. 31 juill. 1946, *J.C.P.*, 47 2, 3809. 2<sup>o</sup> *Inutilité de la mise en demeure* : Civ. 5 janv. 1938, S. 38, 1, 108 ; Civ. 13 nov. 1940, S. 41, 1, 11, *R.T.*, 40, 41, 603 ; Civ. 18 janv. 1943, *R.T.*, 43, 268 (précisément sur la même responsabilité du bailleur pour défaut de réparations). La seconde solution est celle qui l'emportait déjà dans la doctrine classique (v. Planiol, Hubert, *loc. cit.*). Plus tard, les avis se sont partagés : pour la première thèse, Demogue, VI, n<sup>o</sup> 232 ; pour la seconde, Mazeaud, *Resp.*, III, n<sup>o</sup> 2276) ; ou bien ils se sont nuancés, Planiol-Esmein, n<sup>o</sup> 828 ; Meurisse, *J.C.P.*, 1947, 1, 667. On peut admettre qu'il n'y a pas contradiction dans la jurisprudence : la Cour de cassation, derrière les juges du fond, apprécie quelle a été la conduite respective des parties, et de quel côté se place la plus grande négligence : le bailleur est-il plus en faute de n'avoir pas surveillé le besoin de réparations dans son immeuble, ou le locataire de n'avoir pas attiré l'attention du bailleur sur le besoin de réparations ? Cela dépend des circonstances, voire de la disposition des lieux. La mise en demeure est, en tout cas, superflue, lorsque le débiteur, par son comportement, a mis en évidence sa volonté de ne pas exécuter, Civ. 24 juill. 1928, D. 30, 1, 16 ; Com. 18 oct. 1976, *Bull.*, n<sup>o</sup> 261.

## [172] II. — La condamnation à dommages-intérêts

B.G. — Planiol-Radouant, VII, n<sup>os</sup> 821 s. ; Beudant-Lagarde, VIII, n<sup>os</sup> 587 s. ; Mazeaud-Tunc, *Resp.*, III, n<sup>os</sup> 2302 s.

### HISTOIRE

Baucoup de questions modernes ont leurs précédents en droit romain (Monier, II, n<sup>os</sup> 174 s.), y compris, sous le Bas-Empire au moins, un souci de limiter les dommages-intérêts pour ne pas écraser le débiteur (C. Just. 7, 47 ; Dig. 19, 1, 44). Cf. Bontems,

*Essai sur la théorie des dommages-intérêts en droit romain et dans les droits savants*, Th. Paris, 1969. Aux confins du droit civil et du droit pénal, les tarifs des lois barbares (cf. Bontems, *Les dommages-intérêts dans les lois barbares*, *R.H.D.*, 1969, 454) forment un modèle récurrent (cf. par ex. Le Roy, *L'indemnisation du préjudice corporel*, D. 1976, chr. 39-42). Dans l'ancien droit, la prohibition (canonique et royale) du prêt à intérêt pesa sur l'institution des intérêts moratoires. Ceux-ci ne pouvaient plus résulter d'une simple sommation : il y fallait une assignation en justice. Mais parfois prêteur et emprunteur simulaient un procès et déguisaient des intérêts conventionnels sous des intérêts judiciaires (cf. Le Camus, *Traité des intérêts des créances*, 1774, p. 146 s.).

### POLITIQUE LÉGISLATIVE

Cf. A. Robert, *L'intérêt de l'argent : réflexions sur une évolution*, *Etudes J. Lambert*, 1975, 437 s.

Dans le système qui a duré jusqu'en 1975, le taux des intérêts moratoires, s'il n'était pas fixé par le C.C. lui-même, l'était du moins par des lois auxquelles le C.C. avait renvoyé. Ces textes n'avaient d'ailleurs changé qu'à intervalles éloignés, pour tenir compte d'une évolution lente de l'économie :

1807 : 5 %	en matière civile,	6 %	en matière commerciale
1900 : 4 %	—	5 %	—
1918 : 5 %	—	6 %	—
1935 : 4 %	—	5 %	—

Par la l. 11 juill. 1975, la détermination du taux *légal* avait été déléguée pour chaque année à une décision de portée juridique incertaine, la décision de la Banque de France, établissement public, fixant le taux d'escompte en vigueur au 15 décembre précédent. La l. 23 juin 1989 a restitué compétence à l'Etat, sous les espèces du pouvoir réglementaire. Mais, aux non-professionnels du crédit, la donnée de référence peut paraître plus énigmatique qu'un taux d'escompte.

Si le taux des intérêts moratoires est par trop inférieur au taux courant des intérêts conventionnels, le débiteur est incité à ne pas payer tout de suite et à placer, en attendant, l'argent dont il dispose sur le marché emprunteur. En 1975, le taux légal de 4 % se comparait à des taux de 14 à 18 % pour les prêts entre particuliers. D'où, contre les défaillants opiniâtres, le renfort, introduit par la l. 11 juill. 1975, des 5 points supplémentaires. Ce qui n'allait pas sans une certaine contradiction de politique avec la loi du même mois (9 juill. 1975, *infra*, n<sup>o</sup> 178), permettant la réduction des clauses pénales excessives. Quinze ans plus tard, cependant, l'unité s'est rétablie pour la protection du débiteur, à la discrétion du juge. C'est la loi du 9 juillet 1991, juste au moment où la question allait perdre de son importance, le marché monétaire ayant tourné à la baisse et le taux de l'intérêt légal ayant retrouvé miraculeusement (temporairement peut-être ; que fera demain la *Bundesbank* ?) son étiage d'avant 1914. Les assureurs sont-ils des débiteurs comme les autres ? Ils échappent malaisément à leur double réputation d'avoir beaucoup d'argent et de traîner les pieds. De là, contre eux, mais en faveur des victimes des accidents de la circulation, dans le C. Ass. L. 211-13, 211-17, 211-18, des mesures discriminatoires qui vont jusqu'au doublement du taux légal.

## [173] THÉORIE JURIDIQUE

*Dommages-intérêts en cas d'inexécution d'une obligation pécuniaire.* — La nature abstraite et plus que fongible de la monnaie (cf. t. III, n° 31) explique le système. La loi présumée (irréfragablement, a-t-on ajouté sous l'influence du libéralisme économique, et quoique l'on ne fût pas dans les termes de l'a. 1352) que le créancier subit un préjudice par le seul fait du retard, et ce préjudice est évalué à un taux forfaitaire, parce que la difficulté serait extrême d'établir à quel usage il aurait employé la somme s'il l'avait touchée, et même d'établir qu'il l'aurait employée d'une manière quelconque (cf. Pothier, *Obl.*, n°s 170 s., qui n'admettait pas, d'ailleurs, le forfait dans le for de la conscience ; Domat, part. 1, liv. 3, tit. 5, préambule, qui observait, de son côté, que la justice commanderait d'augmenter les intérêts au profit des créanciers pauvres, à cause du plus grand besoin qu'ils ont de l'argent). Tous les créanciers auraient prétendu que, s'ils avaient reçu leur argent à l'échéance, ils auraient acheté des valeurs spéculatives en hausse (cependant, les a. 1150-1151 auraient généralement suffi à empêcher les abus). Il y a aussi, à la base du système légal, l'hypothèse que la monnaie a un caractère instantanément frugifère. Hypothèse de banquiers (le C.C. n'a pas osé l'admettre dans l'a. 1186 : ce qui a été payé d'avance par le débiteur à terme ne peut être répété, ni pour le capital lui-même, ni pour l'*interusurium*, l'intérêt intercalaire).

## [174]

## PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Du principe que la réparation doit être intégrale.* — Ce principe est fréquemment rappelé par la Cour de cassation, Com. 16 févr. 1954, D. 54, 534 ; Com. 2 nov. 1993, *J.C.P.*, 94, 1, 3773, n° 20. Mais son application peut être brouillée par les difficultés de l'évaluation.

b) *Du principe que l'indemnisation du créancier est pécuniaire.* — Notre droit judiciaire se montre ici l'héritier de la procédure formulaire des Romains, car c'est d'elle que vient cette précellence attribuée à la condamnation pécuniaire (Inst. de Gaius, 4, 48 : *Omnium autem formularum quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est*), cf. Monier, II, n° 173. Le principe (incertain dans la jurisprudence précédente, v. Civ. 3 déc. 1890, D. 91, 1, 151) paraît avoir été tiré au clair par Civ. 4 juill. 1924, S. 25, 1, 97, n. Huguency, D. 27, 1, 136 (l'arrêt censure une pratique antérieure des tribunaux de commerce ; ceux-ci, lorsqu'un objet en cours de transport avait subi une avarie, condamnaient volontiers le transporteur à se charger lui-même des réparations nécessaires, ce qui était au fond le condamner à une indemnisation en nature). En faveur de la solution qui a été finalement consacrée, on peut invoquer : l'a. 1142 (quoique la jurisprudence l'édulcore) ; la technique de nos voies d'exécution, qui tend essentiellement à une conversion des biens du débiteur en argent ; enfin, l'esprit général de notre civilisation juridique, individualiste parce que monétaire (ne devoir que de l'argent est encore une forme de la liberté). En sens contraire, on fait valoir que substituer un objet à un autre dans le rapport d'obligation est une atteinte grave à la loi contractuelle ; que l'on met ainsi une différence peu fondée entre la responsabilité contractuelle et la délictuelle, où l'indemnisation en nature est généralement admise (ex. Civ. 10 avr. 1948, D. 48, 421 ; v. cep. Lucienne Ripert, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, Th. Paris, 1933, n°s 12 s.). Le problème

avait rebondi avec la seconde guerre mondiale, la pénurie et le rationnement : l'allocation d'une somme d'argent ne pouvait plus apporter au créancier qu'une satisfaction très partielle (cf. Tunc, D. 1946, chr. 57). On revit alors des condamnations en nature : Caen, 2 mars 1943, *J.C.P.*, 44, 2, 2651. Quand la monnaie ne remplit plus pleinement sa fonction de pouvoir d'achat indifférencié (cf. t. III, n° 10), elle perd ses titres à être la mesure de toutes choses. — D'un esprit différent, il faut relever l'a. 1646-1 : dans la vente d'immeuble à construire, si un vice se déclare, réparer en nature, plutôt que de subir une diminution du prix, est un *droit* pour le constructeur.

c) *Évaluation du dommage.* — Les juges du fond ont un pouvoir souverain pour évaluer le montant des dommages-intérêts. Mais la Cour de cassation contrôle les chefs de préjudice retenus par eux, ex. Civ.<sup>1</sup> 20 nov. 1990, D. 91, 455, n. Aubert. Les juridictions civiles ont parfois de la peine à admettre que la notion du *lucrum (cessans)* ouvre une possibilité de spéculation licite au-delà de la valeur vénale. Les juges ne sont pas tenus de s'expliquer sur chaque chef de préjudice invoqué, une condamnation à 1 F pour tout potage pourra passer, Civ.<sup>1</sup> 16 juill. 1991, *Bull.*, n° 249 (sur l'emploi de ce symbole dans la vente, cf. B. Garrigues, *R.T.*, 91, 459). Ils ne pourraient, pourtant, présenter les d.i. fixés par eux comme *forfaitaires*, Civ.<sup>1</sup> 2 avr. 1996, *Bull.*, n°166, ou *équitables*, Com. 16 avr. 1996.

d) *Moment de l'évaluation.* — Les hésitations ont été un peu plus grandes qu'en matière délictuelle (cf. *infra*, n° 288) : Req. 29 juin 1926, D.H. 26, 420 ; Civ. 27 juin 1928, *G.P.*, 28, 2, 520. A cause de l'a. 1150 : la hausse des prix entre le jour du dommage et celui du jugement définitif semblait être un dommage imprévisible (imprévisible en fait ? on pouvait en douter, si le contrat avait été conclu à une époque où les esprits s'étaient déjà accoutumés à l'instabilité monétaire ; mais imprévisible en droit parce qu'il est illicite d'être sceptique sur l'avenir de la monnaie nationale). La jurisprudence s'est fixée dans le sens de l'évaluation au jour du jugement définitif : Soc. 19 nov. 1953, D. 54, 361, *J.C.P.*, 54, 2, 8039 ; Com. 16 févr. 1954, D. 54, 534, *J.C.P.*, 54, 2, 8062 (effort pour écarter l'objection de l'a. 1150 : ce que considère le texte, c'est la prévisibilité portant sur la nature et l'étendue du dommage, non sur son expression monétaire) ; Civ.<sup>1</sup> 20 nov. 1990, *Bull.*, n° 258 ; Civ.<sup>3</sup> 8 févr. 1995, D. 95, Somm. 234. Le problème n'a pas été assez examiné comme problème de droit monétaire : l'obligation du débiteur en cas d'inexécution apparaît, tant que les dommages-intérêts n'ont pas été définitivement liquidés, comme dette de valeur (v. *supra*, n° 12), plutôt qu'obligation de somme d'argent ; elle a une élasticité qui la fait échapper au principe nominaliste.

e) *Dommages-intérêts supplémentaires alloués au créancier de somme d'argent en vertu de l'a. 1153, al. 4.* — La loi du 7 avril 1900, en ajoutant cet alinéa à l'a. 1153, avait voulu consacrer une jurisprudence antérieure, mais elle s'y est prise fort mal : d'où des difficultés d'interprétation (cf. Hubert, S. 1926, 1, 49). Les juges du fond ont été enclins à accorder des dommages-intérêts supplémentaires toutes les fois que, par sa carence, le débiteur avait occasionné un préjudice exceptionnellement grave au créancier. Tendace équitable qui n'était pas dépourvue de base juridique, n'étant que l'application de l'a. 1382, de la responsabilité délictuelle, à travers une responsabilité contractuelle (cf. *infra*, n° 292). Mais le texte est plus étroit que cela. 1° Sur la condition de *mauvaise foi*, la Cour de cassation s'est attachée à la formule légale : une simple faute ne suffit pas, la mauvaise foi est exigée (ex. Civ. 7 mai 1924, D. 26, 1,

128 ; Civ. 29 juin 1942, D.C. 44, 3 ; cf. Civ.<sup>1</sup> 16 mars 1977, *Bull.*, n° 139 ; Civ.<sup>3</sup> 10 janv. 1978, D. 78, I.R., 414). Seulement, la mauvaise foi, c'est sinon l'intention de nuire, le dol, du moins la conscience que l'on a de porter à autrui un tort particulier. Or, bien souvent, ce que l'on peut reprocher au débiteur (avant la l. 5 juill. 1985, qui a pris d'autres mesures à leur sujet, on citait toujours les compagnies d'assurance), ce sont des attermolements, des résistances bureaucratiques, qui entrent malaisément dans le concept *juridique* de mauvaise foi. Peut-être aurait-on évité l'obstacle, en raisonnant, plutôt que sur la mauvaise foi de l'a. 1147, sur la bonne foi de l'a. 1134, al. 3 : cette bonne foi n'implique-t-elle pas un minimum d'esprit de coopération (dans l'exécution ; cf. la bonne foi dans le surendettement, *infra*, n° 365) ? — 2° *Le préjudice indépendant du retard* doit être constaté (Civ.<sup>1</sup> 9 mai 1990, D. 90, I.R., 135), mais les juges du fond l'apprécient souverainement (Com. 4 oct. 1971, *Bull.*, n° 224). Littéralement, on pense (c'était surtout cela dans la jurisprudence d'avant 1900) à un préjudice distinct de la privation de la somme d'argent (cf. Civ. 20 févr. 1928, D.H. 28, 213) : ainsi, le débiteur a contraint le créancier aux ennuis d'une procédure inutile.

La doctrine a été plus loin, analysant le préjudice qui résulte de la privation de la somme d'argent, elle y fait deux parts : le créancier subit un préjudice abstrait et constant parce qu'il n'a pu replacer immédiatement ses fonds à intérêts (ce préjudice est réparé une fois pour toutes par les intérêts légaux) ; mais il peut, en outre, subir un préjudice concret et variable, parce qu'il n'a pu appliquer ses fonds, au moment voulu, à un emploi déterminé : ex. il n'a pu payer ses propres créanciers, ce qui lui a valu une saisie (v. Planiol-Radouant, n° 879 ; Mazeaud, III, n° 2340, n. 4), ou (son créancier étant le fisc) une majoration de 10 % ; ou bien il n'a pu faire face à une dépense urgente, ce qui l'a obligé à emprunter à un taux onéreux (v. cep. Req. 7 mai 1924, précité). L'objection, c'est que ces extensions réintroduisent, contre la nature abstraite et fongible de la monnaie, la considération de l'*emploi* de l'argent, que le système de l'a. 1153 avait eu pour but d'éliminer (cf. *supra*, Théorie juridique). Dans cette même direction, une extension aurait pu avoir une grosse importance : le préjudice inhérent à la dépréciation de la monnaie pendant le retard n'est-il pas un préjudice indépendant de ce retard, et le créancier ne peut-il prétendre à des dommages-intérêts supplémentaires pour la perte de pouvoir d'achat ? Quelques décisions pour l'affirmative : ex. Amiens, 9 nov. 1948, *G.P.*, 48, 2, 250. Mais on ne peut s'isoler aussi facilement de l'ensemble de notre système monétaire, il est nominaliste (en ce sens, Paris, 31 mars 1977, *G.P.*, 77, 2, 404). Il n'en est pas moins patent que le refus des dommages-intérêts supplémentaires, en pareil cas, aboutit à une différence peu justifiable entre deux créanciers également victimes des attermolements d'un débiteur : celui qui est créancier d'une somme d'argent liquide supportera le risque de la dépréciation ; celui qui est créancier d'une prestation en nature non encore liquidée sera exempt de ce risque, grâce à la règle de l'évaluation au jour d'un jugement définitif (v. Soc. 11 juin 1953, *G.P.*, 53, 2, 146 ; Civ.<sup>1</sup> 6 avr. 1954, *G.P.*, 54, I, 389).

### [175] 3 / Les conventions relatives aux dommages-intérêts

Le droit aux dommages-intérêts ne faisant que prolonger le contrat, il semble naturel que la volonté des parties puisse l'aménager, comme elle aménage le contrat lui-même (et à la limite, que le créancier puisse y renoncer d'avance). La position du droit positif n'est pas, cependant, uniforme, la liberté n'étant pas ici toujours sans danger. C'est ainsi qu'une première distinction doit être faite suivant que ces conventions portent sur le principe même du *droit* aux dommages-intérêts ou seulement sur leur *évaluation*.

#### 1 | CONVENTIONS PORTANT SUR LE DROIT AUX DOMMAGES-INTÉRÊTS

Leur validité n'est pas contestée quand il s'agit d'élargir la responsabilité du débiteur, en le rendant par ex. responsable des cas fortuits, alors que, de droit commun, il n'eût répondu que de ses fautes (*convention de garantie*, dit-on quelquefois ; arg. a. 1772). La difficulté n'existe que dans la direction inverse, quand les conventions ont pour objet, ce qui est beaucoup plus fréquent, de supprimer la responsabilité. Ces conventions d'irresponsabilité (ou *clauses de non-responsabilité*, comme on les appelle usuellement, car ce sont moins des conventions distinctes que des clauses particulières figurant dans les contrats dont l'inexécution est en cause) ont pris une extension considérable dans la pratique des affaires, et souvent insérées dans des contrats d'adhésion, elles ont donné lieu à des abus certains au préjudice de contractants qui n'étaient pas en situation de s'y opposer. C'est pourquoi les *solutions jurisprudentielles* qui en admettent l'efficacité ne vont pas sans distinctions ni réserves, et des *interventions législatives* se sont produites dont le champ d'application n'a cessé de s'accroître depuis 1990.

[176] ► *Solutions jurisprudentielles*

Applicables à défaut de texte légal, elles forment un système complexe et non toujours exempt d'incertitudes. On peut y distinguer comme un *schéma de principe*, sur lequel sont venues s'inscrire par la suite des *variations* tenant compte de la nature particulière des fautes.

a) *Schéma de principe*. — Les conventions d'irresponsabilité, nulles à l'égard de la responsabilité délictuelle, l'a. 1382 étant d'ordre public (cf. *infra*, n° 284), sont valables à l'égard de la responsabilité contractuelle, l'aménagement d'un contrat dépendant de la volonté des parties. En conséquence, la responsabilité contractuelle va être éliminée du contrat, mais elle pourra y être remplacée par la responsabilité délictuelle, car, selon la jurisprudence, l'a. 1382 a valeur de principe et vocation à s'appliquer partout, même dans les rapports entre contractants. La portée pratique de cette substitution concerne la charge de la preuve : tandis que, sur le terrain de l'a. 1147, le débiteur aurait été présumé en faute — sur celui de l'a. 1382, sa faute devra être démontrée par le créancier. D'où cette formule, souvent employée pour rendre raison de la jurisprudence : que les clauses de non-responsabilité sont efficaces en ce sens seulement qu'elles opèrent un *renversement du fardeau de la preuve* ;

b) *Variations, à partir du schéma*. — Les clauses de non-responsabilité sont relatives tantôt aux *fautes personnelles* du débiteur lui-même, tantôt aux *fautes de ses préposés*. Cette dernière hypothèse est très pratique, car ce sont de grandes entreprises, employant de nombreux salariés, qu'il leur est difficile de surveiller, qui recourent le plus volontiers aux combinaisons d'irresponsabilité :

1° *Fautes personnelles du débiteur* (par ex. de la direction de l'entreprise). — Il convient de faire des distinctions suivant le degré de la faute.

— *Faute dolosive*. — En aucun cas, elle ne peut être couverte par une clause de non-responsabilité, car ce serait donner licence au débiteur de se soustraire à ses engagements, l'obligation serait contractée comme sous une condition purement potestative (cf. *supra*, n° 135) : l'a. 1382 déchire le voile du contrat.

— *Faute lourde*. — Elle est, sous ce rapport, équipollente au dol (cf. n° 156) : elle ne peut être couverte par la clause de non-responsabilité (le créancier obtiendra donc des dommages-intérêts, en prouvant que l'inexécution est due à la faute lourde du débiteur).

— *Faute légère*. — Les arrêts ont paru longtemps décider que, même dans ce cas, le créancier avait droit à réparation s'il prouvait la faute du débiteur. Mais, par la suite, de certaines formules de la Cour de cassation, on a pu déduire que cette possibilité de preuve devait se limiter aux fautes les plus graves, donc, que, pour les fautes légères, les clauses de non-responsabilité avaient un effet exonératoire absolu.

2° *Fautes des préposés du débiteur*. — Les clauses de non-responsabilité peuvent sembler moralement moins inacceptables si elles portent sur des fautes qui ne sont pas celles du débiteur lui-même, lors même que ce sont celles d'une personne dont il doit répondre (responsabilité contractuelle du fait d'autrui, cf. *supra*, n° 156). Cependant, le schéma de principe décrit ci-dessus a été transposé à cette hypothèse : les conventions d'irresponsabilité excluent la responsabilité contractuelle du fait d'autrui, mais laissent subsister un recours à la responsabilité délictuelle, responsabilité des commettants du fait des préposés, sur le fondement de l'a. 1384, al. 5. L'effet des conventions se limite donc à un renversement du fardeau de la preuve (au moins pour les fautes lourdes des préposés).

[177] ► *Interventions législatives*

En théorie, il faut continuer à y voir des *exceptions* par rapport au schéma globalement libéral qu'a dégagé la jurisprudence. Mais, en fait, ce dont il s'agit, la protection des clients, concerne plus d'individus que la liberté des entrepreneurs.

a) *Mesures catégorielles*. — Les clauses de non-responsabilité sont prohibées dans certains types de contrat :

— le *transport terrestre de marchandises* (il est interdit au transporteur de s'exonérer de sa responsabilité pour pertes ou avaries, mais non pour retards ; a. 103, C. Com., l. 17 mars 1905 ou loi *Rabier*, victoire des commerçants sur les « compagnies » de chemins de fer, alors privées) ;

— le *contrat de construction* (toute clause de non-responsabilité stipulée par l'architecte ou entrepreneur est réputée non écrite ; a. 1792-5, l. 4 janv. 1978).

b) *Droit de la consommation*. — Dans le domaine très vaste régi par ce droit, c'est-à-dire dans les contrats (de vente ou prestations de services) conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont interdites, comme abusives, donc réputées non

écrites, les clauses ayant pour objet ou pour *effet* (effet obtenu sous couvert d'un objet innocent) de supprimer ou de réduire le droit à réparation du non-professionnel lorsque le professionnel a manqué à l'une quelconque de ses obligations (C. Consum. a. L. 132-1, l. 26 juill. 1993, avec une annexe copieuse, qui détaille tout ce qui est interdit). On relève sans surprise (cf. a. 16-1 C.C.) que sont visées en première ligne les clauses de non-responsabilité pour le cas de mort ou de dommage corporel.

En toile de fond, la Directive européenne du Conseil du 5 avril 1993.

[178] 2 | CONVENTIONS  
PORTANT SUR L'ÉVALUATION  
DES DOMMAGES-INTÉRÊTS

Deux combinaisons : l'une, traditionnelle, la *clause pénale*, prévue par le C.C. (a. 1152, 1226-1233) ; l'autre, création de la pratique moderne, la *clause limitative de responsabilité*, qui apparaît comme un diminutif des clauses de non-responsabilité.

► *Clause pénale*

C'est une clause par laquelle les contractants déterminent eux-mêmes, forfaitairement et d'avance, l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée. Quel est le but ? Conçue en toute objectivité, elle sert à prévenir entre les parties des difficultés d'évaluation. Mais il arrive qu'elle soit délibérément trop faible : elle joue alors comme un moyen de sortir du contrat aux moindres frais, comme un *dédit* (cf. *supra*, n° 113). À l'inverse, elle peut être très supérieure à tout préjudice possible, ce qui fait d'elle un instrument de *pression* (cf. *infra*, n° 373, l'astreinte) pour amener le débiteur à s'exécuter volontairement ; que si celui-ci persiste dans son refus, elle le frappera comme une *peine privée*, méritant ainsi son appellation venue du droit romain.

*Clause*, c'est-à-dire article particulier à l'intérieur d'une convention plus vaste, la clause pénale apparaît comme un *accessoire*, ce qui explique qu'elle soit entraînée dans la nullité de l'obligation principale, sans réciprocité (a. 1227). Elle a un caractère accessoire parce-

qu'elle est une forme des *dommages-intérêts*, une façon de réparer le préjudice résultant de l'inexécution de la convention. Mais, par d'autres traits, elle se révèle comme une disposition *indépendante*, car elle est un règlement conventionnel, *forfaitaire* des conséquences de l'inexécution. Ce n'est là, toutefois, qu'un principe, et la l. 9 juill. 1975, en la soumettant éventuellement à un *contrôle* judiciaire, à une faculté de *révision*, l'a ramenée vers la notion des dommages-intérêts, a contredit la notion de *forfait*, regardée pourtant comme essentielle. La théorie s'est ainsi enveloppée de pas mal d'incertitudes et d'un abondant contentieux.

a) *Nature de la clause pénale*. — C'est une *peine*, mais une *peine privée*.

1° Une *peine*, une sanction, une contrainte. Aussi est-elle encourue par le seul fait de l'inexécution, sans que le créancier ait besoin d'établir le montant ou même l'existence d'un préjudice subi. N'étant encourue qu'en cas d'inexécution de l'obligation principale, elle ne peut se cumuler avec l'exécution, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard (a. 1229). Dans la logique de la responsabilité contractuelle, elle ne joue qu'après mise en demeure (a. 1230), et elle tombe si une force majeure est venue libérer le débiteur (arg. a. 115-2 : *manquera* de l'exécuter ; cf. l. 5 juill. 1972, à propos de l'astreinte, a. 8).

2° Une *peine privée*. Elle est perçue par le créancier, mais elle n'est pas pour lui un gain. D'intention elle est strictement compensatoire. La loi présume l'adéquation de son montant au dommage éprouvé. Elle n'admet de contestation que dans un cas, où la preuve contraire s'inscrit dans les faits : l'exécution partielle (a. 1231). La peine sera réduite à proportion, pourvu que la fraction exécutée offre par elle-même un intérêt pour le créancier.

b) *Révision de la clause pénale*. — Les juges doivent commencer par s'assurer que la clause qui leur est soumise est bien une clause pénale, justiciable de l'a. 1152, et non une de ces combinaisons apparemment voisines telles que clause de dédit, clause résolutoire expresse, stipulation de majorations de retard, etc. Le caractère comminatoire de la clause, incitatif à l'exécution, est un critère souvent retenu.

Ce point vérifié, la faculté de révision est ouverte, que l'al. 2 de l'a. présente comme une exception au principe de l'immutabilité de la clause (al. 1<sup>er</sup>, corollaire de l'a. 1134). Les deux parties ont le droit, auquel elles ne pourraient renoncer d'avance (a. 1152, al. 2 ; cf. a. 1231), de critiquer judiciairement la clause, et le juge pourrait même, à leur place, exercer d'office ce pouvoir de critique. Il ne s'agit

pas de sanctionner n'importe quelle inadéquation de la peine au préjudice, et d'effacer la clause pour restituer au juge le pouvoir d'évaluer lui-même, comme de droit commun, les dommages-intérêts. Il n'y a lieu à révision qu'en présence d'une disproportion importante, telle qu'elle saute aux yeux ; il faut que la peine soit *manifestement* excessive ou dérisoire, et le jugement qui la révisé dans un sens ou dans l'autre peut et doit la maintenir au-delà ou en deçà du préjudice réel, afin de lui conserver une part de l'intérêt qu'elle avait originellement, soit pour le débiteur, soit pour le créancier.

### [179] ► *Clause limitative de responsabilité*

C'est par ex. un transporteur qui stipule qu'en cas de perte l'indemnité due ne pourra excéder 1 000 francs par colis. Cette combinaison ressemble à la clause pénale, mais elle n'a pas le même caractère de forfait, opérant dans les deux sens. La limite fixée représente un plafond, non un plancher : le créancier ne pourra jamais obtenir davantage, quel que soit son préjudice ; mais il devra se contenter de moins si l'autre établit que le préjudice est inférieur. Quoique ces clauses puissent offrir l'apparence d'un moindre mal, quand on les compare aux conventions exonératoires, elles ont facilement un caractère léonin (cf. *supra*, n° 78). Aussi ont-elles été prohibées dans quelques cas par le législateur (ex. l. 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritime, a. 29 ; a. 1953, al. 3, pour le contrat d'hôtel). Plus généralement, dans les ventes de professionnels à consommateurs, le d. 78-464 du 24 mars 1978, a-2, les a déclarées abusives (donc, par ricochet, réputées non écrites).

En dehors de là, elles sont jugées valables (arg. *a fortiori* des conventions d'irresponsabilité totale). La jurisprudence leur transpose, d'ailleurs, les solutions qu'elle applique aux clauses exonératoires : le créancier aura droit à une réparation intégrale s'il prouve le dol ou la faute lourde du débiteur ou de ses préposés (pour le contrat d'hôtel, la loi se contente même de la preuve d'une faute quelconque). Enfin, la validité des clauses ne dispense pas le stipulant d'un devoir d'information : les limitations de responsabilité doivent, dans les ventes de produits et les prestations de services, être clairement annoncées par marquage, étiquetage, affichage, etc. (C. Consum., a. L. 113-3).

### [180] ÉTAT DES QUESTIONS

#### I. — *La clause pénale*

B.G. — Sur la l. 9 juill. 1975, Malaurie, *Rép. not.*, 1976, art. 31075 ; S. Sanz, *R.T.*, 77, 268. — Jomain, *La clause pénale et l'équilibre contractuel*, in Schwarz-Liebermann, *Exigence sociale, jugement de valeur et responsabilité civile*, 1983 ; Denis Mazeaud, *La notion de clause pénale*, 1992 ; Paisant, *D.* 95, chr., 223.

#### HISTOIRE

A Rome, la *stipulatio poenae* avait une fonction très étendue : elle servait notamment à assurer l'exécution d'obligations qui, en elles-mêmes, étaient démunies d'action (le souvenir en est resté dans notre a. 1226 : ... *pour assurer l'exécution...*). Dans l'Ancien Droit, les discussions roulent sur le caractère incommutable de la clause. La charité chrétienne, l'équité janséniste font reconnaître au juge le pouvoir de modérer la peine excessive (Pothier, *Obligations*, n° 345 : l'acceptation de la clause est viciée par l'éternelle illusion des débiteurs, qui n'imaginent pas qu'ils puissent être, le jour venu, hors d'état d'exécuter).

#### SOCIOLOGIE

La clause pénale *excessive* a des emplois variés. Elle sert d'abord à assurer, par la pression psychologique, l'exécution volontaire d'engagements personnels qui ne sont pas susceptibles d'exécution forcée (cf. *infra*, n° 372) : tels les engagements des artistes, des comédiens (ex. Civ.<sup>1</sup> 4 févr. 1969, *D.* 69, 601). Elle est aussi l'instrument par lequel les groupes-associations (ex. Civ. 27 juin 1944, *S.* 44, 1, 143), cartels (ex. Civ. 23 mai 1940, *S.* 40 I, 80) — imposent à leurs membres une discipline, sinon une tyrannie, et l'on parle alors suggestivement d'*amendes*. La l. 6 juill. 1989 sur les locations à usage d'habitation, a. 4 i, évoque, pour les interdire, les *amendes* qui sanctionneraient des infractions aux clauses du contrat ou au règlement intérieur de l'immeuble. Mais, justement, selon Civ.<sup>3</sup> 25 mars 1987, *D.* 87, 380, ces amendes sont tout autre chose que des clauses pénales, bien que le mot fasse songer à une peine (critère : le bailleur avait-il en vue la discipline de l'immeuble ou ses intérêts personnels de contractant ?). Cependant, à notre époque, c'est surtout dans la vente à crédit (ex. Civ.<sup>3</sup> 5 mars 1970, *J.C.P.*, 71, 2, 16581), le crédit-bail ou *leasing* (ex. Com. 10 juill. 1972, *D.* 72, 728, et Paris, 4 mars 1971, *D.* 72, 582, notes Malaurie), le contrat de concession de station-service (ex. Com. 9 oct. 1972, *D.* 72, 730), que la pratique des clauses pénales s'est développée, le vendeur à crédit stipulant par ex. qu'à défaut de paiement d'une échéance les acomptes déjà versés lui demeureront acquis. Insérées dans des contrats d'adhésion par les contractants dominateurs, les clauses pénales ainsi conçues ont donné lieu à des abus criants, que les tribunaux n'avaient pas toujours voulu ou pu combattre (cf. Alfandari, *J.C.P.*, 71, 1, 2395). D'où, en 1975, l'intervention du législateur. Pour ne pas encourir le reproche d'être léonin (cf. *supra*, n° 78), il lui a fallu être bilatéral, sanctionner les clauses dérisoires aussi bien que les

excessives, mais les premières, qui demanderaient à être majorées, apparaissent bien plus rarement dans le contentieux (v. cep. Soc. 5 mai 1989, *R.T.*, 90, 74 ; 5 juin 1996, *D.* 96, *Somm.* 101, *Rép. not.*, 97, 737).

## POLITIQUE LÉGISLATIVE

Une prohibition radicale des clauses pénales peut se justifier pour certains types de contrat, quand des abus y sont observés dans un sens ou dans l'autre. C'est ainsi que, selon l'a. L. 751-9, al. 4, C. Tr., l'indemnité de clientèle à laquelle ont droit des V.R.P. ne peut être déterminée forfaitairement à l'avance (le risque serait qu'elle fût dérisoire). De même, dans l'intérêt des ouvriers, l'a. L. 122-39 C. Tr. interdit en principe aux employeurs de sanctionner par des amendes les manquements au règlement d'atelier : ces amendes s'analysent juridiquement comme des clauses pénales, quoique, sociologiquement, on puisse y voir de véritables peines disciplinaires à l'intérieur de cette organisation qu'est l'entreprise privée (cf. d'ailleurs, sur la distinction de ce qui est peine ou récompense [prime] dans l'entreprise, Lyon-Caen, *D.* 61, 752). Cependant, s'il fallait poser une règle générale, il ne pouvait être question d'interdire ; il valait mieux, comme l'a fait la l. 9 juill. 1975 sur des modèles étrangers (§ 343 B.G.B. ; a. 163 C.O. ; a. 1384 C.C.It. ; cf. Thilamy, *R.I.D.C.*, 80, 17), renvoyer aux juges l'examen cas par cas ; en leur conférant un pouvoir de révision des conventions, non pas révision pour imprévision (cf. *supra*, n° 144), mais révision d'équité qui n'était pas sans exemple dans notre droit (ainsi, a. 1579 ; cf. Chr. Brunet, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, Th. Paris, 1973). A contempler, toutefois, le foisonnement des procès depuis la réforme de 1975, il est permis de se demander si l'intransigeance rugueuse du C. Nap. ne recélait pas une sagesse et si l'équité ne peut pas être pire que la loi.

[181]

## PRATIQUE JUDICIAIRE

Pour l'application de l'a. 1152, al. 2, deux critères étaient concevables : 1° L'un *objectif*, voire quantitatif (cf. Com. 11 févr. 1997, *D. Aff.*, 97, 372 ; Paris, 5 janv. 1977, *D.* 77, 262) : il n'y a qu'à mesurer la distance de la clause stipulée au préjudice réel (dans cet esprit, *manifestement excessive* = *énorme*, ce qui évoque l'*outre-moitié* que le Droit romain prenait en considération pour la lésion [cf. *supra*, n° 78] ; *dérisoire* peut se traduire par *ridicule*ment bas, comme dans la catégorie traditionnelle de la vente à *prix dérisoire*, où le prix est purement symbolique, vide de tout pouvoir d'achat) ; 2° L'autre *subjectif*, voire moral : il s'agit d'apprécier la responsabilité respective des contractants, contractuelle ou précontractuelle ; la faute du débiteur dans l'inexécution est-elle aggravée par sa mauvaise foi, par la machination d'une clause pénale dérisoire (*deridere*, c'est *bafouer* le partenaire), ou atténuée, au contraire, par l'arrogance de l'autre, qui avait cherché à l'écraser (*excès* = *abus* du droit). La jurisprudence pouvait choisir ; on ne saurait affirmer qu'elle ait choisi. La Cour de cassation souligne avec force l'automatisme de la clause du seul fait de l'inexécution, Civ.<sup>3</sup> 12 janv. 1994, *Rép. not.*, 94, 804 ; *J.C.P.*, 94, 1, 3809, n° 18, *R.T.*, 94, 605. Elle accompagne la casuistique des juges du fond pour distinguer la clause pénale de combinaisons voisines (proches à s'y méprendre) : ex. contrastés, Civ.<sup>3</sup> 28 mars 1990, *D.* 91, 187, et Civ.<sup>3</sup> 18 janv. 1989 (indemnité *draconienne*), *Bull.*, n° 15 ; Com. 14 oct. 1997, *D.* 99, 103, *Rép. not.*, 98, 538

(faculté de dédit ; elle tend non pas à assurer l'exécution, mais à permettre à l'une des parties de s'y soustraire, elle n'est pas pression, mais liberté). Pour une définition, v. Civ.<sup>1</sup> 10 oct. 1995, *D.* 96, 436, n. Fillion-Dufouleur, *J.C.P.*, 96, 2, 22580, n. Paisant.

L'immutabilité des conventions demeure visiblement le principe directeur (cf. Chabas, *R.T.*, 82, 603 ; Plaisant, *R.T.*, 85, 647). Cependant, sans que l'on puisse parler d'un pouvoir souverain d'appréciation (v. toutefois, Civ.<sup>1</sup> 19 janv. 1988, *J.C.P.*, 89, 2, 21298), la Cour de cassation laisse aux juges du fond pas mal de liberté. Le juge qui refuse de réduire la peine n'a pas à motiver spécialement sa décision : Civ.<sup>3</sup> 26 avr. 1978, *R.T.*, 78, 672, n. Cornu ; Civ.<sup>2</sup> 5 avr. 1993, *D.* 93, *I.R.*, 128. Il lui est seulement demandé, s'il use de son pouvoir, de ne pas se fonder sur une pure impression, v. pour des formules évasives, « un peu », « à tout le moins », Ch. mixte, 20 janv. 1978, *D.* 78, 349 ; Civ.<sup>3</sup> 14 nov. 1991, *Bull.*, n° 274 ; Comment mesurer l'excès ?, Com. 11 févr. 1997, *D. Aff.*, 97, 372. La peine peut être réduite lors même qu'elle avait été conçue pour contraindre les parties à l'exécution, non pour évaluer d'avance le préjudice, Civ.<sup>1</sup> 3 janv. 1985, *Bull.*, n° 4 ; Com. 27 mars 1990, *D.* 90, 390, *R.T.*, 90, 514. En tout cas, la somme allouée doit rester au moins égale au préjudice, Civ.<sup>1</sup> 24 juill. 1978, *D.* 79, *I.R.*, 151 ; Com. 3 févr. 1982, *Bull.*, n° 44, et 8 juill. 1986, *Bull.*, n° 147 — tout en pouvant continuer à le dépasser, Com. 23 janv. 1979 et 29 janv. 1991, *Bull.*, n°s 30 et 43. Si, à l'inverse, aucun préjudice n'est constaté, la demande en paiement de la pénalité sera rejetée, Com. 16 juill. 1991, *D.* 92, 365, n. critique D. Mazeaud, ou bien la peine sera réduite au franc symbolique, Civ.<sup>2</sup> 5 févr. 1997, *D.* 97, *I.R.*, 71. Un arrêt Com. 21 juill. 1980, *D.* 81, 335, décide que, pour avoir été modérée par le juge, l'indemnité n'en conserve pas moins sa nature originelle de forfait contractuel (c'est considérer que le juge intervient comme substitut de la conscience des contractants, non en vertu d'un pouvoir d'Etat).

[182]

II. — *Clauses de non-responsabilité et clauses limitatives*

B.G. — Planiol-Esmein, VI, n° 399 ; Mazeaud-Chabas, *Responsabilité*, III, n°s 2519 s. ; Le Tourneau, *Responsabilité*, n°s 280 s. Cf. Rodière, *R.T.*, 1954, 214 s., et (pour le point important des clauses de non-responsabilité dans le transport maritime), *Traité général de droit maritime*, II, n°s 654 s. ; Starck, *D.* 74, chr. 157 ; Muzuaghi, *Le déclin des clauses d'exonération de responsabilité sous l'influence de l'ordre public nouveau*, 1981 ; D. Mazeaud, Les clauses limitatives de réparation, in *Les obligations en droit français et en droit belge*, Bruxelles-Paris, Saint-Maur, 1994, 155.

## PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Clauses de non-responsabilité*. — Le principe, que la multiplication des exceptions légales tend à estomper, demeure la licéité des clauses, Civ.<sup>1</sup> 19 janv. 1982, *D.* 82, 457, n. Larroumet, *J.C.P.*, 84, 2, 20215, n. Chabas, rappelle le principe, et ajoute que la clause n'est pas moins valable pour avoir été insérée dans un contrat d'adhésion. Cependant, l'effet de validité se restreint à un renversement du fardeau de la preuve. On explique qu'il y a éclatement de la responsabilité contractuelle et entrée en force de la délictuelle, ou bien qu'une obligation de moyens chasse l'obligation de résultat. Le schéma paraît remonter à Civ. 4 févr. 1874, *S.* 74, 1, 273, *D.* 74, 1, 305 ; il a été repris depuis lors : ex. Civ. 9 nov. 1915, *D.* 21, 1, 23 ; Civ. 18 janv. 1933, *D.H.* 33, 115. Ces



arrêts paraissaient autoriser le créancier à paralyser la clause de non-responsabilité, en rapportant la preuve d'une faute, même d'une *faute légère*. Mais d'autres décisions (très nombreuses) qui admettaient le créancier à la preuve contraire étaient relatives à l'hypothèse de la *faute lourde* : ex. Civ. 15 mars 1876, S. 76, 1, 337 ; Req. 24 oct. 1932, D. 32, 1, 176. Le principe semble aujourd'hui bien établi qu'une clause de non-responsabilité ne peut être écartée, en matière contractuelle, que par la preuve d'un dol ou d'une faute lourde, Com. 15 juin 1959, D. 60, 97 ; Civ.<sup>1</sup> 22 nov. 1978, *J.C.P.*, 79, 2, 19139 ; Civ.<sup>2</sup> 18 janv. 1984, *J.C.P.*, 85, 2, 20372 ; Civ.<sup>1</sup> 24 févr. 1993, D. 94, 6 ; Com. 22 oct. 1996, D. 97, 121 et Somm. 175. — Quant aux clauses de non-responsabilité du fait des préposés, la ligne générale est qu'elles ne sont pas exonératoires pour peu que le créancier puisse faire la preuve d'une faute lourde (à plus forte raison, d'un dol) *du préposé* : ex. Req. 27 nov. 1911, S. 15, 1, 112 (arrêt *Schimmelpfeng* ; l'histoire dira peut-être un jour que l'Institut Schimmelpfeng, en 1911, n'était pas assez aimé pour être exonéré) ; Req. 15 mai 1923, S. 24, 1, 81 ; Civ.<sup>1</sup> 31 mars 1981, *R.T.*, 81, 859 ; Com. 17 nov. 1981, *J.C.P.*, 82, 2, 19811. L'idée de représentation fait volontiers considérer la faute lourde du préposé comme faute lourde du commettant (Amiens, 24 mai 1984, *G.P.*, 84, 2, 642) ; les deux choses, pourtant, ne sont pas rationnellement liées (v. Planiol-Esmein, n° 852 ; cf. pour une difficulté analogue dans l'a. L. 415-3, al. 2 Nouveau C. Ru., au sujet de l'incendie arrivé par une faute grave du fermier, *R.T.*, 1952, 82, 1953, 713).

[183] b) *Clauses limitatives de responsabilité*. — Validité là où il n'y a pas de texte contraire : ex. Com. 3 déc. 1985, *Bull.*, n° 287 (vente entre deux professionnels de la même spécialité). — Parfois, la limitation se dissimule subtilement. Le laboratoire de photographie auquel des films sont confiés aux fins de développement stipule qu'en cas de perte il en sera quitte en fournissant autant de pellicules vierges. C'est lessiver l'intérêt moral que le client pouvait attacher à l'image disparue. Et le créancier de dommages-intérêts encore indéterminés avait-il pu accepter d'avance une dation en paiement ? Civ.<sup>1</sup> 25 janv. 1989, D. 89, 253, *J.C.P.*, 89, 2, 21357, a jugé la clause abusive. Civ.<sup>1</sup> 17 juill. 1990, *J.C.P.*, 91, 2, 21674, au contraire, lui a accordé efficacité : le préjudice affectif invoqué par le client était imprévisible pour le laboratoire (donc, a. 1150). D'une espèce à l'autre, il pouvait y avoir des nuances dans les faits. — Une clause limitative est réputée non écrite quand elle porte sur une obligation essentielle, Com. 22 oct. 1996, *J.C.P.*, 97, 2, 22881, n. D. Cohen, D. 97, 121, n. Sériaux ; cf. Chazal, *J.C.P.*, 98, 1, 152. C'est l'arrêt *Chronopost* : le contrat est nul, en somme, pour contradiction interne ; il déclare les retards peu dommageables, alors qu'il a fait sa raison d'être, sa cause (sa publicité) du transport rapide. — La jurisprudence tient les dommages-intérêts pour inexistant dès lors qu'ils sont dérisoires (*parum pro nihilo*), ce qui la conduit à annuler les clauses limitatives, si le chiffre stipulé est trop faible, partout où une clause de non-responsabilité aurait été elle-même annulée : ex. (dans le transport terrestre) Civ. 7 mai 1945, S. 45, 1, 43 ; Colmar, 24 nov. 1950, D. 51, 150. — Le créancier a toujours le droit de réclamer la réparation intégrale du dommage, malgré la clause limitative, à charge de rapporter la preuve du dol ou de la faute lourde : ex. Civ. 29 juin 1948, D. 48, 435, *J.C.P.*, 49, 2, 4660, n. Rodière ; Com. 7 mai 1980, 2 arrêts, D. 81, 245. C'est le mécanisme de renversement du fardeau de la preuve, construit d'abord pour les clauses de non-responsabilité. Il peut s'agir de la faute lourde des préposés aussi bien que de celle du débiteur lui-même : ex. Com. 17 nov. 1981, *J.C.P.*, 82, 2, 19811.

[184]

## THÉORIE JURIDIQUE

La validité des clauses totalement exonératoires pose un problème difficile. Il faut supposer qu'on a affaire à une véritable clause de non-responsabilité, et non à une convention qui aurait pour objet de modifier l'obligation pesant normalement sur le débiteur. Cette distinction a été mise en lumière par Paul Durand (*Des conventions d'irresponsabilité*, Th. Paris, 1931, cf. J. Mestre, *R.T.*, 92, 94). Dans la réglementation d'un contrat, il y a toute une part de dispositions supplétives de volonté : les obligations qui en découlent peuvent certainement être écartées par une clause contractuelle. Ex. (de droit classique, les législations interventionnistes étant tenues à l'écart) le vendeur d'un immeuble doit en garantir la contenance (a. 1616), il peut stipuler qu'il ne la garantit pas ; le bailleur, de droit commun, est tenu des réparations autres que locatives (a. 1720), il peut stipuler qu'il n'en sera pas tenu. Sans doute, de telles stipulations auront pour conséquence l'irresponsabilité, mais indirectement ; le débiteur est irresponsable parce qu'il n'est même pas obligé. Ce ne sont pas des conventions de non-responsabilité ; ce sont des manières de circonscrire les obligations que les contractants entendent assumer. La combinaison est valable sans conteste — si du moins elle ne fait pas disparaître l'essence du contrat (ex. si le transporteur déclarait qu'il remettra la marchandise quand il lui plaira et dans n'importe quel état, il n'y aurait plus qu'un fantôme de contrat de transport). Pour que l'on puisse parler d'une convention d'irresponsabilité, il faut supposer que, le contrat ayant créé une obligation, les parties ont convenu que l'inexécution ne pourrait donner lieu à dommages-intérêts (non plus que l'exécution défectueuse, ou le retard dans l'exécution). Est-ce licite ? On commencera par éliminer un argument qui eut sa vogue : l'*assurance* de la responsabilité est permise ; or, tout se passe, dans une convention d'irresponsabilité, comme si le débiteur s'était assuré de sa responsabilité contractuelle auprès du créancier (la prime est le rabais que le débiteur a vraisemblablement consenti sur le prix de sa prestation, ainsi le transporteur sur le prix du transport, en contrepartie de l'avantage que lui procure l'irresponsabilité ; l'indemnité d'assurance, ce sera la renonciation du créancier aux dommages-intérêts ; cf. Civ. 15 oct. 1940, S. 41, 1, 60). Il faut repousser cette fiction : une assurance ne se conçoit pas implicite ni entre deux personnes seulement ; il y faut la loi des grands nombres, et une organisation. On ne saurait éviter de se demander directement si les clauses de non-responsabilité ne sont pas contraires à l'*ordre public*. Pour juger qu'elles y sont contraires, on peut se fonder sur des motifs économiques contingents (elles encouragent l'incurie à tous les échelons), mais, en partant de tels motifs, on ne peut guère aboutir qu'à une condamnation mesurée, restreinte aux seules clauses qui portent sur des fautes lourdes. Pour aboutir à une conclusion catégorique, c'est le principe même de l'obligation du débiteur aux dommages-intérêts qu'il faut confronter avec l'ordre public. Il semble que, si l'on construit cette obligation comme une responsabilité, son caractère d'ordre public est plus facile à admettre (la règle selon laquelle chacun doit réparer le dommage causé par sa faute n'a-t-elle pas une valeur morale et sociale trop grande pour être laissée à la discrétion des parties ?). A l'inverse, si l'obligation aux dommages-intérêts est une simple projection de l'obligation contractuelle primitive, les volontés privées ne devraient-elles pas avoir liberté de la modeler à leur guise ? Le dilemme n'est pas, pourtant, aussi simple. Beaucoup, qui voient dans l'obligation aux dommages-intérêts

une responsabilité, lui prêtent une nature différente de la responsabilité délictuelle ; et l'on peut, réciproquement, tout en insistant sur le caractère contractuel de l'obligation aux dommages-intérêts, penser qu'il n'est pas licite de s'en affranchir, parce qu'il y a une sorte de contradiction interne, viciant la combinaison, à mettre sur pied la loi contractuelle en se réservant de ne pas l'accomplir. Les dommages-intérêts sont le rachat de la loi contractuelle : celle-ci est facultative, sans doute, mais, pour s'en racheter, le débiteur doit payer. Au demeurant, il est un domaine où, sans rémission, les clauses devraient être réputées illicites, par le but, la cause, sinon par l'objet : c'est celui des dommages à la personne (cf. Mazeaud-Tunc, III, n<sup>os</sup> 2529 s.). Des arrêts, cependant, ont jugé en sens contraire (ex. Civ.<sup>2</sup> 8 nov. 1983, *G.P.*, 84, 1, 384), mais c'était avant les lois de bioéthique (29 juill. 1994), qui semblent avoir mis la personne humaine hors du commerce juridique (cf. a. 16-1).

## Chapitre II

[185]

## LA RÉOLUTION

De l'inexécution d'une obligation, des conclusions peuvent être tirées qui affectent le contrat lui-même dans son existence. Mais on conçoit qu'elles soient différentes selon les caractères de l'inexécution, selon quelle est fautive ou fortuite, définitive ou temporaire. A ces diverses hypothèses correspondent trois sortes de mesures. La *résolution du contrat pour manquement (fautif) de l'un des contractants à ses obligations* constitue la sanction de principe. La *résolution du contrat en vertu de la théorie des risques* est la conséquence de l'inexécution par force majeure. Enfin, pour l'inexécution temporaire fonctionnent des succédanés, des *diminutifs de la résolution*. Entre toutes ces mesures, un trait commun : elles concernent presque exclusivement les contrats synallagmatiques et reposent essentiellement sur l'interdépendance qui, dans ces contrats, fait de l'engagement de chaque contractant la cause de l'engagement de l'autre.

### 1 / La résolution du contrat pour manquement de l'un des contractants à ses obligations

Quand une partie manque à ses obligations, l'autre — au lieu de poursuivre l'exécution, ou de réclamer les dommages-intérêts afférents à l'inexécution, en laissant les liens contractuels subsister pour le sur-

plus — peut préférer sortir de ce contrat qui bat de l'aile et le faire disparaître définitivement. Aussi l'a. 1184 lui ouvre-t-il une action en justice aux fins de résolution. Cette résolution judiciaire est présentée par le texte comme le résultat d'une condition résolutoire dont les contractants auraient tacitement convenu dans tout contrat synallagmatique, chacun étant censé ne s'être engagé qu'à la condition que l'autre ne manquerait pas à ses engagements. Mais les intéressés peuvent vouloir aménager eux-mêmes les conséquences de l'inexécution sur le contrat : plutôt que de s'en remettre à la condition résolutoire tacite, ils stipuleront une condition résolutoire expresse. Il existe ainsi deux mécanismes tendant au même but, l'un relevant de l'a. 1184, l'autre de l'autonomie de la volonté : la *résolution judiciaire* et les *clauses expresses de résolution*.

## I | LA RÉOLUTION JUDICIAIRE

### [186] ► *Conditions d'application*

a) *Des contrats où la résolution judiciaire est admise.* — Les contrats *synallagmatiques* forment son domaine propre, ainsi que le suppose l'a. 1184. L'explication la plus naturelle du mécanisme est, du reste, l'interdépendance des obligations dans le contrat synallagmatique : si l'une des parties manque à ses engagements, les engagements de l'autre n'ont plus de raison d'être, plus d'intérêt, plus de *cause* (cf. *supra*, n° 59).

Toutefois, si le principe est que la résolution judiciaire est faite pour les contrats synallagmatiques, ce principe comporte des exceptions dans les deux sens :

1° Il est des contrats *synallagmatiques* où la *résolution* est *exclue* (le partage, opération trop complexe et qui touche au droit de la famille ; la constitution de rente viagère [a. 1978], parce que, l'opération étant aléatoire, le rétablissement du *statu quo ante* y serait impossible) ;

2° Il est des contrats unilatéraux où la *résolution* est admise. Telle est, du moins, la solution communément suivie pour le prêt à intérêts : si l'emprunteur manque à son obligation de payer les intérêts, le prêteur est en droit de poursuivre immédiatement le remboursement du capital.

b) *Des causes pour lesquelles la résolution judiciaire est admise.* — L'idée générale est d'une *inexécution imputable* à faute.

1° *Inexécution.* — Pas de difficulté si c'est une obligation essentielle qui est en question, et si son inexécution est totale : la résolution est encourue. Mais, si l'inexécution porte sur une obligation accessoire ou si, portant sur une obligation essentielle, elle n'est que partielle, il pourra y avoir lieu ou non, suivant les cas, à résolution (cf. *supra*, n° 155). Si le contrat, tel quel, conserve pour le créancier une utilité (un intérêt, une cause), les juges pourront le maintenir en se bornant à allouer les dommages-intérêts (si par ex. la chose livrée, quoique défectueuse, peut encore servir à l'usage que l'acheteur avait eu en vue, celui-ci devra se contenter de dommages-intérêts, ce qui équivaut pour lui à une réduction du prix). La décision des tribunaux est souvent influencée, en fait, par la bonne ou mauvaise foi du débiteur (si par ex. le vendeur a connu les vices de la chose, la résolution sera plus aisément prononcée). Cette appréciation judiciaire est nécessaire pour empêcher que des contractants malhonnêtes ne cherchent à se dégager d'un marché devenu désavantageux pour eux, sous prétexte de défauts mineurs relevés dans les prestations de leurs cocontractants. Par faveur pour les fermiers, la loi (a. L. 411-31 et 411-53 combinés Nouveau C. Ru.) a déterminé elle-même l'importance de l'inexécution qui pourrait justifier à leur encontre la résiliation du bail ; pour des manquements moins importants, le bailleur ne pourra obtenir que des dommages-intérêts.

2° *Imputabilité.* — Au même titre que les dommages-intérêts, la résolution judiciaire apparaît comme la sanction d'une faute contractuelle. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait dol ou mauvaise foi du débiteur. Mais on doit supposer une inexécution fautive. Si l'inexécution provient d'une cause étrangère non imputable au débiteur, et notamment d'une force majeure, la résolution de l'a. 1184 n'est plus à sa place. Sans doute, dans un contrat synallagmatique une des obligations se trouvant ainsi éteinte par l'impossibilité fortuite de l'exécuter, l'autre doit normalement s'éteindre aussi. Mais c'est l'application d'une autre théorie, celle des risques. Il y a là deux mécanismes distincts, respectivement applicables à l'*inexécution fautive* et à l'*inexécution fortuite*, et qui suivent des règles différentes.

### [187] ► *Fonctionnement*

a) *Demande du créancier.* — La résolution doit être demandée en justice. L'a. 1184, al. 2, 3, insiste sur ce caractère judiciaire, qui permet d'avoir égard aux données morales de la situation et de laisser à

l'exécution une dernière chance (cf. a. 1654-1655). Il est, toutefois, quelques cas où la résolution est encourue de plein droit, sans intervention de justice (ex. a. 1657) ; et la jurisprudence admet aussi que le créancier puisse, exceptionnellement, quand il se heurte à un refus déclaré du débiteur, ou quand il y a urgence, se comporter de sa propre autorité comme si le contrat était d'ores et déjà résolu — à ses risques et périls, et sauf à répondre ensuite, devant le juge, d'une initiative injustifiée (ex. il peut être urgent pour le patron de remplacer immédiatement un ouvrier qui a manqué gravement à ses obligations ; il pourra considérer unilatéralement le contrat de travail comme rompu, sous réserve d'un contrôle judiciaire *a posteriori* ; arg. a. L. 122-6 C. Tr., qui supprime le délai-congé en cas de faute grave du salarié).

Il n'est pas nécessaire que l'action en justice soit précédée d'une mise en demeure : l'assignation aux fins de résolution en tiendra lieu. Le créancier a, du reste, une option (a. 1184, al. 2) : il peut demander soit l'exécution (si elle n'est pas devenue impossible, en fait ou en droit [a. 1142]), soit la résolution. Le débiteur, de son côté, peut empêcher la résolution, en offrant d'exécuter : il peut faire cette offre même après l'assignation aux fins de résolution, même en appel. C'est que la résolution n'est qu'un *ultimum subsidium*, un remède extraordinaire, auquel l'exécution doit toujours être préférée.

b) *Jugement de la demande.* — Le juge dispose d'une certaine faculté d'appréciation, car il a à tenir compte du plus ou moins de gravité de l'inexécution, comme de la bonne ou mauvaise foi des parties. Il a le choix entre plusieurs décisions :

1° *Accorder un délai de grâce au débiteur* (cf. a. 1655), ce qui est suspendre le contrat, non le résoudre (l'a. 1184, al. 3, ne fait pas double emploi avec l'a. 1244-1, car le délai qu'il autorise n'est pas tant destiné à tenir compte de la détresse économique d'un débiteur que des difficultés d'exécution d'une convention) ;

2° *Condamner le débiteur à des dommages-intérêts sans prononcer la résolution* (ce qui revient pratiquement à réduire la contre-prestation due par le créancier) ;

3° *Prononcer la résolution en condamnant de surcroît le débiteur à des dommages-intérêts* ; c'est le remède spécifique de l'inexécution fautive (a. 1184, al. 2) ;

4° *Prononcer la résolution sans dommages-intérêts*, par une sorte de rupture aux torts et griefs réciproques, s'il apparaît que, des deux côtés, des fautes ont été commises, qui se compensent.

c) *Effets du jugement prononçant la résolution.* — Il anéantit le contrat *rétroactivement*, comme par le jeu d'une condition résolutoire.

La rétroactivité a lieu non seulement dans les rapports entre parties, où elle entraîne des restitutions (cf. *infra*, n° 304), si certaines prestations avaient déjà été exécutées mais aussi à l'égard des tiers, ce qui explique que les demandes et les jugements de résolution soient, en matière immobilière, assujettis à publicité (d. 4 janv. 1955, a. 28-4° c).

La rétroactivité est écartée dans les contrats successifs (ex. bail ; cf. *supra*, n° 106) : le contrat prend fin pour l'avenir ; mais les effets passés demeurent acquis. On réserve le nom de *résiliation* à cette résolution non rétroactive, simple dissolution anticipée du contrat.

## [188] 2 | LES CLAUSES EXPRESSES DE RÉSOLUTION

Ces clauses, très fréquentes dans la pratique, tendent à affranchir le créancier de la voie judiciaire que lui aurait imposée l'a. 1184. Elles soulèvent plusieurs problèmes : de *validité*, d'*interprétation*, d'*application*.

a) *Validité.* — 1° En *principe*, les clauses expresses de résolution sont valables (arg. a. 1656) validant le *pacte commissaire* ou clause résolutoire expresse insérée dans la *vente* ; le caractère judiciaire de la résolution n'est pas d'ordre public ;

2° Par *exception*, dans l'intérêt de certaines catégories de contractants, le jeu de ces clauses, de nos jours, a été restreint. Ainsi, dans le bail à ferme, elles ne peuvent prévoir la résiliation que pour les causes (limitées) qui autorisent la résiliation judiciaire (a. L. 411-31 et 411-53 combinés Nouveau C. Ru.) ; dans le bail d'immeuble à usage d'habitation, elles ne sont permises que pour défaut de paiement du loyer ou des charges, et elles ne produisent effet qu'un mois après un commandement, sans empêcher d'ailleurs l'octroi de délais de grâce (l. 6 juill. 1989, a. 4g, 7, *in fine*, 24), dans la vente d'immeuble à construire, même régime édulcorant (C.C.H., a. L. 261-13).

b) *Interprétation.* — Elle se partage entre deux tendances :

1° *Restrictive.* — La clause *le contrat sera résolu à défaut d'exécution* est interprétée comme un simple rappel de l'a. 1184, si bien que le recours aux tribunaux reste nécessaire. Dans les ventes immobilières, en vertu d'un texte formel (a. 1656), la clause *le contrat sera résolu de plein droit* ne dispense pas le créancier de faire sommation, mais seulement d'agir en justice.

2° *Large.* — En dehors des ventes immobilières, la clause précitée est comprise comme dispensant les créanciers même de la sommation.

Quant à la formule usuelle *le contrat sera résolu de plein droit, si bon semble au créancier, par la seule échéance du terme et sans sommation ni autre formalité*, on lui reconnaît un effet complet : elle écarte non seulement la nécessité d'une mise en demeure, mais la possibilité d'obtenir un délai de grâce.

c) *Application*. — Il arrive assez souvent aujourd'hui que les tribunaux paralysent l'application de la clause résolutoire (cf. *supra*, n° 114). Cette pratique, approuvée par la Cour de cassation, s'appuie sur l'al. 3 de l'a. 1134, qui vient tempérer l'a. 1<sup>er</sup>. Le créancier manque à la bonne foi contractuelle s'il poursuit littéralement, rigoureusement l'application de la clause, sans tenir compte notamment de la bonne foi du débiteur (qui, de son côté, a fait tout *son possible* pour exécuter).

## [189] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Esmein, VI, n°s 420 s. ; Beudant-Lagarde, VIII, n°s 763 s. — B. Gilson, *Inexécution et résolution en droit anglais*, Th. Paris, 1968 ; Ch. Paulin, *La clause résolutoire*, 1997.

### HISTOIRE

V. Boyer, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, Th. Toulouse, 1924 ; Timbal, I, 282 s. Le Droit romain n'admettait pas que, dans la vente, la résolution pût être demandée pour inexécution des obligations d'une partie ; toutefois, le vendeur pouvait se réserver ce droit par une clause expresse (*lex commissoria* ou pacte commissoire ; cf. Monier, II, n° 115). C'est ce pacte commissoire qui, à force d'être stipulé, serait devenu chez nous clause de style, sous-entendue dans les ventes et autres contrats synallagmatiques. V. Brissaud, p. 505. Mais il y a eu d'autres influences : 1° la théorie romaine des contrats innomés (Monier, II, n° 144), où une interdépendance était reconnue entre les prestations ; 2° la théorie canonique du contrat, avec son exigence de la bonne foi. Pothier (*Obl.*, n° 672) annonce l'a. 1184.

### POLITIQUE LÉGISLATIVE

L'utilité économique et sociale de la résolution paraît évidente. Le créancier de l'obligation inexécutée, spécialement le vendeur impayé, est en danger de perdre : par sa rétroactivité qui aboutira à une restitution en nature, l'action en résolution lui donne l'équivalent d'une sûreté réelle (ce qui pourrait, d'ailleurs, n'être pas sans inconvénient pour les tiers, n'était la publicité foncière). En outre, s'il est vrai que le contrat, organisme socialement utile, ne doit pas être sacrifié à un mouvement d'impatience, un contrat qui traîne dans l'inexécution ou la mauvaise exécution est un organisme mort dont il vaut mieux débarrasser l'économie : les forces vives du contractant capable d'exécuter pourront ainsi se remployer rapidement ailleurs. De ce point de vue, on peut

trouver à redire au caractère *judiciaire* de notre résolution et lui préférer le système germanique, libéral et individualiste (cf. Constantinesco, *La résolution des contrats synallagmatiques en Droit allemand*, Th. Paris, 1940), où le créancier peut, par sa seule volonté en mettant le débiteur en demeure d'exécuter dans un délai raisonnable se créer un droit à la résolution (B.G.B., 325 ; C.O., a. 107). C'est, au fond, le résultat auquel nous arrivons pratiquement en stipulant des clauses résolutoires expresses. Mais notre droit commun de l'a. 1184 impose au créancier les frais et les lenteurs d'une instance.

Ce n'est pas, pourtant, cet inconvénient qui frappe le plus aujourd'hui où, auprès du législateur français, la morale des affaires compte souvent bien moins que celle de l'infinie patience (cf. Picod, Clause résolutoire et règle morale, *J.C.P.*, 90, 1, 3447). Comment n'être pas attentif à la dureté possible de la résolution, même judiciaire, à plus forte raison à celle des clauses résolutoires ? C'est qu'il est des contrats (bail, contrat de travail) qui sont des installations de l'homme et de sa famille. Dans cet esprit, le contrôle judiciaire apparaît comme un minimum, et les clauses résolutoires expresses sont suspectes.

### THÉORIE JURIDIQUE

*Fondement de l'institution*. — L'a. 1184 lui-même, en analysant la résolution comme l'effet d'une condition résolutoire sous-entendue, donne pour fondement à l'institution la *volonté tacite* des contractants. L'explication a été classique (ex. Baudry-Lacantinerie-Barde, II, n° 900), quoique beaucoup de classiques aient aperçu ce qu'elle avait d'artificiel (cf. Demolombe, XXV, n°s 489 s.). Il reste que la jurisprudence accepte quelque chose du fondement volontariste, quand elle décide que les parties sont libres d'écarter le système de l'a. 1184 ; cf. Com. 14 mars 1950, S. 50, 1, 174 ; Com. 7 mars 1984, *J.C.P.*, 85, 2, 20407, n. Delebecque, *R.T.*, 85, 164, n. J. Mestre (v. cep. Cassin, *R.T.*, 1945, 177 ; Delebecque, *loc. cit.*). La grande objection contre l'analyse du C.C., c'est qu'une condition résolutoire devrait opérer sans l'intervention du juge. On ajoute qu'il n'est pas naturel qu'en contractant les parties prévoient l'inexécution. Mais, sur ce point, il est permis de répondre qu'au contraire rien n'est plus primitif que d'entasser dans le contrat des clauses comminatoires contre celui qui le violera. La doctrine d'aujourd'hui propose d'autres explications : la théorie de la *cause* (Capitant, *De la cause*, n°s 147 s.), l'*équivalence* (Maury, Th. Toulouse, 1920), l'*unité* indivisible d'une situation juridique ou d'une opération juridique déterminée (Cassin, *Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution*, *R.T.*, 1945, 159 s.). Ripert (*Règle morale*, n° 76) rattache la résolution à la *bonne foi* que se doivent les contractants (a. 1134 ; de là, le pouvoir d'appréciation du juge), et Josserand (II, n°s 379 s.) en fait une *sanction* de la mauvaise foi (c'est pourquoi elle pourrait être prononcée même en l'absence de préjudice ; Planiol-Esmein, n° 431 ; cf. Civ. 27 avril 1948, *J.C.P.*, 48, 2, 4594, *R.T.*, 49, 95). Disons encore ceci : le juge a le pouvoir de prescrire les mesures (d'ordonner les destructions) propres à empêcher un dommage (cf. Planiol-Esmein, n° 545 ; Mazeaud, *Resp.*, III, n° 2307) ; or, le créancier de l'obligation inexécutée, s'il restait débiteur de sa propre obligation, serait exposé à un dommage ; le juge préviendra ce dommage en anéantissant l'ensemble du contrat.

## [190]

## PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Pouvoir d'appréciation des juges dans l'a. 1184.* — Il est considérable. Les juges s'en servent d'abord pour mesurer, d'une façon matérielle, l'importance du manquement constaté par rapport à l'utilité économique que le créancier attendait du contrat : ex. Civ.<sup>1</sup> 12 mars 1956, D. 56, 302 ; Civ.<sup>3</sup> 22 mars 1983, *Bull.*, n° 84 ; Civ.<sup>3</sup> 18 déc. 1991, *Bull.*, n° 331. Mais, surtout, c'est pour eux le moyen de porter un jugement moral sur la conduite respective des contractants : ex. Req. 23 avril 1897, S. 02, 1, 424 (tromperie en cours de bail) ; Com. 12 nov. 1991, *Bull.*, n° 245. — Sur la résolution aux torts et griefs réciproques, v. Civ.<sup>3</sup> 8 févr. 1977, *Bull.*, n° 64 ; Com. 6 mars 1984, *Bull.*, n° 92, la résolution pour mésintelligence dans les contrats successifs ; Civ.<sup>3</sup> 21 avr. 1987, *Bull.*, n° 93, *R.T.*, 88, 536, n. Mestre (ce n'est ni une cause fautive, ni une cause fortuite, mais une cause objective, comme dans un certain type de divorce, et une nécessité ; cf. a. 1844-7, 5°).

b) *Résolution par volonté unilatérale du créancier.* — Une jurisprudence ancienne (Civ. 26 févr. 1896, S. 97, 1, 187), mais qui se prolonge aujourd'hui comme une application de l'a. L. 122-6 C. Tr. (Soc. 14 déc. 1966, *J.C.P.*, 67, 2, 15173 ; Soc. 5 mai 1971, D. 71, 575 ; Soc. 30 nov. 1977, D. 78, *I.R.*, 65), décide que, lorsqu'une faute grave du salarié rend impossible entre l'entreprise et lui la continuation des rapports de confiance que postule le contrat de travail, le patron a le droit de le congédier immédiatement, les juges ne condamneront pas le patron — à supposer que le salarié ensuite se plaigne — s'ils estiment *a posteriori* que la résolution immédiate était justifiée. La solution a été transposée à d'autres contrats : ex. Req. 22 déc. 1920, S. 22, 1, 369 (exclusion d'un groupement) ; Com. 15 janv. 1973, D. 73, 473 (concession) ; Civ.<sup>1</sup> 13 oct. 1998 (convention d'une clinique avec un médecin), D. 99, Somm. 115 ; Colmar, 7 févr. 1977, D. 78, 169, n. Ortscheidt (vente). Il n'est pas facile de justifier cette jurisprudence. Beaucoup de cas peuvent s'expliquer par l'urgence, si l'on admet que l'urgence (à l'arrière-plan la nécessité) affranchit de toutes les règles (cf. Vasseur, Urgence et Droit civil, *R.T.*, 1954, p. 421), d'autres par la fraude (*fraus omnia corrumpit*, ex. Civ. 4 janv. 1910, précité). Ailleurs (certains renvois d'ouvriers, par ex. pour violences envers le patron), on aurait pu analyser différemment la situation : le maître de l'établissement procède à l'exclusion en vertu de son pouvoir de police intérieure ; l'intéressé se trouve désormais empêché par une force majeure d'accomplir le contrat ; il y a résiliation en vertu de la théorie des risques, donc sans demande en justice (cf. pour des cas où c'est moins une faute qu'une carence, ex. par maladie, qui est imputable au salarié, et où l'employeur est autorisé à prendre acte, sans procès, de la rupture du contrat, Nayral de Puybusque, D. 80, chr. 319). Cependant, l'explication la plus répandue est que la prohibition de la justice privée n'a pas une valeur absolue (cf. Planiol-Esmein, n° 428) : des lors qu'il n'exerce ni violence ni voie de fait, chacun doit être encouragé à réaliser son droit, à ses risques et périls et sauf à en répondre (Jhering et son « combat pour le droit »).

c) *Clauses expresses de résolution.* — Cf. Borricand, La clause résolutoire expresse, *R.T.*, 57, 433. Leur validité n'est pas mise en doute (sauf nullité résultant de la loi, par ex. du statut du fermage : Soc. 13 janvier 1950, D. 50, 192, *R.T.*, 50, 374) : peut-être aurait-on pu défendre le monopole de l'autorité judiciaire (sauf texte contraire, a. 1656), s'agissant d'une mesure qui est une sorte de voie d'exécution privée. La jurisprudence sent du reste, ce qu'il y a d'anormal dans ces clauses, car elle exige que leur insertion aux contrats résulte d'une volonté expresse et non tacite : Civ.<sup>1</sup> 17 mai 1954,

*R.T.*, 54, 666 ; Civ.<sup>1</sup> 25 nov. 1986, *R.T.*, 87, 313 ; Civ.<sup>3</sup> 7 déc. 1988, *Bull.*, n° 176 ; Civ.<sup>1</sup> 13 déc. 1988, *Bull.*, n° 353 ; Civ.<sup>1</sup> 16 juill. 1992, *Rép. not.*, 93, 1, 733 (or, en thèse générale, la volonté contractuelle n'a pas besoin d'être expresse ; c'est un jeu de mots que de s'appuyer, pour soutenir le contraire, sur la formule « clause expresse de résolution », car elle n'est là, historiquement, que pour marquer qu'il ne s'agit plus de la condition résolutoire tacite). Des arrêts (Civ.<sup>1</sup> 14 mars 1958, D. 56, 449 ; Civ.<sup>3</sup> 6 juin 1984, *Bull.*, n° 111) ont rappelé que les clauses de résolution étaient des conventions comme les autres, mais ce n'était pas pour les faire bénéficier de la force obligatoire de l'a. 1134, al. 1<sup>er</sup>, c'était pour les soumettre à l'exigence de bonne foi inscrite à la fin du texte, et du même coup bloquer leur application (cf. *R.T.*, 58, 419 ; 85, 163). Cette jurisprudence a déjà été rencontrée (*supra*, n° 114). Elle a pu se sentir fortifiée par une analogie avec la notion ancienne du débiteur malheureux et de bonne foi, notion réactivée par la loi du 31 déc. 1989 sur le surendettement (*infra*, n°s 365, 371). La mansuétude du pouvoir judiciaire a, toutefois, ses limites (ex. Civ.<sup>3</sup> 10 mars 1993, D. 93, 357, n. Bühr). Il y a de la morale dans tout cela (cf. Picod, *J.C.P.*, 90, 1, 3447).

d) *Effets de la résolution.* — L'anéantissement rétroactif du contrat principal (vente) fait tomber le contrat accessoire (prêt) qui y était adossé : Ch. mixte, 23 nov. 1990 (2 arrêts), D. 91, 121, *J.C.P.*, 91, 2, 21642, *Rép. not.*, 91, 1025 ; Civ.<sup>1</sup> 16 déc. 1992 et 1<sup>er</sup> déc. 1993, *Bull.*, n°s 316, 355. On pourrait dire que la réalisation de la vente était la cause du prêt : la cause a disparu (cf. *supra*, n° 111).

## [191] 2 / La résolution en vertu de la théorie des risques

La théorie des risques (ne pas confondre avec la théorie du risque ou de la responsabilité fondée sur le risque en matière de responsabilité ; *infra*, n° 200) concerne les conséquences de l'impossibilité d'exécution dans les contrats synallagmatiques, lorsque cette impossibilité résulte d'une force majeure. En principe, l'impossibilité d'exécution par suite de force majeure éteint l'obligation sans qu'il y ait lieu à dommages-intérêts (c'est la solution que donne l'a. 1302 pour une hypothèse concrète : la perte de la chose due). Quand on a affaire à un contrat unilatéral, tout est terminé par l'extinction de l'obligation unique. Mais, quand le contrat est synallagmatique, il faut rechercher, et c'est à quoi répond la théorie des risques, si, l'obligation de l'un des contractants étant éteinte, l'obligation de l'autre subsiste, ou si elle est éteinte par réciprocité, ce qui résout le contrat.

Si, l'un des contractants étant libéré de son obligation par la force majeure, l'autre reste tenu de la sienne, c'est celui-ci qui perdra ; on dira que les risques du contrat sont pour lui, ou encore qu'ils sont pour le créancier (car, bien que chacun, dans un contrat synallagmatique, soit à

la fois créancier et débiteur, il est traditionnel de considérer ici les positions par rapport à l'obligation inexécutée, et dire que les risques sont pour le créancier sans autre précision, c'est dire qu'ils sont pour le créancier de l'obligation éteinte par force majeure, parce qu'il reste tenu d'exécuter sans pouvoir rien recevoir en échange). Si, au contraire, l'un des contractants étant libéré par la force majeure, l'autre est corrélativement libéré, c'est le premier qui va perdre ; on dira que les risques du contrat sont pour lui, *débiteur* (de l'obligation inexécutée).

Le problème ne se conçoit que dans les contrats synallagmatiques. Il a, d'ailleurs, reçu dans le C.C. deux solutions différentes selon les hypothèses. L'une a valeur de *principe*, l'autre d'*exception* ; mais le principe est souvent masqué par l'*exception*, qui est pratiquement très importante, parce que, concernant les *contrats translatifs de propriété*, c'est elle qui est applicable à la vente.

#### ► *Solution de principe*

a) *Recherche de la solution*. — L'a. 1722 dispose que, lorsque l'immeuble loué est détruit en totalité par force majeure, le bail est résilié de plein droit ; le locataire est donc dispensé de son engagement de payer le loyer, et le risque, du même coup, est pour le bailleur, débiteur de l'obligation qui ne peut plus être exécutée (l'obligation de procurer la jouissance de l'immeuble, a. 1719) : *res perit debitori*. La solution s'explique par l'interdépendance essentielle des obligations dans le contrat synallagmatique : si l'une est éteinte, l'autre perd sa raison d'être, son intérêt, sa *cause*.

Partant de l'a. 1722, ainsi que d'autres textes également fragmentaires (ex. a. 1790, l'« ouvrier », ici, est un artisan), et les généralisant, la doctrine pose en principe que, lorsque dans un contrat synallagmatique, la force majeure rend impossible à l'un des contractants l'exécution de ses obligations, l'autre est réciproquement dispensé d'exécuter les siennes. *Le principe est que les risques sont pour le débiteur* (de l'obligation inexécutée). La jurisprudence en fait application à tous les contrats synallagmatiques pour lesquels la loi n'a pas statué spécialement (à condition qu'ils ne soient pas translatifs de propriété ; car, s'ils l'étaient, on entrerait dans le domaine de l'*exception*).

b) *Portée de la solution*. — La solution dégagée ne vaut pas seulement pour l'impossibilité d'exécution qui se matérialise dans la *perte* (totale ou partielle) de la chose (quoique les textes, ex. a. 1722, raisonnent de préférence sur cette hypothèse) ; elle vaut aussi bien pour toute

impossibilité d'exécution, dès lors qu'elle est fortuite : ainsi, une grève du Gaz qui empêche le bailleur d'assurer le chauffage de l'immeuble crée (pour partie) une impossibilité d'exécuter l'a. 1719, et le cas est justiciable de l'a. 1722.

1° Lorsque l'impossibilité d'exécution est *totale*, l'attribution des risques au débiteur a cette conséquence que les obligations vont se trouver éteintes des deux côtés : du côté du débiteur, par suite de la force majeure ; du côté du créancier, par voie de réciprocité. Le contrat tout entier va disparaître, et, en général, rétroactivement : c'est une *résolution*. Toutefois, dans les contrats successifs (ex. bail, a. 1722), il ne s'agira que d'une *résiliation*, non rétroactive. Le contrat est résolu ou résilié *de plein droit* dès que surgit l'obstacle à l'exécution (arg. a. 1722). C'est une différence notable avec la résolution pour inexécution *fautive* qui, selon l'a. 1184, doit être demandée en justice. Pourtant, s'il s'élève un litige soit sur le principe même de l'attribution des risques, soit sur l'étendue ou l'origine de l'impossibilité d'exécuter, il faudra bien plaider. Mais le juge, saisi du litige, se bornera à *constater*, le cas échéant, que les obligations se sont éteintes de part et d'autre ; il n'a pas à *prononcer* la résolution ou résiliation du contrat. Aucun des deux contractants ne pourra, du reste, être condamné à dommages-intérêts envers l'autre (arg. a. 1722, *in fine*), car aucun n'a commis de faute (opp. a. 1184, al. 2, *in fine*) ;

2° Lorsque l'impossibilité d'exécution n'est que *partielle*, le créancier (de l'obligation inexécutée) n'est pas entièrement libéré ; il bénéficie seulement d'une réduction proportionnelle de ses propres obligations (arg. a. 1722 ; ex. l'inexécution de l'engagement de chauffer qu'avait assumé le bailleur justifiera simplement une diminution du loyer dû par le locataire). Le contrat n'est donc pas résolu ; il est rééquilibré (cette réadaptation, d'ailleurs, nécessitera une intervention du juge en cas de désaccord).

#### [192] *Solution exceptionnelle pour les contrats translatifs de propriété*

Il s'agit de tous les contrats synallagmatiques comportant obligation de livrer un corps certain : vente, échange, donation avec charges, etc., mais surtout *vente*. Les risques du contrat prennent ici un aspect particulier : ce sont, en même temps, les risques de la *chose* qui fait l'objet du contrat. Si cette chose vient à périr par cas fortuit, entre le moment où la convention est conclue et celui où elle doit être exé-

cutée par la livraison, qui doit, du débiteur ou du créancier, du vendeur ou de l'acheteur, supporter la perte ?

Si l'on transportait à la vente la solution de principe fondée sur la réciprocité des obligations, il faudrait admettre que les risques sont pour le vendeur, débiteur de l'obligation inexécutée, et que l'acheteur, qui ne peut plus obtenir la chose, ni de dommages-intérêts, est dispensé en récompense de payer le prix. Tel n'est pas le droit positif. Selon une exception traditionnelle, l'acheteur reste tenu de payer la totalité du prix, bien que la chose soit perdue ou détériorée, pourvu que la perte ou détérioration ne puisse être imputée à la faute du vendeur. Les risques sont pour lui, créancier de l'obligation inexécutée : ici, *res perit creditori*.

La solution est à la fois énoncée et expliquée dans l'a. 1138 : la chose est aux risques du créancier, parce qu'il en est déjà devenu propriétaire par le seul accord des volontés (cf. t. III, n° 108). C'est, en effet, un principe rationnel, qui intéresse le droit des biens (ainsi, dans les rapports entre propriétaire et détenteur) avant même le droit des obligations, que la perte d'une chose soit pour le compte du propriétaire : *res perit domino* (cf. a. 1730, 1788, 1810, 1884, 1929, 1933 ; v., plus nettement encore, a. 100 C. Com.). Ce sont les risques de la propriété qu'assume, en réalité, l'acheteur pour tous les dommages qu'a pu subir la chose, sans la faute du vendeur, entre le contrat et la livraison. Une contre-épreuve est dans l'a. 1601 : des dommages survenus *avant* la conclusion du contrat seraient aux risques de celui qui se proposait de vendre, parce qu'il est toujours propriétaire. Il faut admettre, semblablement, que, si une clause particulière avait retardé l'instant du transfert de propriété, le vendeur continuerait à supporter les risques dans l'intervalle.

Cette liaison des risques à la propriété ne comporte qu'une limite, qui est l'effet de la mise en demeure, constatation d'un retard fautif dont le débiteur assumera désormais la responsabilité (cf. *supra*, n° 168).

### [193] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Esmein, VI, n°s 412 s. ; Beudant-Lagarde, VIII, n°s 399 s. ; Demogue, VI, n° 113 ; Ghestin, II, n°s 515 s.

#### HISTOIRE

Les textes de Justinien mettent à la charge de l'acheteur les risques de perte de la chose avant la livraison (*periculum rei venditae*) : il sera tenu de payer le prix bien qu'il ne puisse plus recevoir la chose. La règle est moins explicable en Droit romain que dans le C.C., parce que la vente romaine n'était pas translatrice de propriété par le seul

échange des consentements ; v. diverses explications historiques, Monier, II, n° 116. En bonne justice la règle se défend non par le motif qu'en donnent les *Institutes*, III, 23, 3, que l'acheteur aurait profité de la plus-value s'il en était produit une entre le contrat et la livraison, mais par cette considération que, le plus souvent, si la livraison a été retardée, c'était dans l'intérêt de l'acheteur : il manquait provisoirement de moyens de transport pour enlever la marchandise ou de place pour la recevoir (cf. Ch. Appleton, *R. générale de droit*, 1926, 375 s.).

#### THÉORIE JURIDIQUE

La règle *Res perit debitori* est couramment rattachée à la théorie de la cause (cf. *supra*, n° 59). D'autres, cependant (v. Ripert-Boulanger, II n° 504), invoquent le respect de la bonne foi, déjà invoqué à Rome (Dig. 19, 1, 50) et le principe de la justice commutative. Justice géométrique, il faut bien se l'avouer, plutôt qu'équité faisant acception des personnes. Et l'idée commence à poindre (dont on ne sait si elle renouvellera un jour la théorie) que, dans certains contrats, il est une partie économiquement forte qui a vocation, par sa force, à assumer tous les risques, v. par ex. a. L. 731-1 s. C. Tr., obligeant les entreprises du bâtiment à indemniser leurs salariés en cas d'arrêt du travail occasionné par les intempéries (il existe, du reste, une péréquation de la charge entre toutes les entreprises sur le plan national, ébauche d'une socialisation des risques contractuels). A quoi l'on opposera ce qu'enseignait Pothier (*Louage*, n° 165 s.) au sujet des vendangeurs surpris par la pluie (il ne leur était pas dû de salaire). Cf. a. L. 322-11 (mise en chômage partiel pour cause économique).

#### PRATIQUE JUDICIAIRE

La Cour de cassation, dans un arrêt souvent cité (Civ. 14 avril 1891, S. 94, 1, 391, D. 91, 1, 329, n. Planiol), a implicitement reconnu à la maxime *Res perit debitori* valeur de principe général. Elle l'a déclarée applicable, malgré l'absence de texte, au *contrat de complant*, variété de bail conclue entre un propriétaire et un cultivateur pour la plantation d'une nouvelle vigne en dix ans, le cultivateur faisant les frais de la plantation, mais devenant propriétaire de la moitié du terrain au bout du délai : le planteur avait commencé son travail, mais après trois années était survenu le phylloxéra, force majeure, qui l'avait empêché de poursuivre. La Chambre civile a accueilli l'action du propriétaire aux fins de résiliation du contrat. On remarque sur l'arrêt : 1° Que, dès avant Capitant, il rattache expressément à la notion de *cause* le principe de l'attribution des risques au débiteur ; 2° Qu'il invoque, à l'appui de sa solution, l'a. 1184, ce qui lui a attiré beaucoup de critiques doctrinales, l'a. 1184 supposant une inexécution imputable à faute (arg. l'allusion aux dommages-intérêts) et une résolution qui a besoin d'être demandée en justice. Ces critiques se ressentent du préjugé que les dommages-intérêts supposent la faute ; si, au contraire, il y a, dans les a. 1146 s., une notion de l'inexécution à laquelle la notion de faute n'est pas essentielle (cf. *supra* n° 154), on s'explique l'ambivalence prêtée par l'arrêt à l'a. 1184. Toujours est-il que la Cour de cassation n'a pas varié depuis le phylloxéra : l'inexécution fortuite des obligations d'une partie au contrat synallagmatique a sa sanction dans l'a. 1184, donc dans une résolution en justice, soumise à l'appréciation du juge (ex.



Civ.<sup>1</sup> 2 juin 1982, *Bull.*, n° 205, *R.T.*, 83, 340, n. Chabas ; Civ.<sup>1</sup> 12 mars 1985, *Bull.*, n° 94, *R.T.*, 86, 345, n. J. Mestre).

Cependant, cette ligne de raisonnement est contrariée par une autre ligne, qui s'attache non plus à l'a. 1184, mais à l'a. 1722. Cet article, inscrit au titre du bail, dispose que le contrat est résilié *de plein droit* si la chose est totalement détruite par force majeure (on pense à l'incendie). Le texte a été classiquement regardé comme le modèle parfait pour illustrer la théorie des risques. Il permet de conclure qu'en cas d'impossibilité fortuite d'exécution, la résolution peut se passer d'intervention judiciaire, ex. Com. 28 avr. 1982, *Bull.*, n° 145. Si, néanmoins, une partie saisit le tribunal afin de disposer d'un titre clair, les juges auront seulement à constater la cessation déjà acquise du contrat, non pas à en juger. Malencontreusement, la Cour de cassation a plutôt obscurci l'a. 1722 en voulant y introduire une précision. Des arrêts (Com. 8 oct. 1991, *Bull.*, n° 278 ; Civ.<sup>3</sup> 22 janv. 1997, *D.* 98, 43, n. Farnocchia) rappellent que le bail prend fin de plein droit au vu de la perte totale de la chose survenue par cas fortuit — ou même, ajoutent-ils, survenue par la faute de l'une des parties. C'est amalgamer à la théorie des risques l'inexécution fautive, ce qui peut justifier l'intervention du juge — d'autant plus qu'une évaluation de dommages-intérêts pourra se trouver nécessaire.

Tous les contrats synallagmatiques ne se plient pas au schéma classique aussi aisément que (respectivement) le bail et la vente. Ainsi du contrat d'entreprise. L'a. 1788 donne une solution nette : les risques sont pour l'artisan quand il fournit les matériaux. Mais pourquoi ? Parce qu'il est propriétaire des matériaux, peut-on penser, *res perit domino*. Seulement, à ce compte, la solution ne sera pas transposable, en général, à la construction immobilière, car, au fur et à mesure que la bâtisse s'élève, l'entrepreneur perd la propriété des matériaux, incorporés au sol par accession. Que si, au contraire, on explique l'a. 1788 sans référence à la propriété par la seule interdépendance des obligations, on pourra faire peser sur le constructeur le risque du contrat (en ce sens, Civ.<sup>1</sup> 11 oct. 1983, *Bull.* n° 221 ; Civ.<sup>3</sup> 1<sup>er</sup> févr. 1986, *R.T.*, 86, 607, n. Rémy).

### [194] 3 / Les diminutifs de la résolution

En présence de certaines inexécutions que l'on peut croire n'être pas irrémédiables, le droit propose des mesures moins graves, moins définitives, que la résolution. Ces mesures provisoires, conservatoires, sont de deux sortes : l'exception d'inexécution et la suspension du contrat.

## 1 | L'EXCEPTION D'INEXÉCUTION

C'est un principe, reconnu par la jurisprudence, que dans les contrats synallagmatiques les deux obligations doivent être exécutées simultanément, *trait pour trait*. Chacune des parties n'est en droit d'exiger la prestation qui lui est due qu'autant qu'elle offre d'exécuter la sienne. Réciproquement, elle peut se refuser à exécuter sa prestation tant que son partenaire n'offre pas lui-même d'exécuter. Ce refus se manifestera par une exception (au sens procédural du terme), l'exception de contrat non accompli (*exceptio non adimpleti contractus*), ou exception d'inexécution. C'est une conséquence de l'interdépendance des obligations dans le contrat synallagmatique. Il n'est pas, d'ailleurs, toujours facile de distinguer de cette exception le *droit de rétention*, dont l'étude ressortit au droit du crédit (c'est une sorte de sûreté en vertu de laquelle le créancier qui a en sa *détention* ou *possession* un bien appartenant au débiteur peut refuser de s'en dessaisir tant qu'il n'est pas payé).

### ► *Domaine d'application*

L'exception d'inexécution n'est prévue que par quelques textes fragmentaires (ex. a. 1612, 1653). On peut, cependant, pour reconnaître à l'exception une portée générale, argumenter *a fortiori* de l'a. 1184 : mieux vaut autoriser le refus d'exécution que d'avoir ensuite à prononcer une résolution rétroactive, avec sa séquelle de restitutions.

a) *Principe*. — La jurisprudence a admis l'exception d'inexécution *en dehors des textes* (ex. le locataire peut refuser de payer son loyer s'il n'a pas la libre jouissance des lieux loués ; le bailleur peut refuser de procéder aux réparations si les loyers ne lui sont pas payés). C'est l'idée synallagmatique qui délimite le domaine : l'exception est recevable dans tous les contrats *synallagmatiques* véritables, et même dans les synallagmatiques imparfaits (arg. a. 1948 ; mais n'est-ce pas plutôt droit de rétention ?). On l'étend encore à ce synallagmatique renversé qu'est la situation des parties après qu'un contrat a été annulé (v. *supra*. n° 107) ou résolu : les deux obligations de restitution doivent être exécutées *trait pour trait*.

b) *Restrictions*. — Les tribunaux écartent l'exception quand elle leur paraît invoquée dans des circonstances contraires à la bonne foi

que se doivent les contractants. Ex. un locataire ne peut refuser de payer les loyers sous prétexte que le bailleur a négligé de procéder à des réparations dont l'immeuble a besoin. C'est qu'il ne serait pas conforme à la bonne foi d'opposer ainsi l'inexécution d'une obligation relativement secondaire (et d'ailleurs, non liquide) pour se dispenser de remplir soi-même son engagement essentiel. Ce sont seulement les obligations de même importance qui doivent s'accomplir trait pour trait, et dans le bail, le locataire, par cela seul qu'il est en jouissance des lieux loués, bénéficie déjà d'une exécution suffisante pour faire équilibre à son obligation de payer les loyers : le contrat garde pour lui un intérêt, une cause.

► *Effet*

Deux différences avec l'action en résolution :

a) L'exception est un moyen purement *défensif*. Le débiteur ne prend pas d'initiative : il se borne à refuser l'exécution quand le créancier la lui réclame, soit à l'amiable, soit en justice ;

b) L'exception est un moyen purement *temporaire*. Le contrat n'est que suspendu : le créancier, d'abord repoussé, pourra obtenir satisfaction dès qu'il aura accompli sa propre obligation.

[195] 2 | LA SUSPENSION DU CONTRAT

C'est le développement moderne de notions plus traditionnelles telles que l'exception d'inexécution ou même le délai de grâce. On peut y voir aussi une adaptation logique du principe même de la résolution : si un obstacle définitif entraîne la cessation du contrat, un obstacle simplement temporaire doit seulement le suspendre. C'est pourquoi, tout comme la résolution, la suspension peut répondre à une inexécution soit *fortuite*, soit *fautive*.

► *Suspension pour cause d'inexécution fortuite*

a) *Cas*. — C'est là que se rencontrent les cas les plus nombreux de suspension, tantôt *légaux*, tantôt *jurisprudentiels*.

1° *Cas légaux*. — Le mécanisme de la suspension a une importance particulière dans le contrat de travail : le vœu de la loi est que, lorsque

le travail se trouve temporairement interrompu par force majeure ou pour un motif légitime, le contrat ne soit pas résilié, de telle sorte que le salarié puisse retrouver son emploi : ex. C. Tr., a. L. 122-18 (service national), a. L. 122-25-2 (maternité de l'ouvrière), a. L. 521-1 (grève, sol. impl.) et même son ancienneté (a. L. 122-10) ;

2° *Applications jurisprudentielles*. — La jurisprudence a consacré le principe que, lorsque la force majeure a un caractère momentané, le débiteur n'est pas libéré, le contrat n'étant que suspendu, jusqu'au moment où la force majeure aura cessé. Elle en a fait application non seulement à des contrats successifs (ex. bail ; contrat de travail [en dehors des suspensions légales], ainsi en cas de maladie ; cf. *supra*, n° 167), mais aussi à des contrats à exécution instantanée (ex. vente où la marchandise se trouve provisoirement bloquée par le fait du prince).

b) *Régime*. — C'est comme une réduction de la théorie des risques : tant que l'un des contractants ne peut exécuter ses obligations, l'autre est dispensé d'exécuter les siennes (ex. les salaires ne seront pas payés pendant l'indisponibilité du salarié). Dès que l'empêchement aura cessé, le contrat reprendra de plein droit son cours, aux mêmes conditions, sans qu'il soit besoin d'un nouvel accord de volonté.

► *Suspension pour cause d'inexécution fautive*

On peut en citer deux cas :

a) *Suspension par faveur*. — Le délai que l'a. 1184, al. 3, permet au juge d'accorder équivaut à une suspension du contrat synallagmatique. C'est une *faveur* faite au débiteur en défaut, qui évite ainsi la résolution.

b) *Suspension par sanction*. — Tel est le caractère de la suspension organisée par l'a. L. 113-37 al. 2, C. Ass., pour le cas de non-paiement des primes : c'est une véritable peine privée contre l'assuré, car il cesse d'être couvert par l'assurance, tout en continuant à être tenu de ses obligations envers l'assureur.

ÉTAT DES QUESTIONS

[196]

I. — *Exception d'inexécution*

B.G. — Planiol-Esmein, VI, n° 438 s. ; Beudant-Lagarde, VIII, n° 773 s. ; Ghestin, II, n° 317 s. — Cassin, *L'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, Th. Paris, 1914 (l'ouvrage de base) ; Pillebout, *Recherches sur l'exception*

*d'inexécution*, Th. Paris, 1971 ; C. Malecki, *L'exception d'inexécution* (fondement : l'a. 1184), 1999. — *L'exceptio non adimpleti contractus*, qui n'est pas romaine en la forme, paraît avoir été tirée par les postglossateurs du C. Just. 2, 3, 21, *in fine*. Mais on attribue un grand rôle dans la formation de la théorie à la maxime (peu évangélique) des canonistes : *non servanti fidem non est fides servanda*. Ce qui est remarquable, c'est l'effacement de l'institution à partir du XVI<sup>e</sup> s. Peut-être l'avait-on trouvée trop morale, pas assez juridique. Peut-être s'était-on aperçu, plus simplement, que la morale peut aisément servir d'alibi à la chicane (cf. Timbal, I, 282). Et puis, à morale, morale et demie : il y avait toute une tradition (les Stoïciens ; le *De officiis* de saint Ambroise ; Grotius, *De jure belli ac pacis*, liv. 3, chap. 19, n<sup>os</sup> 13 s.) sur la bonne foi qui est due même à l'ennemi perfide. La résurrection de la théorie a eu lieu chez nous vers 1900 (influence du B.G.B., § 320, 322). On s'est préoccupé de lui découvrir un fondement, et les idées qui avaient servi à expliquer l'a. 1184 ont resurgi ici : volonté présumée (condition tacite), cause (au sens de Capitant), bonne foi contractuelle (ce qui justifie les tempéraments admis par la jurisprudence), etc. La jurisprudence donne effet à l'exception (ex. dans le bail, Req. 22 févr. 1932, D.H. 32, 203 ; Civ. 26 nov. 1951, *G.P.*, 52, 1, 72 ; Civ.<sup>3</sup> 21 déc. 1987, *Bull.*, n<sup>o</sup> 212), sans toujours la distinguer nettement du droit de rétention ou même de la compensation. Mais elle n'est pas moins soucieuse de planter des barrières contre les abus (ex. *R.T.*, 86, 591, n. J. Mestre ; cf. *C.C.It.*, a. 1460, al. 2). Elle semble particulièrement en éveil quand l'exception est soulevée par un preneur à bail qui invoque un prétendu défaut de réparations : ex. Soc. 13 janv. 1944, *J.C.P.*, 44, 2, 2590, *R.T.*, 44, 121 ; Soc. 7 juill. 1955, D. 57, 1, n. Savatier, *R.T.*, 57, 143 (cf. Rémy, *R.T.*, 88, 371) ; Civ.<sup>1</sup> 10 juin 1963, *G.P.*, 63, 2, 441 ; Civ.<sup>3</sup> 21 nov. 1973, *Bull.*, n<sup>o</sup> 593. La dette de loyers est liquide et exigible, la dette de réparations est sujette à contestation et expertise : les deux obligations ne se situent pas à parité sur l'échelle du temps. Les arrêts distinguent, néanmoins, de la réclamation (souvent tendancieuse) de réparations l'affirmation du locataire que la jouissance normale du logis ne lui est pas procurée, Soc. 10 avr. 1959, D. 60, 61 ; Civ.<sup>3</sup> 21 déc. 1987, *R.T.*, 88, 371, n. Rémy : l'exception peut alors fonctionner. Sur des litiges qui demandent à être éclairés par une visite des lieux et une évaluation de moralité, il n'est pas inattendu que la Cour de cassation s'en remette à l'appréciation souveraine des juges du fond, Civ.<sup>3</sup> 15 déc. 1993, D. 94, 462 ; Civ.<sup>3</sup> 1<sup>er</sup> mars 1995, *G.P.*, 96, 1, 125. En fait, l'exception joue souvent comme un moyen anticipé (et unilatéral) de résoudre le contrat (cf. Roche-Dahan, D. 94, chr., 255).

Sur le droit de rétention, N. Catala, De la nature juridique du droit de rétention, *R.T.*, 1967, 9 ; Scapel, *R.T.*, 81, 539 ; Crocq, *R.T.*, 97, 707. Abus, ex. Civ.<sup>1</sup> 9 oct. 1985, D. 86, 417. Ce n'est pas une sûreté, il n'est pas assimilable à un gage, Com. 20 mai 1997, D. 98, Somm. 115.

## [197]

II. — *Suspension du contrat*

B.G. — Ghestin, II, n<sup>o</sup> 355. — Artz, D. 79, chr., 95.

Un arrêt, Civ.<sup>1</sup> 24 févr. 1981, D. 82, 479, n. approbative D. Martin, a apporté une consécration générale à ce mécanisme. En l'espèce, il s'agissait d'un bail à nourriture, combinaison familiale dont l'exécution avait été troublée par des difficultés pareillement familiales. Peut-être la Cour d'appel, dont l'arrêt est cassé, avait-elle pensé

qu'il valait mieux ne pas tenter de ressusciter une situation conflictuelle. Auparavant, la suspension avait été surtout étudiée dans le contrat d'assurance (A. Besson, *Assurances terrestres*, n<sup>os</sup> 108 s.) et dans le contrat de travail (cf. J.-M. Béraud, *La suspension du contrat de travail, essai d'une théorie générale*, 1980 ; G. Lyon-Caen, *Droit du trav.*, 1984, n<sup>os</sup> 255 s. ; Rivéro-Savatier, *Droit du trav.*, 1991, 451 ; mais v. Langlois, *Contre la suspension du contrat de travail*, D. 92, chr. 141). La suspension de contrat n'est pas exempte de faiblesses congénitales. Le contrat en inaction est difficile à vivre (les contractants sont-ils créanciers/débiteurs sous condition ? Pourraient-ils faire des actes conservatoires ?). Les ressorts psychiques se rouillent dans le temps suspendu, et le contrat qui a l'air de repartir ne sera plus tout à fait le même.

[198]

*Les engagements  
qui se forment  
sans convention  
(le fait juridique)*

De certains événements ou agissements que la doctrine moderne qualifie de faits juridiques, le droit fait naître des obligations qui n'ont pas été réellement voulues par les obligés. Ces obligations tendent à rétablir, dans un patrimoine, un état antérieur que le fait juridique, par hypothèse, avait rompu (on appelle volontiers justice le rétablissement du *statu quo ante*). La rupture peut venir de ce qu'une brèche avait été faite à ce patrimoine ou de ce que quelque chose, au contraire, y avait été versé en trop. Il est des faits juridiques dommageables et des faits juridiques profitables. Suivant les cas, la justice consistera à réparer ou à rendre. Le dommage causé à autrui peut être la source d'une obligation de réparation ; l'avantage reçu d'autrui, la source d'une obligation de restitution. La première catégorie a, du reste, une importance pratique incomparablement plus grande : c'est tout le domaine de la *responsabilité extracontractuelle*, *responsabilité* par excellence, *responsabilité délictuelle* au sens large — par opposition à la responsabilité contractuelle dont il a été question à propos de l'inexécution des contrats (*supra*, n° 154).

B.G. — L. de Naurois, L'obligation de réparer le dommage causé injustement, et Le devoir de justice de réparer le dommage dont on a profité, *Rev. de dr. canon*, 1982, 137 et 167.

## TITRE I

### *Le dommage causé à autrui comme source d'obligation (la responsabilité civile)*

Le mal s'étant produit, une voix interroge les hommes : qui l'a fait ? qu'as-tu fait ? L'homme doit *répondre* (mot évocateur, cf. Genèse, III, 9, IV, 9) — dans sa conscience, c'est la responsabilité morale ; devant le droit, c'est la responsabilité juridique. Celle-ci peut elle-même être de deux sortes : la responsabilité pénale (il faut punir l'auteur du mal en lui infligeant une peine, une souffrance) ; la responsabilité civile (il faut réparer le mal, faire qu'il semble n'avoir été qu'un rêve). A travers les a. 1382 s., la responsabilité se définit comme l'obligation de réparer le dommage causé à autrui.

Ainsi définie, il est clair que la responsabilité civile est une institution conçue avant tout dans l'intérêt de ceux qui ont subi le dommage, l'intérêt des victimes. Cet intérêt est même devenu quasi exclusif dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, et il a influencé la jurisprudence comme la législation. Il ne faudrait pas, néanmoins, qu'en se concentrant sur la fonction de justice interpersonnelle, on en arrive à ignorer la fonction sociale de sanction des fautes et, par effet pédagogique, dissuasif, de prévention des dommages que la responsabilité civile peut exercer à l'instar de la responsabilité pénale, quoique sous une forme diffuse et estompée. Même si le développement de l'assurance lui enlève aujourd'hui une bonne part de son mordant, la crainte d'avoir à payer des dommages-intérêts peut contribuer à rendre les conduites plus prudentes, plus diligentes, plus morales peut-être.

B.G. — Le prodigieux développement jurisprudentiel de la matière au cours du XX<sup>e</sup> siècle a rendu inutile, pour la majeure part, la doctrine du siècle précédent ; et il a fait éclore un genre littéraire nouveau sous les espèces de traités spécialisés de la responsabilité civile (précédent lointain dans le *Traité général* de Sourdat, 1852) ; de sorte

qu'une bibliographie doit comprendre non seulement les parties correspondantes des ouvrages généraux du droit des obligations (*supra*, n° 4), mais encore les grands ouvrages des spécialistes de la responsabilité.

Un ouvrage ancien tel que Beudant (*Droit civil*, IX bis) fut entièrement rénové par le réalisme et la vivacité de René Rodière. Lorsque parut, à la veille de la Seconde Guerre, la *Responsabilité civile* de René Savatier (2<sup>e</sup> éd., 1951), elle fit sensation par sa franche sympathie aux théories du risque, en contraste avec l'attachement que les frères Mazeaud conservaient à une certaine idée de la faute (la faute dans la garde). Les trois gros volumes de leur *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile* eurent quatre éditions dont la ligne générale resta la prééminence de la notion de faute ; la 5<sup>e</sup> éd., refondue par André Tunc (1957-1958), au contraire, prit quelque distance à l'égard de cette notion, tandis que la 6<sup>e</sup> éd. (1970-1978) publiée en collaboration avec François Chabas fit un retour à la théorie classique.

Aujourd'hui, doivent être cités comme ouvrages de référence : Aubry et Rau, t. VI-2, *Responsabilité délictuelle*, 8<sup>e</sup> éd. par N. Dejean de La Batie, 1989 ; Ph. Le Tourneau et Cadiot, *La responsabilité civile*, 1998 ; Starck, *Responsabilité délictuelle*, 5<sup>e</sup> éd. par H. Roland et L. Boyer, 1996 ; et surtout G. Viney, 3 vol., *Introduction à la responsabilité*, 2<sup>e</sup> éd., 1995, *Conditions*, 1998, et *Effets*, 1988.

## [199] ÉTAT DES QUESTIONS

### THÉORIE JURIDIQUE

a) *La responsabilité comme droit subjectif de la victime.* — En 1982, le Parlement avait voté un texte à teneur duquel aucune action ne pourrait être intentée à l'encontre de salariés, de représentants du personnel ou d'organisations syndicales de salariés en réparation des dommages causés par un conflit collectif ou à l'occasion d'un tel conflit. L'intention était de stopper une jurisprudence naissante qui avait accueilli ces actions en responsabilité, exercées par des chefs d'entreprises (ex. Angers, 22 oct. 1980, D. 81, 153, n. G. Lyon-Caen). Le Conseil constitutionnel (22 oct. 1982, *Droit social*, 83, 162, n. Léo Hamon) a déclaré cette disposition non conforme à la Constitution comme violant un principe d'égalité. Non pas en ce qu'elle créait en faveur de certaines catégories de personnes une irresponsabilité de droit civil (il existe, en effet, des précédents d'immunités légitimes ; ex. l. 29 juill. 1881 sur la presse, a. 41), mais en ce qu'elle retirait à une catégorie — indéterminée — de personnes toute action en réparation. Le droit à dommages-intérêts est un droit fondamental, un droit de l'homme, tandis que l'obligation de réparer n'est pas un devoir fondamental. Notre système juridique donne l'impression que, pour lui, la victime est la personne la plus importante du monde. Cf. F. Alt-Maes, D. 90, chr. 219.

b) *La responsabilité comme besoin d'ordre dans la société.* — C'est une autre face de l'institution. V. par ex. S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, 1995.

Ce courant de pensée n'est pas sans affinité avec la théorie de la garantie qu'avait défendue Boris Starck (cf. *infra*, n° 203 c), même si celui-ci était loin de donner à sa

position un tour aussi victimologique (partant, aussi individualiste). Mais nous en trouverons, sans doute, une expression plus directe dans des articles récents de Christophe Radé (D. 99, chr. 313 et 323), qui donnent pour fondement à la responsabilité civile un droit universel à la sécurité. Ce serait, peut-on observer, une autre manière de constitutionnaliser la responsabilité, si le Conseil constitutionnel n'y avait déjà pourvu, car la *sûreté* (vieuse contraction de la sécurité) figurait en bonne place, parmi les droits naturels et imprescriptibles de l'homme, dans la déclaration de 89, a. 2. Il est vrai que, d'après le contexte, les Constituants ont dû songer à protéger les Français contre les arrestations et les réquisitions arbitraires, plutôt que contre des dommages compensables en argent.

### SOCIOLOGIE

Tel qu'il a pris son essor depuis les années 30, le droit de la responsabilité est un droit presque entièrement jurisprudentiel, c'est-à-dire un droit qui est né à coups de conflits. Il est banal d'y voir une réponse naturelle au progrès des techniques, à la multiplication des machines, engins, appareils, tout spécialement des autos. D'autres facteurs, cependant, moins visibles, ont pu pousser à la roue. Partant de la constatation que, parmi les dommages que ce droit est amené à brasser, les plus graves et les plus ressentis sont les dommages corporels, il est permis de conjecturer que la médecine, la chirurgie et les hôpitaux n'ont pas été des éléments neutres dans le phénomène observé. Proposant, imposant aux victimes des soins de plus en plus perfectionnés, donc de plus en plus dispendieux — parce que, sans doute, de plus en plus efficaces —, ils ont gonflé considérablement le coût de l'obligation de réparer. La disproportion montante entre ce coût et les facultés des responsables a rendu nécessaire l'extension continue d'un système d'assurance (Sécurité sociale comprise), sans cesse à la recherche de son propre équilibre. Les calculs pécuniaires entretiennent ainsi dans le droit de la responsabilité un état latent de tension, qui explique, et que peut accroître, l'intervention des juristes. Une analyse économique pourrait montrer dans quelle mesure certaines professions (en France moins qu'aux Etats-Unis, il est vrai) vivent du droit de la responsabilité et en retour — faut-il dire *feed-back* ?, effet « parkinsonien » ? — le nourrissent.

[200] *Conditions de la responsabilité civile*

Ces conditions peuvent être conçues très différemment selon que l'on donne pour fondement à la responsabilité la *faute* ou le *risque*.

La responsabilité fondée sur la faute est une responsabilité *subjective* : elle a son siège dans le sujet, dans l'individu responsable, et même, peut-on dire, dans son état d'âme. La faute est une défaillance dans la conduite, qui suppose une défaillance dans la volonté ; elle ne peut être reprochée, *imputée*, qu'à celui qui a une volonté, raisonnable et libre. La réparation du dommage, dans ce système, est subordonnée à une recherche psychologique et à une appréciation morale.

La responsabilité fondée sur le *risque* est une responsabilité *objective, causale* : elle a son siège dans le rapport de causalité objective qui remonte du dommage à celui qui l'a causé. Peu importe dans quelles conditions psychologiques il l'a causé : sans l'avoir voulu, sans l'avoir pensé, sans avoir pu l'empêcher. Cette responsabilité n'implique aucun jugement de valeur sur les actes du responsable. Il suffit que le dommage se rattache matériellement à ces actes, car celui qui exerce une activité doit en assumer les risques. A plus forte raison si cette activité est, pour lui, une source de profits : la réparation des dommages qu'elle cause sera la contrepartie des profits qu'elle procure (*ubi momentum, ibi onus*).

Les deux systèmes diffèrent quant au fardeau de la *preuve*. Dans la responsabilité subjective, la victime ne peut obtenir réparation qu'à charge de prouver la faute, la défaillance de conduite et de volonté qui est à l'origine du dommage. Dans la responsabilité objective, c'est assez qu'elle prouve que le dommage a été matériellement engendré par l'activité du défendeur. La preuve de la faute, impliquant une recherche psychologique et une appréciation morale, est, à première

vue, plus difficile que celle, toute matérielle, d'un rapport de causalité, et elle laisse à la charge de la victime les dommages dont la cause demeure inconnue.

L'antinomie entre les deux systèmes peut, cependant, être atténuée par le jeu de présomptions et de preuves contraires (cf. Introduction, n<sup>os</sup> 173 s.), ce qui laisse place à des systèmes intermédiaires. Si la faute est présumée à partir de certains faits matériels (si par ex. il est écrit que le cavalier sera de plein droit responsable de tout dommage causé par son cheval au galop), la victime n'a plus à prouver la faute, et l'on se rapproche de la responsabilité fondée sur le risque. Si, à l'inverse, il est permis à celui qui assume un risque de s'en décharger en prouvant une certaine attitude de sa part ou de la part des autres (si par ex. une loi qui charge le cavalier de tous les dommages causés par le cheval l'autorise à s'exonérer en démontrant que son cheval allait au pas ou que la victime tenait le milieu de la chaussée), la considération de la faute se réintroduit dans le système.

Il existe, dans notre droit, des régimes de responsabilité franchement fondés sur le risque. Mais ils se rencontrent dans des lois spéciales dont l'étude ne ressortit pas au droit civil : Code de l'air de 1955, a. 36 (primitivement, l. 31 mai 1924, a. 53), rendant l'exploitant responsable de plein droit, sans qu'il soit besoin de prouver sa faute, de tous les dommages causés par un avion aux personnes et aux biens se trouvant à la surface, et surtout a. L. 414 s. C.S.S. (primitivement, l. 9 avril 1898) sur les *accidents du travail* (c'est le risque professionnel : l'employeur est responsable de plein droit, sans qu'il soit besoin de prouver sa faute, de tous les dommages survenus aux salariés par le fait du travail, ou même simplement à l'occasion du travail). La l. 5 juill. 1985 sur les accidents de la circulation doit être mise à part. Bien qu'elle n'ait pas été incorporée au C.C., elle lui reste intimement liée, parce qu'elle est historiquement sortie des entrailles de l'a. 1384, al. 1, tel que l'avait interprété la jurisprudence. Joint à cela qu'elle a un fondement complexe et qui débordé la notion de risque : c'est une loi d'indemnisation par l'assurance obligatoire avant que d'être une loi de responsabilité (cf. *infra*, n<sup>os</sup> 270 et s.).

Dans le C.C., le régime de responsabilité, qui a valeur de principe (a. 1382-1383), est expressément fondé sur la faute, la faute à l'état pur, que la victime doit prouver sans le secours d'aucune présomption. Mais il est suivi par des régimes subsidiaires (a. 1384, 1385, 1386, 1386-1), qui représentent, par un jeu variable de présomptions et de preuves contraires, des combinaisons intermédiaires entre la faute et le risque, sauf à observer que, dans les vingt dernières années du siècle,

l'interprétation jurisprudentielle a plutôt rompu en faveur du risque l'équilibre de l'a. 1384.

Malgré cette diversité des régimes, certaines conditions de la responsabilité sont partout et uniformément requises, à travers les a. 1382 - 1386-1. Ce sont les *constantes de la responsabilité civile : le dommage et la causalité*. Mais elles ne peuvent, à elles seules, déterminer un responsable : un élément variable, plus malaisé à saisir, doit s'y ajouter, que l'on peut appeler génériquement le fait dommageable ; c'est par lui que les *différents régimes de responsabilité civile* se séparent les uns des autres.

## [201] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Esmein, VI, n<sup>os</sup> 476 s. ; Rodière, n<sup>os</sup> 1374 s. ; Savatier, I, n<sup>os</sup> 274 s. ; Mazeaud-Tunc, I, n<sup>os</sup> 19 s., 336 s. — Cf. Problèmes contemporains, *R.I.D.C.*, 1967, 757.

### PHILOSOPHIE

La responsabilité juridique (civile et pénale) a attiré l'attention de la philosophie : ex. Husson, *Les transformations de la responsabilité* ; étude sur la pensée juridique, Th. Lettres, 1947 ; *Arch.*, 1977 (la responsabilité). En plus jeune, v. dans la revue *Autrement*, série *Morale*, « La responsabilité », 1994 (14). Le droit, en retour, prêterait attention aux tendances de la philosophie touchant la responsabilité morale. Longtemps semble y avoir régné un fort courant idéaliste et personnaliste (cf. Le Senne, *Traité de morale générale*, 1949, p. 576 s. ; Ricœur, *L'homme faillible*, 1960), où l'on pouvait voir une certaine contre-indication pour les théories objectives en matière de responsabilité civile. Pourtant, d'une autre idée, sur laquelle insistent les philosophes d'aujourd'hui, que la responsabilité ne doit pas être seulement responsabilité du passé, mais de l'avenir, il ne serait pas interdit de déduire un encouragement à organiser la responsabilité civile comme une solidarité. Noter que le droit, par définition, ne saisit jamais, aux mailles de la jurisprudence, les responsables que la morale regarde comme l'incarnation la plus authentique de la responsabilité, ceux qui *revendiquent la responsabilité de leurs actes*. — Cf. Dana, Mythe et réalité en matière de responsabilité civile délictuelle, in Schwarz-Liebermann, *Exigence sociale, jugement de valeur et responsabilité civile*, 1983. Lectures proposées : la très belle analyse sémantique de Ricœur, in *Le juste*, 1995, p. 41-70, « Le concept de responsabilité » ; Y. Lambert-Faivre, L'éthique de la responsabilité (à l'égard du responsable comme de la victime), *R.T.*, 98, 1 ; C. Thibierge, Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité, *R.T.*, 99, 561 (l'article met en lumière les nouveaux types de préjudice [ex. écologiques] et, à partir du principe de précaution, la fonction préventive de la responsabilité civile). Les criminalistes connaissent bien la dialectique prévention/sanction, mais ils ne manquent pas d'observer que la sanction, par son exemplarité, exerce aussi un rôle préventif, tandis que la prévention, par les contraintes qu'elle suppose, est souvent sentie avec un avant-goût de sanction (la prévention civile, pour être efficace, appelle des mesures de police administrative).



## SOCIOLOGIE

Est encore importante l'étude durkheimienne de Paul Fauconnet, *La responsabilité*, 1920 (pour un examen critique, P. Poncela, *Arch.*, 77, 131) : la responsabilité n'est plus un attribut appartenant à la personne consciente et libre, mais une réalité sociale, l'ensemble des émotions collectives que suscite le crime. La loi de participation qui régit la mentalité prélogique expliquerait que ces émotions se portent sur tout ce qui, hommes ou choses, paraît avoir participé au crime, en une responsabilité collective et objective, qui se soucie peu de la faute. Comme en matière de famille et de propriété, l'ethnologie est prise à témoin contre l'éternité des formes actuelles de l'institution. La responsabilité individuelle et subjective, fondée sur la faute, n'est qu'un moment fuyant du devenir historique ; Fauconnet la décrivait même expressément (p. 344) comme une responsabilité exténuée et sur le point de disparaître. Mais l'arme est à double tranchant, car, si la responsabilité objective est primitive, y revenir peut ne pas sembler un progrès. Joint que, même en acceptant le passage de la responsabilité objective à la faute comme ligne générale de l'évolution, on pourrait se demander si beaucoup de manifestations archaïques de responsabilité objective ne devraient pas s'analyser, plutôt que comme des phénomènes mystiques ou magiques, comme des règles très utilitaires de prévention (ex. la solidarité familiale ou tribale). — Piaget (*Le jugement moral chez l'enfant*, 1957, p. 91 s., 262 s.) a observé que l'enfant est « objectiviste » à 6 ans (15 tasses cassées sans le faire exprès, c'est plus grave qu'une seule en volant des confitures), mais « subjectiviste » à 10 ans. Il n'aperçoit pas là, cependant, l'évolution de l'humanité en miniature ; il y voit plutôt une réfraction de l'attitude des parents, qui croient (comme la société, sans doute) que, dans certains cas, il est de bonne pédagogie d'enseigner l'ordre, même au prix de l'injustice. — Sur le point de vue, assez différent, de la psychanalyse, v. Serge Lebovici, *Les sentiments de culpabilité chez l'enfant et chez l'adulte*, 1971.

Sur les phénomènes collectifs de responsabilité dans les catastrophes, Descamps, *Catastrophe et responsabilité*, *Rev. franç. de sociologie*, XIII, 1972, 376. Du non-droit de la résignation (cf. Luc, 13 : 4), la gestion de ces forces majeures absolues a été transférée par les Etats modernes à un régime juridique, régime mixte d'assurance et de solidarité nationale.

## [202]

## HISTOIRE

G. Boyer, *Mélanges*, I, p. 217 ; M. Boulet-Sautel *et al.*, *La responsabilité à travers les âges*, 1989.

a) *La culpa et le vieux fonds de responsabilité objective*. — Le Droit romain, de la période archaïque à la compilation justinienne (Monier, II, n<sup>os</sup> 26 s. ; Y.-P. Thomas, *Arch.*, 77, 63 s. ; cf. Jhering, *De la faute en Droit privé*, 1867, trad. franç., 1880) et notre Ancien Droit, des lois barbares à Pothier (Brissaud, p. 400 s.), paraissent répéter la même évolution (vérification de la thèse de Fauconnet). La réaction quasi instinctive contre le mal souffert a fait place, par un affinement progressif, à une recherche de justice et à une appréciation de moralité. La responsabilité, de collective, objective et pénale, est devenue individuelle, subjective, civile : la solidarité familiale a été éliminée ; l'intention a été considérée plus que la causalité matérielle ; la réparation du dommage a été dissociée de la punition du coupable. Ce que le Droit romain a donné au Droit fran-

çais moderne n'est pas de faible valeur : c'est notamment aux jurisconsultes byzantins que nous sommes redevables des premières analyses psychologiques de la faute (v. cep. B. Perrin, *Studi de Francisci*, IV, 269 s., sur le caractère subjectif de l'*injuria* dès le Droit classique). Mais entre le Digeste et l'a. 1382 s'interposent des siècles d'effort doctrinal, où ont eu leur part, outre les romanistes, la pratique criminelle et le Droit canon (celui-ci marquant ineffaçablement la faute du signe du péché).

Ce que notre droit de la responsabilité peut devoir au vieux Droit français (celui d'avant la reconstruction romaniste) est moins évident : peut-être des habitudes mentales qui, le moment venu, ont fait aisément admettre des responsabilités objectives. Tandis que, chez les juristes, se forgeait une conception intellectuelle de la responsabilité qui devait aboutir à l'a. 1382, il se peut qu'au ras du peuple, par la pratique de coutumes rurales (ex. dégâts causés par les bestiaux) et de règlements de police (ex. maîtres et domestiques), ait persisté un système tout différent et plus réaliste, où la responsabilité était indépendante sinon de la faute, du moins de la faute prouvée. On n'a pas, de ce point de vue, prêté assez d'attention à la législation spéciale de la Révolution relative à la police municipale (d. 19-22 juill. 1791, texte reproduit au *D. Jur. génér.*, v<sup>o</sup> *Lois codifiées*, n<sup>o</sup> 14) et rurale (d. 28 sept.-6 oct. 1791, *ibid.*, v<sup>o</sup> *Droit rural*, n<sup>o</sup> 10), législation nullement novatrice, qui se bornait à légaliser et unifier des règlements et des usages anciens. Il s'y rencontrait (encore en vigueur lors de la rédaction du C.C.) un certain nombre de textes qui sanctionnaient des dommages aux biens (ex. d. 19-22 juill. 1791, tit. 1, a. 15, 16, 28 ; d. 28 sept.-6 oct. 1791, tit. 2, a. 12, 18, 23, 42), en des termes où l'accent était plutôt mis sur le dommage que sur la faute. Plusieurs passèrent par la suite dans le C. P. sous forme de contraventions de police (ex. anciens a. 475-4<sup>e</sup>, 7<sup>e</sup>, 10<sup>e</sup> ; 479-2<sup>e</sup>, 4<sup>e</sup>) : le langage y est peut-être déjà moins matérialiste (plus fréquentes allusions à la négligence qu'à la violation [consciente] de la loi) ; ce fut, pourtant, à partir de ces textes que se dégagait, au XIX<sup>e</sup> s., le principe suivant lequel les contraventions sont punissables malgré la bonne foi de leurs auteurs (cf. *infra*, Théorie), qui implique que l'élément moral requis dans les contraventions se situe en intensité au-dessous de la faute de négligence ou d'imprudence. Le particularisme du Droit pénal et du Droit rural empêcha les civilistes classiques de voir qu'autour de l'a. 1382 subsistait une zone pratiquement étendue de responsabilité qui n'était pas soumise à la tyrannie de la faute prouvée. Plus remarquable encore, parce que purement civile, a été cette sorte de dommages qui portait le nom traditionnel (et, du reste, trop étroit) de *dommages aux champs*. On la trouvait implicitement sanctionnée dans les textes relatifs à la compétence des juges de paix (d. 16-24 août 1790, tit. 3, a. 10 ; puis, l. 25 mai 1838, a. 5 ; enfin, l. 12 juill. 1905, a. 6-1<sup>o</sup>). Il semble bien que, suivant leur nature, les dommages aux champs pouvaient donner lieu à réparation sans qu'il fût besoin de démontrer distinctement la faute du défendeur (cf. Civ. 26 janv. 1847, D. 47, 11, 148) ; et l'on peut conjecturer que les juges de paix interprétèrent souvent dans cet esprit les pouvoirs qui leur étaient attribués (d'autant que leurs sentences n'étaient pas alors sujettes à cassation pour violation de la loi ; cf. Introduction, n<sup>o</sup> 14). Mais, peu à peu, l'origine historique fut perdue de vue, tandis que l'orthodoxie civiliste se répandait partout ; si bien que, d'après la l. 12 juill. 1905, les juges de paix n'avaient plus compétence pour statuer sur les dommages causés aux champs que « dans les conditions des a. 1382 à 1385 C.C. » (restriction qui a, il est vrai, disparu du texte régissant aujourd'hui la compétence du tribunal d'instance, a. R. 321-7, 1<sup>o</sup>, C.O.J.).

b) *La responsabilité dans les projets de C.C. de la Convention.* — Difficile de déterminer quel était le système de responsabilité dont rêvait la Révolution. On relève dans les projets de Cambacérés des formules qui ne font aucune mention de la faute (ex. 2<sup>e</sup> projet : *celui qui cause un dommage est tenu à le réparer*). Il ne faut, sans doute, pas y voir la volonté de consacrer un régime de responsabilité purement causale, mais la preuve que, dans l'esprit du temps, la recherche de la faute n'était pas la question primordiale. Le système peut encore s'éclaircir par le pouvoir reconnu aux juges de régler le dédommagement « selon les circonstances et sur un rapport d'expert », ce qui évoque l'idée d'un jugement d'équité, plutôt que d'un jugement logique à partir de conditions légalement définies de la responsabilité.

[203]

## THÉORIE JURIDIQUE

La faute se soutenait toute seule en droit civil : elle avait pour elle des millénaires de droit pénal (et d'autorité parentale). Le risque, au contraire, avait besoin d'un effort de théorie.

a) *L'avènement de la théorie du risque.* — Les Allemands avaient mis le système du *risque* en pratique (dès 1838 mais surtout dans une loi bismarckienne de 1871, pour la responsabilité des chemins de fer et entreprises industrielles), avant même que d'en avoir fait la théorie. Cf. Saleilles, *Obligation*, n<sup>os</sup> 325 s. Le problème fut posé en France par les accidents du travail. On essaya d'abord de le résoudre sur le terrain de la responsabilité contractuelle : le patron, disait-on, doit rendre l'ouvrier sain et sauf (c'était, avant la lettre, l'obligation de sécurité). Cependant, en 1897, la théorie du risque fut présentée par Saleilles (non sans scrupules) et par Josserand, et elle parut trouver aussitôt dans la loi du 9 avril 1898 une exacte application. Elle devait jouir d'un regain d'attention vers 1930 avec la jurisprudence *Jand'heur*. Devant le système du risque, celui de la faute prit aisément figure de réactionnaire (cf. Duguit, *Transformations du Droit privé*, 1911, p. 222), non pas tant peut-être parce qu'il laissait trop de victimes sans secours que parce qu'il semblait baigné de vapeurs spiritualistes. Ce n'était pas pour lui retirer beaucoup de partisans dans les rangs du droit civil. En fait, la doctrine civiliste, au milieu du siècle, avait beaucoup de défiance à l'égard de l'idée de risque (v. Ripert, *Règle morale*, n<sup>o</sup> 123 ; Mazeaud, I, n<sup>os</sup> 336 s.) ; ceux-là mêmes qui l'acceptaient n'allaient guère plus loin que la reconnaissance d'un double secteur (Josserand, II, n<sup>o</sup> 418 ; Demogue, III, n<sup>o</sup> 286), l'un réservé au système traditionnel (a. 1382, 1384, al. 4), l'autre aux idées nouvelles (a. 1384, al. 1, 1384, al. 5, 1385, 1386, législation des accidents du travail), le *primat de la faute* étant d'ailleurs proclamé (Savatier, I, n<sup>os</sup> 161, 280). La théorie du risque était surtout attaquée pour ses conséquences morales (méconnaissance de la personne humaine) et sociales (paralysie des initiatives par la peur de responsabilités inévitables ; insouciance généralisée par l'extension de l'assurance ; v. cep. Rodière, n<sup>os</sup> 1380 s.).

b) *Les fondements de la théorie du risque* (cf. L. Bach, *R.T.*, 77, 17 et 221). — « Risque créé », avait dit Josserand. L'expression était vague. Les précisions sont venues, diverses, mais convenant sans doute à la diversité des hypothèses :

— *Risque-profit*, l'explication la plus frappante et qui correspond à une maxime de droit, *ubi emolumentum, ibi onus*, les charges sont la contrepartie des gains. Cela va fort bien pour la responsabilité des accidents du travail, pour celle des commettants du fait

de leurs proposés : ce sont des charges d'entreprise ; elles supposent que l'entreprise est lucrative.

— *Risque d'activité*, toute personne qui déploie une activité, dangereuse par hypothèse, doit en assumer les dégâts. C'était assez pour responsabiliser le gardien d'une auto de tourisme.

— *Risque d'autorité*, comme le chef de ses soldats (ou presque), les père et mère doivent répondre de leurs enfants mineurs.

— *Risque de solvabilité*, qui peut payer, doit payer ou, *a contrario*, les insolubles sont irresponsables (c'était une formule du juriste-sociologue Emmanuel Lévy). C'est un fondement très pratique, mais on peut le corriger en disant qu'est responsable celui qui est à même de s'assurer.

— *Risque d'être ici*, sur les lieux du dommage, donc d'être sorti de chez soi (*mane in loco tiso*, reste à ta place, dit l'Écclésiastique, 11:22). Cette conception matérialiste de la *transgression* est celle de beaucoup de droits anciens (cf. Ryan, *Le système de responsabilité délictuelle en droit musulman*, Th. Lyon, 1926). Il n'est pas sûr que l'on n'en décèlerait pas des traces dans l'implication de la loi *Badinter*.

c) *Théorie de Starck ou théorie de la garantie.* — Tout en critiquant la théorie du risque, Boris Starck, dans une thèse remarquable (*Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Th. Paris, 1947 ; cf. *Domaine et fondement de la responsabilité sans faute*, *R.T.*, 1958, 475, et *Obligations*, 1, n<sup>os</sup> 26-88), a essayé de reconstruire entièrement le droit de la responsabilité à partir des droits de la victime et de la notion de dommage. Il n'élimine pas entièrement la faute (elle peut, quand elle est établie, donner lieu à une peine privée) ; mais ce n'est pas un élément nécessaire de la réparation ; celle-ci est due, à titre de *garantie*, par le seul fait qu'une atteinte a été portée à la personne ou aux biens d'une victime.

d) *Apaisement de l'antinomie entre la faute et le risque.* — Aucun système de risque ne tiendrait s'il n'était soutenu par une idée de faute diffuse, l'idée qu'il y a eu des fautes commises, dont on a l'intime conviction, quoiqu'on ne puisse en faire la preuve, ni même toujours identifier le coupable. Cette Cour d'appel allemande du siècle dernier n'était pas tellement absurde, qui déclarait que toute exploitation de chemins de fer au moyen de locomotives implique nécessairement un fait délictuel. Comme de courir à cheval, quand il y a des ânon, ou de faire 60 km à l'heure, quand la nature nous a construits pour en faire 4. Mais, réciproquement, aucun système de faute n'aurait suffi à maintenir l'ordre dans une société s'il avait prétendu, en toutes circonstances, ne condamner que sur la preuve, directement administrée, d'une faute précise. Il y a toujours eu, dans la loi ou dans le raisonnement des juges, des présomptions de faute, établies non pas tant dans l'intérêt des victimes que dans celui de l'ordre social, à des fins de prévention collective. Même en Droit pénal, où le procédé aurait pu éveiller plus de scrupules, il est traditionnel pour toute une catégorie d'infractions : les contraventions de simple police. Les civilistes n'ont pas prêté assez d'attention au principe suivant lequel les contraventions sont punissables malgré la bonne foi de leurs auteurs — ce qui ne signifie pas, assurément, que toute idée de faute en soit absente, mais que la faute s'y trouve présumée : le Ministère public a seulement à faire la preuve du fait matériel, et c'est au prévenu de démontrer qu'il existe une force majeure, positive et précise, qui dégage sa responsabilité (cf. Schmidt, *L'élément intentionnel en matière de contraventions*, *R. pénitentiaire*, 1932, 387 s. ; Chabas, *La notion de contravention*,

*Rev. science crim.*, 1969, 1 et 281 ; l'analogie est évidente avec le mécanisme jurisprudentiel de la responsabilité du fait des choses). L'autorité serait désarmée — comme la victime dans la responsabilité civile — s'il lui fallait, pour chaque cas, rapporter la preuve d'une faute ; et elle le serait encore, trop souvent, si l'on permettait à l'auteur matériel de s'exonérer en démontrant simplement qu'il n'a commis aucune faute, car cette preuve, qui, prise à la lettre, est impossible, dégénère pratiquement en une preuve que le défendeur est *ordinairement* prudent et diligent, ce qui est déplacer la question. D'où des présomptions utilitaires, au *risque* de tomber à faux dans un petit nombre de cas (le vrai *risque* pour celui qui est condamné sans avoir commis de faute, c'est de vivre en société). Ces présomptions, judiciaires ou réglementaires, avaient dû avoir un rôle actif dans la pratique de l'Ancien Droit, pour toute une zone, considérable, de responsabilité civile (ou pénale) qu'on peut dire contraventionnelle : police de la circulation, des métiers, etc. Le C. Nap. voulait-il réellement innover ? Pour mettre la faute prouvée dans cette lumière crue où elle est encore, il a fallu, au siècle dernier, l'Exégèse, qui a découpé l'a. 1382 en segments, et le pourvoi en cassation, qui a obligé le juge à cacher son jugement intuitif.

e) *L'ultra-risque*. — C'est celui qui est couramment désigné, dans le langage de la responsabilité scientifique, comme *risque de développement* (risque du progrès). Peut-être est-il mieux connu encore sous le nom de son contraire (de son remède) : le *principe de précaution*. Cf. Berg, *J.C.P.*, 96, 1, 3945 ; Vizinet, *Dr. et patrimoine*, juin 1997, 54. Pour saisir ce qu'est ce risque, rien de tel que de partir de l'exemple de la responsabilité médicale (c'est selon l'arrêt *Mercier*, *supra*, n° 159, une responsabilité contractuelle, mais le point importe peu pour la comparaison). Le médecin s'est engagé à donner à son patient des soins attentifs, consciencieux et conformes aux *données acquises de la science*, la formule est classique. Ce qui fait norme pour lui est l'état de la science qu'il peut connaître. Mais il est dans la vocation de toute science de faire sans trêve des découvertes et des progrès. Si, dans un délai raisonnable, il se révèle que les données qui avaient fondé le traitement suivi sont mises en déroute par des données nouvelles, on imputera aux premières l'échec des soins, voire la mort du malade ; mais le médecin en sera-t-il responsable ? Il n'a commis aucune faute. Pourrait-on invoquer le risque ? Au sens ordinaire du concept, il n'est de risque que de l'instant où il est pris. Or, en l'occurrence, il faudrait le projeter dans le futur. A la vérité, c'est un *ultra-risque* qui est visé, un risque par anticipation, auquel répondra un principe de précaution, dépassement de la prévision et de la prévention banales. C'est ce principe qui, depuis 1980, a été agité maintes fois dans des affaires retentissantes, mettant en cause le sida, l'amiante, la pollution atmosphérique, exacerbées par l'impression que la santé, la vie de milliers d'individus ont été les enjeux d'ignorances. Sur le thème, v. le très riche volume de l'*A.S.* 96 (2), *Risque et rationalité*, sous la direction de J. Lautman, spéc. Ewald, *Philosophie de la précaution*, p. 383 ; Lascoumes, *La précaution comme anticipation des risques résiduels*, p. 359. Instituer une responsabilité de plein droit (des médecins et des décideurs) pour défaut de précaution serait, cependant, une solution très discutable. Elle encourrait plusieurs reproches, le moins grave n'étant pas qu'elle violerait le principe, constitutionnel en matière pénale, de la non-rétroactivité des lois. Elle pourrait diffuser un scepticisme temporisateur, une défiance à l'égard de la science actuelle au nom d'une science virtuelle. Et surtout, dans la pratique, par l'excès des précautions, l'action serait paralysée. On peut supposer que c'est après avoir pesé le

pour et le contre que la l. 19 mai 1998 a écarté de la responsabilité du fait des produits défectueux le risque de développement (a. 1386-4, al. 3, 1386-11-4°), tout en imposant subsidiairement aux fabricants un devoir de vigilance *ex post facto* et d'accompagnement des conséquences (a. 1386-12, al. 2). Cf. *infra*, n° 268.

[204]

POLITIQUE LÉGISLATIVE

a) *En tendance*. — Vers la fin du siècle dernier, on avait senti l'insuffisance d'une responsabilité fondée exclusivement sur la faute, la nécessité de ne pas laisser sans réparation des dommages survenus fortuitement. Plusieurs facteurs avaient concouru à ce changement, que l'après-1914 ne fit que précipiter. 1° Le développement du machinisme (la machine à vapeur, plus tard l'automobile), source d'accidents de plus en plus nombreux, et anonymes ; 2° La montée des classes non capitalistes (pour celui qui vit de son travail, et pour sa famille, l'accident corporel signifie misère). 3° Moins de résignation chez les victimes (cf. Ripert, *Régime démocratique et Droit civil*, n° 167) ; plus de pitié chez les spectateurs, une sensibilité plus vive au malheur d'autrui (cf. Boltanski, *La souffrance à distance*, 1993), peut-être parce que l'homme a, plus qu'autrefois, le sentiment que le malheur d'autrui est une ombre sur son propre bonheur ; 4° Le développement technique de l'assurance. Elle a été effet et cause. Pour faire face à une responsabilité que ne vient plus limiter l'exigence d'une preuve préalable de la faute, il fallait l'assurance. Mais celle-ci, une fois organisée, a agi comme un accélérateur : les tribunaux n'ont plus hésité à condamner celui qu'ils savaient assuré.

L'évolution s'est traduite par un retour (apparent) au passé très ancien, à la responsabilité objective, causale, indépendante de la faute. Il y en a eu trois temps forts : la législation des accidents du travail (1898) ; l'interprétation jurisprudentielle de l'a. 1384, al. 1 (1930) enfin, la loi sur les accidents de la circulation (1985). Il en est résulté une *socialisation de la responsabilité*, car tout le système ne fonctionne que grâce à l'assurance ; or, l'assurance amortit les risques sur l'ensemble des assurés et même sur l'ensemble du corps social (dans la mesure où les primes sont incorporées aux prix de revient, aux salaires des assujettis). Cf. Savatier, *Métamorphoses économiques et sociales du Droit civil d'aujourd'hui*, 1952, n° 283 s. ; Geneviève Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Th. Paris, 1965 et *Arch.*, 77, 5 s. ; Y. Lambert-Faivre, *L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation*, *R.T.*, 87, 1 ; A. Tunc, *La responsabilité civile*, 2° éd., 1989 (étude de droit comparé et de philosophie du droit), et *Festschrift W. Lorenz*, 1991, p. 805, qui propose de séparer du droit de la responsabilité civile le *droit des accidents* régi désormais par le seul principe de la solidarité. Echappée au solidarisme de Léon Bourgeois (cf. *supra*, n° 20), la notion de *solidarité* chemina souterrainement et ressurgit comme un maître mot dans le discours officiel (aussi bien chrétien que laïque) sous le double septennat de François Mitterrand. Elle tendit à y remplacer, en la juridicisant, la fraternité de la trilogie révolutionnaire.

En extrapolant la courbe, ne peut-on prévoir qu'un jour viendra où la collectivité réparera tous les malheurs ? Non plus l'assurance, mais l'impôt paiera (c'est déjà entamé, la C.S.G., impôt, tend à remplacer, depuis 1990, les cotisations de Sécurité sociale). A force de s'hypertrophier, la responsabilité en sera venue à se dissoudre. Le droit ne s'inquiétera plus de déceler un lien, fût-il purement causal, entre le dommage et l'obligation de le réparer. De multiples indices de cette tendance ont pu être recen-

ses : 1° La l. 30 oct. 1946 a incorporé la réparation des accidents du travail dans le régime général de la Sécurité sociale (cf. P. Raynaud, D. 1948, chr. 93), et la l. 2 janv. 1978, a. L. 1 C.S.S., a défini la Sécurité sociale comme une *garantie* des travailleurs et de leur famille contre les *risques* de toute nature ; 2° Des lois ont institué un fonds de garantie (alimenté en partie par l'impôt) en faveur des victimes d'accidents d'automobiles, de chasse (lorsque l'auteur de l'accident est inconnu ou insolvable, et d'autres, sous certaines conditions, l'indemnisation par l'Etat des dommages corporels résultant d'une infraction pénale ; 3° Dans le compartiment voisin, la responsabilité contractuelle, grâce à la jurisprudence et au C. Consom., une obligation de sécurité s'est fait reconnaître comme obligation de résultat (cf. *infra*, n° 295) ; 4° Le préambule de la Constitution de 1946, auquel renvoie la Constitution de 1958, proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales. C'est l'*Etat-providence* (v. sous ce titre, F. Ewald, 1986 et de Jacques Chevallier, *La fin de l'Etat-providence*). A la vérité, il est en crise, peut-être par déclin démographique, mais il ne le sait pas encore. Plutôt que providentiel, du reste, il est seulement consolateur, car ses compensations sont ordinairement médiocres et souvent lentes à venir.

Pourtant, ce qui, vers 1980, pouvait être reçu pour présage d'une transformation de la responsabilité en sécurité ne semblera probablement plus aussi probant à la veille du III<sup>e</sup> millénaire. Et ne sont pas rares les signes qui vont en sens opposé : la montée en force des Etats-Unis d'un côté, la chute du mur de Berlin de l'autre, sans préjudice d'une Europe adonnée à l'économie de marché. Une avenue a été largement ouverte au libéralisme économique. Or, le libéralisme est individualiste, il exalte la responsabilité (cf. Etchegoyen, *Le temps des responsables*, 1996). En esprit, il est pour la faute, qu'il imprègne de morale, non pour le risque. Sauf la contradiction qu'il porte en lui, et qui intrigue : il est trop capitaliste pour faire abstraction de ces méga-puissances financières que sont les compagnies privées, les trusts d'assurances, et ceux-ci ont besoin de risques, de toujours plus de risques, pour nourrir leurs croissances de géants.

Les yeux sont attirés par ce qui bouge, mais les mouvements ne doivent pas repousser dans l'ombre les permanences. A l'échelle modeste des rapports entre particuliers, entre piétons et vélos, ce qui pourrait demeurer le domaine propre du *droit civil* des obligations (cf. *supra*, n° 3), la faute conserve une portée considérable : cf. Fin de la faute ?, *Droits*, 87 (1), on notera le point d'interrogation ; Le Tourneau, Verdeur de la faute, *R.T.*, 88, 505. Joint qu'on recourt à elle pour rendre le risque moins brutal, pour sortir du labyrinthe de la causalité. C'est une notion familière, populaire, instinctive. Il n'est que de regarder ce qui s'est passé dans la pratique du divorce depuis 1975 (cf. t. II, n° 115) : la cause objective des a. 237-238 (le risque) n'a pas supplanté la faute de l'a. 242 dans les statistiques.

b) *Questions du droit de la santé*. — De même que le milieu du xx<sup>e</sup> s. avait été dominé par la quête d'une absolue sécurité routière (qui n'a pas été obtenue), le passage au XXI<sup>e</sup> s. semble devoir être dominé par la recherche d'une absolue sécurité sanitaire, tant est violent l'intérêt que notre époque porte à la santé et à la vie. Les questions posées sont souvent de responsabilité. Deux points entre bien d'autres (cf. les chroniques de jurisprudence publiées régulièrement par les recueils ; ex. Penneau, D. 97, Somm. 315 ; Byk, *J.C.P.*, 97, 1, 4035).

1° *Le sida*. L'a. 47 d'une loi (bric-à-brac) du 31 déc. 1991 (a. 667-1 s. C.S.P.) a ouvert une procédure spéciale d'indemnisation aux personnes contaminées, à l'occasion d'une transfusion de produits sanguins, par le virus de l'immuno-déficience humaine (cf. Y. Lambert-Faivre, D. 93, chr. 67). C'est une loi d'indemnisation intégrale envers le receveur, non pas simplement de responsabilité. L'indemnité, qui est due de plein droit (sauf à évaluer le préjudice), est à la charge d'un fonds autonome qu'alimenteront, en définitive, les deniers publics. Si la victime estime que son préjudice n'a pas été entièrement couvert, elle peut réclamer le surplus au Centre de transfusion sanguine, qui est garant de la qualité de ses produits. Il s'agira alors d'une action en responsabilité, mais détachée de la faute, selon le Conseil d'Etat (16 juin 1997, D. 97, *I.R.*, 177). Ce système de réparation fondé sur une causalité objective fonctionne assez bien pour que l'on ait proposé de l'étendre, notamment à la contamination par le virus de l'hépatite B.

2° *La responsabilité médicale*. Le contentieux n'est pas énorme (cf. Sargos, D. 96, chr. 367), mais les enjeux pécuniaires et, peut-être plus encore, moraux sont assez graves pour qu'un besoin de réforme se soit exprimé (cf. Penneau, La réforme de la responsabilité médicale, responsabilité ou assurance, *R.I.D.C.*, 90, 525). En 1936, l'arrêt *Mercier* (D. 36, 1, 88 ; sur les circonstances de l'arrêt, cf. D. Thouvenin, D. 97, 191) a donné son cadre théorique à la question : l'obligation du médecin (ou du chirurgien) est contractuelle, et ce n'est qu'une obligation de moyens (cf. *supra*, n° 159). Il incombe donc au patient (ou à sa famille) de faire la preuve d'une faute commise par le praticien. C'est une preuve difficile, et le recours inévitable à d'autres médecins pour expertise contribue souvent à envelopper l'instruction de ces procès d'un nuage d'incompréhension, voire de suspicion. Mais, paradoxalement, il se peut que les médecins eux-mêmes ne soient pas tellement heureux d'un système qui, pourtant, a l'air de les protéger. La recherche de la faute leur impose une sorte de harcèlement psychologique, qui se dramatise pour peu que les intéressés portent leur vindicte au pénal (homicide ou blessures par imprudence). A quoi s'ajoute une médiatisation qui fait bon marché de la présomption d'innocence, le public étant aussi friand d'affaires médicales que de conseils médicaux. Un consensus pourrait-il se former sur la ligne d'une responsabilité objective ? Les tribunaux administratifs se proposent en exemple : c'est un fait que, soignés (mal) dans un hôpital public, les malades pourront faire valoir contre l'établissement une responsabilité détachée de la faute (C. d'Etat, 8 avr., 10 avr. 1992, *J.C.P.*, 92, 2, 21881, et 93, 2, 22061, n. Moreau). Pourquoi deux poids ? Ce n'est pas juste. Il est des civilistes qui ne désespèrent pas de faire évoluer la Cour de cassation, à tout le moins pour la chirurgie, de l'obligation de moyens à l'obligation de sécurité. On a aperçu un premier pas dans Civ.<sup>1</sup> 21 mai 1996, *R.T.*, 96, 913, mais v. les réserves de D. Mazeaud, D. 97, Somm. 287. Une intervention législative serait plus rapide et pourrait prendre en compte des demandes du corps médical : ainsi, elle pourrait fixer des limites à la faute médicale, distinguant par ex. la maladresse (cf. Civ.<sup>1</sup> 7 janv. 1997, D. 97, 189) de la simple erreur humaine, abrèger la durée de la prescription de l'action en responsabilité (trente ans, c'était la solution excessive de l'arrêt *Mercier*), dissocier la responsabilité civile de la responsabilité pénale, instituer une médiation obligatoire (tentative avortée, Cons. d'Etat, 31 mai 1989, D. 91, Somm. 178). Cf. les *Actes du Colloque de Paris I sur l'indemnisation des accidents médicaux*, 1997.

Il n'est pas sûr que la première loi de bioéthique, en 1994, ait clarifié le débat. Par elle, c'est une philosophie qui y est entrée, la philosophie personnaliste de l'a. 16. Cette philosophie a une préférence innée pour le contrat médical, symbole juridique du colloque interpersonnel, auquel est attachée la médecine libérale, ainsi que pour la faute, qui est susceptible d'une imprégnation morale. En regard, l'obligation de sécurité souffrira toujours d'une sorte de pesanteur matérialiste. Pour ne rien dire d'une troisième voie, qui a dû être de tous les temps, le scepticisme à l'égard de la médecine, comme de la justice humaine, qui peut rendre indifférent aux fautes et aux causes (cf. Luc, médecin lui-même, 8,43, un des textes sur lesquels s'est bâti le pentecôtisme, une des confessions le plus en progrès de la planète).

## Chapitre I

[205]

### LES CONSTANTES DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE : LE DOMMAGE ET LA CAUSALITÉ

Ce sont les conditions élémentaires impliquées dans la formule même du *dommage causé* à autrui. On ne peut s'en tenir là, mais il faut commencer par là : un dommage doit, avant toutes choses, être constaté ; puis, par l'établissement d'un *rapport de causalité*, on pourra remonter au fait dommageable (et, par là, au responsable).

#### 1 / Le dommage

Le *dommage* (ou *préjudice*, les deux mots sont devenus synonymes) est la première condition de la responsabilité civile. Si un automobiliste réussit à circuler à contre-courant sur une autoroute sans occasionner aucun accident, il n'encourt point de responsabilité civile (pour la responsabilité pénale, c'est autre chose) ; il a commis une faute, mais n'a point causé de dommage. C'est au demandeur de faire la preuve du dommage dont il poursuit la réparation.

#### 1 | CARACTÈRES GÉNÉRAUX DU DOMMAGE RÉPARABLE

Certains de ces caractères correspondent à une exigence *rationnelle* (le juge, en leur absence, n'aurait pas d'éléments pour fonder une condamnation à dommages-intérêts) ; d'autres à une exigence

*juridique* (le juge pourrait bien rationnellement condamner, mais le droit lui interdit de le faire, l'action, en quelque sorte, est refusée à la victime).

► *Caractères correspondant à une exigence rationnelle*

Il n'y a pas à distinguer selon l'importance du dommage (sauf peut-être à écarter les demandes qui invoquent un préjudice par trop insignifiant, en leur opposant la maxime procédurale a « pas d'intérêt, pas d'action », où l'intérêt doit être entendu d'un intérêt sérieux). Mais, pour être rationnellement réparable, le dommage doit être, tout à la fois, *certain, personnel et direct*.

a) *Le dommage doit être certain*. — Pas de difficulté s'il est actuel, déjà accompli. Mais le dommage *futur* peut être également certain (du moins, d'une certitude suffisante pour le droit), s'il apparaît comme inévitable. Sa réparation, dans ce cas, peut être ordonnée d'avance (ex. l'indemnité allouée, en capital ou sous forme de rente, à la victime qui est frappée d'invalidité, couvre les conséquences dommageables de l'invalidité, telles qu'elles se dérouleront dans les années à venir). Si, au contraire, le dommage futur peut encore être évité, mieux vaut se préoccuper de le prévenir (ex. un bâtiment menaçant ruine risque de préjudicier à un voisin, le juge prescrira au propriétaire de le remettre en état ou de le démolir).

Au dommage certain s'oppose le *dommage éventuel*, hypothétique, lequel ne peut donner lieu à réparation (ex. un propriétaire n'obtiendra pas de l'E.D.F. une indemnité pour le *risque* d'incendie qui résulte du voisinage d'une ligne à haute tension). Mais la *perte d'une chance* de gain, dans l'opinion qui tend à prévaloir, est plus qu'un dommage éventuel, car la chance de gain représente d'ores et déjà dans le patrimoine une valeur qui peut être évaluée d'après un calcul de probabilités. Encore faut-il établir en quoi la perte de la chance était certaine et en relation directe avec le dommage invoqué. La réparation ne sera, d'ailleurs, en pareil cas, que partielle. Cette théorie a joué un rôle particulier en droit médical : lors même qu'il n'est pas certain que la faute du médecin ait été la cause de la mort, elle peut donner lieu à réparation si elle a fait perdre au patient une chance de survie. C'est, pour la jurisprudence, une manière (contestée) d'atténuer la responsabilité des médecins et chirurgiens par un doute sur le lieu de causalité.

b) *Le dommage doit être personnel* à celui qui agit en réparation (arg. ce que dit l'a. 2, al. 1, C. Pr. P., pour l'action civile : ceux qui ont

*souffert* de ce dommage). Par là il est exclu qu'une personne quelconque puisse poursuivre le responsable en cas d'abstention de la victime. Ce principe comporte un tempérament important dans l'hypothèse du *dommage collectif* : il est des personnes morales — syndicats professionnels, corporations légalement organisées, certaines associations même — qui ont reçu de la loi le droit d'agir en dommages-intérêts pour tous les préjudices portés à l'intérêt collectif du groupe qu'elles représentent. Mais, en théorie, ce n'est pas une exception véritable, car la personne morale incarnant le groupe, c'est un dommage personnel qu'elle fait valoir.

c) *Le dommage doit être direct*. — Cette condition, impliquée dans l'a. 1151 à propos des contrats, paraît n'être qu'un aspect de l'idée plus générale selon laquelle un lien de causalité doit exister entre la faute et le dommage (*infra*, n° 213). Cependant, quand on exige que le dommage soit direct, c'est ordinairement, de façon plus précise, afin d'écarter des actions en dommages-intérêts qui seraient formées par des victimes médiatees ou, comme on dit parfois, qui seraient fondées sur des dommages *par ricochet*. C'est ainsi que des créanciers impayés ne peuvent réclamer d'indemnité à la personne responsable de la mort de leur débiteur, sous prétexte que, si celui-ci avait vécu, ils auraient pu être payés : le préjudice est trop lointain. Mais, la distinction de ce qui est direct ou indirect étant sujette à appréciation, il est des hypothèses où des victimes médiatees sont admises à agir. Ex. en cas d'accident mortel, la Caisse de Sécurité sociale, obligée de verser aux ayants droit de la victime l'allocation du capital-décès, subit un préjudice dont elle peut demander réparation au tiers responsable.

► *Caractères correspondant à une exigence juridique*

Suivant une formule utilisée par la Chambre civile de la Cour de cassation, un dommage ne mérite réparation qu'autant qu'il consiste dans la lésion d'un *intérêt légitime juridiquement protégé*. Ce n'est pas à dire qu'il ne puisse y avoir de dommage que lorsqu'un droit subjectif a été lésé. On considère généralement qu'il suffit de l'atteinte à un *intérêt*. Mais il faut que cet intérêt soit *légitime*, ne soit contraire ni à la loi ni aux bonnes mœurs. C'est par ce raisonnement que la Chambre civile avait longtemps dénié à la concubine, en cas d'accident mortel survenu au concubin, toute action en dommages-intérêts contre le tiers responsable.

## [206] 2 | CATÉGORIES DE DOMMAGES RÉPARABLES

L'antithèse classique est celle du *dommage matériel* et du *dommage moral*. Mais une troisième catégorie s'est aujourd'hui détachée des précédentes : le *dommage corporel* (on dit parfois *physiologique*), qui a des aspects à la fois matériels et moraux. La terminologie, en ce domaine, est du reste propice aux confusions (ex. l'atteinte au nom commercial, bien immatériel, est un dommage matériel ; la douleur physique est un dommage moral). Plutôt que de dommage corporel, on remarquera que la loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation (*infra*, n° 270) a préféré parler d'*atteinte à la personne*.

► *Le dommage matériel*

Dès lors que le dommage corporel est mis à part, le dommage matériel ne peut être constitué que par une atteinte au patrimoine (aussi est-il parfois qualifié de *dommage patrimonial* ou *pécuniaire*), une *atteinte aux biens* (c'est d'ailleurs l'expression dont se sert la loi de 1985 sur les accidents de la circulation). L'a. 1149 suggère de le considérer sous deux faces (cf. *supra*, n° 155) :

1° *La perte éprouvée* (*damnum emergens*) : le patrimoine, après l'événement, pèse moins qu'il ne pesait d'abord.

2° *Le gain manqué* (*lucrum cessans* : sans l'événement, le patrimoine se serait accru ; ce bénéfice futur, s'il était raisonnablement probable, doit être, en quelque manière, escompté par le droit).

► *Le dommage moral*

C'est celui qui ne porte aucune atteinte au patrimoine. Ce qui fait surgir une objection : comment peut-on réparer en argent une perte qui, par définition, n'est pas d'argent ? L'allocation d'une indemnité pécuniaire paraît être, en ce cas, un enrichissement gratuit pour le patrimoine de la victime. On répond : l'argent peut procurer ici une satisfaction de remplacement, et il serait, d'ailleurs, injuste que la faute du responsable n'eût pas de sanction (les dommages-intérêts se justifient alors comme une sorte de *peine privée*, d'amende privée, qui, au lieu de profiter à l'Etat, comme l'amende du droit pénal, profite à la

victime). Malgré des hésitations au siècle dernier, la notion de dommage moral est tout à fait entrée dans la pratique judiciaire, et elle a été consacrée par la loi (v. a. 3, al. 2, C. Pr. P. ; cf. a. 266, C.C.). Ce qui reste vrai, c'est que, lorsqu'un dommage moral est allégué, les tribunaux ont, pour en admettre ou en dénier l'existence, comme pour en évaluer le montant, un pouvoir d'appréciation beaucoup plus vaste que lorsqu'un dommage matériel est en cause.

La notion de dommage moral trouve son application naturelle là où il y a lésion de l'un de ces droits que l'on qualifie de droits extrapatrimoniaux ou primordiaux : droit au nom, à la propre image, à l'honneur, à la considération. Il peut encore exister un dommage moral dans la lésion d'un droit de famille (d'où la disposition de l'a. 266). Bien plus, même en l'absence d'un droit défini, l'atteinte à un intérêt moral, à des sentiments — pourvu que ce soient plus que de simples susceptibilités — peut constituer un dommage réparable.

La réparation du dommage moral éprouvé par les collectivités, les *personnes morales* (n'est-ce pas fantôme de fantômes ?), évoque davantage encore la peine privée, lorsqu'il s'agit d'un dommage collectif (notamment, de la déconsidération jetée sur l'ensemble de la profession par les délits d'un professionnel malhonnête). La personne morale qui poursuit le responsable (spécialement, par la voie de l'action civile devant les tribunaux répressifs) paraît le faire à des fins disciplinaires et dans l'intérêt général, comme une sorte d'auxiliaire du Ministère public.

[207] ► *Le dommage corporel*

Le droit à réparation pour dommage corporel (cf. a. 3, al. 2, C. Pr. P. ; a. L. 211-1 C. Ass.) découle du principe que le corps humain est inviolable (a. 16-1). Mais les conséquences sont très différentes selon qu'il s'agit d'une *atteinte non mortelle*, ou de la *mort*, le dommage suprême.

a) *Dommage consistant dans une atteinte à la santé ou à l'intégrité physique*. — Il entre dans ce dommage corporel plusieurs éléments. Les plus certains sont constitués par les frais médicaux, chirurgicaux, pharmaceutiques que la victime doit supporter (c'est un *damnum emergens*), et par le manque à gagner correspondant à la diminution ou à la suppression de sa capacité de travail (c'est un *lucrum cessans*). A côté de ces préjudices matériels peuvent être également réparés des préjudices moraux (au sens d'immatériels), dont l'évaluation a néces-

sairement quelque chose d'arbitraire : ainsi, la douleur physique éprouvée par la victime dans sa chair (*pretium doloris*) ; la souffrance purement psychologique qu'elle peut ressentir en se voyant mutilée ou défigurée (*préjudice esthétique*) ; la privation d'une part des plaisirs qu'elle pouvait attendre d'une vie normale (*préjudice d'agrément*, une sorte d'atteinte à la *qualité de la vie*).

Une fois le dommage matériel réparé, la victime se retrouve, par hypothèse, en état de faire face comme avant aux besoins de sa famille. Celle-ci ne saurait donc invoquer de ce chef aucun préjudice par ricochet. Cependant, la vue des souffrances d'un être aimé peut être, pour les proches, une souffrance. La jurisprudence civile les a parfois admis à en demander réparation, comme d'un *dommage moral par ricochet*, d'un dommage indirect.

b) *Dommage résultant de la mort*. — Quand un accident mortel se produit dans des conditions engageant une responsabilité, des ayants droit à indemnité surgissent de l'entourage du mort. Leur prétention à obtenir des dommages-intérêts du responsable peut se fonder tantôt sur les droits de la victime, recueillis par succession, tantôt sur des droits propres, nés en leurs personnes.

1° *Droits recueillis dans la succession de la victime*. — Les héritiers et légataires universels de la victime (mais uniquement eux, et à condition qu'ils aient accepté la succession) peuvent réclamer au responsable la réparation du dommage matériel éprouvé par leur auteur dans l'intervalle entre l'accident et le décès (frais médicaux, etc., incapacité de travail). Ils peuvent même, suivant la jurisprudence, faire valoir le dommage moral subi par le défunt, du fait des souffrances qu'il a endurées avant de mourir. Bref, ils ont droit, par cette voie, à tout ce que la victime aurait pu demander et qu'elle n'a pas eu le temps de demander.

2° *Droits propres des tiers lésés par l'accident mortel*. — Pour agir par cette voie, il n'est pas nécessaire d'avoir recueilli la succession de la victime, mais il faut établir l'existence d'un dommage indépendant, répondant aux exigences générales de certitude et de légitimité. C'est que les ayants droit de la victime se présentent alors comme étant eux-mêmes victimes de l'accident mortel : ils subissent un dommage en leurs propres personnes, bien que ce soit un *dommage par ricochet* du dommage que le défunt avait subi, un *dommage réfléchi* dont la réparation pourra être affectée par toutes les causes d'exonération totale ou partielle (ex. faute de la victime) qui auraient pu être opposées à la victime directe.

— Le dommage dont se plaignent les victimes par ricochet peut être un *dommage matériel*, si le défunt leur assurait des ressources que sa mort a fait cesser. Ce dommage est certain lorsqu'il est invoqué par un

conjoint, un enfant mineur, un créancier alimentaire : l'accident ayant lésé un droit en sa personne, il y a lieu à réparation. On étend volontiers la solution à tous les parents et alliés, quand bien même ils n'auraient pas été légalement créanciers d'aliments, dès lors que la victime leur fournissait, en fait, des secours réguliers, car cette assistance de fait prenait appui sur une situation juridique. Pendant un temps à partir de 1937, la Chambre civile de la Cour de cassation (à la différence de la Chambre criminelle) avait opposé un refus moraliste à l'action en dommages-intérêts de la concubine que faisait vivre le défunt : la demanderesse ne pouvait se prévaloir d'un lien de droit. Mais un arrêt de la Chambre mixte du 27 février 1970 a renversé cette jurisprudence, en considérant qu'aucun lien de droit n'est exigé par l'a. 1382. Il faut, toutefois, pour que puisse être indemnisée la concubine, que son union ait présenté un caractère de stabilité et de sérieux (ce qui peut, du reste, se rencontrer même dans un concubinage adultérin).

— Le dommage par ricochet peut être aussi un *dommage moral*, venant de l'atteinte portée aux sentiments d'affection du demandeur (ici encore on parle de *pretium doloris* ou, plus strictement, de préjudice d'affection). Le dommage moral est présumé par les tribunaux en présence d'un lien de famille suffisamment proche : pratiquement, au profit des ascendants, des descendants, du conjoint. Au-delà de ce cercle familial étroit, des dommages-intérêts sont parfois alloués (ex. à des frères et sœurs) quand les circonstances font apparaître qu'il existait entre la victime et les demandeurs une véritable communauté affective.

## [208] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Esmein, VI, n°s 542 s. ; Rodière, IX *bis*, n°s 1595 s. ; Esmein, sur Aubry et Rau, VI, 6<sup>e</sup> éd., § 444 ; Mazeaud-Tunc, I, n°s 208 s. ; G. Viney, n°s 248 s. — Cf. Y. Chartier, *La réparation du préjudice*, 1983 ; I. Vacarie, *La perte d'une chance*, *Dr. pros.*, 87 (3), 904 ; Y. Lambert-Faivre, *Le droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation*, 3<sup>e</sup> éd., 1996 (changement remarquable de perspective : du responsable à la victime).

### HISTOIRE

Notre concept du dommage emprunte à deux théories romaines : *damnum injuria datum* pour le dommage matériel, *actio injuriarum* pour le dommage moral. Mais le *damnum* dans la loi Aquilia n'était pas un dommage quelconque : il fallait qu'il eût été causé directement par un acte matériel (cf. Monier, II, n° 44). Ces précisions restrictives n'ont pas été retenues dans le droit moderne (on a pensé que le C.C., ayant édicté une



*clausula generalis* pour la faute, en avait édicté une aussi pour le dommage). Sur le rôle de synthèse qu'a tenu ici Grotius (*De jure belli ac pacis*, liv. 2, c. 17), spécialement pour le dommage corporel, v. Feenstra, *Études Petot*, 1959, p. 157 s. La jurisprudence de l'Ancien Droit admettait couramment la réparation pécuniaire du dommage moral (v. le *Traité des injures* de Dareau, 1775, chap. XI, sect. 2). Il y eut pourtant des hésitations dans les premiers temps du C.C. ; l'aspect de peine privée que les d. i. revêtent facilement en matière de dommage moral pouvait sembler contraire au nouveau principe de légalité. Les hésitations furent levées plus tôt dans le cas où le dommage moral résultait d'un délit pénal (cf. Aubry et Rau, 4<sup>e</sup> éd., IV, 445, texte et n. 2), l'a. 51 C.P. fournissant alors un point d'appui. On cite souvent Ch. réun. 15 juin 1833, S. 33, 1, 458, comme ayant consacré le principe de la réparation du dommage moral (v. cep. Esmein sur Aubry et Rau, VI, § 444, n. 4) ; cf. Crim. 5 mai 1832, D. *Jurispr. génér.*, V<sup>o</sup> *Chose jugée*, n<sup>o</sup> 572.

## ANTHROPOLOGIE

a) D. Le Breton, *Anthropologie du corps et modernité*, 1990 ; *Anthropologie de la douleur*, 1995 ; B. Durand et al., *La douleur et le droit*, 1998. Cf. R. Rey, *Histoire de la douleur*, 1993 ; L. Boltanski, *La souffrance à distance*, 1993 ; J.-F. Laé, *L'instance de la plainte, une histoire politique et juridique de la souffrance*, 1996, spéc. 149 s. (très original).

b) L'inconscience d'un handicapé que l'accident a réduit incurablement à un état végétatif le rend-elle incapable d'éprouver, donc d'invoquer un dommage moral, un préjudice affectif, voire un préjudice physiologique ? Différent est le cas de cet autre inconscient, l'enfant à la mamelle : un jour il apprendra. Des décisions ont semblé exclure, pour le handicapé, toute autre indemnisation que les prestations nécessaires à sa survie : Civ.<sup>2</sup> 21 juin 1989 ; Civ.<sup>2</sup> 1<sup>er</sup> avr. 1992, *R.T.*, 90, 83 et 92, 566, n. Jourdain. Ce serait le cas d'évoquer, avec A. Terrasson de Fougères, *R.T.*, 97, 900, une « résurrection de la mort civile » (*une*, l'autre étant le statut de l'embryon). La question pourrait être traitée en termes réalistes, donc cyniques : *pour*, c'est l'entourage qui aurait profité du *pretium doloris* ; *contre*, valait-il mieux en faire profiter l'assurance ? Mais d'autres arrêts prennent de la hauteur, le sujet de droit est toujours là, avec sa dignité : Crim. 11 oct. 1988, *G.P.*, 89, 1, 440 ; Civ.<sup>2</sup> 27 févr. 1991, *R.T.*, 91, 566 ; Civ.<sup>2</sup> 22 févr. 1995, D. 95, *Somm.*, 233 ; *J.C.P.*, 95, 2, 22570, n. Y. Dagonne-Labbé ; Civ.<sup>2</sup> 28 juin 1995, D. 95, *I.R.*, 215 ; Bordeaux, 18 avr. 1991, D. 92, 14, n. Gromb. Et qui peut affirmer que, derrière l'impuissance à s'exprimer, ne subsiste pas une capacité de sentir (cf. Koch, *La vie après l'accident*, 1994) ?

c) On a pu entendre chez le prophète Habacuc (3 : 19) l'appel à une réparation intégrale — et en nature : « Il rend mes pieds semblables à ceux des biches et me fait marcher sur les hauteurs. »

d) Le droit sait de reste qu'il ne peut jamais réparer que par à-peu-près, puisque le temps est irréversible. Même quand le dommage est matériel, l'équivalence qui peut s'établir entre le bien concret perdu et une somme abstraite d'argent est purement subjective. Pour le dommage moral, il ne peut s'agir, plus subjectivement encore, que d'une consolation (*heart-balm*, ont dit les Américains). L'incertitude qui en découle n'est pas une raison pour ne rien faire. S'il fallait poser le problème philosophique dans

toute sa profondeur, ce devrait être pour le dommage résultant d'un accident mortel : le droit répond-il mieux à sa vocation en feignant de réparer ce dommage, ou en faisant sentir aux hommes, par un refus, que la mort, comme il est écrit (II Samuel, 12 : 23), est irréparable ?

## [209]

## POLITIQUE LÉGISLATIVE

Pour une *critique* radicale du droit positif et de ses « dérives », v. M. Bourrié-Quenillet, *J.C.P.*, 96, 1, 3919. Cependant, ne faudrait-il pas explorer d'abord les faits de société, la surconsommation des dépenses de santé, privées et publiques, ainsi que la présence d'un corps médical surabondant ? Cf. Y. Lambert-Faivre, D. 92, chr. 165, et l'éthique de la responsabilité, *R.T.*, 98, 1.

Le *préjudice esthétique* et le *préjudice d'agrément* s'étaient fait progressivement admettre en jurisprudence. Dès 1973, l'a. L. 452.3, C.S.S. leur a apporté une consécration : ils ouvrent droit à des indemnités complémentaires, mais seulement en cas de faute inexcusable de l'employeur (cf. sur ce caractère exceptionnel, a. L. 454-1, al. 3, C.S.S., et loi *Badinter*, 5 juill. 1985, a. 31, exclusion des recours). Il n'est pas toujours facile aux praticiens de cerner exactement les différents chefs de préjudice corporel *lato sensu*, (cf. Y. Lambert-Faivre, D. 98, 59). Cf. Ph. Dubois, *Le physique de la personne*, 1986, n<sup>o</sup> 175 s. Sur le préjudice d'agrément, le plus impalpable, l'atteinte au plaisir de vivre, cf. Lambert-Faivre, D. 78, 285 ; Dubry, *R.T.*, 79, 800 ; Le Roy, D. 81, chr. 121 ; Dangibaud et Ruault, D. 81, chr. 157 ; Cadet (= toute diminution de bien-être), Th. Poitiers, 1984 ; Chartier, D. 84, 466. Objection économique — comme chaque fois que le droit se montre trop bon (crée de faux droits, eût dit l'économiste Rueff) : l'incidence risque d'être inflationniste (par l'augmentation des primes d'assurances).

On a reproché aux tribunaux judiciaires d'avoir trop largement ouvert aux proches de la victime l'action en réparation du *dommage moral* : Ripert, *Le prix de la douleur*, D. 1948, chr. 1 ; Esmein, *La commercialisation du dommage moral*, D. 1954, chr. 113. Toutefois, parce que l'on remarque surtout les plus suspects d'hypocrisie, on aurait tort de méconnaître que ces actions, dans leur ensemble, traduisent la vitalité du groupe familial. Ce n'est pas à dire que le droit doive renoncer à purifier les mœurs ; et assurément, il serait plus pur de souffrir de la mort de l'être cher sans y mêler l'argent — plus encore sans y mêler la vengeance. On a longtemps justifié le système en soutenant qu'il ne fallait pas laisser des fautes sans sanction, et que la peine privée était utile en apaisant les colères. Mais cette idée a beaucoup moins de force aujourd'hui, alors que les condamnations à payer le *pretium doloris* interviennent surtout dans des hypothèses de fautes non intentionnelles, voire de responsabilité sans faute. Le droit anglais paraît plus réservé que le nôtre dans la réparation du dommage moral ; cf. G. Viney et B. Markesinis, *La réparation du dommage corporel, essai de comparaison des droits anglais et français*, 1985. Le B.G.B. (§ 253) posait en principe le refus de réparation, avec, il est vrai, des exceptions nombreuses (atteintes au corps, à la santé, à la liberté, à l'honneur féminin ; il faut aussi tenir compte, pour certains faits sanctionnés par la loi pénale, du système de la *Busse*, amende privée que la victime peut obtenir sans avoir à faire la preuve d'un dommage). Plus encore que les droits étrangers, notre jurisprudence administrative fut longtemps citée en contre-exemple, car elle refusait la répara-

tion du dommage moral, notamment en cas d'accident mortel (cf. Morange, D. 1948, chr. 105). Cependant, après avoir accordé des d. i. aux parents de la victime en raison des *troubles* de toute nature que la mort pouvait apporter *dans leurs conditions d'existence* (ex. C. Etat, 29 oct. 1954, D. 54, 767), le Conseil d'Etat a fini par accepter ouvertement de réparer la douleur morale (*Letisserand*, 24 nov. 1961, D. 62, 34 ; cf. A. Coudevylle, D. 79, chr. très critique, 173). H. Mazeaud, D.H. 1932, chr. 77, avait suggéré de n'autoriser les actions en d. i. que dans un cercle familial étroit : conjoint, descendants, ascendants (en ce sens, déjà, a. L. 434-7 à 434-14, C.S.S. pour la réparation des accidents du travail ; a. 626, al. 2, C. Pr. P., pour le dommage moral résultant d'une erreur judiciaire). Peut-être faudrait-il aussi obliger les intéressés à se grouper pour réclamer une indemnité unique (déjà, les tribunaux ont tendance à n'allouer à chacun qu'une somme plus faible lorsqu'il y a plusieurs réclamants) ; mais il faudrait organiser d'abord la famille en personne morale (cf. t. II, p. 17).

## [210]

## THÉORIE JURIDIQUE

a) *Le dommage d'abord ?* — Lors de la renaissance du droit de la responsabilité, à la fin du XIX<sup>e</sup> s., le concept de faute avait retenu le meilleur de l'attention et refoulé la notion de dommage, sans doute parce qu'il se prêtait mieux aux développements psychologiques et philosophiques. Pourtant, historiquement, peut-être même rationnellement, le dommage est la notion première. Non pas qu'il faille nécessairement prendre cette préséance du dommage dans le sens où l'entend Starck (Th. Paris, 1947), en se plaçant au point de vue de la victime, avec le dessein de la garantir coûte que coûte. Que l'on se place seulement au point de vue de l'Etat ; celui-ci, dans sa fonction de police, doit avoir souci de tous les dommages subis par les personnes et les biens, comme de troubles à l'ordre public, avant que de savoir s'ils sont intentionnels, involontaires ou fortuits. Très clairement, c'est le dommage qui a été premier dans la loi « victimophile » de 1985 sur les accidents de la circulation.

b) On peut concevoir la *théorie du dommage* comme une analyse des différents mécanismes abstraits de diminution du patrimoine (v. ainsi von Tuhr, I, § 12). On peut aussi essayer de définir le dommage par rapport aux notions de droit subjectif et d'intérêt. Dans cette direction, l'apparition, en jurisprudence, de la formule suivant laquelle le dommage réparable suppose la lésion d'un *intérêt légitime juridiquement protégé* — ce qui avait servi notamment à écarter l'action de la concubine (Civ. 27 juill. 1937, D. 38, 1, 5) — a suscité des études importantes : Marty, S. 1931, I, 145 et 1938, I, 321 ; Flour, D. 1945, 293 ; Rodière, *J.C.P.*, 1953, 2, 7592 ; H. Mazeaud, D. 1954, chr. 39. La formule est, du reste, ambiguë. Elle peut signifier qu'il n'y a de dommage que dans la lésion d'un droit subjectif (« intérêt juridiquement protégé » est la définition que Jhering a donnée du droit subjectif) : à ce compte, seuls pourraient demander des réparations en cas d'accident mortel les parents justifiant d'une créance alimentaire. Mais l'opinion dominante est que la lésion d'un intérêt suffit pour constituer un dommage ; l'exigence qu'il soit légitime et juridiquement protégé exprimerait seulement l'idée d'un refus d'action à certaines situations qui sont contraires au droit ou à la morale (Mazeaud-Tunc, I, n<sup>os</sup> 277-8 ; Marty-Raynaud, II, n<sup>os</sup> 378 s.). Rodière, cependant, a soutenu fortement (*loc. cit.* et *Resp.*, n<sup>os</sup> 1605 s., 1611) que la notion de

dommage est de pur fait et que c'est une impropriété que d'y introduire un élément juridique.

c) Sur le *dommage moral*, v. Givord, Th. Grenoble, 1938 ; Kayser, *Etudes Macqueron*, 1969, p. 411, et les études de L. Huguency (classiques) sur la *peine privée* (Th. Dijon, 1904, et *Etudes Ripert*, 1950, II, p. 249) ; Crémieux, *Etudes Kayser*, 1979, p. 261. Essai de précision dans une terminologie flottante ? *Le prix de la douleur* répare non seulement les souffrances physiques, mais aussi les souffrances morales, Civ.<sup>2</sup> 5 janv. 1994, *Bull.*, n<sup>o</sup> 15.

d) *La notion de dommage corporel*. — Elle ne se serait pas tellement développée et affinée si elle n'y avait pas été entraînée par une idéologie caractéristique de la seconde moitié du siècle, qui a été *crecendo* en réaction au souvenir des massacres antérieurs : l'exaltation du droit à la vie, à l'intégrité physique, à la santé (sommets dans les lois de bioéthique, 29 juill. 1994 ; cf. t. I). Quelque chose de cette exaltation se retrouve dans l'émotion collective qui déferle à l'annonce d'un accident mortel pour peu qu'il touche des enfants, une célébrité médiatique (ex. Lady Diana, 1997) ou une collectivité (tout le contenu d'un avion). Tout un rituel s'est instauré en conséquence : « suivi psychologique » par psychologues professionnels, proposé/imposé aux survivants traumatisés, deuil quasi national, marches de protestation contre l'injustice du sort ou même de la justice (impuissante à châtier les coupables). La violence de leur mort créditée les défunts d'une espèce d'héroïsme qui est réversible sur leurs proches. Globalement, la position des ayants droit est sortie renforcée de cette dramatisation romantique de l'accident mortel. Mais on peut s'étonner aussi qu'à une époque où le discours dominant prétend *responsabiliser* l'individu à tout bout de champ, la pratique sociale s'emploie à *infantiliser* devant la mort.

## [211]

## PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Dommage éventuel*. — Le principe est qu'il ne peut donner lieu à réparation. Ex. Civ. 19 mars 1947, D. 47, 313. Toutefois, ce qui est plus important, on admet que le juge puisse prononcer des injonctions, prescrire des mesures destinées à *prévenir* le dommage (ex. Req. 25 mars 1935, D. H. 35, 297 ; cf. a. 24 C. Pr. C.). Dans l'espèce du 1<sup>er</sup> mars 1947 était en cause le voisinage d'une ligne à haute tension. Dans des cas de ce genre, on pourrait dire que la crainte du préjudice éventuel crée d'ores et déjà une insécurité, qui est un préjudice actuel, parce qu'elle entraîne une certaine dépréciation de l'immeuble, impose peut-être le paiement d'une surprime d'assurance, cf. Req. 27 janv. 1931, S. 32, 1, 89. Un raisonnement analogue pourrait être construit pour beaucoup d'actions en concurrence déloyale (qui se fondent sur l'a. 1382) : le concurrent qui cherche à détourner une clientèle habituelle s'attaque à une valeur déjà capitalisée dans l'estimation du fonds de commerce, le préjudice est actuel (Com. 3 mai 1979, *Bull.*, IV, n<sup>o</sup> 137 ; au contraire, celui qui jette son filet sur une nouvelle vague de consommateurs volatils ne crée qu'un préjudice trop éventuel pour être saisi par le droit (Paris, 15 juin 1983, D. 83, *I.R.*, 502). — La perte d'une chance soulève un problème distinct. Les décisions les plus anciennes y voyaient un dommage trop éventuel pour être réparé ; peut-être aussi était-on sensible à la contradiction qu'il y a à réclamer la sécurité pour un aléa. Ex. Rouen, 8 août 1903, D. 04, 2, 175, pour des chevaux de course qui, par la faute de tiers, avaient été empêchés de participer à des épreuves : comment savoir s'ils auraient

gagné un prix ? Pourtant, la cote des paris permet d'évaluer la chance d'un cheval. Depuis lors, la pratique des assurances ayant habitué les esprits aux calculs de probabilités, l'opinion s'est répandue qu'une chance a une valeur pécuniaire, et que sa perte est, dès lors, un dommage certain, qui peut et doit être réparé (Mazeaud-Tunc, I, n° 219 ; Starck, n° 102). Et la jurisprudence a évolué en ce sens : Ex. chance du cheval (Paris, 21 nov. 1970, *J.C.P.*, 72, 2, 16990) ; chance d'avancement d'un salarié (Crim. 9 oct. 1975, *Bull.*, n° 212 ; Civ.<sup>2</sup> 27 févr. 1985, *R.T.*, 87, 117, n. Huet) ; chance de carrière d'un étudiant (Crim. 24 févr. 1970, *J.C.P.*, 70, 2, 16456 ; v. cep. Civ.<sup>2</sup> 9 nov. 1983, *J.C.P.*, 85, 2, 20360 ; Civ.<sup>2</sup> 14 oct. 1992, *R.T.*, 93, 148) ; chance de gagner un procès (Civ.<sup>1</sup> 16 mars 1965, D. 65, 425 ; Civ.<sup>1</sup> 8 juill. 1997, *D. Aff.*, 97, 1217, ce qui suppose que les juges de la responsabilité se fassent hors procédure juges du procès) — mais non pas chance d'avoir un jour un bâton de vieillesse (Civ.<sup>2</sup> 3 nov. 1971, D. 72, 667). Pratiquement les tribunaux fixeront les dommages-intérêts à une fraction du gain espéré, plus ou moins forte selon les probabilités de succès. — Dans la responsabilité médicale (qui est d'ailleurs contractuelle), lorsque les ayants droit à indemnité sont en peine pour démontrer que la faute du chirurgien a été la cause du décès du patient, la jurisprudence leur vient parfois en aide en considérant que cette faute a du moins causé la perte d'une chance de survie (Civ.<sup>1</sup> 14 déc. 1965, *J.C.P.*, 66, 2, 14753 ; Civ.<sup>1</sup> 27 mars et 9 mai 1973, *J.C.P.*, 74, 2, 17643, D. 73, 595). — Civ.<sup>1</sup> 17 nov. 1982, D. 84, 305, n. Dorsner-Dolivet, *J.C.P.*, 83, 2, 20056, n. M. Saluden, marquait-il un coup d'arrêt ? Toujours est-il que ce fut sans lendemain : Civ.<sup>1</sup> 8 janv. 1985, *Bull.*, n° 10, Civ.<sup>1</sup> 10 janv. 1990, *Bull.*, n° 10, et même Civ.<sup>1</sup> 7 juin 1989, D. 91, 158 ; Civ.<sup>1</sup> 8 juill. 1997, *J.C.P.*, 97, 2, 22921, rapport Sargos, *R.T.*, 98, 126 (perte d'une chance d'amélioration). Pourtant, si la perte d'une chance est bien une notion qui peut être prise en considération dans l'évaluation du préjudice, elle ne devrait pas servir à faire accepter un lien de causalité douteux.

[212] b) *Ayants droit à indemnité en cas d'accident mortel.* — La Cour de cassation (Civ. 18 janv. 1943, D.C. 43, 45, n. L. Mazeaud, et surtout Ch. mixte, 30 avr. 1976, 2 arrêts, D. 77, 185, n. M. Contamine-Raynaud) déclare *transmissible aux héritiers* l'action en réparation du dommage moral qui appartenait à la victime avant sa mort. La solution est contestable (cf. Esmein, D. 1954, chr. 113) : le préjudice résultant des souffrances endurées par la victime est éminemment personnel ; l'action en dommages-intérêts fondée sur un tel dommage apparaît comme une de ces actions *vindictam spirantes* (respirant la vengeance) qui s'éteignent par la mort du titulaire (cf. a. 957, a. 2 ; s'il meurt sans l'avoir intentée, il est présumé avoir pardonné).

Tous ceux que le défunt aidait à vivre sont-ils recevables à faire valoir le *dommage matériel* que l'accident leur a causé ? Les arrêts ne semblent pas exiger que ces secours aient eu pour support juridique une obligation alimentaire ; il suffit d'un rapport de parenté ou d'alliance (Crim. 31 oct. 1930, S. 31, 1, 145 ; Civ. 19 oct. 1943, *J.C.P.*, 45, 2, 2893). Les hésitations apparaissent là où l'on n'a plus affaire qu'à un lien de fait. La Chambre criminelle saisie à la suite d'homicides par imprudence) se montre plus réaliste et, partant, plus large que la Chambre civile. Elle accorde des dommages-intérêts, sur la seule constatation d'un préjudice résultant directement de l'infraction poursuivie. Ex. personne ayant élevé un enfant (adoption de fait), Crim. 30 janv. 1958, *G.P.*, 58, 2, 160 ; fiancée, Crim. 5 janv. 1956, D. 56, 216, *J.C.P.*, 56, 2, 9146, dans une espèce où, il est vrai, le mariage était imminent (*contra*, Civ. 19 oct. 1943, D.C. 44, 14 ; pour la fiancée, une difficulté de plus peut être soulevée, tenant à l'incertitude du préjudice, en

hommage à la liberté fondamentale qui doit régner jusqu'à l'échange des consentements nuptiaux ; cf. t. II, n° 17) — plus remarquablement enfin, *concubine*.

Les dommages-intérêts de la concubine ont fait l'objet de discussions passionnées (v., pour une analyse très lucide, Dupichot, *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*, Th. Paris, 1969, nos 95, 109, 137). Si l'on songe à la condition modeste de la plupart de ces femmes et au drame de l'accident mortel, il faut convenir que le droit a été assez cruel à leur égard non pas tant en leur refusant réparation qu'en les jetant dans le tourbillon de ses propres incertitudes. La Chambre criminelle s'était fixée vers 1958 dans un sens favorable aux concubines : Crim. 26 juin 1958, *G.P.*, 58, 2, 160 ; Crim. 24 févr. 1959, *J.C.P.*, 59, 2, 101095. La Chambre civile, au contraire, les repoussait invariablement depuis 1937 (Civ. 27 juill. 1937, D. 38, 1, 5, S. 38, 1, 321, n. Marty), au motif qu'elles ne justifiaient pas d'un intérêt légitime juridiquement protégé (Civ. 22 févr. 1944, D.C., 45, 293 ; Civ.<sup>2</sup> 7 avr. 1967, D. 67, 496), cependant que les juridictions du fond, Cour de Paris en tête (ex. 10 mai 1958, *G.P.*, 58, 2, 32, *R.T.*, 58, 601), les encourageaient à persévérer. La contradiction entre pénal et civil conduisait à des absurdités (v. Combaldieu, D. 70, 201). C'est finalement par cette considération technique d'une nécessaire unité de jurisprudence que l'on a pu accommoder un retournement de la Chambre civile, sous le couvert d'un arrêt de Chambre mixte du 27 févr. 1970, l'arrêt *Dangereux* (D. 70, 201 ; *R.T.*, 70, 353, n. Durry ; Goma, D. 70, chr. 145 ; J. Vidal, *J.C.P.*, 71, 1, 2390). L'inscription de la concubine sur la liste des ayants droit à indemnité en cas d'accident mortel comportait, néanmoins, une restriction. Il devait s'agir d'un concubinage, dit *sérieux*, ce qui impliquait au moins examen de la stabilité de l'union (Crim. 2 mars 1982, *J.C.P.*, 83, 2, 19972, *R.T.*, 83, 341 ; étant précisé que la stabilité n'est pas l'indissolubilité, Crim. 3 mars 1983, *J.C.P.*, 83, 2, 19972). Crim. 8 janv. 1985, *J.C.P.*, 86, 2, 20588, dans le cas d'un polygame qui avait une maîtresse de jour, une autre de nuit, repousse l'action des deux. L'arrêt de la Chambre mixte semblait aussi exclure *a priori* tout concubinage adultérin. Mais des arrêts postérieurs ont vite montré qu'il pourrait n'en être pas toujours ainsi : Crim. 14 juin 1973, D. 73, 585 ; Crim. 19 juin 1975 (ça ne vous regarde pas), D. 75, 679 ; Paris, 10 nov. 1976, *J.C.P.*, 78, 2, 18859.

Que le *dommage moral* d'un proche soit en principe réparable, Civ.<sup>2</sup> 28 nov. 1962, D. 63, 77, n'accepte point qu'on le mette en doute. Néanmoins, la réparation ne sera pas admise de la même manière en présence de n'importe quel lien. En présence des descendants et ascendants, ainsi que du conjoint, la douleur est présumée et, semble-t-il, irréfragablement. Par là sont évitées des recherches et contestations délicates. Les autres parents ou alliés sont moins bien traités : il leur faut justifier de circonstances particulières (ex. Crim. 2 févr. 1952, *J.C.P.*, 53, 2, 7354, accueillant, derrière l'appréciation des juges du fond, la demande d'indemnité formée par les frères et sœurs de la victime ; mais mineurs, à un âge où la vie n'a pas encore séparé les routes).

La tendance salomonienne — paresseuse — à admettre le plus souvent possible une responsabilité partagée entre l'auteur du dommage et la victime a suscité un problème àprement débattu (cf. Savatier, D. 64, chr. 155) : la faute de la victime est-elle opposable à ses ayants droit lorsqu'ils font valoir leur créance propre de réparation ? En d'autres termes, convient-il alors de réduire proportionnellement l'indemnité à laquelle leur donnerait droit le dommage dont ils justifient ? *Contre* l'opposabilité, des arguments de logique abstraite : l'autonomie de l'action des ayants droit (G. Viney, D. 74, chr. 5),

l'idée que, si le dommage subi par les ayants droit a eu deux auteurs (le responsable et la victime en faute), chacun d'eux peut être actionné pour le tout suivant les principes de l'obligation *in solidum* entre coresponsables (cf. nos 285, 345). Pour l'opposabilité : la solidarité familiale, le caractère un peu inconsistant du préjudice par ricochet, l'idée que les victimes indirectes de l'accident ne peuvent sans paradoxe être mieux traitées que la victime directe ; plus en profondeur, le sentiment que personne n'a à répondre de son décès envers ses ayants cause (Durry, *R.T.*, 75, 722) ; plus simplement, la constatation que le fait générateur du dommage est toujours le même *erga omnes* (mais le fait est-il le point décisif, ou est-ce le dommage ?). Des arrêts des Chambres réunies (25 nov. 1964, D. 64, 733), puis de l'Assemblée plénière (19 juin 1981, D. 81, 641, n. Larroumet, D. 82, 85, n. Chabas, *J.C.P.*, 82, 2, 19712, rapport Ponsard) se sont prononcés pour l'opposabilité. C'est la solution qu'a consacrée la loi de 1985 sur les accidents de la circulation (a. 6).

## [213] 2 / La causalité

Cette condition, qui paraît être une exigence de la raison, est exprimée par le mot *causé* dans chacun des a. 1382 à 1386. Elle se manifeste dans le procès en responsabilité sous deux formes différentes. *Positivement* : la victime, pour obtenir condamnation, devra établir l'existence d'un *rapport de causalité* entre le dommage dont elle justifie et le fait (fautif ou non) auquel la loi attache une responsabilité. *Négativement* : le défendeur pourra parfois écarter le rapport de causalité qui allait remonter jusqu'à lui, en faisant la preuve d'une cause étrangère qui ne lui est *pas imputable*.

### 1 | LE RAPPORT DE CAUSALITÉ

La causalité, en tant que condition de la responsabilité, ne doit pas être entendue d'une manière purement logique. Des considérations pratiques s'y mêlent, qui influencent et la *notion* que l'on s'en fait et les *caractères* que l'on requiert d'elle.

#### ► *Notion de la causalité*

a) *La causalité n'est pas une simple coïncidence temporelle ou spatiale*. — L'apparition d'un dommage peu après qu'une faute a été constatée ne suffit pas à établir la causalité postulée par l'a. 1382 —

non plus que la présence d'une chose sur le lieu d'un accident la causalité postulée par l'a. 1384, al. 1. Ce qu'il faut, c'est prouver que la faute de l'homme ou le fait de la chose ont eu un rôle causal, générateur dans la production du dommage ; que, sans eux, le dommage ne se serait pas produit. Ex. ce n'est point parce qu'une maison prend feu au voisinage d'un feu d'artifice que l'on peut conclure à la responsabilité de l'organisateur (gardien au sens de l'a. 1384) : il faudra démontrer que le toit avait été atteint par une fusée — rapport de causalité.

b) *La causalité implique une certaine appréciation du juge*. — Cette appréciation est inévitable, parce que le dommage a souvent des causes multiples, entre lesquelles il faut choisir. Qu'une personne, en passant le long d'un chantier, soit blessée par la chute d'une grue et transportée à l'hôpital, y décède après avoir été opérée ; plusieurs causes auront pu contribuer à l'événement : un vice de fabrication de l'appareil, l'imprudence du grutier, le retard des premiers secours, la maladresse du chirurgien, peut-être aussi un acte illicite de l'employeur de la victime, si l'on imagine qu'il l'avait retenue au-delà de la durée légale du travail, ce qui a eu pour conséquence que, rentrant moins tôt chez elle, elle s'est trouvée dans la rue juste au moment fatal. Quoique la doctrine ait proposé des critères logiques pour résoudre ce problème des causalités multiples, la jurisprudence paraît décider surtout empiriquement. Elle écarte les rapports de causalité trop lâches ou trop extraordinaires ; et, plus encore, elle s'attache aux rapports de causalité qui conduisent vers les fautes moralement les plus graves (là où une faute intentionnelle est relevée, les fautes de négligence ou d'imprudence pâliront ; la faute intentionnelle est l'équivalent du dol dans la responsabilité contractuelle, et pour le dol, l'a. 1150 étend le rapport de causalité). On donne une idée assez juste de la jurisprudence, en disant qu'elle s'attache à une causalité morale plutôt que matérielle.

#### ► *Caractères de la causalité*

La responsabilité ne pourra être mise en jeu qu'autant que le dommage est relié au fait dommageable (faute, fait de la chose) par un rapport *certain* et *direct* de causalité.

a) *Rapport certain*. — Si la causalité demeure incertaine par suite d'une impossibilité de preuve, le juge doit rejeter l'action en dommages-intérêts. Le principe est indiscutable. Néanmoins, il conduirait à un résultat paradoxal dans l'hypothèse où le dommage a été causé par un individu qui n'a pas été identifié, mais qui se trouvait nécessaire-

ment à l'intérieur d'un groupe parfaitement identifié. Non sans hésiter devant le risque de condamner des innocents, la jurisprudence cherche à englober, en pareil cas, tous les participants indivisiblement dans le rapport de causalité, sauf à chacun d'eux la charge de prouver, s'il le peut, qu'il n'a pas été la cause du dommage.

b) *Rapport direct*. — La règle de bon sens et d'équité que formule l'a. 1151 pour la responsabilité contractuelle est valable en dehors des contrats. La jurisprudence sous les a. 1382 à 1386 ne retient la responsabilité que pour les dommages qui sont une suite *immédiate et directe, directe et nécessaire* du fait dommageable. Pour fixer le point où la chaîne des causalités doit être rompue, les tribunaux ont tendance à rechercher, en s'inspirant du critère que propose l'a. 1150, jusqu'où pouvaient s'étendre les prévisions d'un homme raisonnable. La responsabilité de celui qui a mis en circulation les instruments du dommage n'est pas toujours supprimée par la présence des utilisateurs intermédiaires qui l'ont matériellement causé. Une imprudence ou négligence peut lui être imputée dans le choix ou le contrôle de ces utilisateurs. Les tribunaux ont ainsi tenu pour responsable le droguiste qui a vendu des pétards à un gamin si incendie s'ensuit, la banque qui a délivré trop libéralement des chèques s'il pleut des chèques de bois. Mais que dire du constructeur qui fabrique des voitures capables d'excès de vitesse ?

## [214] 2 | LA CAUSE ÉTRANGÈRE NON IMPUTABLE

L'expression de *cause étrangère non imputable*, qui vient de l'a. 1147, écrit pour la responsabilité contractuelle, a été étendue par la doctrine et la jurisprudence aux a. 1382 s., tout spécialement à l'a. 1384, al. 1. On entend par là, concrètement, la *force majeure* (ou cas fortuit), la *faute de la victime*, le *fait d'un tiers*. La force majeure est, des trois causes, celle qui a le plus d'extension ; les deux autres n'ont leur plein effet exonératoire qu'à la condition d'être elles-mêmes irrésistibles et imprévisibles, ce qui les fait alors apparaître comme des variétés de la force majeure. L'analyse que l'on donne de la force majeure dans les contrats (*supra*, n° 162) vaut aussi en dehors des contrats. A une nuance près : il semble que l'on admette moins facilement l'imprévisibilité et l'irrésistibilité (dont l'effet exonératoire) d'un événement dans la responsabilité extra-contractuelle, minimum des obligations humaines, que dans la responsabilité contractuelle, où l'individu a assumé volontairement des obligations de surcroît.

### ► *Preuve de la cause étrangère non imputable*

*A priori*, c'est au demandeur, non au défendeur, qu'une preuve incombe concernant le rapport de causalité, puisqu'il y a là une des conditions auxquelles la responsabilité est subordonnée. Mais on peut supposer qu'un rapport de causalité semblant déjà établi à l'encontre du défendeur, celui-ci veuille démontrer que cette première apparence ne correspond pas à la réalité, que, par-delà sa faute apparente, ou la faute apparente de ses préposés, ou le fait apparent de sa chose, le dommage a une cause étrangère qui ne lui est pas imputable. Ex. un piéton a été blessé par une automobile sur le trottoir, ce qui, *de prima facie*, implique une faute du conducteur ; mais celui-ci prouve que sa voiture a été projetée sur le trottoir par un camion — fait d'un tiers, cause étrangère non imputable. Ou encore les orphelins d'un passager disparu dans un naufrage invoquent contre la compagnie de navigation l'a. 1384, al. 1 ; mais la compagnie prouve que le naufrage est dû à une violente tempête — force majeure, cause étrangère non imputable. La preuve de la cause étrangère a plus d'importance dans le cas de l'a. 1384, al. 1, que dans celui de l'a. 1382, parce que, dans ce dernier cas, elle ne se laisse pas facilement séparer de la discussion même de la faute, tandis que, dans le premier, où il n'est pas question de faute, elle se détache comme un moyen de défense qui a une réelle autonomie.

### ► *Conséquences attachées à la preuve d'une cause étrangère non imputable*

Une distinction est nécessaire selon que le juge a retenu la cause étrangère comme *cause unique* du dommage, ou comme une *cause en concours*, avec d'autres, qui, elles, sont imputables au défendeur (faute, fait de la chose, fait d'autrui).

a) *Cause étrangère non imputable retenue seule*. — Le défendeur est complètement exonéré, qu'il y ait force majeure, faute de la victime ou fait d'un tiers.

b) *Cause étrangère non imputable retenue en concours avec une cause imputable*. — Les conséquences sont variables suivant la nature de la cause étrangère.

1° *Force majeure*. — Elle peut coexister avec une faute du défendeur (ou avec un fait de sa chose). Ex. les eaux provenant d'un orage exceptionnellement violent rencontrent une digue imprudemment élevée ; d'où une inondation et des dommages aux propriétés voisines.

La responsabilité du constructeur imprudent sera retenue, mais, comme sa faute est en concours avec une force majeure, il ne sera condamné qu'à réparer une *partie* du préjudice, l'autre partie restant sans réparation.

2° *Fait ou faute d'un tiers.* — Il faut supposer que le fait du tiers laisse subsister une faute à la charge du défendeur, ou que, n'ayant été ni imprévisible ni irrésistible, il n'élimine pas complètement l'a. 1384, al. 1. Le défendeur dont la responsabilité est ainsi retenue pourra être condamné envers la victime à réparer entièrement le dommage. Mais il aura un recours contre le tiers, si le fait de celui-ci a lui-même les caractères d'une faute (il y aura entre eux partage de responsabilité).

3° *Faute de la victime.* — On suppose que cette faute n'est pas telle qu'elle exclue toute faute du défenseur ; ou bien que, n'ayant été pour lui ni imprévisible ni irrésistible, elle n'élimine pas complètement l'a. 1384, al. 1. Entre le défendeur et la victime, il va s'opérer d'emblée un partage de responsabilité ; le défendeur sera condamné à réparer seulement une partie du préjudice, le dosage se faisant selon la gravité respective des fautes commises (ou selon la part que l'on peut attribuer à chacun des deux faits dans l'arrivée de l'accident).

## [215] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Esmein, VI, n<sup>os</sup> 538 s. ; Rodière, n<sup>os</sup> 1612 s. ; Esmein sur Aubry et Rau, VI, § 444 *ter* ; Demogue, IV, n<sup>os</sup> 365 s. ; Grua, La responsabilité civile de celui qui fournit le moyen de causer un dommage, *R.T.*, 94, 1.

### SOCIOLOGIE

Le droit de la responsabilité civile a peu emprunté à cette branche de la criminologie qui s'est constituée sous le nom de victimologie (ex. Schafer, *The victim and his criminal, a study infunctorial responsibility*, New York, 1968 ; cf. Ph. Robert, *A.S.*, 1970, 451 ; 1971, 490). Il est vrai que la victime de l'infraction pénale peut présenter une physionomie particulière. Elle est facilement suspecte aux criminologues, aux deux moments où ils la rencontrent : 1° Dans la genèse du délit elle est souvent complice, fût-ce inconsciemment (il y a des gens qui ont des prédispositions freudiennes à être victimes, et cela s'observerait, dit-on, dans les accidents de la circulation) ; 2° Dans la répression du délit, elle est un embarras pour l'action publique, soit par trop de zèle, soit, au contraire, par sa propension à étouffer l'affaire (« qu'il aille se faire pendre ailleurs ! »), que le motif en soit la peur des représailles, la mansuétude ou plus simplement le souci de ne pas mettre même un doigt dans l'appareil de la justice. — Sur ce dernier point, une sociologie de la responsabilité *civile* pourrait remarquer que, si notre droit éminemment jurisprudentiel nous révèle de nombreuses victimes agissantes, quel-

quefois abusives, le plus fréquemment malheureuses (et qui le restent), il existe vraisemblablement une infinité de dommages dont réparation n'est jamais réclamée, ni en justice, ni même amiablement aux fins de transaction. Ils sont passés par profits et pertes, soit qu'ils n'atteignent pas le seuil pécuniaire de la litigiosité utile, soit que les intéressés aient reçu dans leur héritage culturel (car, pour le coup, la société d'aujourd'hui ne l'enseigne plus guère) une certaine faculté de résignation (la résignation est un substitut du droit).

La psychiatrie croit avoir observé qu'un système trop parfait de réparation peut déterminer chez les victimes un délire raisonné, fondé sur l'idée fixe de leur droit, psychose qui a été décrite sous le nom de *sinistrose*, et se manifeste par des fraudes et une hypertrophie du moi. Cf. J. M. Favergé, *Psychosociologie des accidents du travail*, 1967. Notation plus terre à terre : il est peu de parents qui ne sachent combien il serait dangereux de trop enseigner aux enfants leurs *droits* de piéton : la *Rechtshaberei*, une conviction excessive de leurs droits subjectifs, serait un sûr moyen de les désigner pour l'holocauste routier.

## [216]

### THÉORIE JURIDIQUE

a) *Problèmes de la causalité.* — Ce problème philosophique transporté dans le droit a suscité des recherches théoriques approfondies. L'influence des doctrines germaniques s'est fait sentir au début de ce siècle (cf. Guex, *La relation de cause à effet dans les obligations extra-contractuelles*, Th. Lausanne, 1904) ; plus tard, celle des doctrines anglo-américaines (cf. Tunc, *R.I.D.C.*, 1953, 5).

1° *Théorie de l'équivalence des conditions* (développées par le criminaliste allemand von Buri, *Die Kausalität und ihre strafrechtliche Beziehungen*, 1885, pour expliquer que le complice puisse être rendu responsable de l'infraction commise par l'auteur principal) : tous les événements qui ont conditionné le dommage sont équivalents, tous en sont à égal titre la cause ; tout fait *sans lequel* le dommage ne se serait pas produit peut en être dit la cause et l'auteur du fait peut, dès lors, être obligé à la réparation de l'entier dommage. C'est une théorie qui étend beaucoup trop loin les conséquences de la responsabilité. Malgré son apparent matérialisme (et amoralisme), elle prête facilement à la métaphysique : à la limite, chacun pourrait se sentir une part de responsabilité dans tout le mal qui déchire l'univers. Du point de vue de la pratique judiciaire, cependant, la théorie pourrait être intéressante en ce qu'elle simplifie, par sa brutalité même, la tâche des juges.

2° *Théorie de la proximité de la cause* : seul doit être retenu parmi les événements qui ont conditionné le dommage celui qui en est le plus proche dans le temps (la *causa proxima*, par opposition à la *causa remota*, dans la terminologie philosophique de Bacon). C'est un critère simple, mais simpliste (ex. Scapin ouvre une trappe sur le passage du distrait, qui y tombe ; il n'y aurait faute que de la victime). On a, en Angleterre, parfois corrigé le système par une nuance morale : le dommage doit être imputé à celui qui a eu *the last clear chance*, la dernière chance de l'éviter (Scapin pouvait crier pour avertir le distrait).

3° *Théorie de la causalité adéquate* : le dommage doit être rapporté à celui de ses antécédents qui était propre à le produire *suivant le cours naturel des choses* ; la cause

adéquate est la cause qui, *normalement*, entraîne toujours un dommage de l'espèce considérée, par opposition aux causes qui n'entraînent un tel dommage que par suite de circonstances extraordinaires. La théorie introduit dans la recherche de la cause un critère de « raisonabilité » et l'on peut regarder comme une de ses variantes la formule de la « prévision raisonnable », qui a été pratiquée en Angleterre (il ne faut imputer à l'auteur d'une négligence ou imprudence que le dommage qu'un homme raisonnable aurait envisagé comme conséquence naturelle ou probable de la faute).

La diversité des théories et leur impuissance à expliquer tous les cas ont déterminé un certain scepticisme en doctrine (cf. Groutel, D. 87, chr., 2). André Tunc (D. 1956, 355 s.) considère que l'on peut seulement énoncer quelques idées directrices en matière de causalité : la causalité représente un aspect de la nécessité, une nécessité affaiblie, cette nécessité pouvant être coupée soit par l'éventualité (la part qu'il convient de reconnaître au hasard), soit par la liberté humaine. Mais peut-être faudrait-il renoncer à faire de l'exigence d'un rapport de cause à effet une des conditions de la responsabilité civile, et voir plutôt dans l'absence d'une causalité suffisamment proche une sorte de fin de non-recevoir, qui, bien que laissée à l'appréciation du juge, serait comparable à la prescription extinctive. Dans la rigueur des principes, chacun devrait être, et devrait rester à toujours, responsable de tous les dommages où il a une part, de tous les dommages qui ne seraient pas arrivés sans lui (on y viendrait peut-être avec la notion d'*implication*, dans la l. 5 juill. 1985). Toutefois, dans l'espace comme dans le temps, il y a un dépérissement des preuves à craindre, et le droit s'épuiserait à poursuivre l'infini comme l'éternel.

b) *Notion de la force majeure*. — En corrélation avec les deux tendances signalées *supra*, n° 166, pour la responsabilité contractuelle, on peut parler de deux notions de la force majeure dans la responsabilité délictuelle ; la notion diffuse, qui ramène la force majeure à l'absence de faute (cf. Tunc, Force majeure et absence de faute en matière délictuelle, *R.T.*, 1946, 171), et la notion déterminée, qui représente la force majeure comme un événement précis, délimité et même le plus souvent nommé (v. Radouant, D. 1958, 74). Cette deuxième conception est la conception classique, affirmée avec vigueur par l'arrêt *Jand'heur* sous l'a. 1384, al. 1.

c) *Faute de la victime*. — Jossierand (D.H. 34, 73) avait tenté d'expliquer l'absence (ou la réduction) de la réparation en pareil cas par l'idée d'une *responsabilité* (de la victime) *envers soi-même*, analyse aussi subtile que celle du *contrat avec soi-même* (cf. *supra*, n° 120). Sur la *théorie générale de la responsabilité de la victime*, v. l'étude approfondie de Lapoyade Deschamps, Th. Bordeaux, 1977, qui souligne, entre autres, le paradoxe de notre droit positif où l'assurance est reine et où, pourtant, la victime reste seule finalement à supporter les rigueurs de la causalité. — Sur la faute de la victime dans les régimes particuliers, v. *infra* ; pour l'a. 1384, al. 1, nos 258, 269 ; et pour la l. 5 juill. 1985, n° 271.

[217]

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Critère de la causalité*. — La jurisprudence était autrefois décrite comme favorable à l'équivalence des conditions (cf. Demogue, IV, nos 367 s. ; Ripert-Boulanger, II, n° 1006). Aujourd'hui, les auteurs (Mazeaud, II, nos 1442-2 ; Rodière, nos 1618 s. ; Boré, *J.C.P.*, 72, 2, 17086) pensent plutôt qu'elle a évolué : après avoir suivi le système de

l'équivalence, elle se rallierait de plus en plus à la causalité adéquate. Comme témoins de l'évolution, on cite deux arrêts, Civ. 7 août 1895, S. 96, 1, 127, et Soc. 7 mai 1943, D.A. 43, 51, où l'on se demandait pareillement si la contravention d'un patron à la législation du travail avait pu être une cause de l'accident survenu à l'ouvrier ; le premier arrêt est affirmatif, le second négatif ; mais c'est peut-être que la première contravention relative à la durée de la journée de travail était dans un rapport plus étroit avec l'accident que la seconde, relative à l'embauchage des travailleurs étrangers. Il y a davantage à conclure, en faveur de la causalité adéquate, des décisions qui avaient refusé de faire jouer l'a. 1382 contre le propriétaire de l'automobile volée, parce qu'elles ne voyaient pas de relation de cause à effet entre le défaut de fermeture des portes et le préjudice : Civ. 6 janv. 1943 (aff. *Connot* ; cf. *infra*, n° 267), D. 45, 117, *J.C.P.*, 43, 2, 2185 ; Civ. 29 avr. 1947, *J.C.P.*, 47, 2, 3986, note A. S. (on avait essayé de rapprocher le dommage de la faute en soutenant que le dommage dont le propriétaire avait à répondre consistait non pas dans les blessures causées par le voleur, mais dans l'insolvabilité de celui-ci ; il y aurait eu faute du volé à se laisser remplacer par un gardien insolvable — raisonnement trop subtil) ; Civ.<sup>2</sup> 1<sup>er</sup> avr. 1963, D. 63, 403 ; Civ.<sup>2</sup> 4 mars 1981, D. 81, *I.R.*, 366. Ce qui paraît dominer réellement la jurisprudence, c'est sa tendance à confondre faute et rapport de causalité. Il y a là un aspect, parmi d'autres, d'un état d'esprit très général qui la conduit, en équité, à proportionner la condamnation à la gravité de la faute, alors que, rationnellement, l'étendue du dommage devrait en être l'unique mesure. Entre deux fautes, d'inégale gravité morale, à plus forte raison entre une faute et un fait non fautif, les tribunaux croiront toujours faire œuvre de meilleure justice en dirigeant le rapport de causalité vers la faute, et vers la faute la plus lourde. Ex. significatif dans Crim. 10 juill. 1952, *J.C.P.*, 52, 2, 7272, n. Cornu : la *causa proxima* est écartée au profit d'une cause plus éloignée, mais ayant les caractères d'un délit pénal.

[218] b) *Du dommage causé par une personne non identifiée se trouvant nécessairement dans un groupe délimité de personnes*. — Cf. Aberkane, *R.T.*, 58, 516. La question ne se pose pratiquement que pour des dommages causés par négligence ou imprudence (dans le cas de dommage intentionnellement causé, on n'hésiterait probablement pas à retenir la responsabilité de tous les participants, comme le fait le droit pénal, en se servant de la notion de complicité). Les accidents de battue, où il est souvent impossible de déterminer de quel fusil proviennent les plombs égarés, ont suscité un contentieux abondant — jusqu'à ce que la l. 11 juill. 1966 intervienne (C. Ru., a. 366 *ter*), en mettant à la charge d'un fonds de garantie la réparation des dommages dont l'auteur resterait inconnu. La jurisprudence antérieure n'en conserve pas moins son intérêt par les analogies qu'elle suggère. Ainsi, Civ. 29 sept. 1941, *G.P.*, 41, 2, 437 : aucun des deux chasseurs qui ont tiré en même temps ne peut être condamné faute d'une relation de causalité prouvée. La Cour de cassation avait dû être sensible à l'élémentaire injustice d'une innocence condamnée. Mais la solution inverse avait aussi son injustice : la victime est complètement sacrifiée, pour le motif étonnant qu'il y a eu deux imprudences commises au lieu d'une. Aussi les arrêts postérieurs ont-ils favorisé des accommodements. Ex. Civ.<sup>2</sup> 18 mai 1955, D. 1955, 520, *J.C.P.*, 55, 2, 8793 : les deux chasseurs auraient pu être condamnés *in solidum* pour avoir commis une faute commune « dans l'exécution du plan de leurs opérations ». Placer ainsi la cause du dommage non plus dans le fait matériel directement dommageable (le coup de feu), d'identification incertaine, mais

dans une attitude antérieure commune à tous les intéressés, pouvait sembler un biais satisfaisant (cf. Lyon, 16 nov. 1989, D. 90, 207). Ex. notable : Civ.<sup>2</sup> 2 avr. 1997, *J.C.P.*, 97, 4, 1156, à propos d'une bagarre entre jeunes gens. L'un d'eux est déclaré responsable *in solidum* pour avoir participé activement au groupe agressif d'où un coup de feu mortel est sorti : la mort de la victime, déclare l'arrêt, a pour cause « la volonté commune des jeunes du groupe animés d'un désir de vengeance » ou encore « l'enchaînement de leurs comportements fautifs » (c'est une complicité sans auteur principal). Un mineur, parmi d'autres, peut être déclaré responsable d'un sinistre, parce que, de bout en bout, il avait participé à un jeu dangereux de pétards, Civ.<sup>2</sup> 1<sup>er</sup> avr. 1998, *J.C.P.*, 99, 4, 2227 (cf. Civ.<sup>1</sup> 9 févr. 1983, *G.P.*, 83, 2, *Panor.* 215). Autres suggestions en doctrine : il pourrait y avoir faute commune à créer une zone dangereuse pour les tiers ou, plus subtilement (Postacioglu, *R.T.*, 1954, 438), une zone où toute preuve de l'imputabilité serait impossible ; il ne serait pas non plus inconcevable, en quelques cas, qu'entre les participants une société de fait (cf. a. 1873) se soit tacitement nouée pour la répartition des risques comme des avantages.

Finalement, c'est peut-être la responsabilité du fait des choses qui a été le plus utilisée. Plusieurs choses ayant agi en même temps (plusieurs fusils ayant tiré), la victime n'a pas à prendre la peine de découvrir où était la faute : elle peut se contenter de rattacher objectivement son dommage à chacune de ces choses, sauf à tel ou tel de leurs gardiens de démontrer que sa chose à lui n'a pu avoir de rôle causal. En tête : Civ.<sup>2</sup> 5 févr. 1960, D. 60, 365, n. Aberkane, et surtout Civ.<sup>2</sup> 11 févr. 1966, D. 66, 228, n. Schmelck. Le raisonnement n'est pas sans faille, car il fait bon marché d'un préalable à l'application de l'a. 1384, al. 1 : la preuve que le fait de la chose a participé à la réalisation du dommage (cf. n° 213). S'il y a autant de causalités possibles que de choses, on retombe dans l'indétermination. La jurisprudence s'est, néanmoins, développée sur cette base : Civ.<sup>1</sup> 6 mars 1968, *R.T.*, 68, 718 ; Civ.<sup>2</sup> 19 mai 1976, D. 76, 629, n. D. Mayer, *J.C.P.*, 78, 2, 18773, n. Dejean de La Batie, *R.T.*, 77, 129, n. Durry, et encore (bien qu'avec un peu de brouillard), Civ.<sup>2</sup> 15 déc. 1980, D. 81, 455, n. Poisson-Drocourt (cf. pour le dommage causé par l'action commune de plusieurs animaux, Civ.<sup>2</sup> 14 déc. 1983, *Bull.*, n° 197). Sans s'éloigner de l'a. 1384, al. 1, on pourrait imaginer, plus concrètement, que toutes les choses qui ont pu être à l'origine du dommage étaient sous la garde commune des différents intéressés : Seulement, c'est plus facile à admettre pour un ballon qui passe de mains en mains (Civ.<sup>2</sup> 7 juill. 1967, motifs *Bull.*, n° 252) que pour des fusils, individuellement appropriés, utilisés, contrôlés (Civ.<sup>2</sup> 9 oct. 1957, D. 57, 807). Jointe à cela l'objection générale (D. Mayer, La « garde » en commun, *R.T.*, 75, 197) qu'il ne peut s'agir d'une véritable garde, parce que l'indépendance fait défaut, qui caractérise le rôle du gardien (cf. Civ.<sup>2</sup> 9 mai 1990, D. 91, 367). La nouvelle responsabilité générale du fait d'autrui (cf. *infra*, n° 235) pourrait ouvrir une nouvelle avenue.

[219] c) *Concours de la force majeure avec une faute ou un fait de la chose.* — La Cour de cassation avait pris une position fort commentée dans l'affaire du paquebot *Lamoricière*, où, à l'origine du naufrage, avaient concouru la tempête et le fait du navire (Com. 19 juin 1951, deux arrêts, S. 52, 1, 89, n. Nerson ; D. 51, 717, n. Ripert ; *J.C.P.*, 51, 2, 6426, n. Becqué ; *R.T.*, 1951, 515, n. Mazeaud) ; d'autres aspects de ces arrêts n'ont pas, d'ailleurs, été moins discutés : le navire traité comme une chose susceptible de garde, l'armateur et non le capitaine désigné comme gardien ; l'a. 1384, al. 1, extracontractuel, déclaré applicable aux rapports de l'armateur avec les héritiers

du passager, malgré l'interférence du contrat de transport, etc. Sur le point de la causalité, la Cour de cassation a admis un partage de la responsabilité : 1/5 à l'armateur-gardien, 4/5 à la tempête (trop précis pour être vrai). A quoi on a opposé le dilemme : ou la chose a été le jouet de la force majeure, et le gardien doit être exonéré ; ou elle a eu le rôle causal, et il doit être condamné pour le tout. On pouvait trouver que le fait de la chose se laissait mettre assez naturellement en balance avec le fait des éléments. Mais, un peu plus tard, la Cour de cassation devait reprendre la même solution du partage de responsabilité dans une hypothèse où la force majeure était en concours avec une faute personnelle (aff. des *Houillères du Bassin du Nord*, orage, digue et inondation, Civ.<sup>2</sup> 13 mars 1957, D. 58, 73, n. [approbative] Radouant, *J.C.P.*, 57, 2, 10084). L'idée était lancée qu'une causalité partielle appelait une responsabilité simplement partielle elle aussi, et l'on essaya d'en tirer d'autres conséquences : ainsi, une remise en question de l'obligation *in solidum* entre coauteurs d'un même dommage (Meurisse, D. 62, chr. 243 ; Boré, *J.C.P.*, 69, 1, 2221, n° 345) ; ou bien une exonération partielle du gardien de la chose en présence d'un fait *non fautif* de la victime. Généralisation téméraire, semble-t-il. Le passage de la causalité partielle à la responsabilité partielle n'est logique qu'en apparence, car la causalité n'est pas en elle-même une source de responsabilité (cf. en ce sens F. Chabas, *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation*, Th. Paris, 1967, et D. 1970, chr. 113 ; Starck, *J.C.P.*, 70, 1, 2339 ; *contra*, Boré, *J.C.P.*, 71, 1, 2369). Dans Com. 14 févr. 1973, les uns (G. Viney, D. 73, 16) ont cru apercevoir, à travers une incidente, l'espoir d'un réexamen de la jurisprudence *Lamoricière* ; mais les autres y ont retrouvé quant au fond (et déploré) la consécration de celle-ci (Starck, *J.C.P.*, 73, 2, 17451). Ce que l'on peut dire de moins contestable au soutien des solutions jurisprudentielles, c'est que le partage, l'atténuation, l'équité ont toujours appartenu à la fonction des juges. On peut seulement se demander s'il ne vaudrait pas mieux s'en expliquer d'avance et s'installer sous un chêne.



## Chapitre II

[220]

LES DIFFÉRENTS RÉGIMES  
DE RESPONSABILITÉ CIVILE :  
LE FAIT DOMMAGEABLE

L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'a. 1384, qui est comme une ligne de partage, distingue trois sortes de responsabilité selon que le dommage vient du propre fait du responsable, du fait des personnes dont il doit répondre, du fait des choses qu'il a sous sa garde. Ce classement des faits dommageables — *fait personnel, fait d'autrui, fait des choses* — est commode, et il a l'avantage de ne rien préjuger quant au fondement des différents régimes de responsabilité. Cependant, en 1985, un nouveau régime est venu se juxtaposer à ces trois-là : un régime des *accidents de la circulation*, plus précisément des accidents dans lesquels est impliqué un véhicule à moteur. Bien qu'il se présente comme un régime d'indemnisation des victimes qui pourrait demeurer indifférent à la recherche des responsables, il est plus clair de l'étudier comme s'il constituait un quatrième régime de responsabilité, dans le prolongement historique des a. 1382 à 1384, surtout de l'a. 1384, al. 1<sup>er</sup>.

## 1 / La responsabilité du fait personnel

La responsabilité du fait personnel — appelée encore soit responsabilité délictuelle (ou quasi délictuelle), soit responsabilité aquilienne (en souvenir de la *lex Aquilia*, qui sanctionna, à Rome, le *damnum*

*injuria datum*, le dommage causé injustement) — représente le droit commun de la responsabilité. C'est à elle qu'est consacré l'a. 1382, cœur de la matière.

Une exégèse de ce texte fait ressortir trois conditions pour son application : une faute, un dommage, un rapport de causalité entre la faute et le dommage. Mais c'est la *faute* seule qui est une condition caractéristique, les deux autres ayant des analogues dans tous les cas de responsabilité. C'est elle seule qui doit ici retenir l'attention. La loi ne l'a pas définie, considérant sans doute, assez justement, que la notion en a été donnée à tous les hommes. Il faut, cependant, que le demandeur en rapporte la preuve (et cette charge est précisément pour lui la grande difficulté de l'a. 1382). Joint que la Cour de cassation, quoiqu'elle tienne pour acquis les faits constatés par le tribunal du fond, et d'où il a déduit la faute, se reconnaît le pouvoir de contrôler si cette qualification a été appliquée exactement. Ce qui explique l'effort entrepris pour délimiter juridiquement la notion.

L'idée la plus générale est d'une certaine conduite, que le défendeur a suivie, et qu'il dépendait de sa volonté de ne pas suivre, alors qu'elle était réprochée par la société. Dans la faute ainsi décrite, on discerne trois éléments : 1° Un élément matériel, le *fait*, un comportement physique ou intellectuel de l'homme, dont parle l'a. 1382 ; 2° Un élément humain, le fait personnel est, plus primitivement, le *fait de l'homme* ; 3° Un élément sociologique : la réprobation portée par la société sur la conduite du défendeur, le caractère répréhensible, blâmable qu'elle y attache ; ce noyau d'injustice est ce qu'il y a de plus irréductible dans la faute ; on peut le désigner comme l'*illicite* (au sens large du terme, ce qui n'est pas permis, *non licet*). La faute est la conjonction de ces trois éléments, et chacun d'eux est un aspect de la faute. Dans la grande majorité des cas, cependant, aucune décomposition n'est nécessaire : la faute est reconnue globalement (comme le suppose l'a. 1382) par une sorte d'évidence morale. Mais il est, sur les frontières, des cas aberrants, et c'est à les faire rentrer dans la notion, ou à les en exclure, que sert l'analyse.

## [221] 1 | LE FAIT

Dans le langage du C.C., teinté d'Ancien Droit, le fait désignait quelquefois par excellence la faute intentionnelle, en contraste avec la faute tout court, négligence ou imprudence : ainsi, dans les a. 1382-

1383 (cf. 863, 1245, 2175), pouvait s'entendre le balancement entre le fait et la faute. Mais il va de soi que, dans ce chapitre, nous prendrons le fait dans son acception la plus générale, la plus banale aussi.

C'est une certaine conduite, un certain comportement. Faire, en un sens, cela comprend aussi ne pas faire (cf. *supra*, n° 10), et l'on conçoit *a priori* que l'abstention puisse aussi bien que l'action constituer une faute, qu'il puisse y avoir faute par *omission* aussi bien que par *commission*. En pratique, pourtant, il n'est pas sûr que cette faute-là engage aussi constamment la responsabilité.

### ► Faute par commission

Telle est la physionomie la plus habituelle de la responsabilité extracontractuelle. Car ce sont surtout des abstentions que commande la vie sociale entre ceux que ne lie aucun contrat. Chacun devant s'abstenir des actes qui pourraient préjudicier aux autres, c'est la commission de ces actes, ce sont des faits positifs qui constitueront, pour l'ordinaire, le schéma physique de la faute.

Sur la configuration de ces faits, le C.C. se montre aussi large que possible : tout fait *quelconque* de l'homme... Qui voudrait avoir une vue plus concrète des actions humaines propres à devenir des fautes civiles pourrait se reporter au (Nouveau) Code pénal, dans ses parties concernant les crimes et délits ou les contraventions, contre les personnes (a. 221-1 s., R. 621-1 s.) et contre les biens (a. 311-1 s., R. 631-1 s.). Non point qu'il y ait là une liste limitative des fautes civiles : il est une infinité de fautes civiles qui ne sont pas des fautes pénales, d'autant que le droit pénal, soumis au principe de légalité (*nullum crimen sine lege* a. 111-3), a dû procéder par incriminations spéciales, tandis que le C.C. a vocation à tout embrasser dans la *clausula generalis* de l'a. 1382. Mais, du moins, les fautes pénales que répriment les textes précités sont en même temps des fautes civiles, et la diversité de leurs définitions juridiques atteste déjà la diversité des actions humaines où peut se matérialiser la faute.

La matérialité de la faute ne doit pas, du reste, être comprise dans un sens absolu. Elle ne signifie pas que l'homme soit seulement responsable de son corps, non de son esprit. Il est des fautes qui sont constituées par une activité de l'intelligence (mensonge, diffamation, injure). Ce qui demeure exact, c'est que, pour qu'une opération intellectuelle soit prise en considération sous l'a. 1382, il faut qu'elle se soit extériorisée en un moyen d'expression, parole ou écrit.

► *Faute par omission*

Un postulat de liberté semble s'opposer à ce que l'homme soit rendu responsable pour n'avoir rien fait. Toutefois, en considérant que l'a. 1382 donne pour mission au juge de juger la conduite humaine, qui est faite normalement d'inactions autant que d'actions, on en est venu à admettre dans d'assez nombreux cas — plus nombreux à notre époque qu'au siècle dernier — qu'une omission puisse être une faute.

1° *Omission dans l'action.* — C'est une omission qui se produit à l'intérieur d'une opération plus vaste, laquelle a commencé par une action positive, elle fait corps avec cette action. Aussi la responsabilité est-elle alors certaine. Ex. ayant lancé sa voiture à une vitesse excessive, un automobiliste omet de freiner au moment décisif ; ayant pratiqué une excavation sur un lieu de passage, un entrepreneur omet de la signaler de nuit par une lampe. Il y a là des attitudes liées qui doivent être appréciées dans leur ensemble : c'est, au fond, l'acte positif du début qui va causer le dommage. Beaucoup des négligences que vise l'a. 1383 interviennent ainsi comme des omissions dans l'action.

2° *Inexécution d'une obligation légale d'agir.* — Quand un individu est légalement tenu de faire un acte positif (ex. d'allumer les phares de sa voiture après la tombée du jour, a. R. 40 C. Route), il se trouve certainement en faute s'il ne le fait pas. L'obligation peut découler d'un règlement aussi bien que d'une loi *stricto sensu* (c'est l'inobservation des règlements, dont il est question aux a. 221-6 et 222-19 N.C.P.). Cependant, des textes moins généraux ont paru nécessaires pour saisir des hypothèses moralement criantes. Les plus remarquables ont été des textes pénaux : aujourd'hui, les a. 223-6 et 223-7 N.C.P., qui ont remplacé l'a. 63 C.P. : sous certaines conditions, ils font une obligation directe à chacun de porter assistance aux personnes (non aux biens) en péril — ou (au second degré en quelque sorte), en présence d'un *sinistre*, de nature à créer un danger (collectif) pour la sécurité des personnes, lui font obligation de prendre, à tout le moins de provoquer, des mesures permettant de combattre la propagation du mal. L'abstention est ici une faute civile, en même temps qu'une faute pénale.

3° *Abstention pure en l'absence de toute obligation légale d'agir.* — Il semble que cette sorte d'omission soit sanctionnée par la jurisprudence civile quand elle a été dictée par l'intention de nuire (car c'est toujours une faute en soi que de vouloir du mal à son prochain). En dehors de là, on a plus de raisons d'hésiter.

## [222] 2 | L'HOMME

Homme ou femme, il est le sujet de cette responsabilité pour faute qu'avec raison la doctrine contemporaine qualifie de *subjective* pour l'opposer aux responsabilités fondées sur le risque (*supra*, n° 200), plus ou moins celle des a. 1384-1386, plus clairement encore celle des accidents du travail — responsabilités dites *objectives*, qui à la limite pourraient se passer de l'homme.

L'homme est un corps, ainsi que nous le rappelle l'a. 16-1, mais, pour la philosophie qui a inspiré le C.C. (cf. Introduction, n° 72) c'est avant tout une *volonté*. Présente ou absente, parfois en demi-teinte, la volonté est constamment en cause à travers les trois conditions sur lesquelles on ne saurait concevoir le sujet responsable : sa *personnalité*, sa *capacité*, son *imputabilité*.

[223] ► *La personnalité*

De l'homme on glisse, par abstraction, à la personne, et l'on en découvre deux.

a) *La personne physique.* — La chose (la tuile qui tombe du toit, c'est l'exemple romain) n'est pas responsable : elle n'a pas de volonté. Nous rencontrerons, avec l'a. 1384, al. 1, une responsabilité du fait des choses, mais ce n'est pas la chose qui en est le sujet, c'est la personne qui a la chose sous sa garde. A l'inverse, la personne physique est subjectivement responsable, parce qu'elle a une volonté. A une condition, toutefois : que cette volonté ait été *libre*. Si, pour stopper l'incendie, j'abats la grange du voisin, j'agis sous l'effet d'une contrainte qui a aboli ma volonté, et je ne serai pas responsable (cf. a. 122-2 N.C.P.). La force majeure transforme en chose l'homme qui en est le jouet.

b) *les personnes morales.* — Il est admis depuis longtemps qu'elles peuvent être civilement responsables en vertu de l'a. 1382. A la vérité, c'est seulement par image que l'on peut parler de leur volonté et de leur faute. La faute aura été commise par ceux qui les dirigent, donc par des hommes, et l'on aurait conçu un système où la responsabilité de la personne morale n'aurait pu être mise en cause que sur la base de l'a. 1384, al. 5, comme responsabilité du fait des préposés. Mais le droit considère que les dirigeants d'une personne morale (ex. gérants,

administrateurs d'une société), ses *organes*, font corps en quelque manière avec elle, de sorte que leur faute est sa faute aussi. Pour une association à but idéologique, les sociologues invoqueront les phénomènes de volonté collective, unanime, qui peuvent se produire en son sein. Au demeurant, le N.C.P., en consacrant une responsabilité pénale des personnes morales (hormis l'Etat), a consacré d'un *a fortiori* leur responsabilité civile.

[224] ► *La capacité*

L'expression *capacité délictuelle* est entrée dans le vocabulaire des juristes par désir de symétrie avec la *capacité contractuelle*. La symétrie, néanmoins, est imparfaite. Tandis que la capacité contractuelle est sentie comme un *plus*, un épanouissement de la personnalité (cf. a. 1123), la capacité délictuelle se retourne contre le sujet en une sorte de *capitis deminutio* que ne saurait compenser l'honneur d'être traité en sujet responsable. Et si nous raisonnons à rebours sur l'incapacité, on voit bien que les mesures de protection que l'incapacité contractuelle impose dans l'intérêt de l'incapable n'ont rien de commun en esprit avec les mesures de substitution que l'incapacité délictuelle (ex. celle de l'*infans*) peut appeler dans l'intérêt des victimes (ex. la responsabilité des père et mère). Cela dit, la capacité délictuelle a toujours été plus largement reconnue par le droit que la contractuelle parce qu'il suffit, pour ne pas commettre de faute, d'une expérience plus élémentaire que pour contracter, et aussi parce que les victimes d'un dommage accidentel, n'ayant pas choisi d'être victimes, méritent plus de protection que des contractants. Certains *mineurs* (peut-être tous selon la Cour de cassation) et tous les *aliénés* sont ainsi capables de s'obliger délictuellement, quoiqu'ils ne puissent, en général, s'engager par des contrats. Encore faut-il que le fait dommageable qui leur est rattaché par une causalité matérielle soit objectivement illicite.

[225] a) *Les mineurs*. — Au C.C. un seul article les concerne directement : l'a. 1310. Lu isolément, il a l'air de reconnaître à tous indifféremment une capacité délictuelle sans limite. Cependant, si l'on tient compte de sa place dans le Code (la section, *Des actions en nullité*, etc.) comme des articles voisins (a. 1307-1309), on est amené à penser qu'il a visé avant tout des mineurs proches de la majorité (21 ans en 1804, et l'on venait de 25 ans sous l'Ancien Droit), et seulement pour des délits ou quasi-délits commis à l'occasion de contrats : soit qu'ils aient trompé leurs vis-à-vis sur leur propre capacité, soit

qu'ils se soient dérobés dolosivement à l'exécution. Pour sanction, la loi les enferme dans le contrat devenu désavantageux pour eux : ils ne pourront le faire rescinder en invoquant leur minorité, intenter contre lui une *restitutio in integrum* au sens du droit romain. Trop marqué d'archaïsme, ce texte a été très peu utilisé par les tribunaux. Ils ont préféré procéder par une analyse psychologique de la notion de faute pour essayer d'adapter la capacité délictuelle à l'âge variable du mineur. Mais, en 1984, une rupture s'est produite.

1° *Avant 1984*. Il était classique de distinguer empiriquement entre l'adolescent et l'enfant, le jeune enfant (l'*infans* par emprunt au droit romain, *qui fari nequit*, littéralement « qui ne sait pas parler », mais on corrigeait : « qui parle sans bien comprendre »). La ligne séparative était tracée par la notion de discernement. La question de discernement avait joué un grand rôle dans le droit pénal de l'enfance délinquante. Elle ne se retrouve plus dans le texte actuel, l'o. 2 févr. 1945. Toutefois, quelque chose subsiste de l'idée qui l'avait inspirée, en ce sens qu'existe un âge limite — 13 ans — au-dessous duquel le mineur ne peut être pénalement responsable, mais peut seulement faire l'objet de mesures éducatives (a. 15). Cette barrière des 13 ans n'avait pas force de loi pour les juges civils : il leur appartenait d'apprécier librement, cas par cas, si le mineur, au moment de l'acte, avait été en état ou hors d'état de discerner le bien du mal. Quel était le critère ? Maturité pratique ou niveau intellectuel (scolaire) ? Eveil de la conscience juridique (rare) ou de la conscience morale (dont l'éducation est plus précoce) ? La notion, dans son abstraction, était difficile. Il fallait plutôt s'intéresser à l'enfant non discernant. Il reste un enfant au naturel : il ne prévoit pas les conséquences de son acte, et il n'a pas la force de caractère suffisante pour résister à la tentation de l'instant. Courte vue et volonté molle expliquaient l'incapacité délictuelle.

2° *Les arrêts de 1984*. Par cinq arrêts d'Assemblée plénière rendus le même jour (9 mai 1984, D. 84, 525, *J.C.P.*, 84, 2, 20291), la Cour de cassation a manifestement voulu mettre fin à la différence traditionnelle fondée sur le discernement. La motivation peut varier d'un arrêt à l'autre, et la Cour use quelquefois de circonlocutions (ex. les *juges du fond* n'étaient pas tenus de vérifier si le mineur était capable de discerner les conséquences de son acte). Il n'empêche que cinq mineurs respectivement âgés de 9, 7, 3, 5 et 13 ans au moment de l'acte — quelques-uns moins qu'*infantes* sous la toise d'autrefois — ont été déclarés responsables de plein droit des dommages causés par leurs faits. Il semble bien que cette extension de la capacité délictuelle vers le bas soit désormais acquise en jurisprudence.

On serait tenté de croire que, si une donnée de la pédagogie la plus populaire a été aussi aisément abandonnée, c'est qu'il y avait en face le souci lancinant de la protection des victimes (cf. *supra*, n° 199). Mais cela même ne serait pas entièrement exact. Car la Cour de cassation ne s'interdit pas d'appliquer sa solution à front renversé, à l'encontre de l'*infans* s'il est lui-même victime. L'enfant de 5 ans qui traverse la rue en courant imprudemment et se fait écraser, n'obtiendra qu'une indemnité diminuée. Le partage de responsabilité qu'aurait paralysé son incapacité délictuelle redevient possible, et le conducteur responsable en profitera par un bienfait du hasard. L'hypothèse était celle de l'un des arrêts de 1984. Elle n'est plus, il est vrai, d'actualité, depuis la l. 5 juill. 1985 sur les accidents de la circulation (v. *infra*, n° 271) ; la solution n'en révèle pas moins un dessein qui dépasse la protection des victimes : la Cour de cassation a entendu déprendre la responsabilité des mineurs du discernement et de la faute, lui imprimer un caractère objectif, suivant une tendance dont elle donnera par la suite une autre preuve sur le terrain contigu de la responsabilité des père et mère (cf. *infra*, n° 237).

b) *Les aliénés*. — Tandis que la démence exclut la responsabilité pénale (a. 122-1 N.C.P., non sans nuances), elle laisse subsister la responsabilité civile. La règle a été introduite par la l. 3 janv. 1968 dans l'a. 489-2 C.C. Auparavant, l'aliéné était protégé par une incapacité délictuelle, comme il l'était pas son incapacité en matière de contrat. Le dommage qu'il causait à autrui devait être tenu pour un fait purement matériel, vide de volonté, c'est-à-dire de volonté raisonnable : il n'y avait pas là une faute qui pût lui être reprochée. Aujourd'hui, l'a. 489-2 ne parle pas de faute, mais dit que le dément, auteur matériel, du dommage, est obligé à réparation, ce qui est proprement la définition de la responsabilité civile (cf. a. 1382). Mais c'est une responsabilité sans faute, une responsabilité objective. La protection de l'incapable est sacrifiée à l'intérêt des victimes. Un point important : la règle de l'art. 489-2 est applicable aux malades qui, au moment du fait dommageable, se trouvaient déjà placés sous un régime permanent de protection (tutelle, curatelle, sauvegarde de justice ; cf. t. I, n° 175), aussi bien qu'à ceux dont la folie a éclaté brusquement.

#### [226] ► *L'imputabilité*

Le mot, qui appartient au langage non de la loi, mais de la doctrine, n'est pas exempt d'obscurité. Dans une acception étendue, il est à peu près synonyme de responsabilité, et il englobera tout ce qui contribue à

désigner l'auteur du dommage, le sujet imputable, dit-on quelquefois, aussi bien le rapport de causalité que des éléments subjectifs, tels que la personnalité ou la capacité. Dans un sens étroit, qui sera suivi ici, on insiste sur l'étymologie latine : imputer, c'est mettre *au compte* d'une personne. L'opération est plus ou moins facile, le compte plus ou moins lourd. L'imputabilité débouche sur une *distinction des fautes*.

De même que, dans la responsabilité contractuelle, on oppose l'inexécution dolosive, de mauvaise foi, à l'inexécution simplement fautive — on oppose, dans la responsabilité extracontractuelle, la faute intentionnelle à la *faute non intentionnelle*. Le Code lui-même fait la distinction dans la rubrique qui précède les a. 1382 s. : des délits et des quasi-délits, car, suivant la terminologie la plus usuelle, le *délit* est la faute intentionnelle, le *quasi-délit* la faute non intentionnelle. Et l'antithèse est reprise, sous une autre forme, à l'a. 1383, car le fait, au sens absolu de l'Ancien Droit (cf. *supra*, n° 221), c'est la faute intentionnelle, et c'est la faute non intentionnelle que la négligence ou imprudence.

La différence tient à l'élément psychologique de la faute. Il est évident que cet élément ne se présente pas de la même manière chez le jaloux qui décharge un revolver sur son rival (meurtre, a. 221-1 N.C.P.) et chez le chasseur qui atteint mortellement son compagnon en tirant au hasard (homicide par imprudence, a. 221-6 N.C.P.) : le jaloux a voulu tirer et a voulu tuer ; le chasseur a voulu tirer, mais n'a pas voulu tuer. Dans les deux cas, il y a volonté. Mais, dans le premier, quelque chose de plus : l'*intention*, la volonté *tendue* vers le résultat dommageable. L'intention est le rapport de la volonté au dommage.

a) *La faute intentionnelle ou délit*. — Le responsable a eu l'intention de nuire : non seulement il a prévu et accepté les conséquences dommageables de son acte, mais il les a recherchées. S'il n'avait pas voulu le mal, le mal ne se serait pas produit, et c'est bien pourquoi il en est responsable. Peu importe qu'il ait voulu le mal pour atteindre un intérêt personnel, ou le mal pour le mal, sans intérêt pour lui-même. C'est sans doute à cette dernière hypothèse que conviennent plus particulièrement les expressions, souvent employées, d'intention dolosive ou malicieuse, de malveillance ou de méchanceté — qui tendent à marquer le délit d'une coloration plus vive d'immoralité. Mais, dans tous les cas, il y a faute intentionnelle, qui est traitée par la loi et par les juges avec plus de sévérité que la faute non intentionnelle, parce qu'elle apparaît comme plus grave :

1° Une assurance ne peut couvrir les pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle de l'assuré (a. L. 113-1, al. 2, C. Ass.) ;

2° La constatation de l'intention de nuire dispense pratiquement de rechercher les autres éléments de la responsabilité : elle met hors de doute le rapport de causalité, elle fait présumer l'illicite jusqu'à preuve d'un fait justificatif (vouloir du mal à son prochain est *a priori* illicite) ;

3° Bien que la gravité de la faute soit rationnellement indifférente à l'étendue de la réparation, puisque celle-ci devrait toujours se calquer exactement sur le préjudice (cf. *infra*, n° 285), les tribunaux sont enclins à évaluer les dommages-intérêts plus largement en présence d'une faute intentionnelle. *Malitiis non est indulgendum* : pas d'indulgence pour la méchanceté.

b) *La faute non intentionnelle ou quasi-délit*. — Une volonté y est impliquée, mais qui ne s'est pas portée sur le dommage. Elle s'est portée plus haut, plus ou moins en amont, dans la chaîne des faits qui ont abouti au dommage ; à ce moment-là, le défendeur aurait pu ne pas vouloir et, en ne voulant pas, empêcher le cours des événements de dériver vers le dommage. Le chasseur aurait pu mieux ajuster son tir, ou prendre davantage ses distances, ou, à la limite, s'il se savait maladroit, ne pas s'adonner à la chasse. A chacun de ces moments, un choix était ouvert, qui aurait pu détourner le cours des choses. Plus concrètement, la négligence est relâchement de l'attention, qu'une tension de l'esprit, effort de volonté, aurait pu combattre ; l'imprudence est témérité, qu'aurait pu inhiber la réflexion, autre effort de volonté. Que sa volonté n'ait pas choisi au carrefour où elle le pouvait encore, c'est assez pour que le négligent ou l'imprudent soit responsable. Le N.C.P. (ex. a. 221-6, 223-1), pensant surtout à la circulation routière, aggrave la répression de l'homicide et des blessures par imprudence lorsque l'auteur s'était délibérément affranchi d'une obligation de sécurité, lorsqu'il avait délibérément mis en danger autrui. Ces notions, transposées en droit civil, y créent une zone intermédiaire entre l'imprudence et l'intention.

Toutes les négligences ou imprudences n'ont pas le même degré de gravité. Mais la responsabilité quasi délictuelle peut être engagée par une *faute légère* ; certains disent même, avec la tradition (que la pratique ne semble pas suivre) : une *faute très légère*. La notion de *faute lourde*, en tout cas, n'a ici que très peu de conséquences propres : il est arrivé, mais la solution est contestable, que des tribunaux aient limité à la faute lourde la responsabilité encourue dans l'exercice de certaines professions libérales (ex. notariat, barreau). En outre, la faute lourde a parfois été assimilée à la faute intentionnelle (ex. pour l'appréciation de l'abus du droit d'ester en justice) — parfois, mais non pas toujours (ex. l'assurance des fautes lourdes est permise, non

celle des fautes intentionnelles). Des domaines spéciaux (ex. les accidents du travail, a. L. 467, 468 C.S.S. ; depuis 1985, les accidents de la circulation, quant à la faute de la victime) connaissent un degré de plus : la *faute inexcusable*. C'est une faute d'une exceptionnelle gravité, impliquant la conscience et l'acceptation téméraire du danger, sans raison valable.

## [227] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Esmein, VI, n°s 505 s., Rodière, n°s 1388 s. ; Mazeaud-Tunc, I, n° 380 ; Demogue, III, n°s 223 s. ; G. Viney, n°s 439 s. — Rabut, *La notion de faute en droit privé*, Th. Paris, 1949 ; Pirovano, *Faute civile et faute pénale*, Th. Aix, 1966.

### HISTOIRE

La faute civile est apparue, en droit romain, à travers la répression des délits pénaux. Cette origine quasi pénale explique une caractéristique du système romain de responsabilité civile : sa *typicité*. On y trouve une série de délits spéciaux, concrets, nommés (*injuria, furtum, damnum injuria datum, rapina*), non point un principe général de responsabilité recouvrant tous les cas de faute. Parmi ces délits spéciaux, deux, cependant, devaient se détacher des autres par une plus grande généralité, l'*injuria* et le *damnum injuria datum* (le délit de la loi Aquilia), qui ont permis l'élaboration moderne de la théorie de la faute, par le relief qu'ils donnaient à l'élément injuste, illicite (l'*injuria*). — La notion de *quasi-délit* représente une complication dans l'évolution historique. Les Romains mettaient à part certains cas où une personne semblait obligée à indemnité comme si c'était à la suite d'un délit (*quasi ex maleficio* ; cf. Monier, II, n° 154). De là, notre Ancien Droit tira l'expression de quasi-délit, mais en l'appliquant tantôt à la faute grossière équipollente au dol, tantôt (et c'est ce second sens qui devait prévaloir) à la faute de négligence ou d'imprudence (cf. Ripert-Boulanger, II, n° 932 ; Y. Chastagnat, *Contribution à l'étude historique et critique de la notion de quasi-délit*, Th. Bordeaux, 1927) ; E. Dandine, *La responsabilité civile devant le Parlement de Toulouse au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Th. Toulouse, 1997 (les trois éléments de l'a. 1382 sont déjà perceptibles ; l'équité s'y ajoute ; mais est-elle absente aujourd'hui ?)

### SOCIOLOGIE

V. P. Esmein, La faute et sa place dans la responsabilité civile, *R.T.*, 1949, 481 s., qui montre tout ce que la notion civiliste de faute doit à la notion théologique de péché et, par-delà, à la notion anthropologique de souillure. L'explication, toutefois, paraît convenir beaucoup mieux à la faute intentionnelle qu'à la faute de négligence ou d'imprudence. Il est vrai que, dans les sociétés archaïques, les faits de négligence ou d'imprudence, voire les cas fortuits, ne sont pas traités avec moins de sévérité que les crimes (du moins est-ce la description de la sociologie classique, v. Fauconnet, *La responsabilité*, p. 101 s. ; encore que d'autres sociologues aient observé d'autres primitifs,

qui savaient fort bien faire la différence, v. R. Lowie, *Traité de sociologie primitive*, trad. fr. 1935, p. 392 s.). Mais dans les sociétés modernes ? Fauconnet (*op. cit.*, p. 368 s.) scrute avec beaucoup de profondeur ce qu'est aujourd'hui la faute non intentionnelle. Il s'efforce de faire surgir autour d'elle une sorte de gravité pédagogique : « Les défauts appelés négligence, étourderie, légèreté, ne peuvent être corrigés, écrit-il, que par le développement du sentiment du devoir ; on cherche à éveiller chez l'enfant l'idée que la vie est chose grave. » Il se peut que l'abondant contentieux des accidents corporels contribue à faire apparaître les fautes non intentionnelles sous ce jour tragique. Le freudisme n'est pas resté ici sans influence sur les psychologues du droit, en analysant la *négligence* non plus comme un vide de conscience, mais comme présence d'un dessein inconscient de caractère antisocial.

Tragiques, à la vérité, les fautes non intentionnelles peuvent toujours l'être par leurs conséquences. Cependant, le paresseux, l'écervelé, le sot — si l'on entend sous l'a. 1383 ces types anthropologiques accusés — relèvent plutôt du comique, sont justiciables avant tout du rire social. Et leurs victimes aussi, du même coup, tant qu'il n'y a pas trop de mal. Ce qui désarme pratiquement bien des actions en responsabilité. Mais il est quantité de fautes non intentionnelles sous lesquelles il serait vain de chercher un type anthropologique, une tendance fondamentale de l'homme. Ce sont les ratés imprévisibles et irrésistibles d'une machine cérébrale normalement constituée. On en ferait des cas fortuits si le cerveau n'était à l'intérieur de l'individu. Pour désigner cette zone crépusculaire aux confins de la faute et du risque (mais le risque de notre machine), on a vu se répandre, dans des rapports des experts en catastrophes, une notion de l'« erreur humaine » (sans doute faut-il entendre qu'*errare humanum est*) (cf. J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle*, 1973, p. 52 et pour une première application systématique, J. Penneau, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, Th. Paris, 1973).

La jurisprudence civile sur la capacité délictuelle des mineurs est restée imperméable à la montée de la délinquance juvénile. Sans doute, la clientèle n'est pas la même de part et d'autre. Mais une cour suprême peut-elle ignorer qu'elle manie des symboles ? Le coup de barre donné par l'Assemblée plénière de 1984 en vue d'abolir les notions de discernement et de faute va très directement à l'encontre des idéaux que tous les partis, à l'unisson, proposent à la jeunesse : responsabilité et citoyenneté.

#### POLITIQUE LÉGISLATIVE

*Notion générale de la faute ou délits spéciaux ?* — Un droit peut vivre sans une élégante *clausula generalis* du genre de l'a. 1382. Ce que l'on rencontre en droit anglais (cf. W. Van Gerven *et al.*, *Tort Law, Scope of Protection*, Oxford, 1998, ensemble de droit comparé européen), c'est une série de délits civils spéciaux, hétérogènes, qui ont été sanctionnés au hasard de l'histoire et des besoins du moment (encore que l'un d'eux, la *négligence*, ait pu, au xx<sup>e</sup> s., se prêter à une généralisation) : la conséquence est que la victime d'un acte illicite n'obtiendra pas réparation si l'acte n'entre pas dans la définition d'un délit spécifié par la *common law*. C'est un système discontinu, comparable à celui que nous pratiquons pour la responsabilité pénale (a. 111-3 N.C.P.). Même le B.G.B. (§ 823 s.) procède par énumération des valeurs, des biens juridiques qui sont protégés contre les atteintes des tiers, et si quelques-unes de ses dispositions (§ 823, al. 1 et 2, § 826) semblent s'élever à une certaine généralité, aucune, et de loin,

n'a le pouvoir d'abstraction de notre a. 1382 : c'est encore un système de catégories rigides, avec l'inévitable rançon des lacunes (cf. Serick, *R.I.D.C.*, 1955, 562 s.). On peut se demander, législativement, si le don d'ubiquité, apparent avantage de la méthode française — d'un intellectualisme qui sent l'École du droit naturel —, n'est pas compensé, et au-delà, par de sérieux inconvénients. Non pas tellement à cause du risque d'arbitraire judiciaire que comporte toute formule générale (encore que l'on s'en soit vivement préoccupé en Allemagne lors de la rédaction du B.G.B.). Mais plutôt à cause d'une certaine inadaptation humaine : un système de délits spéciaux permet de traiter plus exactement les divers types sociologiques et psychologiques de faute civile.

#### THÉORIE JURIDIQUE

[228] a) *Faute par omission.* — V. Cohin, *L'abstention fautive en droit civil et pénal*, Th. Paris, 1929. Le problème était propre à exercer la sagacité philosophique. L'omission peut-elle être causale (l'omission, c'est-à-dire le néant) ? On peut toujours répondre que la compression de l'instinct d'agir anéantit quelque chose qui s'opposait au résultat dommageable, et que, par là, elle est la cause de ce résultat. Cependant, la doctrine libérale et individualiste était défavorable à la responsabilité pour omission parce qu'elle y voyait une menace pour la liberté individuelle (l'observation intéressait, du reste, plus le droit pénal que le droit civil). Au cours du xx<sup>e</sup> s., le point de vue a changé. L'opinion publique est devenue, sinon plus sévère à l'abstention fautive, plus indifférente à la liberté. Une évolution s'est produite, qui rappelle celle du droit international public à l'égard de la neutralité (jadis, les neutres n'avaient que des droits ; maintenant, ils ont surtout des obligations, en attendant qu'il soit défendu d'être neutre). L'o. du 25 juin 1945, suite d'une loi de Vichy (l. 25 oct. 1941), ce dont on n'aime pas se souvenir, en faisant de l'omission de porter recours une infraction pénale (a. 63 Ancien C.P.), aura fortement contribué au changement de climat même en droit civil ; elle a été largement appliquée (cf. Vitu, *Droit pénal spécial*, II, 1982, n° 1800), et le Nouveau C.P. ne s'en est pas écarté (a. 223-6), sauf à y ajouter (a. 223-7) la notion du *sinistre*, créateur d'un danger collectif qui peut ricocher en dommages individuels. Ce qui n'a pas encore été construit juridiquement, c'est le droit d'intervention (d'ingérence) dans les affaires d'autrui qui devrait résulter, au profit de chaque citoyen, de sa responsabilité éventuelle pour omission.

b) *Notion de la faute intentionnelle.* — Cf. G. Viney, *Sur la distinction entre fautes intentionnelles, inexcusables et lourdes*, D. 1975, chr. 263. — Les analyses des criminalistes ont un grand intérêt pour le droit civil : v. Lebreton, *Essai sur la notion de l'intention criminelle*, *R. sciences crim.*, 1938, 438 s. ; Pageaud, *La notion d'intention en Droit pénal*, *J.C.P.*, 1950, I, 876). Au criminaliste von Liszt (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1881, I, § 39, II) est due la théorie de la *représentation*, d'après laquelle il suffirait, pour qu'une faute pût être qualifiée d'intentionnelle, que le responsable se fût représenté le résultat dommageable de l'action entreprise, et eût néanmoins passé outre (cf. la « mise en danger délibérée », a. 121-3, 221-6, 222-19 N.C.P.). Cette théorie n'a pas été sans influence en Droit civil (v. Planiol-Esmein, n° 513). La plupart des civilistes, toutefois, l'ont rejetée (v. Rodière, n°s 1391 s. ; Mazeaud, I, n°s 411 s. ; cf. Légal, *De la négligence et de l'imprudence comme source de responsabilité civile délictuelle*, Th. Paris, 1922, p. 56 s.) et exigent que le dommage ait été recherché par l'agent. Dans

un esprit un peu différent, il y aurait, pourtant, une autre distinction à faire : avec les actes que l'on pourrait qualifier spécialement d'actes de méchanceté, où l'agent paraît souhaiter le mal et se l'approprier d'avance par le désir, personne ne confondra moralement certaines fautes techniquement intentionnelles, mais sans couleur affective, où l'agent veut bien le résultat dommageable, mais pour le résultat plutôt que pour le dommage (ex. la faute d'une compagnie distributrice d'électricité qui place des supports sur un immeuble contrairement au tracé qu'a approuvé l'autorité administrative, Req. 6 mars 1934, D.H. 34, 202).

c) *L'imputabilité*. — Sur le flou qui entoure la notion, v. Mazeaud, *Resp.*, 3<sup>e</sup> éd., n<sup>os</sup> 390 s. — L'imputabilité a trouvé des emplois particuliers : 1<sup>o</sup> Dans le droit du travail — de la rupture du contrat de travail — où elle fait couple et antithèse avec l'initiative : celui des deux (employeur ou salarié) qui prend l'initiative de la rupture n'en a pas nécessairement l'imputabilité (la responsabilité, le mot échappe parfois aux tribunaux, ce qui révèle une synonymie latente) : v. Rivero et J. Savatier, *Droit du travail*, 1993, p. 469 ; ex. Soc. 5 mars 1997, *J.C.P.*, 97, 4, 906 ; 2<sup>o</sup> Dans l'application de la loi de 1985 sur les accidents de la circulation (v. *infra*, n<sup>o</sup> 280).

#### PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Détermination de la faute*. — L'analyse de la faute est utile pour l'enseignement, utile aussi pour la décision à prendre sur un petit nombre de cas limites ; mais inévitablement artificielle. La faute n'est pas plus une addition d'éléments matériels, psychologiques et sociaux que la vie n'est oxygène, hydrogène, carbone, etc., additionnés. Il y faut quelque chose de plus encore : un jugement spontané, intuitif du juge (l'évidence morale). Nulle part autant qu'en matière de faute, le juge ne procède par voie de jugement d'équité, damnant ou pardonnant au nom de la société. Le pouvoir de contrôle que la Cour de cassation se reconnaît (depuis Civ. 15 avr. 1873, S. 73, I. 174) sur l'existence et la gravité de la faute (cf. Planiol-Esmein, n<sup>o</sup> 553 ; Rodière, n<sup>o</sup> 1430 ; Mazeaud, III, n<sup>o</sup> 2208) ne contredit pas cette observation. Il ne se restreint pas à ce que la faute peut contenir de juridique et même, plus strictement, de légal (c'est-à-dire à la vérification de l'illicite envisagé en tant que violation d'une loi ou d'un règlement), comme l'eût exigé sans doute une rigoureuse distinction du fait et du droit (v. cep. Savatier, I, n<sup>o</sup> 272). A son tour c'est à une appréciation globale que se livre la Cour de cassation, cour de révision des excès d'équité. Plutôt que de faire respecter la loi, son rôle paraît être ici d'empêcher (dans l'intérêt, bien souvent, pourquoi ne pas le dire ? des compagnies d'assurances et des parties les plus solvables) une équité trop charitable, qui ferait passer avant l'examen de la moralité du cas l'évaluation des besoins et des ressources. Plus d'une fois, le véritable moyen du pourvoi serait la violation d'Exode, 23,3.

[229] b) *Capacité délictuelle*. — 1<sup>o</sup> *L'a. 489-2* (cf. t. I, n<sup>os</sup> 179, 181, 182). Sur l'interprétation et l'application du texte, étude approfondie de J.-F. Barbieri, *J.C.P.*, 82, 1, 3057. La Cour de cassation, Civ.<sup>2</sup> 4 mai 1977, D. 78, 393, traite cette « obligation » de réparer en équipollent des a. 1382-1383. Sur un cas limite d'application, Civ.<sup>1</sup> 9 nov. 1983, D. 84, 139, n. Derrida. Au reste, le texte est applicable à tout dément, qu'il soit majeur ou mineur, Civ.<sup>1</sup> 20 juill. 1976, *J.C.P.*, 78, 2, 18793, 1<sup>re</sup> esp. ; Civ.<sup>2</sup> 2 avr. 1979, D. 80, *I.R.*, 37, pourvu qu'il s'agisse bien d'un trouble mental ; Civ.<sup>2</sup>

4 févr. 1981, D. 83, 1, n. Gaudrat. Aussi n'a-t-on pas essayé — avant les arrêts de 1984 — de transposer l'a. 489-2 au cas de l'*infans* afin de donner une base légale à son irresponsabilité : le défaut de discernement n'est pas psychologiquement comparable à un trouble mental (cf. F. Warembourg-Auque, *R.T.*, 82, 329). Ce qui est vrai, c'est que la réforme de 1968 a pu encourager la Cour de cassation dans sa marche vers la responsabilité objective.

2<sup>o</sup> *Les mineurs* (cf. t. I, n<sup>os</sup> 163, 168, 169). Avant 1984, la Cour de cassation demandait aux juges du fond de vérifier s'il y avait bien eu discernement (ex. Civ.<sup>2</sup> 7 déc. 1977, D. 78, *I.R.*, 205, n. Larroumet, *J.C.P.*, 80, 2, 19339, n. Wibault). Dans ses arrêts de 1984, elle a décidé qu'ils n'y étaient plus tenus (Ass. plén. 9 mai 1984, D. 84, 525, *J.C.P.*, 84, 2, 20291, rapport Fédou ; n. Chabas, *R.T.*, 84, 508, n. J. Huet, *Rép. not.*, 85, 557, n. Legeais). Même après 1984, il est vrai, il a pu advenir que les juges fassent référence au discernement, comme par habitude inconsciente (ex. Civ.<sup>1</sup> 7 mars 1989, son âge lui permettait de comprendre le danger, *J.C.P.*, 90, 2, 21403, et Civ.<sup>2</sup> 19 févr. 1997, *J.C.P.*, 97, 4, 833). Il semble, cependant, que l'Assemblée plénière ait fixé la jurisprudence : Civ.<sup>2</sup> 12 juill. 1985, *G.P.*, 95, Panor., 2, 307, et surtout, 28 févr. 1996, D. 96, 602, n. Duquesne, *R.T.*, 96, 626, n. Jourdain. Dans cette dernière affaire, la cour d'appel, dont l'arrêt a été cassé, avait usé d'un raisonnement original pour écarter la faute de la victime (enfant de 8 ans qui, en jouant, s'était précipitée sur une casserole d'eau bouillante) : non pas le défaut de discernement, mais la mobilité naturelle de l'*infans* dans ses jeux (comme d'un jeune chien, oserait-on traduire). Pour des commentaires à tête reposée, v. Lapoyade-Deschamps, *Les petits responsables*, D. 88, chr. 299 ; Legeais, *Hommages Cornu*, 1994, 253. La jurisprudence de 1984 a peut-être été moins critiquée pour sa position de principe que par la dureté de ses conséquences dans le cas de l'enfant victime, et l'on s'est enquis de palliatifs pour tenter de restituer à celui-ci la plénitude de son indemnisation (cf. Duquesne, *loc. cit.*, 603), en invoquant au lieu du non-discernement moral une infériorité plus tangible : le manque de force physique (Civ.<sup>1</sup> 18 févr. 1986, *Bull.*, n<sup>o</sup> 32), la peur du danger qui a pu abolir toute liberté (cf. G. Viney, *J.C.P.* 93, 1, 3664, n<sup>o</sup> 27).

Même sur sa position de principe, du reste, la Cour de cassation n'évite pas le reproche d'aller contre le sens commun en uniformisant la capacité délictuelle tout le long de la minorité. Vers le haut, c'est nier l'éducation et l'école ; vers le bas, c'est effacer l'image universelle d'innocence qui s'attache au très jeune enfant. Au lendemain de l'o. du 2 févr. 1945, qui a supprimé la question de discernement, on s'était interrogé si, même un bébé au berceau, ayant causé quelques dégâts matériels, pouvait être justiciable de l'une des mesures de rééducation prévues par l'a. 15 (cf. Merle et Vitu, *Dr. crim.*, 1997, n<sup>o</sup> 631). La Chambre criminelle (13 déc. 1956, D. 57, 349, n. Patin) était intervenue pour rétablir les droits de la raison (et sans l'avouer, un souvenir de la question de discernement) : ce n'est pas assez de la causalité matérielle, il faut, pour appliquer l'a. 15, que le mineur (6 ans en l'espèce) ait agi avec intelligence et volonté, ce qui n'était pas le cas. Intelligence et volonté, cette motivation est ouvertement reprise par l'Assemblée plénière dans le premier de ses cinq arrêts, aff. *Samir D.*..., et cette fois-ci, c'était bien le cas. L'arrêt forme transition entre la question de discernement d'où lointainement on était parti et la responsabilité objective vers laquelle on va se diriger. A 9 ans, ce garçon avait mis volontairement le feu à un camion, et il se peut que son dossier qui attirait facilement la foudre en ait propagé les effets sur le reste de la journée. Il



est permis de regretter qu'une juridiction soit appelée à traiter de cinq affaires, superficiellement voisines, le même jour, sur un rapport unique. La jonction des procédures offre des commodités, et elle peut doter la jurisprudence d'une cohérence plus forte. Vaut-il mieux, cependant, donner primauté à la jurisprudence ou à la justice ? A une certaine profondeur, chaque question de droit est sans pareille, et les parties seraient fondées à se plaindre d'être jugées avec d'autres.

La capacité personnelle du mineur pour les dommages qui lui sont imputables est complétée par la responsabilité de ses père et mère (a. 1384, al. 4). Complément utile dans l'intérêt des tiers victimes, car, en fait, les mineurs sont rarement solvables. Et cette garantie a été renforcée par un arrêt de 1997 (cf. *infra*, n° 237).

Pour terminer, une suggestion imaginative à l'adresse de la jurisprudence. Au lieu de se prendre les pieds dans des notions difficiles telles que le discernement ou la capacité délictuelle, que ne s'empare-t-elle de l'a. 1310 ? Débarrassé de ses sédiments historiques, il offre littéralement une assise légale à la responsabilité civile de tous les mineurs sans distinction d'âge, pour tous leurs délits ou quasi-délits. Ce ne serait pas la première fois que l'on verrait la Cour de cassation réinvestir des textes désaffectés pour y loger des solutions nouvelles (ainsi de l'al. 1<sup>er</sup> de l'a. 1384 dans ses deux compartiments).

Les mouvements jurisprudentiels ont leur écho en doctrine : R. Legeais, *Mélanges Marty*, 1978, 775 s. ; F. Warembourg-Auque, *R.T.*, 82, 329 ; et depuis les arrêts du 9 mai 1984, G. Viney, *J.C.P.*, 84, 1, 3155, n° 13 s. et 85, 1, 3189 (cet auteur propose de dépasser les obscurités actuelles en transférant de la responsabilité à l'assurance obligatoire la réparation des accidents causés par les incapables ; seulement, comment articuler l'obligation d'assurance sur un trouble mental qui, bien souvent, se révèle à l'improviste, et précisément à travers un dommage causé à autrui ?) ; Lapoyade-Deschamps, *Les petits responsables*, D. 88, chr. 299 ; Legeais, *Hommage Cornu*, 1994, 253.

[230] c) *Faute par omission*. — Des arrêts anciens qui retenaient la responsabilité étaient peu significatifs : ils concernaient des omissions dans l'action, véritables négligences au sens de l'a. 1383, commises par un individu qui avait entrepris d'exercer une activité d'où pouvaient résulter des risques pour les tiers : ex. Civ. 11 févr. 1913, D. 14, 85 (le responsable d'un barrage omet de l'ouvrir au moment d'une crue) ; Civ. 8 avr. 1932, D.H. 32, 297 (une compagnie de chemin de fer omet de signaler un passage à niveau non gardé). Sur l'abstention pure, les arrêts paraissaient défavorables à la thèse de la responsabilité : Civ. 28 janv. 1930, *G.P.*, 30, 1, 550 (un banquier n'est pas obligé de vérifier l'identité d'un déposant) ; Civ. 20 oct. 1935, D.H. 35, 537 (un père naturel ne commet pas de faute en s'abstenant de reconnaître son enfant). On pouvait remarquer, il est vrai, que les abstentions ainsi déclarées licites traduisaient, la première une *liberté* susceptible de définition et, partant, de protection : la liberté de l'anonymat, qui veut que l'on puisse contracter sans avoir à s'inquiéter de l'identité de l'autre (cf. en contraste, comme symptôme d'un changement d'esprit, la l. 12 juill. 1990 sur le « blanchiment des capitaux », spéc. a. 12) ; la seconde, la spontanéité spéciale requise dans la reconnaissance d'enfant naturel (cf. t. II, n° 305). Là-dessus sont intervenus les textes « sécuritaires », diront les uns, « solidaristes », diront les autres, de 1941-1945, qui sont passés dans l'a. 63 C.P., puis dans les a. 223-6 et 223-7 N.C.P.

On n'en saurait sous-estimer l'influence morale. Elle peut expliquer que la Cour de cassation se soit prononcée, et avec éclat, pour une responsabilité du fait du silence dans l'affaire *Branly* : Civ. 27 févr. 1951, S. 51, 1, 158, D. 51, 329, *J.C.P.*, 51, 2, 6193. Un savant y fut condamné, qui, systématiquement, s'abstenait de citer Branly parmi les inventeurs de la T.S.F. : c'était prétendre à un contrôle judiciaire des historiens, sinon de l'histoire, et la prétention n'était pas sans danger pour la liberté d'opinion (cf. D. 1951, chr. 119). Sur ce même terrain, la Cour est revenue ensuite à une appréciation plus libérale : Civ.<sup>2</sup> 17 juill. 1953, D. 54, 533 ; Civ.<sup>2</sup> 31 janv. 1964, *J.C.P.*, 64, 2, 13620, n. Savatier. Les deux arrêts sont d'accord sur un double principe. 1° L'abstention dictée par l'intention de nuire est toujours une faute (*malitios non est indulgendum* ; en ce sens, Civ.<sup>2</sup>, 13 déc. 1972, D. 73, 393, n. Larroumet ; Civ.<sup>2</sup> 21 avr. 1982, *R.T.*, 84, 114 ; Civ.<sup>2</sup>, 12 déc. 1994, *Bull.*, n° 262). 2° Mais, en l'absence d'intention de nuire, l'abstention n'est une faute qu'à condition de violer une obligation d'agir imposée par la loi, les règlements ou les règles, même non écrites (ex. Paris, 29 mars 1989, D. 89, *I.R.*, 132), de la profession. C'est à partir de cette seconde position qu'une nouvelle vague jurisprudentielle s'est développée, qui sanctionne la faute par omission quand il y a eu abstention non pas seulement d'une action que la loi imposait (cf. Crim. 24 janv. 1995, D. 95, *I.R.*, 77), mais aussi bien d'une mesure de prudence raisonnablement utile (ex. Civ.<sup>2</sup> 6 oct. 1960, D. 60, 721 [mais n'y avait-il pas, au fond, omission *dans l'action* ?] ; Civ.<sup>2</sup> 13 juill. 1982 [pour une responsabilité regardée comme contractuelle], D. 83, 225 ; Civ.<sup>2</sup>, 16 oct. 1991, *Bull.*, n° 260). Toujours est-il que cette imprudence particulière qui consisterait à ne pas agir dans l'intérêt d'autrui (l'imprudence du gérant d'affaire est plutôt conçue en sens contraire) devra être, plus que d'autres, appréciée *in concreto* (ex. Civ.<sup>2</sup> 19 avr. 1985, des enfants, *G.P.*, 86, 1, Somm. 252 ; Versailles, 26 juin 1989, des gens « stressés », D. 89, *I.R.*, 247).

En fait, dans beaucoup d'affaires issues de l'ancien a. 63 (les poursuites ont l'air plus rares depuis 1990), c'étaient des médecins qui étaient incriminés, leur refus d'accourir, leurs tergiversations : ex. Crim. 21 juill. 1954, D. 54, 224 ; Crim. 20 févr. 1958, D. 58, 534 ; Crim. 17 févr. 1972, D. 72, 325 (le médecin est condamné, d'autant plus qu'il était de garde, et sa femme est condamnée aussi, nonobstant l'a. 223, parce que c'était elle qui avait répondu négativement à l'appel téléphonique) ; Nancy, 27 oct. 1965, D. 66, 30, n. Lorentz ; trib. corr. Draguignan, 28 janv. 1983, D. 83, *I.R.*, 400). A la limite, les médecins seraient placés par la menace pénale en état permanent de réquisition, de jour et de nuit. Le corps médical a parfois protesté contre cette jurisprudence qui peut sembler, en effet, très sévère (sans en retenir le côté favorable, la croyance flatteuse qu'elle atteste en la puissance salvatrice du médecin). Le Code de déontologie lui-même (d. 6 sept. 1995, a. 9) est moins rigide : il prévoit comme équivalent à l'assistance personnelle le fait de s'être assuré que le malade ou le blessé ne resterait pas sans soins, pouvait compter sur l'assistance d'un tiers ou de la collectivité. C'est une défense que les médecins inculpés invoquent souvent. En tout cas, sur le terrain de la responsabilité *civile*, la réparation reste toujours subordonnée à la preuve d'un rapport de causalité entre l'abstention du médecin et le dommage subi, Paris, 11 juill. 1969, *J.C.P.*, 70, 2, 16375, n. Chambon. « Je n'aurais pu le sauver », alléguera le médecin. Mais le dommage est dans l'abandon même, Colmar, 12 mai 1960, *G.P.*, 60, 2, 112.

## [231] 3 | L'ILLICITE

Les actes dommageables accomplis par l'homme avec une volonté capable et libre ne sont pas toujours des fautes, parce qu'ils ne sont pas toujours accomplis *contrairement au droit, injustement* (en prenant ces adjectifs dans le sens large qu'exprimait la formule latine « *damnum injuria datum* »). On ne dira pas qu'un commerçant a commis une faute en ouvrant son magasin à proximité d'une entreprise concurrente, bien que, par là, il cause — et ait pu avoir l'intention de causer — un dommage à cette entreprise. On ne dira pas davantage qu'un automobiliste a commis une faute par le seul fait qu'il a renversé et blessé mortellement un piéton, s'il roulait à une allure modérée, tenait sa droite, avait averti, ralenti, etc. Il n'y a de faute qu'autant qu'un blâme est jeté par la société, par les autres hommes, sur l'auteur du dommage. La responsabilité, selon l'a. 1382, implique un jugement de valeur sur une conduite humaine.

Ce jugement de valeur ne s'opère pas constamment de la même manière. Quoi que, pratiquement, dans les débats d'un procès fondé sur l'a. 1382, les preuves contraires s'entrecroisent et ne se laissent guère séparer, c'est tantôt la victime qui, ayant à renverser une sorte de présomption d'innocence, doit découvrir une *transgression* dans la conduite du défendeur — tantôt celui-ci, à l'inverse, qui, partant d'une apparence d'illicéité, doit s'efforcer de faire reconnaître sa *justification*.

► *La transgression*

L'idée générale est que le défendeur a été où il ne devait pas aller, est sorti de la sphère à lui reconnue par le droit. S'il faut préciser, on dira soit qu'il a *empiété* sur un droit subjectif appartenant à autrui — soit qu'il a *dévié* de la ligne droite, celle que suit le bon père de famille, le modèle de sagesse abstraite — soit qu'il a *violé* une règle de conduite imposée aux hommes. Les trois versions se retrouvent dans la doctrine ; et, bien que divergentes dans l'explication, elles s'accordent presque à admettre, ou à exclure, la faute dans les mêmes cas pratiques. C'est, cependant, la troisième qui semble la plus répandue.

Si l'on s'en tient à cette troisième version, il apparaît que les *règles* dont la violation peut constituer une faute sont de deux sortes selon la source d'où elles procèdent : la faute peut être la violation d'une règle légale ou d'une règle coutumière.

a) *Violation d'une règle légale*. — On entendra la loi dans un sens large, qui embrasse toute règle écrite, la loi proprement dite, mais aussi le règlement administratif, dont le rôle est ici considérable (ainsi, dans les accidents de la circulation, la faute est très souvent établie par l'inobservation d'un règlement de police, notamment du Code de la Route, actuellement, o. et d. 15 déc. 1958). La transgression d'une loi ou d'un règlement est *a priori* une faute, sans que, d'ailleurs, à l'inverse, la plus exacte observation des lois et des règlements suffise à exclure toute faute, car elle laisse subsister la possibilité d'une faute par violation de quelque règle coutumière. Quand la loi est assortie d'une pénalité, sa violation, si elle est dommageable à autrui, constitue *ipso facto* une faute civile, en même temps qu'une faute (infraction) pénale. Le droit pénal, qui est essentiellement un droit écrit, agit ainsi comme un révélateur de l'illicite dans la responsabilité civile. Mais il ne peut remplir cette fonction qu'autant qu'il incrimine un fait précis et non une attitude. Tel n'est pas le cas dans la *clausula generalis* de l'a. 221-6 N.C.P. (homicide par maladresse, imprudence, inattention, négligence) ; le juge est renvoyé à rechercher ailleurs l'illicite : dans la violation d'une règle coutumière.

b) *Violation d'une règle coutumière*. — L'a. 1382 est un champ immense ouvert à la coutume, sous ses formes diverses :

1° *Les usages*, en particulier les usages professionnels (ex. ceux de la profession médicale, recueillis ou non dans le Code de déontologie, lequel ne leur confère pas, du reste, force de loi écrite), les règles de jeu (ex. pour l'appréciation des responsabilités nées d'activités sportives) ;

2° *Les bonnes mœurs*. — Ce qui va contre les bonnes mœurs est illicite (a. 1133). C'est pourquoi l'abandon après séduction est une faute civile, de même que l'intempérance (quand elle détermine un accident) ou le mensonge (de celui qui par ex. recommande délibérément à un tiers une personne indigne de confiance) ;

3° *La sagesse moyenne*. — Beaucoup réintroduisent ici le type abstrait du bon père de famille. Il y a faute à ne pas se conduire (litanie de l'a. 221-6 N.C.P. à l'envers) en homme diligent, attentif, prudent, adroit (pour qui est incurablement maladroit, l'adresse consistant à ne pas entrer dans l'action). Mais peut-être convient-il de ne pas mesurer ces qualités sur un modèle unique pour tous les individus, et de tenir compte de l'âge, du sexe, de la force physique, de la situation sociale, etc. ;

4° *La morale élémentaire*. — Elle veut que nous nous abstenions, non pas nécessairement de nuire à autrui (car la vie sociale est faite de nuisances réciproques), mais de *vouloir* du mal à autrui (car toute vie sociale serait impossible si l'homme devait être un loup pour l'homme).

La condamnation des actes de méchanceté est une règle coutumière (*malitiis non est indulgendum*). L'illicite doit, en principe, être présumé dans tout dommage *intentionnellement* causé à autrui.

[232] ► *La justification*

Un fait dommageable, illicite à première vue, peut, en réalité, être justifié si l'on en examine les circonstances. Cette justification concerne avant tout les faits intentionnels, pour lesquels il y a une présomption d'illicéité à renverser, mais aussi bien des actes dont les apparences de négligence ou d'imprudence peuvent se trouver corrigées par quelque principe extérieur.

D'emblée on mettra à part la *faute de la victime*. Elle se détache procéduralement, étant l'objet d'une demande reconventionnelle du défendeur dans le procès en responsabilité. Mais elle a la même nature intrinsèque de transgression que la faute alléguée du défendeur. Il n'y a pas transgression et fait justificatif, mais deux transgressions, deux fautes qui se contrebattent. Si la faute de la prétendue victime a été, pour le défendeur, imprévisible et irrésistible, elle l'exonère de sa responsabilité comme une force majeure. Sinon, elle atténue sa responsabilité, on parlera d'un partage des fautes.

L'absence de fait justificatif est rationnellement impliquée dans le concept légal de la faute. Il n'y a pas dans le C.C., cependant, une définition, ni une liste, des faits justificatifs. La doctrine en a reconnu plusieurs *types*, l'un d'eux faisant saillie des autres par une portée plus vaste, *l'exercice d'un droit*.

a) *Les faits justificatifs spéciaux*. — On est parti des faits justificatifs précis que reconnaît le droit pénal, et on les a transposés à la responsabilité civile : *ordre de la loi* conjugué avec le *commandement de l'autorité légitime* (a. 122-4 N.C.P.) ; *légitime défense* de soi-même ou d'autrui (a. 122-5 N.C.P.). De tels faits effacent de l'acte intentionnel le caractère de faute civile, en même temps que la criminalité.

C'est encore par analogie avec le droit pénal que *l'état de nécessité*, le *consentement de la victime* et la *licéité reconnue de certaines activités* sont invoqués comme faits justificatifs en matière civile.

1° *L'état de nécessité* suppose un mal intentionnellement causé à autrui afin d'en éviter un autre, plus considérable (ex. un cycliste choisit de démolir un étalage plutôt que de blesser un passant). La supériorité de la valeur sauvée sur la valeur sacrifiée constitue une justification du sacrifice imposé à autrui. Quand le dilemme a opposé deux

valeurs pécuniaires, le propriétaire du bien endommagé pourra, du reste, avoir un recours, une action en indemnité, mais contre le propriétaire du bien sauvé, en vertu d'une idée de gestion d'affaire ou d'enrichissement sans cause.

2° *Le consentement de la victime* (autre chose que sa faute) fait, en principe, disparaître le caractère illicite du fait dommageable (*volenti non fit injuria*). Le principe s'applique pleinement là où le dommage consiste dans une atteinte au patrimoine, parce que le propriétaire a la libre disposition de ses biens : pouvant les aliéner ou les détruire, il peut consentir à ce qu'un tiers les enlève ou les dégrade. Mais il en va autrement, la personne étant une valeur indisponible (a. 16-1 s.), des atteintes à la personne (ex. le meurtre commis à la demande de la victime, *euthanasie active*, est illicite). Proche du consentement au dommage, et cependant distincte, *l'acceptation des risques* par la victime (ex. le pilote d'une voiture d'essai) peut avoir un effet justificatif pour le prétendu responsable (l'organisateur). Le risque n'est qu'une éventualité de dommage : il faut qu'elle soit suffisamment fréquente et précise pour qu'on en puisse déduire une acceptation qui soit opérante : faire de l'auto-stop n'est pas prendre le risque de n'importe quel accident.

3° *La licéité de certaines activités* justifie les dommages dont elles sont normalement génératrices. L'avocat n'a pas à répondre du préjudice moral que par sa plaidoirie il peut causer à la partie adverse (cf. l. 29 juill. 1881 sur la presse, a. 41, al. 3). La chirurgie s'exerce par des lésions corporelles : la finalité thérapeutique les couvre, pourvu que les règles de l'art aient été observées. Il est des sports qui ne vont pas sans coups et blessures : une immunité de principe les accompagne, à condition que les règles du jeu (de chaque type de jeu) aient été respectées.

b) *L'exercice d'un droit*. — Si l'on cause un dommage à une personne en exerçant un droit que l'on a envers elle, la responsabilité, en principe, n'est point engagée (*neminem laedit, qui suo jure utitur*). Le droit préexistant ôte à l'acte dommageable son caractère illicite (ex. un prêteur à intérêts cause un préjudice à son débiteur chaque fois qu'il perçoit les intérêts stipulés, mais il ne commet par là aucune faute, car il reste dans les limites de son droit). Parfois, il s'agit moins d'un droit défini, acquis contre une personne déterminée, que d'une liberté appartenant à chacun à l'égard de tous ; l'exercice d'une liberté peut être une cause de justification au même titre que l'exercice d'un droit (c'est la raison pour laquelle, par ex., le commerçant qui ouvre un magasin à côté d'une entreprise rivale, et qui la ruine, ne commet pas d'acte illicite, ne faisant qu'user de la liberté de concurrence reconnue par notre régime économique).

La justification cesse si l'auteur du dommage a fait plus qu'user, s'il a *abusé* de son droit. De la notion de l'abus du droit, il est deux applications particulières qui sont très voyantes, l'abus du droit de propriété (v. t. III, n° 167 s.) et l'abus du droit d'agir en justice (v. Introd., n° 191 c) ; elles font corps avec les droits dont elles sont une limite et demandent à être étudiées avec eux. Mais on en rencontre bien d'autres applications dans la loi (ex. licenciement *abusif* de salariés, a. 122-14-5 C. Tr.) et dans la pratique (ex. brusque rupture d'un contrat de fourniture à durée indéterminée, *a priori* résiliable unilatéralement). Il existe une théorie générale de l'*abus du droit*. Elle fonctionne ici négativement, neutralisant la justification qui aurait dû résulter de la préexistence d'un droit. Mais on peut l'appréhender aussi positivement comme une source de responsabilité, car elle procède en définitive de l'a. 1382 et implique qu'une faute a été commise, dont il est dû réparation (en nature, si possible ; en tout cas, sous forme de d. i.).

Le critère de l'abus du droit peut être tiré du *but* poursuivi : il y a abus si le titulaire du droit l'a exercé à seule fin de causer un dommage à autrui, sans intérêt sérieux pour lui-même. Le défaut d'intérêt sérieux est le point décisif, qui révèle l'intention de nuire comme le but exclusif de l'acte. L'abus du droit est alors proprement l'acte de malveillance ou de méchanceté.

Le critère, en d'autres espèces, sera tiré des *moyens* employés : il y a abus si le titulaire du droit, tout en l'exerçant dans un intérêt sérieux et sans avoir pour but exclusif de nuire à autrui, a employé des moyens qui sont eux-mêmes illicites (le commerçant qui nuit à ses confrères en leur faisant concurrence cesse d'être justifié par le principe de la liberté économique lorsque la concurrence est *déloyale*, s'exerce par des procédés contraires à la morale des affaires).

Il arrive enfin que l'abus se réduise à une simple faute de négligence ou d'imprudence : le titulaire du droit en a usé avec légèreté, sans prêter une suffisante attention aux intérêts d'autrui.

### [233] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — J. Karila de Van, Le droit de nuire, *R.T.*, 95, 533. Ce droit est un postulat de la vie en société. Nous sommes nombreux à nous presser sur un territoire limité, autour de biens qui ne sont pas multipliables à volonté : l'insociabilité est naturelle, mais les habitudes, les mœurs (la pitié peut-être selon Rousseau), la morale, le droit, la transformeront en sociabilité. Cf. Julien Freund, *Sociologie du conflit*, 1983 ; et sur un point particulier (dans le droit des biens et des rapports de voisinage), Caballero, *Essai sur la notion juridique de nuisances*, 1979.

#### THÉORIE JURIDIQUE

a) *Emergence de la notion de l'illicite en droit français*. — La tradition pandectiste explique que les codifications des pays germaniques, dans leurs textes relatifs à la responsabilité du fait personnel (§ 823, B.G.B. ; a. 41 C. O. ; C.C. autrichien, a. 1294 ; cf. Monateri, *R.I.D.C.*, 84, 81), contiennent une référence expresse à l'illicite : *widerrechtlich*, traduction de l'*injuria* de la loi aquilienne (*injuria = non jure = contra jus*). Dans la technique du C.C., au contraire, l'illicite est impliqué dans le concept général de la faute. *A priori*, pourtant, il est permis de penser que la théorie de la responsabilité gagnerait en clarté à ne pas confondre dans la même notion des situations aussi dissemblables, par ex., que l'aliénation mentale et la légitime défense. C'est la raison qui avait déterminé des criminalistes (ex. Garraud, *Traité théor. et prat. de Droit pénal*, II, n° 433 ; et à travers la théorie des faits justificatifs, Merle et Vitu, *Droit criminel*, 1997, n° 431 s.) à faire apparaître distinctement, dans leur analyse de la faute pénale, ce qu'ils appelaient l'élément injuste, qui était l'équivalent de l'élément illicite. Et il arrive aussi que des civilistes étudient à part l'élément illicite (v., en premier lieu, Aubry et Rau, 4<sup>e</sup> éd., IV, § 444, texte et note 2, influencés du reste par la littérature d'outre-Rhin ; cf. parmi les modernes Deliyannis, *La notion d'acte illicite considéré en sa dualité d'élément de la faute délictuelle*, Th. Paris, 1952, et Puech, *Notion et rôle de l'illicéité dans la responsabilité civile extra-contractuelle*, Th. Strasbourg, 1973). Le fait est que l'on ne peut éviter d'inclure dans la responsabilité subjective un certain jugement de valeur porté au nom de la société, sous quelque forme, d'ailleurs, qu'on le présente (à preuve le C.C.It. de 1942, a. 2043, qui a accolé de façon assez inattendue l'illicite au dommage, en exigeant que le fait ait causé à autrui un dommage injuste). La doctrine française contemporaine est d'accord, au fond, pour reconnaître la nécessité de ce jugement de valeur. Toutefois, les critères proposés pour y procéder varient d'un auteur à l'autre. On peut en distinguer trois groupes :

1° *L'atteinte à un droit subjectif*. — C'est une première manière de comprendre l'*injuria*. On la rencontre dans les éditions primitives d'Aubry et Rau (IV, § 444, texte et note 3) et, plus explicitement peut-être, dans Josserand (II, n° 422 s.) : « Commettre une faute délictuelle, c'est léser un droit sans pouvoir se réclamer d'un droit supérieur ou au moins équivalent. » La faute résulterait donc de l'inégalité des droits en conflit (mais n'est-ce pas confondre faute et dommage ?). Et la présence d'un droit plus fort en la personne de l'agent expliquerait que son fait dommageable puisse être justifié, car il existe un droit de nuire à autrui. A ce critère subjectif pourrait encore se rattacher, comme une autre conséquence, la théorie de la relativité aquilienne. Selon cette théorie, reçue dans les droits germanique et anglo-américain, mais non point dans le système français (v. cep. à son soutien la brillante étude de J. Limpens, *Mélanges Savatier*, 1965, p. 559), la responsabilité serait conditionnée par une finalité de protection spécifique, de sorte qu'aurait seule droit à réparation cette catégorie de victimes que la règle violée avait spécialement pour but de protéger.

2° *La violation du droit objectif*. — C'est une autre manière de comprendre l'*injuria* ; celle qui répond le mieux, probablement, au concept de l'illicite. Ex. la faute est l'acte contraire à la loi (Ripert-Boulanger, II, n° 933). Souvent, cependant, on raisonnera à l'aide d'une donnée intermédiaire : la faute ne sera pas définie directement comme violation d'une règle, mais comme violation du devoir résultant de la règle.

C'était la définition, célèbre, de Planiol (*R.C.*, 1905, 283) : la faute (contractuelle ou délictuelle) est le manquement à une obligation préexistante (contractuelle ou légale, ce qui permettait d'établir une identité de nature entre les deux responsabilités ; cf. *infra*, n° 291). Au demeurant, ce n'est pas seulement la légalité formelle qui est à considérer, ce sont pareillement les usages et la morale. Est-ce suffisant pour épuiser le catalogue des fautes ? On bute sur les fautes par maladresse. Aucune règle, ni de droit ni de morale, n'impose à l'homme d'être habile. Mais la faute, en pareil cas, pourrait bien être d'avoir violé le précepte « Connais-toi toi-même », et de n'être pas resté dans son trou. En désespoir de cause, et pour être sûrs d'embrasser toutes les éventualités, des auteurs (v. Savatier, I, n°s 35 s.) supposent un devoir général de ne pas nuire à autrui, qui dériverait sans doute de l'axiome de droit naturel *neminem laedere* (cf. Introduction, n° 48). On fait l'objection que le dommage causé à autrui est en soi quelque chose de moralement neutre, qui ne se colore d'illicéité que par l'examen des circonstances, c'est-à-dire par une recherche de la faute. Où l'unanimité se fera, ce sera pour admettre un devoir général de ne pas vouloir du mal au prochain, donc le caractère *a priori* illicite de toute faute intentionnelle.

3° *L'erreur de conduite*. — Par ce critère, c'est surtout la faute de négligence ou d'imprudence que l'on veut essayer de préciser, la faute intentionnelle paraissant suffisamment caractérisée par la volonté méchante (Mazeaud, I, n° 415). Mais la notion de l'erreur de conduite ne donne encore qu'une indication très générale. Doit-on apprécier l'erreur *in concreto*, par rapport à la personnalité du prétendu responsable (à la conduite qu'il a habituellement ? à la conduite que l'on peut attendre de la catégorie humaine dont il fait partie) ? Ou bien, à l'opposé, doit-on l'apprécier *in abstracto*, par rapport au type abstrait du bon père de famille, de l'homme sérieux et respectueux des disciplines sociales ? Pour l'appréciation *in concreto*, v. Légal, *op. cit.*, Planiol-Esmein, n° 477. Mais on rencontre assez souvent des formules d'appréciation *in abstracto* (l'a. 1147 n'a-t-il pas valeur de principe, même en dehors des contrats ?) : ex. la faute est de ne pas se conduire comme un homme très prudent, très diligent (Colin-La Morandière, II, n° 100) ; c'est une erreur de conduite telle qu'elle n'aurait pas été commise par une personne avisée placée dans les mêmes circonstances externes (Mazeaud, I, n° 439). Ces formules aboutissent à une théorie de la *faute objective* (Mazeaud, I, n° 424) ou *faute sociale*, dont la conséquence pratique la plus saillante pourrait être la responsabilité du dément, telle que l'a instituée la l. 3 janv. 1968 (a. 489-2) — et aussi celle de l'*infans*. A la suite des arrêts de l'Assemblée plénière du 9 mai 1984 (*infra*, b, Capacité délictuelle), Henri Mazeaud, D. 85, chr. 13, a réaffirmé avec vigueur sa conception de la faute objective, résultant d'une appréciation *in abstracto* de la conduite, et qui est tout autre chose que la responsabilité objective ou responsabilité sans faute.

b) *Abus du droit*. — V. Ghestin-Goubeaux, *Introduction*, n°s 761-808 s. ; M. Rotondi, *L'abuso di diritto*, 1978 (très riche historique ; cf. *R.T.*, 80, 66) ; Dejean de La Bâtie sur Aubry-Rau, VI-2, 1989, n°s 45-50 (qui propose comme possible définition de l'abus « l'acte qui n'est pas exercé selon la stricte raison »). Tant de débats ont un peu épuisé cette *pulchra quaestio* du début du siècle. Peut-être pourrait-on trouver du neuf en étudiant l'abus du droit à partir non plus de la jurisprudence, mais de la loi positive, car les applications légales du système se sont multipliées, ex. l. 1<sup>er</sup> sept. 1948, sur les baux à loyer, a. 21 ; l. 11 mars 1957 sur la propriété littéraire (C. Pr. Intell., a. 121-3, 122-9), condamnant l'abus *notoire* de certains droits (la notoriété n'est-elle là

que comme moyen de preuve, ou est-ce condition de fond, seul le scandale, dans l'abus du droit appelant la sanction ?). Quels *abus de droit* veut réprimer le fisc (C.G.I., rubrique de l'a. 1653 C) ? , v. Cadiet *et al.*, *Regards sur la fraude fiscale*, Rennes, 1986, spéc. p. 33 s. — On pourrait se demander également si, plutôt que comme un mécanisme de responsabilité civile, la théorie de l'abus du droit ne devrait pas être conçue comme un procédé d'équité modératrice à la disposition du juge (cf. l'a. 700 C. Pr. C. qui permet d'ajouter à la sanction de l'abus du droit [d'agir en justice] un complément d'équité). Le postulat serait que l'excès en toute chose, et même dans le droit, est un désordre, contraire au droit ; qu'il est donc dans l'office du juge, pour prévenir le désordre, d'imposer aux titulaires de droits subjectifs une certaine *modération*. Ce pouvoir du juge ne devrait être lié à aucun critère préfix. Tout au plus en rendrait raison une formule telle que celle de l'a. 2 C.C.S. (l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi) — ou, mieux encore, celle du populaire de chez nous, qui, lorsque le cas lui paraît *trop fort*, *trop violent*, s'écrie qu'« il y a de l'abus » (simple dégénérescence de la formule très juridique dont se servait le Conseil d'Etat, au XIX<sup>e</sup> s., quand, héritier des Parlements, il statuait sur un appel comme d'abus, cette procédure que la loi du 18 germ. an X, a. 6 s., ouvrait contre les excès des autorités ecclésiastiques). — Une part de l'effort doctrinal a été employée à limiter la théorie, en déterminant le secteur de droit discrétionnaire, où elle serait inapplicable : Rouast, *R.T.*, 1944, 1. Dans une conception qui mettrait l'accent sur le caractère d'équité de la théorie, il n'est pas sûr qu'il devrait y avoir une catégorie de droits subjectifs soustraite *a priori* au contrôle du juge (v. cep. Civ.<sup>1</sup> 3 oct. 1967, D. 67, 695).

## [234]

## PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Faute de la victime*. — Au lieu de rechercher si elle a eu, pour le prétendu responsable, l'irrésistibilité de la force majeure (cf. Civ.<sup>2</sup> 25 juin 1998, D. 99, 416), les arrêts s'en tiennent parfois à un constat de causalité adéquate : elle a été la *cause exclusive* du dommage, Civ.<sup>1</sup> 6 oct. 1998, *J.C.P.*, 99, 1, 186, n. critique Y. Aubrée (aff. S.N.C.F., mais la responsabilité contractuelle était écartée, au motif discutable que l'imprudent était monté sur le marchepied sans billet).

b) *Acceptation des risques*. — L'idée a émergé en jurisprudence, et les auteurs s'interrogent à son sujet (J. Honorat, Th. Paris, 1969 ; Le Tourneau, n°s 658 s. ; Viney, n°s 572 s.). Elle trouve, d'ailleurs, application non seulement sous l'a. 1382 (ex. Lyon, 26 oct. 1950 [football], D. 51, 43 ; trib. Paris, 26 juin 1973 [boxe], D. 74, 185), mais aussi — et peut-être même plus aisément — sous l'a. 1384, al. 1 (ex. Civ.<sup>2</sup>, 8 oct. 1915 [courses d'autos], D. 75, *I.R.*, 247) ou l'a. 1385 (ex. Civ.<sup>2</sup> 16 juin 1976, 8 nov. 1976, 8 nov. 1976 et 16 avr. 1991 [courses de chevaux], *J.C.P.*, 77, 2, 18585 et 18759, D. 91, *I.R.*, 159 ; Civ.<sup>2</sup> 5 juin 1985, *J.C.P.*, 87, 2, 20744) — ou bien encore dans la responsabilité contractuelle (ex. Civ. 4 mars 1957 et Civ.<sup>2</sup> 6 juin 1959 [jeux forains], *J.C.P.*, 57, 2, 9953 et D. 59, 106). Comment analyser l'acceptation des risques ? Si, par des résultats, elle fait songer aux clauses de non-responsabilité (cf. *infra*, n° 284), elle en diffère radicalement par sa nature, car ce n'est pas une convention, mais une attitude individuelle, une manifestation unilatérale (de volonté ? alors, d'une volonté bien floue et peu juridique). De ce point de vue, elle ressemblerait davantage à la faute de la victime. De fait, on tend souvent à les confondre ; et la Cour de cassation, quant à elle, ne semble

pas considérer que la prétendue acceptation des risques puisse fonder une exonération ou atténuation de responsabilité si l'on n'y rencontre pas les caractères d'une faute d'imprudence (v. ainsi, pour les hypothèses nombreuses où la victime, avant la loi *Badinter*, avait accepté de prendre place aux côtés d'un automobiliste visiblement ivre, Civ.<sup>2</sup> 20 mai 1969, D. 69, 645 et Ch. mixte, 28 janv. 1972, *J.C.P.*, 72, 2, 17050 ; pour des exercices de gymnase, Civ.<sup>2</sup> 25 juin 1980, D. 81, *I.R.*, 44 ; Civ.<sup>1</sup> 6 janv. 1987, *Bull.*, n° 7 ; Civ.<sup>2</sup> 2 avr. 1991, *Bull.*, n° 121 ; Rouen, 17 mai 1995, « discernement » du risque à 8 ans, D. 97, *Somm.* 189).

c) *Responsabilités sportives*. — Le sport est aujourd'hui reconnu comme la matière (fort animée) d'un droit autonome (Alaphilippe et Karakillo, *Dictionnaire juridique du sport*, 1990 ; *L'activité sportive dans les balances de la justice*, 1991 ; Karakillo et al., *Droit du sport*, D. 97, *Somm.* 181-196), ce qui peut n'être pas sans incidence sur le traitement des responsabilités encourues entre joueurs ou entre joueurs et organisateurs (cf. Mistretta, *L'extension de la responsabilité civile sportive*, *J.C.P.*, 98, 1, 116). Ainsi que le montrent plusieurs des décisions citées *supra* (b), les tribunaux s'en sont souvent tenus, pour rejeter l'action de la victime, à l'idée d'une acceptation des risques. A quoi l'on objecte que, si la victime avait d'avance renoncé à agir, sa renonciation serait inefficace parce que doublement contraire à l'ordre public, la responsabilité étant ici délictuelle et le dommage une atteinte à la personne (cf. *infra*, n° 284). L'autonomie du droit des sports permet de fonder plus directement la responsabilité sportive : c'est une responsabilité qui naît de la violation de normes spécifiques, les normes régissant le type de sport considéré (sur le rapport de ces normes au droit étatique, v. Karakillo, D. 90, chr. 83). Un arrêt (Civ.<sup>2</sup> 5 déc. 1990 [boîte française], D. 91, *Somm.* 283) paraît proche de cette doctrine : il reproche aux juges du fond de n'avoir pas relevé à la charge de l'auteur du dommage de « faute volontaire contraire à la règle du jeu ».

## [235] 2 / La responsabilité du fait d'autrui

L'a. 1384 en énumère plusieurs cas, précédés à l'al. 1<sup>er</sup> d'une formule générale : on est responsable [du dommage] qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre. Pendant longtemps cette formule avait été regardée comme une simple annonce de ce qui suivait. Mais, par des arrêts de 1991 et 1995, la Cour de cassation, très clairement, lui a attribué une valeur propre. A été ainsi reconnue, au-delà des cas de la loi, l'existence d'une responsabilité générale du fait d'autrui, symétrique de la responsabilité générale du fait des choses. Dans un arrêt *Blieck* de l'Assemblée plénière de 1991, une association qui gérait un centre accueillant des handicapés mentaux a été déclarée responsable de plein droit de l'incendie allumé par l'un d'entre eux. Dans les deux arrêts de la deuxième Chambre civile, en 1995, c'est

chaque fois une association de rugby qui a été déclarée responsable des violences imputables à ses joueurs. De cette généralisation étonnante du texte, l'intérêt des victimes a été le moteur essentiel.

Des cas particuliers prévus à l'a. 1384, il en est trois (ceux qui visent les père et mère, les artisans, les instituteurs) que l'on peut ranger dans une même catégorie, parce qu'ils ont ceci de commun que, normalement, ils se rapportent aux dommages causés par des *mineurs*. L'autre cas, établissant une responsabilité du fait des *préposés*, concerne ordinairement des majeurs (la subordination n'est pas une enfance).

### ÉTAT DES QUESTIONS

Malgré des suggestions doctrinales (Savatier, D. 33, chr. 81 ; Legeais, D. 65, chr. 131 ; G. Viney, n° 934), la Cour de cassation s'était refusée à tirer de l'a. 1384, al. 1, le principe d'une responsabilité générale du fait d'autrui (Civ.<sup>2</sup> 24 nov. 1976, D. 77, 595, n. Laroumet). L'arrêt de l'Ass. plén. (29 mars 1991, arrêt *Blieck*, D. 91, 324, n. Laroumet, *J.C.P.*, 91, 2, 21673, concl. Dontenville, n. Ghestin, *R.T.*, 91, 541, n. Jourdain, cf. Viney, D. 91, chr. 157) a constitué un revirement. Il n'est pas innocent de noter que, derrière l'association déclarée responsable de plein droit, il y avait une assurance. On relèvera aussi, dans la description de cette association, des traits qui auraient pu inciter à un rapprochement avec les instituteurs (« centre éducatif ») ou avec les artisans (« aide par le travail »). Cependant, toute tentation d'analogie ayant été repoussée, il fallait essayer de donner des contours à la responsabilité générale du fait d'autrui. Pour la responsabilité générale du fait des choses, la jurisprudence disposait d'une pierre d'angle, la notion de garde, qui est dans l'al. 1<sup>er</sup> ; ici, rien d'autre qu'une tautologie, « les personnes dont on doit répondre ». L'arrêt a dû construire par ses propres moyens : la présomption de faute ou de responsabilité repose sur l'acceptation d'une charge, la charge d'*organiser* et de *contrôler*, à titre *permanent*, le *mode de vie* d'autres personnes. Ce sont des conditions taillées sur mesure pour envelopper des internats, entrecoupés de périlleuses libertés, à destination d'adultes plus ou moins déficients. D'autres arrêts ont suivi pour d'autres types de semi-incapables dépourvus de répondants : Civ.<sup>2</sup> 25 mai 1995 (« marginaux » hébergés par la commune), D. 96, 453 ; Crim. 10 oct. 1996 (*mineurs* en dangers), D. 97, 309, *J.C.P.*, 97, 2, 22833, n. Chabas. Mais il arrive aussi que des gens normaux aient besoin d'être épaulés par un responsable du fait d'autrui. Tels les joueurs de rugby : dans la mêlée, comment identifier l'exact responsable (cf. *supra*, n° 218) ? Le club paiera, Civ.<sup>2</sup> 22 mai 1995 (2 arrêts), *J.C.P.*, 95, 2, 22250, n. J. Mouly ; le second de ces arrêts est d'autant plus significatif qu'il opère par substitution de motifs, censurant les juges du fond pour avoir cherché la solution dans l'al. 5 plutôt que dans l'al. 1<sup>er</sup>. Quant au critère, il est à peu près le même que dans l'arrêt *Blieck* : la charge d'organiser, diriger et contrôler l'équipe (permanence et mode de vie étant inadéquats ici). Restait à la jurisprudence le souci de se compléter en caractérisant la force de la présomption : c'est une présomption de responsabilité, non de faute, et la preuve de l'absence de faute n'aura pas ici de vertu exonératoire, Crim. 26 mars 1997, *J.C.P.* 97, 2, 12868. La responsabilité objective s'est ainsi emparée

de tout l'a. 1384, et elle l'a durci. Il n'est pas sûr, néanmoins, que l'extension de l'alinéa 1<sup>er</sup> ne rencontrera pas de limites. La référence latente à des organisations pourrait bien mettre hors jeu les personnes physiques : ainsi décidé pour le tuteur ou administrateur légal d'un majeur protégé, Civ.<sup>2</sup> 25 févr. 1998, D. 98, 315, et D. 98, chr. 240, *J.C.P.*, 98, 2, 10149. Il est probable que des trous subsisteront dans la responsabilité du fait des mineurs. Les essais en direction de la grand-mère et de la tante ont échoué (Civ.<sup>2</sup> 25 janv. 1995, D. 95, Somm. 232 et Civ.<sup>2</sup> 18 sept. 1996, D. 98, 118, n. Muriel Rebourg) : elles sont analogues à la mère, mais en plus faible.

[236] 1 | LA RESPONSABILITÉ  
DU FAIT DES MINEURS

Des dommages causés par les enfants et adolescents, il est bon que des adultes soient responsables. Ceux-ci seront ainsi incités à exercer une surveillance qui pourra empêcher les accidents. Et si l'accident arrive malgré tout, la victime pourra réclamer ses dommages-intérêts à un débiteur solvable, tandis que, le plus souvent, elle ne toucherait rien si elle n'avait affaire qu'à l'auteur du dommage, les enfants ayant rarement une fortune personnelle.

L'a. 1384 prévoit trois cas de responsabilité du fait de la jeunesse : la *responsabilité des père et mère*, la *responsabilité des artisans*, la responsabilité des instituteurs, cette dernière étant du reste l'occasion (si l'on combine avec l'a. 1384 la loi du 5 avr. 1937) d'envisager, plus largement, la *responsabilité des accidents scolaires*. De ces trois cas de responsabilité, le premier seul suppose formellement la *minorité* de l'auteur du dommage. Mais, pratiquement, les deux autres aussi ne se conçoivent guère qu'au sujet de mineurs.

[237] I. — Responsabilité des père et mère  
du fait de leurs enfants mineurs

Cette responsabilité est une contrepartie de l'autorité parentale. L'a. 1384, al. 4, disposition traditionnelle, mais renforcée par la l. 4 juin 1970, présume la responsabilité des père et mère si l'enfant a causé un dommage à autrui. L'événement, en effet, donne à penser soit que les parents ont mal éduqué l'enfant, soit — plus immédiatement — qu'ils l'ont mal surveillé. En tout cas, il fait éclater un échec de l'autorité parentale. Les *conditions d'application* de la responsabilité sont, d'ailleurs, strictes, et les *effets* en sont devenus presque absolus.

► *Conditions d'application de la responsabilité*

a) *Autorité parentale* (car c'est elle qui permet, en droit, d'agir de près ou de loin sur la conduite de l'enfant de la freiner, de l'infléchir).

1° *L'auteur du fait dommageable* doit être un mineur de 18 ans (au-delà, cependant, on pourra quelquefois faire remonter l'action de la victime vers les parents par le biais de l'a. 1384, al. 5, en traitant le fils de famille majeur comme leur préposé). L'émancipation met fin à la responsabilité (sauf à la victime à prouver que les parents ont commis une faute personnelle en donnant trop tôt son indépendance à l'adolescent ; a. 482). A l'inverse, il n'y a pas de minimum d'âge (*infra, c*).

2° *Les personnes présumées responsables* sont les père et mère, jamais un autre parent, ni un tuteur. La séparation de fait ne changeant rien, en droit, à l'exercice de l'autorité parentale, ne change rien à la responsabilité solidaire des parents : il est vrai qu'elle supprime la communauté d'habitation, qui est une autre condition de la responsabilité, mais comme le parent déserteur y a mis fin par sa faute, il ne saurait en tirer argument. Dans la famille naturelle (a. 374), la mère sera souvent seule à supporter la responsabilité du fait de l'enfant ; toutefois, le cas privilégié de l'a. 372, al. 2 (l. 8 janv. 1993), implique la possibilité d'une responsabilité solidaire. Le divorce et la séparation de corps représentent l'hypothèse la plus problématique. Si l'autorité parentale est exercée conjointement, ce qui est le principe (a. 287), la responsabilité des deux parents paraît s'en déduire logiquement. Mais il se peut que l'exercice de l'autorité ait été disjoint, et dans tous les cas, l'un des deux parents a dû être désigné comme celui chez qui l'enfant aurait sa résidence habituelle ; d'où il résulte *a priori* que l'enfant habitera avec lui et pas avec l'autre, ce qui exclut une condition d'application de l'a. 1384, al. 4. Aussi comprend-on une tendance de la pratique à retenir en première ligne la responsabilité du parent de la résidence habituelle, identifié rétrospectivement à l'époux investi du droit de garde, auquel on se référerait avant les réformes de 1987 et 1993 sur l'autorité conjointe (et le mot *garde* n'a pas été effacé de l'al. 4).

b) *Communauté d'habitation* (car elle assure la continuité d'une proximité physique, que demande l'éducation au jour le jour, la plus efficace, la surveillance au jour la nuit (on ne pense pas assez à la nuit). — Ici encore, c'est le divorce qui suscite les problèmes : il met en concurrence avec la résidence habituelle le lieu des visites et de l'hébergement, et la comparaison des durées peut céder parfois devant le critère de la dernière chance (la dernière chance d'empêcher le dom-

mage), suivant que l'on s'attache davantage à la surveillance et moins à l'éducation. Au demeurant, cette condition de l'habitation n'est pas inutile dans le système de l'al. 4 ; elle y remplit une double fonction :

— *Positivement*, elle matérialise, colore l'autorité parentale, marque, aux yeux des tiers, des victimes, le représentant légal du mineur (cf. t. I), partant, s'il en faut un, celui qui, par excellence, doit être tenu pour responsable de son fait.

— *Négativement*, elle est, dans l'intérêt des parents ou de l'un d'eux, une cause implicite d'exonération. Qui doit être pondérée, toutefois. La présomption de responsabilité ne cessera, par ex., que si le défaut d'habitation commune ne procède pas lui-même d'un défaut de surveillance (ex. l'enfant a fait une fugue ou les parents se sont séparés de lui en le livrant à lui-même). Le défaut de cohabitation est légitime, au contraire, quand les parents ont régulièrement confié l'enfant à un tiers, que ce soit continûment (apprenti logé, lycéen interne) ou pour quelques heures (enfant à l'école). Une autre personne pourra alors être présumée responsable à la place des parents (ex. le maître de l'apprenti) ; mais, même quand la substitution se révèle inopérante, les père et mère sont déchargés (ex. si le dommage a été causé par un collègue pendant les heures de classe, il se peut que la victime, renvoyée au régime des accidents scolaires, ne bénéficie plus d'aucune présomption de responsabilité).

c) *Fait dommageable commis par l'enfant*. — Il doit avoir les caractères d'un fait illicite : soit d'une faute, soit d'un fait de la chose dont l'enfant peut être regardé comme gardien (au sens de l'a. 1384, al. 1) à titre personnel. C'est dire que toutes les conditions de la responsabilité doivent d'abord être vérifiées en la personne du mineur. Si une cause de justification ou de non-imputabilité (ex. force majeure, faute de la victime) supprime ou atténue la faute de celui-ci, les parents en profiteront. Il est, néanmoins, une cause de non-imputabilité qui a toujours fait exception : l'*incapacité délictuelle* tenant au défaut de discernement. Même avant les arrêts de l'Assemblée plénière (9 mai 1984, D. 84, 525, J.C.P., 84, 2, 20291), qui ont paru éliminer cette incapacité (cf. *supra*, n° 225), les père et mère étaient responsables du dommage causé par leur enfant en bas âge (*infans*), quoique celui-ci lui-même ne le fût pas. Ils étaient alors rendus responsables d'un fait objectivement illicite, mais qui n'était pas moralement imputable à l'enfant. Mais, depuis le revirement de 1984, les moins de dix-huit ans sont tous logés à la même enseigne : quel que soit leur âge, il est inutile de s'interroger sur leur discernement. Tout fait dommageable causé par eux, s'il est illicite, engage leur responsabilité et, par effet réflexe, celle de leurs parents.

► *Effets de la présomption de faute*

a) *Cumul des responsabilités*. — Deux responsabilités vont se cumuler (à concurrence de la réparation intégrale) : la responsabilité personnelle du mineur (a. 1382) et la responsabilité du fait d'autrui pesant sur les père et mère (a. 1384, al. 4). Bien souvent, le demandeur se contentera de mettre en cause ceux-ci, apparemment plus solvables.

b) *Caractère de la responsabilité des père et mère*. — La victime n'a aucune preuve à faire concernant le comportement des parents : ils sont présumés responsables sur la seule preuve que le dommage a été causé par le fait du mineur. Toutefois, la présomption n'est pas irréfragable. L'avant-dernier alinéa de l'a. 1384 annonce la possibilité d'une preuve contraire : « à moins que les père et mère ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait... » Mais l'interprétation a varié.

— Classiquement, avant 1997, la preuve contraire était comprise comme la preuve non pas d'une force majeure, mais d'une simple absence de faute. Quel était donc le type de faute que faisait présumer chez les parents le fait de l'enfant ? Une faute dans l'éducation ou, plus immédiatement, une faute dans la surveillance, ou les deux à la fois. Conclusion pratique : les père et mère s'exonéraient assez facilement en démontrant qu'il s'agissait d'un enfant « bien élevé » et que la surveillance exercée sur lui était celle qu'appelaient son âge et les mœurs ambiantes.

— En 1997, la Cour de cassation (Civ.<sup>2</sup> 19 févr. 1997, arrêt *Bertrand*, J.C.P., 97, 2, 22948, D. 97, 265, R.T., 97, 668) a substitué, dans sa lecture de l'alinéa précité, à la preuve de l'absence de faute la preuve de la force majeure (et des causes communément assimilées, fait d'un tiers, faute de la victime), ce qui s'accorde, du reste, parfaitement à la lettre du texte. Conséquence : l'action de la victime ne pourra être repoussée par la preuve de la bonne éducation et de la surveillance adéquate du mineur. Ce n'est plus une présomption de faute, mais de responsabilité qui pèse sur les parents. Leur responsabilité est devenue objective, à l'instar de celle des commettants dans le même a. 1384.

c) *Solidarité*. — La victime peut agir à son choix contre le père *ou* contre la mère ; elle trouvera souvent plus expédient d'assigner *les deux* à la fois. L'un quelconque des deux est comptable de la totalité du dommage : c'est une véritable solidarité, non pas simplement une obligation *in solidum* (cf. *infra*, n° 345). Celui des deux qui a payé le tout a théoriquement le droit de se retourner contre l'autre pour lui réclamer un remboursement de moitié (a. 1214).



[238] II. — Responsabilité de l'artisan  
du fait de ses apprentis

L'apprenti, qui peut n'être plus toujours un mineur (a. L. 115-1 s., C. Tr.), est personnellement responsable, mais l'artisan, le maître, plus solvable, l'est aussi à ses côtés. Cette responsabilité du fait d'autrui est la survivance d'une époque où l'apprenti, nourri et logé chez le maître, faisait, en quelque façon, partie de la famille. Aussi le C. Nap. avait-il pu la rapprocher de la responsabilité des père et mère. Mais, de nos jours, le contrat d'apprentissage est regardé plutôt comme un contrat de travail d'un type particulier (a. L. 117-1, l. 23 juill. 1987), si bien que la responsabilité du fait des apprentis semblait subir de plus en plus l'attraction de la responsabilité voisine, du fait des préposés. On peut penser que le nouveau cours que la deuxième Chambre civile a imprimé en 1997 à la responsabilité des parents sera venu à point nommé pour rétablir une unité des responsabilités du fait d'autrui autour d'une même responsabilité objective.

a) Trois *conditions* sont requises pour que joue la présomption de responsabilité (elles peuvent être mises en parallèle avec les conditions de la responsabilité des parents) :

1° Une *relation de maître à apprenti*, relation de fait qui ne suppose pas nécessairement un contrat régulier d'apprentissage. Mais ne pas confondre : les jeunes ouvriers ou employés ne sont pas des apprentis, s'ils ne reçoivent pas un enseignement professionnel pendant leur travail.

2° Une *communauté d'habitation* entre l'apprenti et le maître ou, à défaut, un certain *rappor*t entre le *dommage causé* et *l'apprentissage*. La responsabilité du maître est continue quand il loge et nourrit les apprentis chez lui, elle ne concerne, au contraire, que les heures de travail pour des apprentis qui habitent chez leurs parents, ou qui suivent, comme c'est la règle (a. L. 115-1), un enseignement professionnel en ville.

3° Un fait *dommageable* constituant une faute de l'apprenti selon l'a. 1382.

b) Quels sont les *effets* ? Avant 1997, l'artisan pouvait s'exonérer, comme le père et mère, en prouvant qu'il n'avait commis aucune faute, ni économisé les leçons de morale, ni surtout négligé la surveillance de l'adolescent. Depuis 1997, il ne peut faire tomber la présomption de responsabilité qui pèse sur lui qu'en démontrant la force majeure ou une cause assimilée. Car il serait absurde de ne pas donner le même sens à la même formule légale selon qu'elle vise un apprenti ou un lycéen en vacances.

[239] III. — Responsabilité des accidents scolaires

Il convient d'entendre par là non seulement les accidents causés *par* les élèves (à des tiers ou à d'autres élèves), mais les accidents causés *aux* élèves (par d'autres élèves ou par des tiers). Quitte à déborder quelque peu hors de la responsabilité du fait d'autrui, il est utile de ne pas scinder ces deux matières que la loi du 5 avril 1937 a voulu soumettre aux mêmes principes. S'il y a une distinction à faire, on doit la chercher plutôt dans une autre direction : entre l'enseignement privé et l'enseignement public, le premier régi par le droit commun de la responsabilité, le second sujet à des règles spéciales — sauf à observer que, par un décret du 22 avril 1960 (a. 10), le régime de l'enseignement public a été rendu applicable aux établissements privés ayant passé un contrat d'association avec l'Etat.

► *Accidents scolaires survenus dans l'enseignement privé*

Ni l'établissement d'enseignement, ni les enseignants qui sont ses préposés, ne sont légalement présumés en faute. Si le dommage a été causé *par* un élève, il faut prouver, selon l'a. 1382, la faute qu'ils ont pu commettre dans son éducation ou sa surveillance (a. 1384, dernier alinéa, rédaction de 1937, qui corrige l'al. 6, demeuré dans sa rédaction de 1804). Si le dommage a été causé *à* un élève, il faut semblablement prouver qu'ils ont commis une faute en ne le protégeant pas du danger. Mais, dans les deux cas, le fardeau de la preuve, imposé à la victime ou à ses représentants, pourra se trouver pratiquement allégé par une présomption de l'homme. L'accident causé par l'élève fera facilement présumer un défaut de surveillance ; l'accident causé à l'élève un défaut de protection (on peut même soutenir qu'il y a là, établi *ipso facto*, un manquement à une obligation contractuelle de sécurité [*infra*, n° 295]).

► *Accidents scolaires survenus dans l'enseignement public et dans l'enseignement privé associé*

Il n'y a pas à distinguer, pour l'application de la loi du 5 avril 1937, entre les différents ordres d'enseignement (primaire, secondaire, technique, voire supérieur), non plus qu'entre activités

proprement scolaires et périscolaires (a. 2, de la loi, al. 3 ; ex. séances sportives, excursions organisées, et même colonies de vacances, mais à condition que la surveillance y soit exercée par des instituteurs et non par des moniteurs étrangers à l'enseignement public). Dans ce domaine d'application, qui est vaste, tous les dommages causés par des élèves ou à des élèves seront régis par les dispositions particulières de la loi. Ces dispositions, qui restreignent le droit commun de la responsabilité, ont été introduites dans l'intérêt des membres de l'enseignement public, en considérant qu'ils ne pouvaient ni choisir leurs élèves, ni en limiter le nombre, ni installer à leur guise locaux et matériel. Ils bénéficient d'une véritable *immunité personnelle* à l'égard de la victime, celle-ci pouvant, en contrepartie, invoquer sous certaines conditions la *responsabilité* de l'Etat.

a) *Immunité personnelle des membres de l'enseignement public.* — L'instituteur (ou professeur) de l'élève qui a causé ou subi l'accident, loin d'être présumé responsable, ne peut en aucun cas être actionné en responsabilité par la victime (a. 2, al. 2). Celle-ci ne pourrait même pas le faire entendre comme témoin dans l'action qu'elle garde le droit d'intenter contre l'Etat (a. 2, al. 5). Cette immunité absolue est destinée, dit-on, à empêcher que l'autorité du corps enseignant ne soit compromise au regard des parents d'élèves.

Elle n'existe, cependant, que dans les rapports de l'instituteur avec la victime (ou ses représentants). L'instituteur responsable reste exposé, dans les conditions générales de l'a. 1382, à l'action récursoire de son Administration (a. 2, al. 4), si celle-ci a été condamnée à réparer le dommage.

b) *Responsabilité de l'Etat.* — Elle peut être mise en cause de deux manières :

1° Sur le fondement d'une *faute personnelle de l'instituteur*, qui devra être prouvée (sauf présomption de fait, comme dans le cas de l'instituteur privé). L'action de la victime est de la compétence des tribunaux judiciaires (qui apprécient plus libéralement les dommages-intérêts que les tribunaux administratifs) ; mais elle est enfermée dans une prescription spéciale de trois ans (a. 2, al. 7), suspendue, il est vrai, en faveur de la victime mineure. L'Etat, condamné, peut se retourner contre l'instituteur (il ne le fera que lorsque la faute a été grave).

2° Sur le fondement d'une *faute de service*. Il se peut que le dommage causé à un élève ait eu pour origine un entretien défectueux des locaux, un vice du matériel scolaire, etc. La preuve exigée est alors plus facile : les représentants de l'enfant n'ont pas à démontrer une

faute personnelle de l'instituteur, mais le mauvais fonctionnement — anonyme — du service public. En revanche, ils doivent porter l'action devant les tribunaux administratifs, qui apprécieront plus étroitement la réparation.

#### [240] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Rodière, n<sup>os</sup> 1452 s. ; Mazeaud-Tunc, I, n<sup>os</sup> 732 s. ; Le Tourneau, n<sup>os</sup> 1146 s., 1182 s. ; G. Viney, n<sup>os</sup> 870 s. — Legeais, *Mélanges Marty*, 1978, 775.

#### HISTOIRE

Dans les droits archaïques, ainsi dans le Droit romain ancien, la responsabilité du père de famille repose non pas sur une présomption de faute de mauvaise surveillance, mais sur une idée de solidarité familiale. D'où le corollaire : le père peut s'affranchir de sa responsabilité en livrant le coupable, par l'abandon noxal. V. Monier, II, n<sup>os</sup> 56 s. Cf. Brissaud, p. 408 ; G. Boyer, *Mélanges*, I, p. 228 s. — Le système de la présomption de faute a été emprunté par le C.C. à Pothier (*Oblig.*, n<sup>o</sup> 454) : le père doit être exonéré s'il n'a pu empêcher le délit du mineur (toutefois, Pothier semblait exclure la preuve de l'absence de faute lorsque le délit avait eu lieu en la présence du père).

#### SOCIOLOGIE

N'allez pas dire aux victimes qu'il n'y a plus de solidarité familiale. Cependant, en droit positif, la responsabilité des parents apparaît plutôt comme une manifestation d'une autorité domestique, exercée à l'intérieur de la *domus* (d'où l'exigence de la communauté d'habitation). La réflexion philosophique va dans le sens de l'a. 1384, al. 4 : « La raison de l'enfant, observait Jean Lacroix (*Force et faiblesses de la famille*, 1949, p. 87 s.), est d'abord comme en dehors de lui, chez ses parents. » Il ajoutait, il est vrai : « et plus généralement dans l'ensemble du milieu social ». L'observation justifierait une responsabilité de l'Etat, subsidiaire à celle des parents, ce qui, un jour, semblera peut-être moins étrange, pour peu que se développe l'interventionnisme en matière d'éducation. Mais on pourrait en déduire, plus immédiatement, une atténuation de la responsabilité des parents, parce que chacun dans la société peut s'imputer une part du mal causé par l'enfant. Chacun, même la victime : il serait sage de reconnaître à tout adulte (gérant d'affaires du père, expliquent certains) un droit de remontrance et, pour les cas d'urgence, comme une sorte de pouvoir de police à l'égard de l'enfant d'autrui. Les mœurs françaises y répugneraient-elles ? On l'assume, en arguant de la promptitude avec laquelle les mères (et les frères) se rangent aux côtés des enfants rebelles contre l'instituteur. Que n'interviennent alors les pères ? — Pour finir, deux touches encore de psychosociologie : 1° L'importance communément attachée à l'exemple dans l'éducation suffit, aux yeux de beaucoup, à justifier la présomption de responsabilité : la faute de l'enfant reflète celle des parents, et il n'est pas injuste de punir ceux-ci pour celui-là. 2° Les arrêts appréciant la responsabilité des père et mère sont d'utiles documents pour l'étude des mœurs familiales (par l'évolution qu'ils traduisent).

## [241]

## POLITIQUE LÉGISLATIVE

a) *Responsabilité du fait des mineurs*. — 1° Tel quel, le système de l'a. 1384, al. 4, présente d'irrationnelles zones où aucune garantie n'est organisée (orphelin de père et de mère ; enfant confié à un tiers qui n'est ni artisan, ni instituteur, ni commettant). A l'inverse, on peut trouver que la présomption de faute se justifie mal pour la tranche d'âge des 16-18 ans (cf. déjà, Ollier, *La responsabilité civile des père et mère : étude critique de son régime légal*, Th. Grenoble, 1960 ; Durry, *R.T.*, 80, 577).

2° La responsabilité des parents à l'arrière-plan a encore l'inconvénient caché de faire accepter trop facilement la responsabilité de l'enfant dans des cas où, examinée isolément, celle-ci aurait soulevé, moralement, plus de difficultés (cf. Tunc, *J.C.P.*, 1966,1, 1983). L'enfant sera condamné. Que les parents paient pour lui et qu'il ait des frères, est-il tenu du rapport (cf. a. 851) ? Il semble que oui (cf. G. Boyer, *Mélanges*, I, p. 229). Que les parents n'aient pu payer, il se trouvera, à sa majorité, pour une imprudence d'enfant dont il n'a plus le souvenir, accablé d'une dette parfois énorme.

3° La famille appellerait une politique totalisante, capable d'ingérence dans beaucoup de sujets où elle est en cause et qui sont, pourtant, traités selon des critères absolument extra-familiaux. A défaut d'une telle politique, des incohérences sont inévitables. Tandis que la pensée unique était de reconnaître plus d'autonomie aux enfants, sur le fondement de leur exceptionnelle précocité, l'Assemblée plénière de 1984 n'a pas vu de mal à les *chosifier* sans le dire. Et tandis qu'en réponse aux incivilités de jeunes, les parents étaient exhortés à se *responsabiliser* davantage, voici que l'arrêt *Bertrand* les ravalait à n'être plus que les payeurs inconscients de quittances d'assureurs. Où l'on entrevoit, du reste, les limites d'un droit jurisprudentiel, les yeux rivés sur la justice de la demande et les moyens d'y satisfaire, sans regard pour les tenants et aboutissants en péril d'être ébranlés. Que n'a-t-on écouté, plutôt que les compagnies d'assurances peut-être, des sociologues de la famille, des psychologues ?

b) *Responsabilité des accidents scolaires*. — La l. 5 avr. 1937 n'a donné satisfaction complète ni aux enseignants ni aux victimes (Mazeaud, I, n° 851-51) ; son domaine d'application est parfois matière à incertitudes fâcheuses (ex. colonies de vacances ; v. Chapus, D. 1958, 426). Et surtout elle paraît assez déphasée à une époque où l'on préconise la pédagogie active, l'autodiscipline des élèves, et où finalement les enseignants n'ont plus beaucoup d'autorité. La pente des réformes tendrait probablement à une socialisation de plus, celle du risque scolaire, la responsabilité de l'Etat étant dès lors placée en première ligne, comme une responsabilité sans faute (cf. Darcy, *La responsabilité de l'Etat du fait des accidents scolaires*, Th. Paris, 1976 ; Chadelaud, *La responsabilité civile des enseignants*, Th. Rouen, 1980).

Un effet législatif à prévoir, en réponse à l'alourdissement de charge résultant de l'arrêt de 1997 : une loi qui rendrait obligatoire l'assurance de responsabilité des père et mère, en la coordonnant à l'assurance des accidents scolaires — celle-ci déjà obligatoire en vertu d'une loi (de Vichy) du 10 août 1943 et pratiquée dans une liaison obscure avec les associations de parents d'élèves.

## THÉORIE JURIDIQUE

Fondement de la responsabilité des père et mère. — Le fondement classique était la faute présumée, faute dans l'éducation ou dans la surveillance (v. Planiol-Esmein,

n° 627). S'il était peu réaliste de supposer qu'un enfant bien élevé ne pourrait jamais causer de dommage (et même des dommages volontaires), il demeurerait du moins la surveillance. On y ajoutait l'intérêt de la victime (qui, en 1997, l'a emporté sur tout le reste). Cela s'entend d'ordinaire de son intérêt à n'avoir pas devant elle un défendeur insolvable (c'est un cautionnement légal et forcé, écrivait Toullier) ou même parfois (enfant en bas âge) irresponsable. Mais on pouvait comprendre la chose autrement : la victime sait mal ce qui s'est passé dans l'intimité de la famille ; il faut déjouer le calcul des parents qui, au lieu de marauder eux-mêmes, feraient marauder leurs enfants. On avait invoqué aussi une idée, sinon de risque (les pères de famille, grands aventuriers), du moins de *garantie morale* : les père et mère seraient *de plano* garants des défauts de caractère de l'enfant (Mazeaud-Tunc, n° 780 ; cf., en ce sens, *de lege ferenda*, Puill, D. 88, chr. 185).

La solidarité ne peut plus, depuis 1997, se justifier par une présomption de faute commune (cf. *infra*, a. 345), puisqu'il n'y a plus à se préoccuper de la faute. On évoquera une communauté d'intérêt, par projection de l'a. 220, avec la conséquence que, dans les rapports entre père et mère, la contribution devra s'opérer irréfablement par moitié (cf. a. 1418, al. 2).

## [242]

## PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Domaine d'application de l'a. 1384, al. 4*. — 1° Du côté des *adultes*. Une extension par analogie à tous ceux qui sont *in loco parentum* (cf. t. II, n° 102) eût été raisonnable : elle n'a jamais été admise (cf. Civ.<sup>2</sup> 15 févr. 1956, D. 56, 410, *J.C.P.*, 56, 2, 9564, un patron n'est pas un père). Un instant, on put croire qu'elle pourrait s'accomplir à travers la reconnaissance d'une responsabilité générale du fait d'autrui (cf. Civ.<sup>3</sup> 24 nov. 1976, D. 77, 595, n. Larroumet), et l'arrêt *Blicek* avait renforcé cet espoir (cf. *supra*, n° 235). Mais l'élan paraît stoppé.

2° Du côté des *mineurs*. Par une analyse très abstraite, on pose en thèse que la responsabilité des parents ne peut être mise en jeu qu'autant que les conditions d'une responsabilité propre ont été constatées, au premier degré, en la personne de l'enfant. Ce qui pourrait conduire à exclure l'a. 1384, al. 4, en cas de démence du mineur, malgré l'a. 489-2 (cf. Civ.<sup>2</sup> 2 avr. 1979, *R.T.*, 80, 576). Mais il serait difficile de défendre cette solution, alors que l'une des conséquences les plus certaines et les plus importantes de l'al. 4 a toujours été de rendre les parents responsables sans distinction quant à l'âge de l'enfant, donc responsables du fait de l'*infans* en très bas âge, dont la conscience rudimentaire est incapable de faute. Il suffit que le fait soit objectivement illicite, Civ.<sup>2</sup> 13 juin 1974, *R.T.*, 75, 311, n. Durry (cf. *R.T.*, 61, 151) ; *objectivement fautif*, avaient déclaré les juges du fond dans une affaire qui a donné lieu à l'un des cinq arrêts de l'Assemblée plénière (cf. *supra*, n° 232, à propos de la capacité délictuelle). L'Assemblée s'est contentée de relever que l'acte avait été la *cause directe* du dommage (pure matérialité ?), et elle a retenu la responsabilité du père, Civ.<sup>2</sup> 9 mai 1984, D. 84, 525, 2° esp., *J.C.P.*, 84, 2, 20255.

b) *La condition d'habitation commune*. — Elle est essentielle, cf. Crim. 13 déc. 1982, *R.T.*, 83, 539, Civ.<sup>2</sup> 24 avr. 1989, D. 90, 519 ; Civ.<sup>1</sup> 2 juill. 1991, *R.T.*, 91, 759, et elle doit être constatée par les décisions qui retiennent la responsabilité des père et mère. On s'est demandé, cependant, v. Jourdain, *R.T.*, 97, 670, si, depuis 1997 et l'arrêt *Ber-*

*trand*, elle n'avait pas perdu toute pertinence, puisque le devoir de surveillance n'entre plus dans le fondement de la responsabilité parentale. Il est probable, pourtant, qu'elle continuera d'exercer son rôle de sélection du représentant légal dans les cas de doute, l'habitation avec apparaissant comme un équipollent de ce qu'est la *résidence habituelle* dans le droit du divorce (cf. Fr. Dékeuwer *et al.*, D. 88, chr. 137, spéc. 141 ; Legeais, *Rép. not.*, 88, 625, n<sup>os</sup> 12, 21). Que si l'on objecte que, dans la pratique de ce droit, l'habitation se partage entre l'habitude et le *week-end*, la réponse toute simple est que les deux temps se recolleront d'eux-mêmes, au besoin — l'un, si l'on veut, au nom de l'éducation, l'autre au nom de la surveillance — pour reconstituer la responsabilité solidaire : ex. Civ.<sup>2</sup> 19 févr. 1997, *J.C.P.*, 97, 4, 834. Et surtout il ne faut pas oublier la fonction négative de la condition d'habitation : cessant la cohabitation, cesse la présomption de responsabilité. Ce n'est pas un moyen de défense qui devrait figurer sur la liste de l'arrêt *Bertrand*, c'est l'absence d'une condition d'application de l'al. 4. A examiner, toutefois, si le défaut d'habitation commune, démenti apporté à l'a. 371-3, a une cause légitime. Elle est légitime lorsque l'enfant a été envoyé en vacances chez sa grand-mère, Civ.<sup>2</sup> 24 avr. 1989, D. 90, 519, ou a été placé en pension dans un collège, Civ.<sup>1</sup> 2 juill. 1991, *R.T.*, 91, 759. Elle est illégitime si le mineur fait une fugue, Civ.<sup>2</sup> 24 nov. 1966, *Bull.*, n<sup>o</sup> 922 (il incombait aux parents de l'en empêcher), ou si le père, par son attitude, lui a rendu la vie commune intolérable, Crim. 13 juill. 1949, D. 49, 461 ; Civ.<sup>1</sup> 4 déc. 1963, D. 64, 159.

c) *Preuve contraire réservée aux père et mère.* — Nous ne revenons pas sur l'arrêt du 29 févr. 1997, D. 97, 265, n. Jourdain, *J.C.P.*, 97, 2, 22848, n. G. Viney ; cf. Radé, pour apologie, D. 97, chr. 279. Des arrêts avaient laissé présager le changement de cap, notamment Civ.<sup>2</sup> 3 mars 1988, *R.T.*, 88, 772, n. Jourdain. Il est vrai que le comportement du mineur suffisait, en l'espèce, à faire éclater le manque de surveillance et de direction (*res ipsa loquitur*, les faits parlent d'eux-mêmes, maxime utilitaire, bien propre à simplifier la vie des juges et des justiciables). Il faut encore préciser que l'adolescent (bien qu'il eût plus de 16 ans, il jouait aux allumettes), avait mis le feu à une grange, et l'on sait combien, de tradition, la prévention du feu est un devoir essentiel des parents et des maîtres de maison (a. 1733).

Il est encore de bonne heure pour mesurer la portée de cette force majeure que l'arrêt de 1997 réserve aux père et mère comme moyen de défense. Un arrêt, Civ.<sup>2</sup> 2 déc. 1998, D. 99, *I.R.*, 29, *J.C.P.*, 99, 4, 1141, *R.T.*, 99, 410, ne nous y aidera guère, d'autant moins que les juges du fond avaient connu de l'affaire avant d'avoir pu connaître la position nouvelle de la Cour de cassation. Une fille de 14 ans, visitant un magasin avec sa mère, glisse et, en tombant, fait choir un présentoir dont le contenu est fracassé. Si elle avait eu 4 ans, on se serait dit tout bêtement, arrêt *Bertrand* ou pas, que sa mère aurait bien dû la tenir par la main. Mais elle avait 14 ans, et il n'y avait plus à juger, pour commencer, que du banal incident d'un parcours individuel. La chute de l'*homo erectus* est, pour lui, un cas fortuit et, pour la société, ce n'est pas un fait illicite en soi. On n'en fera une faute que si l'on y intègre, assumé en un éclair de conscience, un devoir du *soft landing*, d'atterrissage sans nuire à autrui. A moins de soutenir que tout fait est illicite du seul fait qu'il est dommageable ; ou, au mépris de l'a. 16-1, que chacun est responsable du dommage causé par son corps. Et le lecteur observera que nous n'en sommes encore qu'au premier degré de la démonstration qui devait remonter vers la mère.

d) *Les causes d'exonération des père et mère dans la pratique judiciaire d'avant 1997.* — Outre que l'influence de ces précédents peut continuer à se faire sentir dans la jurisprudence à venir, ils offrent l'intérêt psychosociologique d'un tableau des mœurs familiales. *Empêcher le fait dommageable* eût toujours été faisable, en cloîtrant l'enfant, mais il fallait transiger avec les mœurs. Les parents plaidaient donc l'*absence de faute*, formule raisonnable, qu'un arrêt de 1955 avait mise en relief avec netteté, Civ.<sup>2</sup> 12 oct. 1955, D. 56, 301, *J.C.P.*, 55, 2, 9003. C'était une notion à deux versants : l'éducation durable et la surveillance à la minute. Sur le premier, beaucoup de parents prenaient les devants et cherchaient à établir l'habituelle sagesse de leur géniture (ex. Civ.<sup>2</sup> 16 mars 1994, D. 94, *I.R.*, 96). Mais la victime répliquait en tentant de prouver des faits symptomatiques d'une mauvaise éducation (ce qui posait, d'ailleurs, une autre question : s'il existait quelque affinité et quelque proportion entre ces symptômes et les faits finalement dommageables ; cf. Crim. 13 juill. 1949, motifs, D. 49, 461). En fait, le plus souvent, le débat se concentrait sur la faute dans la surveillance. S'il y avait eu ou non une telle faute, c'était affaire d'appréciation d'après la coutume. Les parents ne sont pas en faute s'ils ont fait ce que font les autres parents dans le même milieu social (bonne pédagogie, que l'enfant n'ait pas l'impression d'être défavorisé). Il y avait eu des passages inexplicables d'indulgence aux parents. Dans quelques arrêts (Civ.<sup>2</sup> 8 nov. 1960, 8 juin 1961, *J.C.P.*, 62, 1, 12499), il ne semblait plus rien subsister de la présomption légale (ce qui avait ému des auteurs, Rodière, D. 61, chr. 207 ; L. Martin, *J.C.P.*, 63, 1, 1755). Mais une réaction s'était manifestée très vite, Civ.<sup>2</sup> 4 nov. 1970, D. 71, 205, Crim. 5 oct. 1977, D. 78, *I.R.*, 246 ; Civ.<sup>2</sup> 4 juin 1980, *J.C.P.*, 81, 2, 19599. Et l'assurance *ad hoc* (dite de *père de famille*) se répandit à proportion.

Il n'est pas rare que la responsabilité des parents soit recherchée pour des accidents causés par des bicyclettes ou vélomoteurs (sur l'application de l'a. 1384, al. 1, en semblable hypothèse, v. *infra*, n<sup>o</sup> 290 b et 293). L'acteur, dans l'arrêt du 29 févr. 1997, était un garçon de 12 ans roulant à bicyclette. Les parents n'étaient pas *en faute* pour avoir permis ce genre de locomotion à un adolescent, si d'ailleurs l'engin n'avait pas de défaut qui le rendît particulièrement dangereux : Req. 8 nov. 1943, *J.C.P.*, 44, 2, 2585, Colmar, 17 oct. 1952, 3 arrêts, D. 53, 103 (v. pourtant, Civ.<sup>2</sup> 4 nov. 1970, D. 71, 205). Les arrêts relevaient assez constamment, afin d'exonérer les parents, que le fils se servait de l'engin pour se rendre au travail ou à l'école. On entrevoyait dans cette direction un autre critère : la preuve de l'absence de faute devrait être acceptée plus ou moins facilement suivant que le dommage a été causé par l'enfant dans une activité nécessaire ou dans une activité de jeu. Non pas que le jeu ne soit pas nécessaire. Mais, sans même évoquer les jeux dangereux (Civ.<sup>2</sup> 17 févr. 1982, *G.P.*, 82, J., 554), on concevrait que l'amusement des enfants fût au risque des parents : Civ.<sup>2</sup> 1<sup>er</sup> déc. 1965, *J.C.P.*, 66, 2, 14567 — comme d'ailleurs les récréations sont au risque des instituteurs, donc de l'Etat : régulières, Civ.<sup>2</sup> 1<sup>er</sup> mars 1972, D. 72, 440, ou improvisées, Civ.<sup>2</sup> 5 déc. 1979, *Bull.*, n<sup>o</sup> 285 ; Civ.<sup>1</sup> 20 déc. 1982, *R.T.*, 83, 544.

d) *Responsabilité des accidents scolaires.* — Ex. jurisprudentiels, Chabas, *G.P.*, 82, 2, *Doctr.* 501 ; Larroumet, D. 81, *I.R.*, 320, et 83, *I.R.*, 131 (côté droit privé) ; Moderne et Bon, D. 84, *I.R.*, 336 ; Mirieu de Labarre, *J.C.P.*, 84, 2, 20287 ; Merger et Feddal, *J.C.P.*, 94, 2, 22336 (côté droit public ; cf. Trib. Confl. 26 mars 1990, *J.C.P.*, 90, 4, 221). Il faut individualiser l'instituteur auteur d'une faute personnelle, Civ.<sup>2</sup>

17 juill. 1991, *Bull.*, n° 232 (il serait plus conforme à l'esprit de la loi de 1937 d'admettre une responsabilité anonyme de l'Etat). — Sur le terrain de l'obligation de sécurité (contractuellement ?) due à l'élève par l'établissement d'enseignement privé, cf. Civ.<sup>1</sup> 17 janv. 1995 (aff. du cerceau d'enfant), D. 95, 350, n. Jourdain.

[243] 2 | LA RESPONSABILITÉ  
DU FAIT DES PRÉPOSÉS

L'idée générale de l'a. 1384, al. 5, est que chacun doit répondre des dommages causés aux tiers par les personnes qu'il emploie à son service. Ce cas de responsabilité du fait d'autrui tranche même sur les cas précédents par plus de rigueur : les maîtres et commettants ne peuvent s'exonérer en prouvant qu'ils n'ont pu empêcher le dommage, qu'il n'y a eu, à l'origine du dommage, aucune faute de leur part (arg. a. 1384, avant-dernier al., *a contrario*). Aussi la doctrine, après avoir fondé l'a. 1384, al. 5, sur une présomption de faute (le commettant est en faute d'avoir mal choisi le préposé, peut-être de l'avoir mal surveillé), en arrive-t-elle aujourd'hui à rattacher le texte à la théorie du risque (celui qui a le profit de l'activité d'autrui doit en supporter les risques, même s'il n'a aucune faute à se reprocher). L'intérêt de la victime justifie de surcroît cette responsabilité accessoire, car domestiques et préposés sont, le plus souvent, peu solvables.

I. — Conditions d'application  
de la responsabilité des commettants

Ces conditions concernent le lien qui doit unir le commettant au préposé, et le *fait dommageable* imputable à celui-ci.

► *Lien de commettant à préposé*

Ce lien (lien de commission, de *preposition*, comme on dit) a besoin d'être analysé. Pour le rapport de maître à domestique, dont l'a. 1384 a parlé spécialement, il n'y a pas à se tromper : le lien de domesticité résulte d'un contrat de travail. Mais le domestique (employé de maison) n'est qu'une variété du préposé. Il faut *définir le préposé*. Cette définition donnée, un problème subsidiaire se présente parfois, qui est

de *déterminer le commettant véritable*, entre deux personnes auxquelles le préposé paraît être lié à des titres divers.

a) *La notion de préposé*. — Pour avoir la qualité de préposé, il n'est pas nécessaire d'être rémunéré par le commettant, ni même de lui être lié par contrat (ex. l'ami, l'épouse, le fils majeur, à qui un conducteur passe momentanément le volant pourra être traité comme préposé).

Ce qui caractérise le lien de commettant à préposé, c'est, suivant des formules jurisprudentielles, le pouvoir de direction, de surveillance et de contrôle, qui appartient au premier sur le second ; c'est l'autorité et la subordination corrélative. Le commettant est celui qui, faisant appel pour son compte et son profit personnels aux services d'une autre personne, a le droit de lui *donner des ordres et des instructions* sur la manière de remplir les fonctions qu'il lui a confiées. La *subordination* juridique (qui ne se confond pas avec la dépendance économique) est donc ce qui désigne le préposé.

De là, deux corollaires :

1° Il existe une coïncidence normale entre le rapport de commettant à préposé et le *contrat de travail*. Non pas qu'il ne puisse y avoir de préposé en dehors de ce contrat. Mais le contrat de travail confère toujours au salarié (ouvrier ou employé) la qualité de préposé. L'a. 1384, al. 5, est en fait un aspect de la responsabilité patronale (il en est un autre aspect : la responsabilité patronale non plus envers les tiers, mais envers les salariés eux-mêmes, notamment la responsabilité en raison des accidents du travail).

2° Il existe une incompatibilité entre le *contrat d'entreprise* (a. 1779-2°, 3°) et le rapport de commettant à préposé. L'entrepreneur travaille à ses risques et périls et il est juridiquement indépendant dans l'exécution de son travail. Ex. un chauffeur de taxi n'est pas le préposé de son client, non plus que le jardinier qui travaille des jardins « à prix fait » (même s'il est très besogneux).

b) *La détermination du commettant*. — Il arrive que l'on hésite entre deux commettants possibles, le commettant originaire et un tiers à qui il semble avoir transféré ses pouvoirs. Ex. un industriel met une équipe d'ouvriers à la disposition temporaire d'une autre entreprise. Il faut rechercher lequel des deux avait, au moment de l'accident, l'autorité effective, le droit de donner des ordres et des instructions, ce qui, à défaut de clause explicite dans la convention conclue entre les deux entrepreneurs, devra s'induire des circonstances (durée du transfert, compétence technique respective des parties, peut-être répartition des profits).

► *Fait dommageable du préposé*

Ce fait, pour engager la responsabilité du commettant, doit revêtir les *caractères juridiques d'une faute* ; il doit, en outre, avoir été accompli dans *l'exercice des fonctions* auxquelles le préposé est employé.

a) *Le fait doit avoir les caractères juridiques d'une faute.* — La responsabilité du commettant n'est qu'accessoire et suppose une responsabilité principale à la charge du préposé. C'est dire qu'il faut d'abord vérifier en la personne de celui-ci toutes les conditions d'application de l'a. 1382. Si une cause de justification ou de non-imputabilité (ex. force majeure, faute de la victime) supprime ou atténue la faute du préposé, le commettant en profite. Mais, le préposé dément restant tenu à réparation selon l'a. 489-2, le commettant y est tenu lui-même.

b) *Le fait doit avoir été accompli dans l'exercice des fonctions.* — Il est des cas où, incontestablement, le préposé est dans l'exercice de ses fonctions (ex. le couvreur qui blesse un passant en jetant des tuiles du haut du toit qu'il répare) ; d'autres où, incontestablement, il est en dehors (ex. l'ouvrier qui assassine sa concubine en période de congés payés). Pourtant, très souvent, cette condition (dont la preuve incombe à la victime) suscite des difficultés. Le préposé ne sort pas de ses fonctions par cela seul qu'il exécute mal les ordres du commettant. Mais s'il commet un *abus de fonctions*, net débordement hors de la sphère d'action que le commettant lui avait impartie ? Pendant longtemps, les juridictions pénales, saisies par la voie de l'action civile, avaient semblé considérer qu'abuser de ses fonctions, c'était encore en user, tandis que les tribunaux civils avaient plutôt pour maxime que les fonctions cessent là où l'abus commence. Peu à peu, cependant, des arrêts successifs de l'Assemblée plénière, en dernier lieu celui du 19 mai 1988 (D. 88, 513), ont mis au point une formule complexe, sauf à en tirer, d'un cas à l'autre, des conclusions opposées :

Les dispositions de l'a. 1384, al. 5, ne s'appliquent pas au commettant lorsque le dommage a été causé par un préposé qui

- agissant sans autorisation,
- à des *fins* étrangères à ses attributions (intention),
- s'est placé hors des fonctions auxquelles il était employé.

On peut gloser sur chacun de ces éléments abstraits ; mais on peut aussi s'en détacher pour essayer des critères plus concrets :

— *Le temps et le lieu.* — Si le fait dommageable a été accompli au lieu et au temps du service, on peut présumer en fait qu'il a été accom-

pli dans l'exercice des fonctions. La présomption, toutefois, n'est pas irréfragable.

— *Le but, l'intérêt.* — Un acte peut être considéré comme un acte de fonction s'il a été inspiré par l'intérêt du commettant (ex. employé qui dénigre calomnieusement un concurrent de son patron), et à l'inverse, comme un acte étranger à la fonction s'il doit servir un intérêt purement personnel au préposé (ex. employé de banque qui, agissant pour son compte, fait avec des clients de l'établissement des opérations spéculatives que ses supérieurs n'accepteraient pas de faire).

— *Les moyens.* — C'est peut-être le critère qui a le plus divisé la jurisprudence. Pour la Chambre civile, il ne suffisait pas de relever génériquement que les fonctions avaient permis ou facilité l'accomplissement de la faute. Mais la Chambre criminelle avait souvent jugé décisif que le dommage eût été causé avec des instruments de travail. Tel était le cas, notamment, de l'accident causé par le chauffeur en dehors de son service, mais avec une voiture du maître. C'était, néanmoins, trop sommairement tranché, et sur ce cas, la position de la Chambre criminelle avait été condamnée par une Assemblée plénière du 10 juin 1977.

Deux données adventices peuvent, d'ailleurs, d'une espèce à l'autre, influencer la décision : 1° le commettant avait la possibilité de prévoir et de prévenir le fait dommageable ; 2° la victime pouvait légitimement ignorer que le préposé n'agissait pas pour le compte du commettant (c'est une application de l'idée de bonne foi, peut-être de la théorie de l'apparence ; cf. Introd., n° 163).

[244] II. — Effets de la responsabilité des commettants

La victime a *deux actions* à sa disposition : l'une contre le préposé en vertu de l'a. 1382, l'autre contre le commettant en vertu de l'a. 1384, al. 5. Ces deux coresponsables sont liés d'une obligation *in solidum* (cf. n° 345 *bis*). Mais le préposé est le responsable principal, le commettant n'est qu'un responsable accessoire, un garant de la responsabilité d'autrui. C'est pourquoi à *l'action de la victime contre le commettant* peut faire suite un *recours du commettant contre le préposé*.

a) *Action de la victime contre le commettant.* — A l'égard de la victime, la responsabilité du commettant est directe, bien qu'accessoire. *Directe*, en ce sens qu'il peut être actionné sans que le préposé soit mis en cause. *Accessoire*, néanmoins, en ce sens qu'il peut faire valoir tous les moyens de défense que le préposé aurait pu invoquer. Au contraire,

il n'est pas reçu — le point est essentiel — à soutenir que lui-même n'a commis aucune faute.

b) *Recours du commettant contre le préposé.* — Assez peu fréquemment exercé en pratique, il découle du caractère accessoire de la responsabilité du commettant. Une faute personnelle de celui-ci pourrait, cependant, y mettre obstacle. De là une distinction : le recours sera admis contre le préposé qui a causé le dommage en désobéissant aux ordres du commettant ou en abusant de ses fonctions ; il sera rejeté si le préposé n'a fait que se conformer aux instructions du commettant. En d'autres termes, le commettant (le patron) n'a de recours qu'à charge de démontrer une faute exclusive du préposé (du salarié), une faute qui soit détachable du fonctionnement de son affaire.

#### [245] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Esmein, VI, nos 641 s. ; Rodière, nos 1461 s. ; Mazeaud-Tunc, I, nos 857 s. ; Le Tourneau, nos 1197 s. ; G. Viney, nos 790 s.

#### HISTOIRE

Éléments en Droit romain : responsabilité du maître pour les dommages causés par l'esclave (responsabilité indépendante de toute idée de faute, mais limitée par la possibilité de l'abandon noxal ; v. Monier, II, nos 56 s.) ; responsabilité de certains entrepreneurs (hôteliers, bateliers) pour les dommages causés à la clientèle par leur personnel (*receptum* ; v. Monier, II, n° 149) ; responsabilité plus générale de ceux qui avaient *préposé* une personne à la conduite d'un navire ou à la gérance d'une affaire (*actio exercitoria, institoria* ; v. Monier, II, nos 188 s.). A la vérité, c'était une responsabilité contractuelle que faisait naître le *receptum*, et les actions exercitoire et institoire réglaient les effets de contrats passés par des représentants. Pourtant, les textes qui en traitaient, en apparence étrangers à la responsabilité délictuelle, ont influencé la théorie qui devait conduire à l'a. 1384 (cf. Domat, *Lois civ.*, part. 1, liv. 1, tit. 16, sect. 1, nos 3, 6), soit en l'orientant vers une idée de représentation (Pothier, *Obl.*, n° 453), soit en y introduisant l'exigence d'un certain rapport entre les faits et la fonction.

Les textes romains assez nombreux prévoyant l'infliction d'une peine à l'auteur moral de l'infraction, celui sur l'ordre ou à l'instigation duquel avait agi l'auteur physique, ne furent pas non plus sans conséquence. Cette théorie du Droit criminel a habitué les esprits à l'idée d'une responsabilité pour autrui ; et surtout d'une représentation dans les délits. De là le Droit canonique tira sa maxime *Qui facit per alium facit per se*, dont s'est inspiré le Droit anglais quant à la responsabilité civile des commettants (v. Arminjon-Wolff, III, n° 841).

Pour ce qui est de l'origine *immédiate* de l'a. 1384, al. 5, elle est dans un autre passage de Pothier (*Oblig.*, n° 121, directement, cette fois, à propos des délits). Pothier y marque bien que cette responsabilité a lieu même quand il n'a pas été au pouvoir du

maître d'empêcher le fait dommageable. Mais Pothier en parle comme d'une règle traditionnelle (« ... ce qui a été établi pour rendre les maîtres attentifs à ne se servir que de bons domestiques »). De fait, la responsabilité des commettants, avant de trouver sa formule générale, avait dû être sanctionnée concrètement dans des règlements de police : police des corporations, où, du reste, la responsabilité contractuelle envers les clients ne devait pas être séparée de la responsabilité délictuelle envers les tiers (ex. Delamarre, *Traité de la police*, 1738, IV, p. 95 : les maîtres qui travaillent aux bâtiments peuvent être poursuivis comme responsables des vols qui seraient faits à cette occasion par leurs compagnons, ouvriers et manœuvres) ; police rurale (les dispositions de ces règlements passèrent dans le d. 28 sept.-6 oct. 1791, tit. 2, a. 7, rendant les maîtres et entrepreneurs de toute espèce civilement responsables des délits [ruraux] commis par leurs domestiques, ouvriers, voituriers et autres subordonnés).

#### SOCIOLOGIE

La responsabilité de l'a. 1384, al. 5, est, pour une large part, une responsabilité d'entrepreneur, assurable et diluée dans les frais généraux. Toutefois, le critère dont se sert la jurisprudence pour caractériser le rapport de préposition — subordination juridique, non pas dépendance économique et sociale (ex. Dijon, 24 mai 1931, D.H. 31, 530 ; mais v. Savatier, I, n° 298, p. 381) — peut avoir pour résultat de laisser sans garant de véritables prolétaires (ex. Req. 12 juill. 1937, D.H. 37, 570, porteur de journaux). En revanche, est montée au contentieux une classe moyenne de préposés (directeur d'agence bancaire, agent d'assurance, voire dirigeant de société, Civ.<sup>1</sup> 27 mai 1986, *Bull.*, n° 134). Sociologiquement remarquable est l'application qui a été faite (ou du moins préconisée) de l'a. 1384, al. 5, à des relations familiales, voire purement affectives (occasion fréquente : le propriétaire d'une auto recourt, pour la conduite, aux services bénévoles d'une personne de son entourage). Ainsi, le fils majeur peut être traité comme le préposé de son père (il y a une autorité parentale qui ne cesse pas à la majorité de l'enfant, ex. Civ. 4 déc. 1945, *J.C.P.*, 46, 2, 3110) ; la femme comme la préposée de son mari (ex. Civ. 9 nov. 1937, *G.P.*, 38, 1, 43), et réciproquement (Civ.<sup>1</sup> 17 juill. 1979, D. 80, *I.R.*, 114). La préposition n'est plus qu'un fait. Ce ne peut être, toutefois, une simple apparence (Com. 15 févr. 1972, *J.C.P.*, 72, 2, 17159).

#### [246]

#### POLITIQUE LÉGISLATIVE

D'un point de vue individualiste, l'a. 1384, al. 5, peut être critiqué : dans une société où tous les hommes sont libres, il n'y a pas de raison pour que les actes d'un individu adulte et conscient puissent engager la responsabilité d'un autre individu. A tout le moins, celui-ci devrait pouvoir, si l'on peut présumer à sa charge quelque faute personnelle, se dégager en démontrant qu'il n'avait pas le moyen d'empêcher le dommage. C'est le système du B.G.B. (§ 831 ; mais sur l'évolution, v. Legeais, *Mélanges J. Savatier*, 1992, 303) et du C.O. (a. 55 ; cf. Engel, p. 359). D'un point de vue social, à l'opposé, on pourrait trouver trop rigoureuse la situation que l'a. 1384, al. 5, fait aux préposés, qu'il laisse exposés, soit (dans tous les cas) à l'action directe de la victime, soit (en beaucoup de cas) à l'action récursoire du commettant. Les fonctionnaires sont

plus heureux : ils bénéficient d'une immunité, tant à l'égard de la victime que de l'Etat (obligé d'indemniser la victime), toutes les fois que leur faute a les caractères d'une *faute de service*, ce qui est entendu très largement. Les motifs que l'on avance pour justifier la faveur faite aux fonctionnaires (complexité de leurs obligations réglementaires ; disproportion entre leurs traitements et les responsabilités encourues ; utilité de ne pas intimider leur esprit d'initiative), si on les juge valables, ne le sont guère moins pour les agents des grandes entreprises privées. Il faut aussi penser aux victimes. Elles ne sont pas aussi efficacement protégées que le laisserait supposer un régime de responsabilité objective. Leur action est souvent repoussée au motif que le dommage n'a pas été causé dans l'exercice des fonctions auxquelles le préposé était employé. A partir de cette formule, la jurisprudence a accumulé des subtilités restrictives. Aujourd'hui qu'il n'est guère d'employeurs qui ne soient assurés de leur responsabilité civile, on pourrait sans inconvénient se contenter, pour faire jouer cette responsabilité, d'un rattachement plus lâche de l'acte dommageable à l'entreprise.

## [247]

## THÉORIE JURIDIQUE

a) *Fondement de la responsabilité des commettants*. — Longtemps, il a été cherché dans une présomption de faute, la faute présumée étant non pas d'avoir mal surveillé (comme dans le cas du père ou de l'artisan, *culpa in vigilando*), mais d'avoir mal choisi (*culpa in eligendo*) (ex. Demolombe, XXXI, n° 610). Ce qui expliquait que le commettant (à la différence du père ou de l'artisan) n'eût pas le droit de s'exonérer en prouvant qu'il n'avait pu empêcher le dommage : en toute hypothèse, son choix n'avait pas été bon. A notre époque, cependant, l'idée même d'une faute dans le choix a paru démentie par les faits : des arrêts ont appliqué l'a. 1384, al. 5, à des personnes qui n'avaient pas eu la possibilité de choisir leurs prétendus préposés (v. *infra*, b ; mais on aurait pu se demander si ce n'était pas cette jurisprudence qui était contestable) ; on observe aussi que l'entrepreneur (à cause de toutes les restrictions légales au licenciement) ne peut plus aujourd'hui se débarrasser à sa guise des préposés indésirables (face négative, qui pourrait être la plus importante, de la *culpa in eligendo* : la faute à n'avoir pas éliminé de la place où il pouvait leur nuire un individu dangereux pour les tiers).

La théorie de la faute présumée est abandonnée, mais l'unanimité ne règne point sur ce qu'il conviendrait d'y substituer. Quelques-uns font appel à une idée de *représentation* (Mazeaud, I, n° 934 ; E. Bertrand, Th. Aix, 1935) : celui qui recourt aux services d'un préposé ne fait que prolonger son activité personnelle ; à l'égard des tiers, il absorbe l'individualité de son préposé, de sorte que l'acte de celui-ci est comme son acte propre. Aussi conçoit-on que le commettant ne puisse décliner sa responsabilité en démontrant l'absence de faute : sa faute a déjà été prouvée dans la faute même du préposé. Cette analyse a pour elle des titres historiques (v. *supra*). Mais l'idée de représentation appliquée aux actes illicites n'est pas exempte de difficultés, et la préposition n'implique pas nécessairement dans le préposé la conscience d'agir pour autrui.

D'autres auteurs (et même la Cour de Cassation, Civ.<sup>2</sup> 6 févr. 1974, D. 74, 409 ; Civ.<sup>2</sup> 28 oct. 1987, *Bull.*, n° 214) ont aperçu dans l'a. 1384, al. 4, un *cautionnement* légal (v. Ripert, *Règle morale*, n° 126 ; Savatier, I, n° 286), ce qui explique assez bien que toutes les conditions de la responsabilité doivent être réunies en la personne du préposé pour que puisse jouer la responsabilité du commettant, mais beaucoup moins bien que

la victime puisse agir d'emblée contre le commettant sans s'être préalablement attaquée au préposé (une caution n'est qu'un débiteur de seconde ligne ; a. 2021).

En fait, une constatation empirique a poussé en avant la théorie du *risque* : dans sa plus grande fréquence le rapport de commettant à préposé recouvre un contrat de travail, et le commettant est un entrepreneur, qui, tirant profit de l'activité de son personnel, doit en supporter les conséquences (cf. Demogue, V, n° 919 ; Planiof-Esmein, VI, n° 641 ; Larroumet, D. 84, 173 et 88, 513 ; G. Viney, D. 94, 124). Les dommages causés *aux* salariés (accidents du travail) et *par* les salariés (a. 1384, al. 5) évoquent une même idée de risque d'entreprise et appellent un même traitement pratique par l'assurance. Il est vrai que le recours ouvert au commettant contre le préposé s'accorde mal avec l'explication. Mais l'objection se dissipe si l'on observe que ce recours n'est pratiquement admis par les tribunaux qu'autant qu'une faute personnelle, détachable du service (pour emprunter des catégories au droit administratif), peut être reprochée au préposé (ex. Com. 12 oct. 1993, D. 94, 124) — les fautes de service restant définitivement intégrées aux profits et pertes de l'entreprise. Il semblerait, toutefois, que l'appel à la théorie du risque, risque d'entreprise, devrait se limiter aux cas — sans doute les plus importants — où une entreprise est impliquée. Dans les cas bien différents (v. *infra*, Sociologie) où la jurisprudence se sert de l'a. 1384, al. 5, pour habiller juridiquement une responsabilité morale de caractère familial ou amical, la théorie de la représentation ou celle du cautionnement pourront conserver leur valeur explicative.

b) *Notions de commettant et de préposé*. — Elles ont donné lieu à des analyses rapidement classiques : Dallant, *La notion de préposé dans l'a. 1384 C.C.*, Th. Poitiers, 1927 (explication par la notion du risque-profit) ; J. Flour, *Les rapports de commettant à préposé dans l'a. 1384 C.C.*, Th. Caen, 1933 (critère : l'autorité, le droit de fixer et le but auquel doit tendre l'activité de l'autre et les moyens à employer) ; E. Bertrand, *Les aspects nouveaux de la notion de préposé*, Th. Aix, 1935 (idée de représentation). — La préposition n'est-elle qu'une situation de fait, comme l'a dit Demogue (V, n° 914) ? L'opinion générale y voit plutôt une situation de droit, mais qui pourrait se déduire de certains faits (cf. Rodière, n° 1474, 1) : c'est ainsi qu'on explique que l'ami ou le concubin puissent être traités comme préposés. Cependant, un élément purement matériel peut-il jamais suffire à constituer la préposition ? Ne doit-il pas s'y ajouter un élément psychologique, une volonté du commettant ? Sans doute, la préexistence d'un contrat n'est pas le substratum nécessaire d'un rapport de commettant à préposé. Mais, même en l'absence d'un contrat préalable, la préposition elle-même paraît bien être un acte juridique. Préposer, commettre quelqu'un, c'est lui confier une mission : manifestation de volonté. Il ne faut pas objecter les hypothèses où une personne a été rendue responsable des dommages causés par un préposé qu'elle n'avait pu choisir (ainsi, Crim. 28 oct. 1958, D. 59, Somm. 21 ; Com. 26 janv. 1976, D. 76, 449). Lors même que le commettant n'a pas exercé de choix, il a conféré une investiture.

## [248]

## PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Définition du rapport de commettant à préposé*. — Le critère de ce rapport paraît être la subordination (juridique), le droit de donner au préposé des ordres ou des instructions sur la manière de remplir les fonctions auxquelles il est employé ; un droit de direction, de surveillance et de contrôle (Civ. 16 juin 1936, D.H. 36, 427). Il



s'agit d'un rapport d'autorité (Crim. 7 nov. 1968, *Bull. crim.*, n° 29 ; Crim. 30 juin 1987, *Bull. crim.*, n° 278), pas nécessairement de profit (Civ.<sup>2</sup> 17 déc. 1964, *J.C.P.*, 65, 2, 14125). La subordination caractérisant aussi le contrat de travail dans son opposition au contrat d'entreprise, les salariés, ouvriers et employés, ont tous *a priori* la qualité de préposé. Il n'empêche que la qualité de préposé a été reconnue à des travailleurs indépendants (ex. Civ.<sup>2</sup> 12 janv. 1977, D. 77, *I.R.*, 330 ; Crim. 5 mars 1992, médecin, *J.C.P.*, 93, 2, 22013), et réciproquement la qualité de commettant à des personnes dépourvues de supériorité technique sur les préposés (ex. Civ.<sup>2</sup> 11 oct. 1989, *Bull.*, n° 175). L'idée qui se fait jour est plutôt celle de l'insertion du préposé dans une entreprise. Toutefois, il n'est pas toujours nécessaire que le rapport de commettant à préposé prenne appui sur une entreprise. Sa base peut être aussi bien (v. les arrêts cités *supra*, Sociologie) un lien de droit familial, voire un lien de pur fait (concubins, amis).

b) *Démence du préposé*. — La responsabilité du commettant postule celle du préposé, et la démence exclut la faute ; il s'ensuivait, avant 1968, que le commettant ne pouvait être présumé responsable du dommage causé par un préposé dément. C'est ce que la Cour de cassation avait décidé, tout en réservant le cas où une faute personnelle de surveillance aurait pu être reprochée au commettant : Civ.<sup>2</sup> 15 mars 1956, *J.C.P.*, 56, 2, 9297. Mais, aujourd'hui, l'a. 489-2 pose en principe que les troubles mentaux n'excluent pas la responsabilité. Civ.<sup>2</sup> 3 mars 1977, D. 77, 501, n. Larroumet, en déduit logiquement que le commettant est responsable du dommage que le préposé a causé en état de démence.

c) *Abus des fonctions*. — Cf. *Travaux de l'Assoc. Capitant*, 1977, spéc. rapport général Michaelides-Nouaros ; rapport français, D. Veaux ; G. Viney, n°s 797 s. La jurisprudence, avant 1954, était empirique. Ex. d'arrêts admettant que le dommage a été causé dans l'exercice des fonctions : Cour d'assises, Moselle, 3 févr. 1953, *J.C.P.*, 53, 2, 7517, et Crim. 5 nov. 1953, *J.C.P.*, 53, 2, 7818 *bis* (ouvreur qui, dans un cinéma, viole et tue une jeune spectatrice qu'il avait suivie dans les lavabos ; l'odieux du crime a dû agir) ; Crim. 9 nov. 1955, *J.C.P.*, 56, 2, 9063 (meurtre commis au cours d'une rixe entre deux ouvriers sur un chantier ; mais l'arrêt relève que la querelle avait eu pour motif l'exécution du travail et que d'ailleurs les deux ouvriers étaient sous la surveillance d'un contremaître, ce qui semble ramener l'a. 1384, al. 5, vers la *culpa in vigilando*). A l'opposé, ex. d'arrêts qui écartent la responsabilité, en considérant le fait dommageable comme étranger aux fonctions : Civ.<sup>2</sup> 23 mars 1953, D. 53, 337, *J.C.P.*, 53, 2, 7661 (accident causé par un domestique au moyen d'un fusil pris chez son maître ; l'arrêt relève les précautions du maître, l'absence de toute faute de sa part, ce qui montre combien, malgré tout, l'idée d'une faute présumée est sous-jacente ; Civ.<sup>2</sup> 18 juin 1953, D. 53, 613 (accident causé par un chauffeur avec un fusil qu'il avait emporté à bord de son camion afin de chasser en cours de route ; l'acte est caractérisé comme extrafonctionnel, purement personnel et indépendant du rapport de préposition). L'abus de fonctions a souvent pour couronnement un accident de la circulation : l'a. 1384, al. 5, était alors le remède pour peu que le salarié eût trouvé dans son emploi de chauffeur des facilités pour « emprunter » la voiture du patron : Crim. 11 juill. 1931, D.H. 31, 493 — surtout si la victime, en acceptant d'être transportée par le préposé, avait pu croire à une autorisation ou du moins à une tolérance du commettant : Req. 3 avr. 1933, Crim. 22 juin 1933, D. 34, 1, 5 ; Crim. 18 oct. 1946, S. 47, 1, 39.

En 1954 émergea une première systématisation. Civ.<sup>2</sup> 1<sup>er</sup> juill. 1954, D. 54, 628, 1<sup>re</sup> esp., exigeait qu'entre la fonction et le fait dommageable fût établi un lien de causalité ou de connexité. Grâce à la connexité, la formule était assez lâche pour que plus d'un abus de fonctions pût encore s'y abriter. Mais un nouvel arrêt, Civ.<sup>2</sup> 14 juin 1957, D. 58, 53, vint y insérer une restriction capitale, en précisant que l'abus de fonction supposait nécessairement que l'acte était étranger à la fonction. Et un peu plus tard, les Chambres réunies (9 mars 1960, D. 60, 329, *J.C.P.*, 60, 2, 11559), sans reprendre à leur compte un langage aussi péremptoire, semblèrent adopter la même position. Mais la jurisprudence pénale n'avait pas suivi. Par une faveur non dissimulée pour les victimes elle continua de sanctionner la responsabilité patronale dès que le fait poursuivi pouvait se rattacher au lien de préposition, d'une manière quelconque, occasionnelle aussi bien que causale : ex. Crim. 2 nov. 1971, D. 73, 21 ; Crim. 28 mars 1973, D. 74, 77. D'où une intervention de l'Assemblée plénière, 10 juin 1977, D. 77, 465, n. Larroumet, *J.C.P.*, 77, 2, 18730, concl. Gulphe, qui donna raison à la jurisprudence civile, mais en se plaçant au ras des faits : « Le commettant n'est pas responsable du dommage causé par le préposé qui utilise, sans autorisation, à des fins personnelles, le véhicule à lui confié pour l'exercice de ses fonctions. » L'Assemblée plénière, de nouveau saisie (17 juin 1983, D. 84, 134, n. Denis, *J.C.P.*, 84, 2, 20120, concl. Sadon, n. Chabas, *R.T.*, 83, 749, n. Durry) a repris sa formule de 1977, en la ciselant : à la notion de *fins personnelles*, l'arrêt substitue celle de *fins étrangères aux attributions*, censée plus large. La Chambre criminelle, qui ne s'était pas laissé entièrement convaincre par l'Assemblée de 1977 (cf. Hassler, D. 80, chr. 125), paraissait s'être ralliée à la position de l'Assemblée de 1983 (Crim. 27 oct. 1983, D. 84, 170, *R.T.*, 84, 315).

On n'en est pas moins arrivé à une nouvelle saisine de l'Assemblée plénière. Le préposé d'une entreprise de gardiennage avait mis délibérément le feu à l'usine qu'il était chargé de surveiller. Encore qu'il l'eût fait, racontait-on, pour attirer l'attention de ses supérieurs sur l'insuffisance des mesures de sécurité en place, il était logique de considérer qu'un acte de pyromanie était tout à fait étranger aux attributions d'un pompier. Partant de là, le nouvel arrêt exonère l'entreprise de gardiennage, conclusion qui révoltait l'équité, Ass. plén. 15 nov. 1985, D. 86, 81, n. Aubert, critique quant au fond ; *J.C.P.*, 86, 2, 20568, n. G. Viney, très critique, et qui observe que l'affaire eût été plus correctement traitée sur le terrain de la responsabilité contractuelle, le propriétaire de l'usine incendiée étant le client de l'entreprise. Tout en restant sur le terrain délictuel, la Chambre criminelle, 16 févr. 1999, *R.T.*, 99, 409, a fait prévaloir un raisonnement plus satisfaisant : un acte directement contraire aux fonctions du préposé (et fatalement favorisé par elles) ne saurait être hors fonctions.

Mais il est des abus de fonctions qui se situent dans une zone plus intellectuelle (ex. Civ.<sup>1</sup> 8 déc. 1987, D. 88, 389, clerc de notaire faisant des prêts pour son compte) ; et c'est dans cette zone que se situait l'affaire réglée par un dernier arrêt de l'Assemblée plénière (inspecteur d'assurance qui détournait des fonds recueillis au nom de sa compagnie) : cette fois-ci le commettant est déclaré responsable : 19 mai 1988, D. 88, 513, n. critique Larroumet, soulignant les inconvénients graves des oscillations casuistiques de la Cour de cassation. Il semble, pourtant, que cet arrêt de 1988 a unifié et fixé la jurisprudence, Jourdain, *R.T.*, 89 et 96, 181 — à tout le moins sa formule de référence. Car, pour ce qui est des solutions concrètes, la conciliation n'est pas toujours aisée : ex. la banque est responsable, Civ.<sup>2</sup> 23 juin 1993, *Bull.*, n° 232 ; elle ne l'est pas, Civ.<sup>2</sup>

21 mai 1997, *R.T.*, 97, 953. Cela dépend de l'intimité des « relations personnelles » que le cadre pouvait avoir avec le client : le critère est fuyant. Et il est des relations personnelles qui se nouent très vite : ex. au cours du ravalement d'un immeuble, un des ouvriers se fait payer de la main à la main par le propriétaire une menue réparation qui tourne mal, ce n'est pas de la responsabilité du commettant, *Civ.*<sup>2</sup> 14 janv. 1998, *D.* 98, *I.R.*, 52.

d) *Recours du commettant contre le préposé.* — A condition que soit établie la faute personnelle de celui-ci, pas nécessairement lourde, *Civ.*<sup>1</sup> 20 mars 1979, *D.* 80, 29 ; *Com.* 12 oct. 1993, *D.* 94, 124. Que le recours soit, en fait, rarement exercé, n'a-t-il pas créé, en droit du travail, un usage contraire ?

### [249] 3 / La responsabilité du fait des choses

En écrivant dans l'a. 1384, al. 1, que l'on est responsable du fait des choses que l'on a sous sa garde, le législateur de 1804 n'avait eu, sans doute, d'autre intention que d'annoncer l'a. 1385, peut-être aussi l'a. 1386 (de même qu'il annonçait la suite de l'a. 1384 en écrivant que l'on est responsable du fait des personnes dont on doit répondre). Mais, depuis le début du siècle, ce bout de phrase de l'a. 1384, al. 1, a pris un rôle actif, et de simple rubrique est monté au rang de règle de droit. C'est maintenant une *formule générale* de cette responsabilité du fait des choses dont les a. 1385 et 1386 continuent à représenter des *cas particuliers*.

#### 1 | LES CAS PARTICULIERS DE RESPONSABILITÉ DU FAIT DES CHOSES

Pour deux catégories particulières de choses (celles qui, en 1804, étaient les causes les plus habituelles de dommages), *animaux et bâtiments*, les a. 1385 et 1386 édictent des responsabilités qui existent de plein droit et ne sont pas subordonnées à la preuve d'une faute. Les animaux et les bâtiments étant des choses, ces responsabilités particulières auraient pu s'absorber dans la responsabilité générale du fait des choses, depuis qu'elle a été découverte. En fait, la responsabilité de l'a. 1385, tout en conservant son autonomie formelle, s'est peu à peu alignée sur la *clausula generalis* de l'a. 1384, al. 1. Au contraire, la responsabilité de l'a. 1386, différemment construite, s'est maintenue à l'écart.

### [250] I. — Responsabilité du fait des animaux

Cette responsabilité de plein droit a longtemps été expliquée par une présomption légale de faute (de négligence dans la surveillance de l'animal ou d'imprudence dans son utilisation). Mais, la jurisprudence ayant fini par décider, à la fin du siècle dernier, que le responsable ne pourrait pas s'exonérer en prouvant qu'il n'avait commis aucune faute, la doctrine moderne rattache plutôt l'a. 1385 à une idée de risque (qui tire profit de l'animal doit en supporter le risque).

#### ► Conditions d'ouverture de l'action en responsabilité

Elles concernent l'*animal* et son *responsable*.

a) *L'animal.* — 1° Sa *nature* zoologique est indifférente (ainsi, bœufs et chevaux, sources les plus archaïques de responsabilité, mais aussi bien volailles, pigeons, abeilles, fauves des ménageries, etc.). Sa nature juridique, au contraire, est prise en considération : les seuls animaux visés par l'a. 1385 sont les animaux appropriés (arg. « le propriétaire... »), ce qui exclut les bêtes sauvages, *res nullius*. Ce critère juridique met une différence dans la responsabilité que peut encourir le propriétaire d'un bois en raison du pullulement du gibier : des lapins de garenne, vivant dans une réserve close et aménagée à cet effet, il est responsable de plein droit en vertu de l'a. 1385 ; mais s'agit-il d'un gibier libre, notamment de lapins vivant à l'état sauvage, on ne saurait lui demander réparation des dégâts qu'à charge de démontrer sa faute selon les a. 1382-1383 (pour les sangliers et certains grands gibiers, une l. 27 déc. 1968, a. 14, a institué un mécanisme d'assurance : l'indemnisation peut être réclamée au Conseil supérieur de la chasse, que financent les cotisations de la collectivité des chasseurs) ;

2° *Comportement de l'animal.* — Peu importe que l'animal, au moment de l'accident, fût sous le contrôle actuel du prétendu responsable, ou qu'il fût égaré ou échappé. Un *fait* de l'animal est exigé en ce sens que l'animal ne doit pas avoir eu un rôle purement passif dans la genèse du dommage (cf. également pour l'a. 1384, al. 1, *infra*, n° 259) ;

b) *Le responsable.* — C'est le propriétaire de l'animal *ou* celui qui s'en sert (leur responsabilité est alternative, non cumulative). Le propriétaire est cité en première ligne parce qu'il est présumé gardien (au sens de l'a. 1384, al. 1). Mais il peut prouver par tous les moyens qu'il n'avait plus cette qualité au moment de l'accident, qu'il avait transféré

la garde à une autre personne, en lui passant l'*utilisation* et, partant, la direction de l'animal. La jurisprudence, toutefois, a précisé cette notion de l'utilisation. La garde (donc, la responsabilité) n'est transférée à celui qui se sert de l'animal qu'autant qu'il s'en sert : 1° A titre *indépendant* (ce qui exclut le préposé ; en pareil cas, c'est le propriétaire qui reste gardien) ; 2° A titre *professionnel* (ex. maréchal-ferrant, entraîneur, entrepreneur chargé de débarquer les bestiaux d'un wagon), ou du moins à titre *intéressé* (ex. emprunteur à usage ; mais ce n'est pas se servir de la bête que de la garder par complaisance).

► *Moyens de défense opposables à l'action en responsabilité*

Le défendeur, pour s'exonérer, doit établir positivement certains faits précis (cf. sous l'a. 1384, al. 1, *infra*, n° 258).

a) *Moyen de défense inefficace : l'absence de faute.* — Le défendeur ne pourrait écarter sa responsabilité en démontrant qu'il n'a commis aucune faute, que, par ex., l'accident est imputable à un vice de la bête, qu'il pouvait légitimement ignorer. C'est en 1885 que la jurisprudence a définitivement adopté cette position sévère, qui n'a fait que se fortifier depuis lors sous l'influence de l'a. 1384, al. 1. La conséquence est que les accidents dont la cause demeure inconnue sont à la charge du responsable désigné par la loi.

b) *Moyens de défense efficaces.* — 1° *Force majeure* (ex. dommage causé par un cheval que le tonnerre avait effrayé) ;

2° *Fait d'un tiers* (ex. le chien qui a mordu la victime avait été excité par un passant). Le fait du tiers n'a, d'ailleurs, de valeur absolument exonératoire qu'autant qu'il a été irrésistible et imprévisible (cf. *supra*, n° 214) ;

3° *Faute de la victime.* Ex. un quidam se fait mordre par un chien de garde en pénétrant sans motif plausible dans la maison (mais une part de responsabilité peut être laissée à la charge du propriétaire s'il avait omis de prévenir du danger par un écriteau). N'est pas en faute celui qui se fait blesser en arrêtant un cheval emballé, et le propriétaire du cheval demeure responsable selon l'a. 1385 (il n'y a pas de faute dans un acte de dévouement).

[251] II. — Responsabilité de la ruine des bâtiments

On a expliqué cette responsabilité de plein droit par une présomption légale de faute, la présomption que le propriétaire aurait manqué

à son devoir d'exercer sur le bâtiment une surveillance normale (ce qui se comprend surtout lorsque la ruine est une suite du défaut d'entretien). Mais à l'heure actuelle il n'est pas rare que l'a. 1386 soit rattaché à une idée de risque (le propriétaire qui a le profit du bâtiment doit en supporter le risque ; c'est une charge de la propriété bâtie — ou bien encore, quelque peu différemment, le propriétaire, qui a le droit de construire et de démolir, doit garantir les tiers de cet élément virtuel de dommage qu'est un bâtiment). Aussi bien, la considération de la faute est absente des *conditions d'ouverture de l'action en responsabilité* ; elle ne se manifeste que faiblement à travers les *moyens de défense* qui y sont opposables, pour réparer, pleinement, il est vrai, dans les *recours* accordés parfois au propriétaire condamné.

► *Conditions d'ouverture de l'action en responsabilité*

a) *Événement générateur de dommage.* — La formule employée par l'a. 1386 (la *ruine* d'un *bâtiment* arrivée par une suite du *défaut d'entretien* ou par le *vice de sa construction*) combine trois éléments :

1° *La notion de bâtiment.* — Ce n'est pas toute sorte d'immeuble ; c'est une construction en matériaux durables, élevée par l'homme (opp. une grotte, un amas de rochers) et fixée au sol (ex. un mur est un bâtiment, mais non point la palissade retenue par de simples pièces de bois posées obliquement). A la fin du siècle dernier, alors que n'existaient encore ni la législation des accidents du travail ni la jurisprudence sur la responsabilité générale du fait des choses, les tribunaux avaient été souvent induits, par un souci de protection pour les victimes, à étendre très loin la notion de bâtiment : à des machines (immeubles par destination), à des arbres. Ces extensions ont peu à peu cessé, n'ayant plus de raison d'être ;

2° *La notion de ruine.* — Ruine, c'est étymologiquement *chute*, chute d'une partie détachée du bâtiment (ex. tuile, corniche) aussi bien que du bâtiment tout entier. C'est d'un dommage causé par les lois de la pesanteur que l'a. 1386 édicte la réparation. Il faut donc une désagrégation, une rupture des matériaux, sous leur propre poids ou sous le poids de ce qu'ils supportent, que cette rupture se produise spontanément, ou qu'elle soit aidée par l'action de forces naturelles, telles que le vent ou l'eau ;

3° *L'origine de la ruine.* — Il ne peut s'agir (et c'est au demandeur d'en rapporter la preuve) que d'un défaut d'entretien ou d'un vice de construction. A première vue, prouver le défaut d'entretien paraît reve-

nir à prouver la faute, la négligence, et peut-être même d'abord celle du propriétaire. Mais ce n'est pas rigoureusement exact : le défaut d'entretien est un état objectif, facile à constater (qui, notamment, se présumera *de facto* s'il y a eu chute par vétusté), tandis que dans la négligence est impliquée une appréciation morale de la conduite humaine. Quant au vice de construction, si, par définition, il suppose bien une faute, c'est généralement la faute d'un tiers (architecte ou entrepreneur), et le propriétaire n'en sera pas moins responsable. Mais les précisions de la loi ont du moins pour conséquence d'exclure la responsabilité lorsque la ruine du bâtiment provient d'une *force majeure* : tremblement de terre, inondation, voire tempête (si, du moins, la vitesse du vent a dépassé la moyenne prévisible dans la localité). Il n'est, toutefois, de force majeure que celle à laquelle une construction normale et en bon état n'aurait pas résisté : la responsabilité du propriétaire subsiste si l'édifice a succombé parce qu'il était mal entretenu ou mal construit.

Quand le dommage a été causé par la ruine du bâtiment sans que puisse être établi un défaut d'entretien ou un vice de construction, il est tentant pour la victime, devant laquelle se ferme l'a. 1386, de chercher refuge sous l'a. 1384, al. 1 (qui peut concerner des immeubles aussi bien que des meubles ; cf. *infra*, n° 256). Mais la Cour de cassation ne lui permet pas de recourir ainsi à une disposition générale en vue de tourner les exigences d'une disposition spéciale (cf. Introduction, n° 107).

b) *Responsable*. — L'a. 1386 (en contraste avec l'a. 1385, ou l'a. 1384, al. 1) ne parle que du propriétaire. Cette responsabilité de plein droit est attachée au droit de propriété exclusivement ; jamais à l'usage ou à la garde (ex. le tiers, victime de la ruine du bâtiment, ne pourrait s'en prendre au locataire, lors même que celui-ci aurait dans le bail assumé la charge entière de l'entretien).

► *Moyens de défense opposables à l'action en responsabilité*

a) *Moyen de défense inefficace : l'absence de faute*. — Le propriétaire ne peut s'exonérer en se bornant à établir qu'il n'a commis aucune faute (ex. qu'il avait chargé de l'entretien du bâtiment un entrepreneur qualifié, ou qu'il était humainement impossible de découvrir le vice de construction).

b) *Moyens de défense efficaces* : 1° La *force majeure* est exonératoire en ce sens que le propriétaire ne pourra être recherché si la ruine du bâtiment est arrivée par un cas de force majeure, ainsi par un bom-

bardement. Mais, plutôt qu'un moyen de défense, c'est l'absence de l'une des conditions d'ouverture de l'action en responsabilité (il n'y a ni défaut d'entretien ni vice de construction). Néanmoins, on pourrait concevoir en quelques circonstances la force majeure comme un véritable moyen de défense : ex. le bâtiment est bien tombé par défaut d'entretien, mais c'est l'invasion du territoire qui a empêché le propriétaire d'être sur place pour l'entretenir ;

2° La *faute de la victime* est exonératoire (ex. intrus qui, sans motif plausible, est entré dans la maison branlante, mais il peut y avoir partage de responsabilité si le propriétaire doit se reprocher de n'avoir pas prévenu du danger par un écriteau, ou même de n'avoir pas clos la zone dangereuse).

► *Recours du propriétaire condamné à la suite de l'action en responsabilité*

Vu sous un certain angle, l'a. 1386 apparaît parfois comme créant une responsabilité du fait d'autrui. Il est alors juste que le propriétaire puisse se retourner contre ceux qui ont commis la faute dont il a dû assumer les conséquences envers la victime.

1° *Défaut d'entretien*. — Le recours est concevable contre les locataires qui n'ont pas exécuté sur l'immeuble les réparations dont ils pouvaient être tenus en vertu de la loi ou du contrat (a. 1731 s.). Mais il faudrait supposer (ce qui est assez rare) que c'est bien faute de ces réparations que s'est produite la ruine du bâtiment, et non pas faute des réparations, généralement plus importantes, auxquelles demeure obligé le propriétaire (a. 1719-2°, 1720) ;

2° *Vice de construction*. — Le propriétaire peut avoir un recours soit contre l'architecte ou entrepreneur (mais seulement dans les dix ans à compter de la réception des travaux, a. 1792), soit contre celui à qui il a acheté l'immeuble déjà construit (a. 1641).

[252] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Mazeaud, II, nos 1019 s., 1071 s. ; G. Viney, nos 629 s., 719 s. — La doctrine moderne, tenant compte de l'évolution jurisprudentielle qui a rapproché les deux textes, tend à fondre l'étude de l'a. 1385 dans celle de l'a. 1384, al. 1 : Esmein, sur Aubry et Rau, VI, § 448 ; Mazeaud, *Droit civil*, II, nos 513 s. (ce qui est un peu effacer l'histoire et le C.C.).

## HISTOIRE

Ces deux responsabilités particulières ont historiquement ceci de commun (et d'original par rapport au principe général de responsabilité du fait des choses) qu'elles plongent leurs racines dans l'Ancien Droit et, par-delà, dans le droit romain archaïque. L'a. 1385 est la fusion de deux actions des XII Tables : l'action *de pauperie* (sanctionnant en général les dommages causés par les animaux, mais avec une faculté d'abandon noxal pour le propriétaire ; v. Monier, II, n° 57) et l'action *de pastu* (réprimant le pacage sur le terrain d'autrui ; cf. Fliniaux, *Mélanges Cornil*, 1926, 247 s. ; on songe moins à elle, et pourtant, on retrouve quelque chose de son esprit dans le système, pratiquement si important pour notre droit coutumier, de la réparation des « dommages de bêtes », v. Pothier, *Cout. d'Orléans*, titre V). On peut admettre, comme une nuance, que l'action *de pauperie* mettait plutôt l'accent sur le fait de l'animal, l'action *de pastu* sur le fait de l'homme. L'a. 1386 se rattache au procédé, préventif et réparateur à la fois, de la *cautio damni infecti* (v. Monier, I, n° 273). Les auteurs modernes ont essayé de tirer à eux ces précédents, les uns dans le sens d'une responsabilité objective (ex. le procureur général Matter invoquant à l'appui de la jurisprudence *Jand'heur* le procès fait par l'Ancien Droit aux animaux, D. 1930, 1, 65, col. 1), les autres dans le sens d'une ineffaçable référence à la faute, ici faute présumée (ex. Wahl, note S. 1906, 4, 25 ; Mazeaud, II, n°s 1019, 1071). Il ne semble pas douteux que les responsabilités dont il s'agit étaient objectives dans les droits archaïques (vieux droit romain, droit du haut Moyen Age, cf. Brissaud, p. 408). Plus tard, un affinement dut conduire les juristes à faire apparaître une présomption de faute comme justification morale du système. Les développements de Domat (*Lois civ.*, part. 1, liv. 2, tit. 8, sect. 2, 3), dont les rédacteurs des a. 1385-1386 ont pu s'inspirer, portent traces et de la conception primitive et de l'affinement postérieur.

## SOCIOLOGIE

La sociologie a étudié, non sans complaisance, la responsabilité imputée aux choses elles-mêmes (animaux ou choses inanimées) par la mentalité primitive. V. P. Fauconnet, *La responsabilité*, 2<sup>e</sup> éd., p. 50 s. Le phénomène paraît, du reste, susceptible d'explications différentes : réaction de l'enfant irrité qui veut se venger du meuble auquel il s'est cogné (cf. Jhering, *De la faute en droit privé*, 1867, trad. fr., p. 10 s.) ; ou bien idée religieuse suivant laquelle il faut sacrifier l'animal qui a tué, consacrer l'objet qui a donné la mort (*sacer* = tabou). Peut-être aussi idée pratique : qu'une chose qui a causé un dommage est dangereuse et qu'il faut se hâter de la détruire. — Concernant le *fait des animaux*, on relèvera l'*anthropomorphisme* des jurisconsultes romains qui exigeaient, sur l'action *de pauperie*, que l'animal eût causé le dommage en agissant contre sa nature habituelle (Institutes, 4, 9, pr. ; ex. cheval qui s'emballé), ou qui appliquaient aux batailles de bêtes le principe de la légitime défense (Dig. 9, 1, 1, 11) — sans doute sous l'influence d'une opinion, empruntée aux rhéteurs grecs, suivant laquelle il existait un droit naturel commun à tous les êtres animés (Dig. 1, 1, 1, 3). Cependant, notre droit moderne n'en était pas tellement loin, quand la Cour de cassation refusait d'appliquer l'a. 1385 aux accidents de voitures où il n'était pas établi que les chevaux se fussent montrés méchants ou vicieux (Req. 29 janv. 1906, D. 07, 1, 71 ; mais v., depuis

lors, Civ. 25 juin 1914, S. 115, 1, 150) ; outre que la doctrine paraît admettre que la notion de faute de la victime pourrait être transposée de l'homme à la bête, en ce sens que, dans une bataille d'animaux, le propriétaire de l'animal agresseur ne pourrait obtenir réparation (v. Planiol-Esmein, VI, n°s 601, 603). — Au sujet de la responsabilité encourue en raison de la *ruine des bâtiments*, on pourrait se demander pourquoi, destinée à protéger l'homme contre un effet de la loi de la pesanteur (cf. Rodière, n° 1579), elle ne se double pas d'une protection analogue contre un autre effet, plus redouté encore, de cette loi naturelle : la chute de l'homme dans le vide. Le silence du droit moderne est d'autant plus remarquable que, dans les droits primitifs, il n'est pas rare de rencontrer une responsabilité objective pour le trou créé, pour la *fosse* (ex. dans le Talmud, la fosse constitue, à côté du bœuf et du feu, une des sources élémentaires de la responsabilité, et les pierres, les choses pesantes lui sont assimilées ; cf., pour les lois germaniques, Brissaud, p. 410, n. 4 ; *adde* loi des Ripuaires, tit. LXXII, a. 2). D'autant plus remarquable aussi qu'entre la ruine du bâtiment et la chute dans un trou, il existe une transition : la chute du haut d'un bâtiment (cf. Deutéronme, 22 : 8). L'a. 1386 étant rédigé comme il l'est, il faudra évidemment des circonstances exceptionnelles pour qu'on puisse l'appliquer à réparer le dommage résultant d'une chute dans le vide (v. Nancy, 30 mai 1945, D. 46, 14, chute dans un puits abandonné, mais par suite de la rupture d'une dalle qui le recouvrait ; cf. *infra*, n° 269).

## [253]

## THÉORIE JURIDIQUE

L'effort de la théorie s'est porté sur le *fondement* des deux responsabilités.

a) *A. 1385*. — Il a été longtemps classique d'y voir une présomption de faute (Demolombe, XXXI, n° 638 ; Colin-La Morandière, II, n° 357) : le fait dommageable laisse présumer que l'animal a été mal gardé, ou insuffisamment retenu (le C.C. avait dû penser tout particulièrement aux chevaux), ou maladroitement conduit. Cette explication a paru perdre de sa force lorsque la Cour de cassation eut décidé que le gardien ne pourrait s'exonérer en prouvant qu'il n'avait commis aucune faute. Il est devenu courant, aujourd'hui, d'expliquer l'a. 1385 par la théorie du *risque* (Savatier, I, n° 405 ; Planiol-Esmein, n° 592 ; Demogue, V, n° 983) : risque profit, ou risque que l'on crée en introduisant dans la société un élément virtuel de dommage. Des auteurs, toutefois, conservent la notion de faute, en la rajeunissant : faute dans la garde (Mazeaud, II, n°s 1312 s.), établie par le seul fait que l'animal échappe au contrôle de son gardien. Le vrai est que l'a. 1385 est lié aux dispositions traditionnelles de la police rurale concernant les dommages causés par les animaux. Il y a là des responsabilités qui, de tout temps, ont été contraventionnelles, pesant sur les propriétaires malgré leur bonne foi, sauf à eux d'établir certains faits exonérateurs, tels qu'une force majeure caractérisée.

b) *A. 1386*. — On a, au XIX<sup>e</sup> s., fondé cette responsabilité sur une *présomption de faute* : le propriétaire n'était-il pas tenu de s'assurer que son immeuble avait été construit conformément aux règles de l'art, et de l'entretenir ensuite convenablement (Baudry-Lacantinerie-Barde, IV, n° 2956) ? Aujourd'hui encore, la Cour de cassation, d'une façon plus vague, dit que le propriétaire a le devoir d'exercer une surveillance normale sur son immeuble (Civ. 4 août 1942, D.C. 43, 1). Cependant, si le défaut d'entretien évoque assez naturellement l'idée d'une négligence commise par le propriétaire, il n'en

est pas de même du vice de la construction. On pense bien plus facilement à une faute des architectes ou entrepreneurs (à moins que nous n'imputions au propriétaire sinon d'avoir fait construire, du moins d'avoir fait construire trop haut et trop lourd, le péché de Babel). Il n'est pas inattendu que les partisans de la théorie du *risque* aient présenté la responsabilité de l'a. 1386 comme une charge incombant à la propriété bâtie en contrepartie de ses profits (cf. Savatier, I, n° 418). Mais, faute ou risque, on insiste, des deux côtés (v. Mazeaud, II, n° 1068 s.; Savatier, *loc. cit.*; cf. Rodière, n° 1587), sur cet aspect tout particulier de la responsabilité du propriétaire du bâtiment qu'elle est, bien plutôt qu'une responsabilité du fait des choses, une responsabilité du fait d'autrui (architecte, entrepreneur; éventuellement, vendeur de l'immeuble; ou encore locataire): d'où les recours ouverts au propriétaire et qui donnent souvent à sa responsabilité un caractère purement provisoire. Ne pas perdre de vue, toutefois, que ces recours, si fréquents qu'ils puissent être, ne sont pas essentiels à l'a. 1386, qui n'en fait même pas mention. A la vérité, l'a. 1386 devrait être relié davantage aux dispositions traditionnelles de police administrative (actuellement, a. L. 511-1 s. C.C.H.) en vertu desquelles l'autorité municipale peut prescrire la réparation ou la démolition des bâtiments menaçant ruine. En édictant une responsabilité civile, la loi poursuit un même but de police (cf. Toulouse, 25 mai 1892, S. 92, 2, 221, D. 93, 2, 14). Elle prend pour cible le propriétaire, parce que lui seul, au moment décisif, a le droit de réparer ou de démolir; et l'on ne s'embarrasse pas de rechercher à qui est imputable le défaut d'entretien ou le vice de construction, parce que la faute, si l'on en veut une, se situe beaucoup plus tard, à la veille de l'accident, la faute qu'il y a à n'avoir pas soit consolidé, soit anéanti. C'est une faute contraventionnelle (cf. *supra*, n° 204), sanctionnée malgré la bonne foi de son auteur, ce qui ne signifie pas que celui-ci ne puisse faire valoir aucun moyen de défense, notamment force majeure ou faute de la victime.

## [254]

## PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Responsabilité du fait des animaux*. — Civ.<sup>2</sup> 17 mars 1965, *J.C.P.*, 65, 2, 14436, n. Esmein, donne du *gardien* responsable une définition qui tend à rapprocher l'a. 1385 de l'a. 1304, al. 1 : celui qui a des pouvoirs de direction, de contrôle et d'usage (éclairerait-on moins en traduisant le texte par : « le propriétaire, le possesseur ou le détenteur... » ?). Des décisions anciennes semblaient exiger que le gardien utilisât l'animal dans l'exercice d'une profession (Civ. 2 mai 1911, D. 11, 1, 376; Req. 10 nov. 1924, D. 25, 1, 49, n. Savatier), ce qui était critiqué (cf. Rodière, n° 1574). Mais Civ.<sup>2</sup> 15 janv. 1954, D. 54, 169, montre l'influence persistante de l'idée (l'arrêt relève même que le gardien attendait des bénéfices de l'utilisation de l'animal, ce qui paraît placer l'a. 1385 sous l'influence de la théorie du risque-profit alors que d'autres décisions, Civ.<sup>2</sup> 30 nov. 1966, 7 juin 1967, D. 67, 126 et 694, l'auraient rattaché plutôt à une obligation de garde). — Sur l'*exonération* du gardien, l'arrêt de principe est Civ. 27 oct. 1885, S. 86, 1, 33, D. 86, 1, 207 : la preuve de l'absence de faute est inopérante; la présomption (de faute) établie par l'a. 1385 ne peut céder que devant la preuve soit d'un cas fortuit, soit d'une faute de la victime (à l'origine de l'arrêt, il faut sans doute placer l'autorité d'Aubry et Rau, 4<sup>e</sup> éd., IV, § 448, texte et n. 10 : ils ne voyaient pas de contradiction à fonder l'a. 1385 sur une présomption de faute, tout en déclarant non libératoire la preuve de l'absence de faute). La jurisprudence postérieure

a maintenu la solution, sauf à remplacer faute par responsabilité : Civ. 8 janv. 1894, D. 94, 1, 403; et pour les « chiens méchants » (*Cave canem*), Civ.<sup>2</sup> 25 janv. 1968, D. 68, 351, Civ.<sup>2</sup> 29 avr. 1969, D. 69, Somm. 97. A fréquenter les taureaux, vous acceptez un risque, Civ.<sup>2</sup> 15 avr. 1999, *J.C.P.*, 99, 4, 2097. — Sur la distinction du fait de l'animal et du fait de l'homme, v. Civ. 30 janv. 1928, S. 28, 1, 177, qui, par contagion de la jurisprudence relative aux automobiles, a admis l'application de l'a. 1385 aux animaux conduits par la main de l'homme.

b) *Responsabilité du fait des bâtiments*. — La notion de *bâtiment* a suscité bien des procès. Il faut une incorporation au sol ou à un immeuble par nature (cf. a. 518) : Paris, 26 nov. 1946, S. 48, 2, 44, *J.C.P.*, 47, 2, 3444; Nancy, 25 avr. 1951, D. 51, 516. Ainsi, la chute d'une palissade (retenue simplement au sol par des contrefiches) relève de l'a. 1384, al. 1, non de l'a. 1386 : Civ. 23 oct. 1950, D. 50, 774. Mais il peut s'agir, aussi bien que du bâtiment lui-même envisagé dans son gros œuvre, d'accessoires qui y sont matériellement adhérents : ex. plancher, Civ.<sup>1</sup> 3 mars 1964, D. 64, 245; rampe d'escalier, Civ.<sup>3</sup> 19 mai 1953, D. 53, 515, *J.C.P.*, 53, 2, 7879; balustrade de balcon, Civ.<sup>1</sup> 11 oct. 1967, D. 68, 106. Encore faut-il prendre garde qu'usure n'est pas ruine, Civ.<sup>2</sup> 30 nov. 1977, D. 78, *I.R.*, 201. Ce qui est sûr, c'est que ni des arbres (Civ. 11 juin 1936, D.H. 36, 409) ni des rochers (Civ. 25 juin 1952, D. 52, 614) ne pourraient être traités comme bâtiments. Il faut bien comprendre le sens des décisions restrictives : avant la découverte de l'a. 1384, al. 1, dire qu'un immeuble n'était pas un bâtiment, c'était conclure à l'irresponsabilité du propriétaire; mais, aujourd'hui, c'est tout au contraire faciliter l'action en responsabilité, en ouvrant à la victime cette voie de l'a. 1384, al. 1, qui est plus commode pour elle, puisqu'il n'y est pas nécessaire de démontrer le défaut d'entretien ou le vice de construction. Les arrêts posent en principe qu'il existe un rapport d'exclusion entre l'a. 1386 et l'a. 1384, al. 1 : Civ. 4 août 1942, *D.C.*, 43, 1; Civ.<sup>2</sup> 12 juill. 1966, D. 66, 632, *J.C.P.*, 67, 2, 15185; Civ.<sup>2</sup> 30 nov. 1988, *J.C.P.*, 89, 2, 21319.

Pour que l'a. 1386 soit applicable, il faut que le demandeur rapporte la preuve soit du défaut d'entretien, soit d'un vice de construction : Civ. 16 juill. 1903, D. 04, 1, 83; Civ.<sup>3</sup> 4 juin 1973, *Bull.*, n° 397; Civ.<sup>1</sup> 22 nov. 1983, *G.P.*, 84, 2, Panor. 263. Mais cette preuve faite, le propriétaire ne peut être reçu, pour s'exonérer, à démontrer qu'il n'a commis aucune faute : ex. Civ. 19 nov. 1887, D. 88, 1, 27 (il avait fait examiner le bâtiment par des experts); Req. 14 déc. 1896, sol. impl., D. 97, 1, 135 (ayant acheté l'immeuble, il n'en avait pas encore pris livraison au jour de l'accident); Civ.<sup>2</sup> 11 juin 1960, *Bull.*, n° 373. La rigueur que la jurisprudence prête à la présomption pesant sur le propriétaire est encore accrue par l'incertitude qu'elle laisse subsister touchant l'admissibilité de faits exonératoires. La doctrine, non sans hésitations (cf. Savatier, I, n° 422; Rodière, n° 1584), semble admettre que sont exonératoires faute de la victime, force majeure, éventuellement fait d'un tiers (Civ.<sup>1</sup> 3 mars 1964, D. 64, 245; cf. Planiol-Esmein, VI, n° 609); mais les arrêts sont rares. Le propriétaire a certainement le droit d'invoquer comme moyen de défense la faute, non pas le fait, de la victime (Civ. 1<sup>er</sup> juill. 1971, D. 71, 672), spécialement celle qui consiste à pénétrer sans permission dans la propriété d'autrui. Nous n'avons peut-être pas sur le sujet une casuistique aussi nuancée que celle du droit anglais (très attentif à l'inviolabilité du domicile avec sa distinction des *trespassers*, *licensees* et *invitees*). On peut apprécier, néanmoins, la finesse d'analyse des juges dans une affaire : j'avais la

conviction que l'interdiction n'était pas pour moi, parce que j'étais un ami, que j'avais été déjà autorisé, et de plus je suis jeune... (Civ.<sup>2</sup> 21 nov. 1990, *J.C.P.*, 91, 4, 28). Cf. Civ.<sup>2</sup> 18 déc. 1995, D. 97, *Somm.* 188; Bruxelles, 29 janv. 1930, S. 30, 4, 17; Riom, 16 janv. 1962, D. 62, 140; et sur le terrain de l'a. 1384, al. 1, Paris, 15 déc. 1982, D. 83, 154).

## [255] 2 | LA RESPONSABILITÉ GÉNÉRALE DU FAIT DES CHOSES

L'homme sait, d'enfance, que les choses, inanimées, mais non point immobiles, peuvent lui causer du mal. Contre le maléfice des choses, le droit civil ne le protège qu'après *coup*, par une obligation de réparation qu'il fait peser sur le gardien de la chose. La l. 21 juill. 1983 est venue y ajouter une sorte de protection avancée, en posant le principe que les produits doivent, dans des conditions normales d'utilisation, présenter la *sécurité* à laquelle on peut légitimement s'attendre. Cette loi tend notamment à apporter aux acheteurs d'appareils une sécurité contre les accidents domestiques. Elle appartient au droit de la consommation, mais elle poursuit ses fins par des moyens de prévention ou de dissuasion qui relèvent du droit administratif ou du droit pénal : aussi nous nous contenterons de la mentionner (cf. *infra*, n° 266).

A la fin du XIX<sup>e</sup> s., le développement du machinisme, multipliant les accidents anonymes, pour lesquels il est impossible de démontrer l'existence d'une faute à l'origine du dommage, fit chercher dans le C.C. le principe d'une responsabilité sans faute prouvée. Des auteurs et des arrêts le trouvèrent dans une lecture littérale de l'a. 1384, al. 1 : *on est responsable... [du dommage] qui est causé par le fait... des choses que l'on a sous sa garde*, où la faute n'est point mentionnée comme une condition de la responsabilité. Les applications de cette interprétation restèrent, cependant, claires jusqu'au moment où, dans les années 1920-1930, les tribunaux furent saisis de nombreuses actions en dommages-intérêts engagées à la suite d'accidents automobiles : la victime était très souvent hors d'état de faire la preuve d'une faute de l'automobiliste, alors que, celui-ci ayant généralement assuré sa responsabilité, il pouvait sembler sans inconvénient de le condamner, puisque la compagnie d'assurances devait payer à sa place. L'a. 1384, al. 1, fut utilisé à cette fin. Mais, comme son texte ne distinguait pas, il fut également appliqué à toutes sortes de choses

(hormis celles pour lesquelles les a. 1385 et 1386 instituent des régimes particuliers).

Ainsi s'est formé dans notre droit, d'une manière purement jurisprudentielle, un système général de responsabilité du fait des choses. La Cour de cassation, toutes chambres réunies, en avait fixé les bases dans l'arrêt solennel *Jand'heur*, du 13 févr. 1930 (S. 30, 1, 121, D. 30, 1, 57). Les formules de l'arrêt sont entrées dans notre droit positif :

*La présomption de responsabilité établie par l'a. 1384, al. 1 à l'encontre de celui qui a sous sa garde la chose inanimée qui a causé un dommage à autrui ne peut être détruite que par la preuve d'un cas fortuit ou de force majeure ou d'une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable ; il ne suffit pas de prouver qu'il n'a commis aucune faute ou que la cause du fait dommageable est demeurée inconnue ; ... la loi, pour l'application de la présomption qu'elle édicte, ne distingue pas suivant que la chose qui a causé le dommage était ou non actionnée par la main de l'homme ; il n'est pas nécessaire qu'elle ait un vice inhérent à sa nature et susceptible de causer le dommage, l'a. 1384 rattachant la responsabilité à la garde de la chose, non à la chose elle-même.*

Depuis lors, il est vrai, le système s'est dépouillé (l. 5 juill. 1985) de ces « accidents de la circulation » qui avaient été sa raison d'être et qui avaient fait sa gloire. Il n'en conserve pas moins un vaste champ d'application.

### I. — Conditions d'ouverture de l'action en responsabilité

Les conditions imposées par la jurisprudence peuvent être rapportées, suivant le texte de l'a. 1384, al. 1, à trois notions : la *chose*, le *fait de la chose*, la *garde*.

#### [256] ▶ *La chose*

a) *Compréhension du terme*. — C'est le plus vague de la langue française. Aussi les arrêts ont-ils pu appliquer l'a. 1384, al. 1, bien au-delà des véhicules à moteur (autos et motos) qui avaient créé le besoin d'une présomption de responsabilité, mais qui ont trouvé depuis leur régime propre. Ils l'ont étendu aux objets les plus hétéroclites : bicyclettes, navires, tringles, aiguilles médicales, arbres, lames de rasoir, plombs de chasse, fils électriques, gaz explosifs, fumées de locomotive, rayons X, etc. A un certain degré d'immatérialité, toutefois, on hésite à reconnaître une chose : passe pour la sonnerie d'un portique de détec-

tion qui s'est déclenché à tort, mais on ne retiendra pas sous l'a. 1384, al. 1, une émission de radio qui s'est évaporée dans les airs. Sans préjudice d'éliminations qui s'imposent en droit, dictées :

1° *Par l'application de la maxime d'interprétation Specialia generalibus derogant* (cf. Introduction, n° 107) : on ne peut comprendre dans l'a. 1384, al. 1, ni les animaux, puisqu'ils sont visés spécialement dans l'a. 1385, ni les bâtiments, du moins quand le dommage a été causé par leur ruine, l'hypothèse étant réglée à part, dans l'a. 1386.

2° *Par le respect de la personne humaine* : on ne saurait traiter comme une chose le corps de l'homme ni sa pensée, même matérialisée (ex. dommage causé par la parole ou l'écrit).

3° *Par la répugnance de certaines choses à l'appropriation* : les *res nullius* ne peuvent donner lieu à une garde (ex. l'a. 1384, al. 1, est inapplicable au dommage causé par l'éboulement de la neige accumulée sur un toit).

b) *Distinctions rejetées par la jurisprudence*. — Il n'y a pas à distinguer entre meubles et *immeubles* (quoique les meubles représentent le domaine le plus habituel de l'a. 1384, al. 1) : le texte est applicable aux immeubles qui ne sont pas des bâtiments (ex. palissade), ou même aux immeubles bâtiments, si ce n'est point par leur ruine ou le défaut d'entretien qu'a été causé le dommage.

Parmi les meubles, il n'y a pas à exclure ceux qui sont *actionnés par la main de l'homme* : l'a. 1384, al. 1, est appliqué aux bicyclettes (multiplicateurs de l'action humaine), ainsi qu'aux instruments les plus divers, directement maniés par l'homme (ex. ballon de jeu). On avait proposé de réserver l'a. 1384, al. 1, aux choses qui semblent nécessiter une garde en raison du danger qu'elles font courir à autrui, ce danger pouvant tenir soit à leur dynamisme propre (véhicules à moteur), soit à la position périlleuse où elles sont laissées (pot de fleurs sur le rebord d'une fenêtre). Mais la jurisprudence a pris parti en sens contraire : le texte ne distinguant pas, même les choses qui, de leur nature, ne sont pas *dangereuses* peuvent donner lieu à la présomption de responsabilité.

Il n'est pas davantage fait de différence suivant que la chose, au moment de l'accident, était en mouvement ou *inerte* (véhicule en stationnement ; chaise gisant sur le sol à la terrasse d'un café). Toutefois, cette solution de principe est corrigée aujourd'hui, indirectement, par les arrêts qui permettent au gardien de s'exonérer en prouvant que la chose a eu un rôle purement passif dans la production du dommage.

► *Le fait de la chose*

En posant cette condition, la jurisprudence paraît entendre le plus ordinairement qu'un *rapport de causalité* doit avoir été constaté entre la chose et le dommage. Ce rapport de causalité est une exigence générale de la responsabilité (cf. n° 213) mais il soulève des problèmes particuliers dans la responsabilité du fait des choses.

1° *Le fait de la chose ne suppose pas nécessairement un contact matériel entre la chose qui cause le dommage et la personne ou le bien qui le subit*. — Toute action que la chose a exercée, fût-ce à distance, peut engager la responsabilité du gardien, et non seulement une action matérielle (ex. une roue fait sauter un caillou, qui va briser une vitrine), mais même une action purement psychologique (ex. transposable sous la l. 5 juill. 1985 en se portant brusquement sur la gauche, un camion oblige le conducteur d'une voiture en train de le dépasser à faire un mouvement qui se termine par un écrasement contre un arbre ; le fait du camion est constant) ;

2° *Le fait de la chose suppose que l'intervention de la chose ait été causale, active, dans la production du dommage*. — Il faut, a dit encore la Cour de cassation, que la chose ait été la *cause génératrice* du dommage. Mais, à la vérité, il semble que, le plus souvent, la Cour conçoive cela moins comme une condition positive dont la victime aurait à justifier que comme la base d'un moyen de défense laissé au prétendu responsable (rôle passif de la chose ; v. *infra*, n° 259).

3° *Le fait de la chose peut coexister avec le fait d'une autre chose en sens contraire*. — C'est l'hypothèse de la *collision de véhicules*. La jurisprudence avait déclaré les deux présomptions simultanément applicables : chacun des gardiens aura à réparer l'entier dommage causé par le fait de sa chose (sauf à compenser les dommages-intérêts respectifs, une fois liquidés). La solution est transposable sous la l. 5 juill. 1985.

[257] ► *La garde*

La notion a une grande importance, car elle sert à déterminer celui contre qui doit être dirigée l'action : le gardien responsable.

a) *Analyse de la garde*. — Avoir la garde d'une chose, c'est *objectivement*, suivant une formule jurisprudentielle, en avoir l'*usage*, la *direction* et le *contrôle*. Ce qui ne s'entend pas d'un maniement purement matériel : il faut que le gardien ait le pouvoir de surveiller et de maîtriser tous



les éléments de la chose (y compris peut-être ses secrets internes), parce que ce n'est qu'ainsi qu'il est à même de *prévenir* le dommage ; il faut encore qu'il exerce ce pouvoir, cette maîtrise dans l'*indépendance* (le préposé n'est pas le gardien des instruments de travail que le commettant lui a confiés).

Mais la garde ne nécessite pas la capacité délictuelle. Dès avant 1968, la Cour de cassation avait admis qu'un aliéné pût être traité en gardien responsable ; et aujourd'hui a. 489-2 impose *a fortiori* cette solution. Semblablement, l'*infans*, bien qu'incapable de faute, pourrait être, croit-on, responsable en tant que gardien.

b) *Détermination du gardien*. — La Cour de cassation a souvent affirmé le principe que *la garde est présumée dans la propriété* (dans l'usufruit, si la propriété est démembreée). Mais le propriétaire, gardien originaire, peut avoir *transféré* ou *perdu* la garde.

1° *Transfert de la garde*. — Il s'opère normalement en conséquence d'une convention, le propriétaire ayant, à titre précaire, remis la chose à un autre individu, qui a désormais la qualité de détenteur (ex. locataire, emprunteur à usage, transporteur, garagiste chargé d'une réparation). Mais il ne suffit pas que ce cocontractant ait l'usage et le maniement matériel de la chose, il faut encore que son contrat lui confère le pouvoir de surveillance et de direction : il n'est gardien responsable que de ce qu'il peut contrôler. Le transfert de la garde ne se produit pas, du reste, lorsque le détenteur rend un service gratuit au propriétaire (ex. dépositaire non rémunéré), ou lorsqu'il est sous sa dépendance (c'est le cas du préposé ; il n'est pas gardien responsable, à moins qu'il ne se serve de la chose du commettant dans son intérêt propre, par un abus de ses fonctions).

2° *Perte de la garde*. — Ici, c'est sans sa volonté que le propriétaire a cessé d'être gardien. L'hypothèse est que la chose lui a été volée. La jurisprudence qui s'était élaborée à propos des automobiles n'offre plus pour elles d'intérêt, la loi du 5 juillet 1985 ayant fait entrer dans l'assurance obligatoire de responsabilité les dommages causés par le voleur (a. L. 211-1 C. Ass.). Mais on peut en imaginer la transposition à d'autres sortes de choses. Le principe est que, privé de l'usage, de la direction et du contrôle de sa chose, le volé ne peut être regardé comme en ayant encore la garde ; il n'est donc pas *de plano* responsable en vertu de l'a. 1384, al. 1. Toutefois, il pourra être recherché par la voie de l'a. 1382, si la victime prouve qu'il a commis une négligence en laissant sa chose à la merci des voleurs (mais le rapport de causalité entre cette négligence et le dommage sera généralement jugé trop inconsistant ; v. n° 217).

## [258] II. — Moyens de défense du gardien

Il en est qui tendent à une *exonération complète*, d'autres à un simple *renversement du fardeau de la preuve*. Dans le cas du *transport bénévole*, la gratuité de la relation entre le gardien et la victime, après avoir été un moyen de défense, a cessé d'en être un depuis 1968.

### ► *Moyens de défense tendant à une exonération complète*

Toute responsabilité est exclue dès qu'un de ces moyens de défense est établi : non seulement la responsabilité du fait des choses, mais aussi, du même coup, celle du fait personnel, car la preuve que, par hypothèse, le gardien aura alors rapportée est rationnellement incompatible avec l'existence d'une faute à lui imputable.

a) *Causes déterminées d'exonération*. — Ce sont le *cas fortuit ou de force majeure*, la *faute de la victime* et le *fait d'un tiers*, se ramenant tous trois à l'idée d'une cause étrangère non imputable, dont les aspects et les effets les plus généraux ont déjà été rencontrés à propos du rapport de causalité, condition de toute responsabilité civile (v. *supra*, n° 214). Mais, dans l'a. 1384, al. 1, les trois notions, intervenant comme moyens de défense pour écarter une responsabilité qui existe de plein droit, ont des contours mieux dessinés qu'ailleurs.

1° *Force majeure*. — Elle est entendue ici plus strictement que dans l'a. 1382. Il ne suffit pas que l'événement ait été extérieur à la personne du gardien, il faut encore qu'il ait été extérieur à la chose. Seuls les faits de provenance externe peuvent être traités comme des forces majeures exonératoires, mais non les *vices de la chose*, les accidents inhérents à sa matière ou à son fonctionnement. Ainsi, avant 1985, on aurait considéré que l'éclatement d'un pneu neuf, la rupture d'une pièce correctement entretenue ne pouvaient décharger de sa responsabilité le gardien de l'auto : c'étaient bien des événements imprévisibles et irrésistibles, mais il leur manquait d'être *extérieurs* à la chose. Depuis 1985, la remarque n'a plus de conséquence pour les véhicules à moteur, puisque la loi du 5 juill. 1985, a. 2, dans le domaine d'application qui est le sien (cf. *infra*, n° 271), a déclaré inopposables aux victimes toutes les forces majeures sans distinction. Mais, pour les autres sortes de choses, régies par l'a. 1384, al. 1, l'exigence d'extériorité conserve sa force.

2° *Faute de la victime*. — Elle n'est pleinement exonératoire que s'il peut être démontré qu'elle a été la cause unique du dommage, et elle

n'est la cause unique du dommage qu'autant qu'elle a été, pour le gardien, imprévisible et irrésistible (par où cette cause d'exonération paraît s'absorber dans la précédente). Néanmoins, à défaut de ce double caractère d'imprévisibilité et d'irrésistibilité, la faute de la victime peut encore avoir une certaine part causale dans la production du dommage et venir ainsi en atténuation de la responsabilité du gardien. Il y a donc lieu à un partage de responsabilité.

Telle a toujours été la pratique courante. Mais, pendant un temps, la deuxième Chambre civile (spécialiste des questions de responsabilité) avait condamné cette pratique. C'était l'arrêt *Desmares* (22 juill. 1982, D. 82, 449, *J.C.P.*, 82, 2, 19861) : il y était dit que seuls les événements constituant un cas de force majeure avaient une vertu exonératoire sous l'a. 1384, al. 1, et que, dès lors, le comportement de la victime, s'il n'avait pas été imprévisible et irrésistible pour le gardien, ne pouvait exonérer celui-ci, *même partiellement*. La faute de la victime était ainsi objectivée, matérialisée en force majeure, si bien que de la responsabilité du fait des choses tout concept de faute était éliminé. La Cour de cassation avait statué en pensant aux accidents de la circulation et dans le souci de renforcer la protection des victimes. Or, sur ce terrain, la loi du 5 juill. 1985 allait bientôt faire beaucoup mieux. Et du coup, la jurisprudence *Desmares*, bien qu'elle eût été étendue dans l'intervalle à d'autres types d'accidents, apparaissait comme ayant perdu l'essentiel de son utilité. Aussi la deuxième Chambre civile s'en est-elle séparée sans remords dès 1987 : de nouveau, le gardien de la chose est partiellement exonéré s'il prouve qu'une faute de la victime a contribué au dommage.

3° *Fait d'un tiers*. — Il n'est pleinement exonératoire qu'à condition d'avoir été, pour le gardien, imprévisible et irrésistible comme une force majeure (ex. pour éviter un camion surgissant inopinément devant lui, un cycliste se jette sur le côté et blesse un piéton). Mais, cela étant, point n'est besoin ni que le fait ait eu les caractères d'une *faute*, ni que le tiers ait été appelé par le gardien dans le procès en responsabilité, ni même qu'il ait été identifié

[259] b) *Causes indéterminées d'exonération*. — Il ne s'agit plus de faits précis, dont la constatation, *a priori*, est difficile, mais d'attitudes, de comportements généraux, dont le gardien peut justifier plus aisément. Toutefois, la jurisprudence, soucieuse de maintenir un caractère objectif au système de l'a. 1384, al. 1, si elle admet l'exonération par la preuve d'un comportement normal de la *chose*, ne l'admet point par la preuve d'une attitude correcte du *gardien*.

1° *Cause inopérante : l'absence de faute*. — Le principe a été posé par l'arrêt *Jand'heur*. Le gardien ne peut s'exonérer en démontrant qu'il a pris toutes les précautions d'usage, qu'il s'est conduit en homme prudent et diligent, ce qui aurait pour conséquence pratique de laisser à la charge de la victime les accidents anonymes, dont la cause est demeurée inconnue. C'est sans doute pour cela que l'arrêt a qualifié de présomption *de responsabilité*, non plus de présomption de faute, la règle de l'a. 1384, al. 1 (si le texte ne faisait que présumer une faute du gardien, celui-ci devrait pouvoir renverser la présomption en prouvant qu'il n'a commis aucune faute).

2° *Cause opérante : le rôle passif de la chose*. — Une jurisprudence qui a pris naissance vers 1940 admet le gardien à s'exonérer en prouvant que la chose a eu un rôle purement passif dans la production du dommage. Constaté qu'elle n'a eu qu'un rôle passif, en effet, c'est reconnaître qu'une action étrangère, qu'elle n'a fait que subir, a été la cause véritable du dommage. C'est ainsi que l'exploitant d'un établissement de bains, contre qui une cliente agit en responsabilité pour avoir été brûlée par un tuyau de chauffage central, s'exonérera en démontrant que cette cliente, prise de syncope, est tombée sur le tuyau. Assez souvent, le rôle passif de la chose coïncide avec son inertie. Mais il n'en est pas toujours ainsi : une chose en mouvement peut n'avoir eu qu'un rôle passif dans la production du dommage (ex. une branche se rompt, qui fait tomber le grimpeur) ; réciproquement, une chose inerte peut avoir eu un rôle actif et causal (ex. une trappe était restée ouverte dans un escalier obscur). Les arrêts tendent à considérer que la chose n'a eu qu'un rôle passif quand, au moment de l'accident, elle était à sa place *normale*, ou quand elle s'est comportée *normalement*. Réciproquement, elle sera retenue comme « cause génératrice du dommage » lorsque sa position ou sa situation étaient anormales et irrégulières. Cette anomalie, cette irrégularité laissent supposer qu'une faute a été commise par quelqu'un. Cependant, la preuve du comportement normal de la chose ne se confond pas avec la preuve de l'absence de faute du gardien. Elle conserve un caractère objectif : la personne qui a placé la chose dans une situation anormale peut être un autre que le gardien, un tiers, un inconnu ; et la faute n'est pas recherchée directement, mais à travers l'état de la chose. Cette jurisprudence avait trouvé d'assez fréquentes applications dans les accidents de la circulation (ou du stationnement). On se demande ce qui en est compatible avec la l. 5 juill. 1985 (cf. *infra*, n° 280).

► *Moyen de défense tendant à un renversement du fardeau de la presse*

Telle est la *communication d'incendie*. En vertu de la loi du 7 nov. 1922 (qui a ajouté un al. 2 à l'a. 1384), quand le dommage consiste dans la communication d'un incendie (ce qui suppose que la chose du gardien, meuble ou immeuble, a été elle-même la proie des flammes), les tiers qui ont subi le dommage ne peuvent se prévaloir de la présomption de responsabilité de l'a. 1384, al. 1. Mais la voie de l'a. 1382 leur demeure ouverte, s'ils peuvent rapporter la preuve d'une faute commise par le gardien ou par les personnes dont il doit répondre (ex. accumulation de matières inflammables, aménagement défectueux de l'immeuble).

[260] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Esmein, VI, nos 612 s.; Rodière, nos 1494 s.; Mazeaud, II, nos 1138 s.; Le Tourneau, nos 1273 s.; G. Viney, nos 627 s.

HISTOIRE

a) *Ancien droit*. — Pour attester que l'idée d'une responsabilité générale du fait des choses n'y était pas inconnue, on cite Domat (*Lois. civ.*, part. 1, liv. 2, tit. 8, sect. 2) : « L'ordre qui lie les hommes en société... oblige aussi chacun à tenir tout ce qu'il possède en un tel état que personne n'en reçoive ni mal ni dommage. » Ce n'était chez lui (comme, d'ailleurs, dans l'a. 1384, al. 1) que l'annonce de développements qui allaient suivre quant à la responsabilité du fait des animaux. La phrase n'est pas, cependant, sans évoquer une obligation de garde, plus précisément de sécurité envers le public (cf. *infra*, Théorie juridique, b). Mais les antécédents les plus topiques de notre jurisprudence sur l'a. 1384, al. 1, devraient, sans doute, être cherchés dans les règles (mal étudiées) de la police de la circulation. Une constante y apparaît : la responsabilité pénale et civile de celui qui cause un dommage à autrui par la rapidité de sa voiture ou de sa monture (v., en dernier lieu, d. 19-22 juill. 1791, sur la police municipale, tit. 1, a. 28 ; d. 28 sept.-6 oct. 1791 sur la police rurale, tit. 2, a. 42, qui avaient transmis une tradition au C.P., R. 30, 4<sup>o</sup>). La rapidité, envisagée en elle-même, est traitée de la même manière que la maladresse ou l'imprudence (c'est l'équivalent de l'idée moderne que l'automobiliste doit rester maître de sa vitesse). Faute présumée ? risque de la vitesse ? L'Ancien Droit n'a jamais eu un système aussi intransigeant que la doctrine civiliste du XIX<sup>e</sup> s. sur la nécessité de prouver la faute.

b) *Droit moderne*. — La manière dont s'est peu à peu élevée la construction jurisprudentielle appartient déjà à l'histoire. Cf. F. Ewald, *L'accident nous attend au coin de la rue, les accidents de la circulation, histoire d'un problème*, 1982. A partir des der-

nières années du XIX<sup>e</sup> s. et jusqu'à l'affaire *Jand'heur, première phase*, de tâtonnements. On se sert de l'a. 1384, al. 1, pour venir en aide, par une dispense de preuve, aux ouvriers victimes d'accidents du travail (Civ. 16 juin 1896, S. 97, 1, 17, n. A. Esmein, D. 97, 1, 433, n. Saleilles). Mais l'essai tourne court avec la loi du 9 avr. 1898, qui organise, en la fondant franchement sur le risque, la responsabilité des entrepreneurs. Il y eut, cependant, de loin en loin, quelques applications hésitantes du texte nouvellement découvert : ex. Req. 3 juin 1904 (canalisation de gaz, dont un usager est déclaré gardien), D. 07, 1, 177, où Josserand prend position pour la théorie du risque ; Req. 19 avr. 1914, D. 14, 1, 303 (siphon d'eau de Seltz du café Riche). Ce fut ensuite l'affaire des *résines*, où la Cour de cassation (Civ. 16 déc. 1920, S. 22, 1, 97, n. Hugueney), déclarant la compagnie concessionnaire de la gare maritime de Bordeaux gardienne responsable des fûts de résine entreposés dans ses hangars (ils s'étaient enflammés et avaient mis le feu à des propriétés voisines), refusa d'admettre qu'elle pût s'exonérer par la preuve de l'absence de faute (cet arrêt, par réaction, amena le vote de la loi du 7 nov. 1922, supprimant la présomption en cas de communication d'incendie). Une *deuxième phase* correspond à l'avènement de l'automobile. La Cour de cassation chercha la protection des piétons dans une application énergique de l'a. 1384, al. 1. La grande bataille fut l'affaire *Jand'heur*. Premier arrêt : Civ. 21 févr. 1927, S. 27, 1, 137, n. Esmein, D. 27, 1, 97, n. Ripert ; puis, devant la résistance de la Cour de renvoi (Lyon, 7 juill. 1927, D.H. 27, 423, longuement motivé, et dressé contre l'idée de risque), arrêt des Chambres réunies, 13 févr. 1930, S. 30, 1, 121, n. Esmein, D. 30, 1, 57, n. Ripert, consécration illimitée (semble-t-il) d'un risque du fait des choses. La décennie qui suivit (« l'ère des aventures », Rodière, n° 1497) fut marquée par un développement audacieux du système : extension de l'a. 1384, al. 1, à un nombre croissant de choses inanimées, même peu dangereuses ; maintien de la présomption de responsabilité malgré la faute de la victime ; condamnation (en 1936) du propriétaire de l'automobile volée pour le dommage causé par le voleur (ce qui devait faire déborder le vase). Au-dehors, le climat politique était favorable à des idées qui étaient nouvelles et paraissaient sociales ; au-dedans, la nomination de Josserand à la Chambre civile renforçait l'influence de la théorie du risque dont il avait été, dès le principe, un chaud partisan. Ce fut, en tout cas, après son départ que la réaction se dessina, formant comme une *troisième phase*. L'arrêt solennel du 2 déc. 1941 (S. 41, 1, 217, n. H. Mazeaud, D.C. 42, 25, n. Rippert) se refusa à retenir la responsabilité du propriétaire de l'automobile volée. On mit ce retour vers la faute en relation avec les événements (le fait est que la culpabilité était à la mode). Cependant, les manifestations de défaveur pour le risque continuèrent après la Libération : jurisprudence sur le fait passif de la chose ; rejet de la présomption de responsabilité en cas d'aliénation mentale du gardien ; détermination du gardien selon la possibilité qu'il avait de prévenir le dommage, etc. On crut même sentir, vers 1960 dans la Cour de cassation, une sorte de hargne envers les piétons, sinon de complaisance aux assureurs : elle admettait facilement qu'il y avait faute de la victime, donc responsabilité partagée, rendant la transaction inévitable, où la victime succombe une seconde fois, à l'usure. Ce ne fut, il est vrai qu'un épisode, suffisant néanmoins pour déclencher des idées de réforme législative.

## POLITIQUE LÉGISLATIVE

Vers le milieu de ce siècle, la responsabilité du fait des choses avait connu son heure de gloire, de folle activité intellectuelle et charitable. Elle est entrée maintenant dans une période de repli, peut-être de déclin. Son royaume a été dépecé : les voitures lui ont été enlevées par la loi *Badinter* ; puis, sous l'influence conjuguée du droit communautaire et du droit de la consommation, les choses génératrices de responsabilité ont été renvoyées à la responsabilité contractuelle, à l'obligation générale de sécurité (C. Consom. a. L. 221-1, l. 26 juill. 1993). Nous ne les y suivrons pas. Ce n'est plus du droit civil.

## THÉORIE JURIDIQUE

[261] a) *Principe d'une responsabilité du fait des choses inanimées.* — La jurisprudence est si solidement établie (il fallut moins de trente ans pour faire cette coutume) qu'il est assez vain de la discuter dans son principe. Et comme on s'est bien affranchi de l'habitude d'interroger les morts pour interpréter le C. Nap., on ne s'effraie plus de constater que les tribunaux ont fait dire à l'a. 1384, al. 1, quelque chose à quoi le législateur de 1804 n'avait pas songé. D'autres interprétations, pourtant, auraient été concevables. Ainsi, on aurait pu restreindre la responsabilité du gardien à l'hypothèse d'un *vice de la chose*, apparent ou secret, prouvé ou probable. Mais aurait-ce été plus simple (cf. pour la Belgique, *R.T.*, 53, 195 et 56, 221) ? — Un autre système, esquissé par Ripert (notes D. 1922, 1, 25 et 1925, 1, 7) et accueilli par le premier arrêt *Jand'heur* (Civ. 27 févr. 1927, D. 27, 1, 5), avant d'être implicitement repoussé par l'arrêt solennel de 1930, aurait consisté à limiter la présomption de responsabilité aux choses dangereuses « soumises à la nécessité d'une garde en raison des dangers qu'elles peuvent faire courir à autrui ». Objection : le danger est démontré par la réalisation du dommage. Réplique : la question est de savoir si le gardien pouvait et devait raisonnablement le prévoir. La limitation eût été raisonnable, et elle a été proposée de nouveau (concl. Charbonnier, D. 85, 20), mais c'eût été un grand changement, et la Cour de cassation en a eu peur (Civ.<sup>2</sup> 15 nov. 1984, 3 arrêts, D. 85, 20). — Une interprétation plus imaginative serait partie de l'a. 1385 en y appliquant le raisonnement analogique. Dans l'a. 1385 (comme dans l'a. 1386), le C.C. a entendu créer des facilités de preuve en faveur des personnes qui auraient subi des dommages du fait des choses alors les plus dangereuses. Dans le paysage rural de 1804, les animaux étaient, par excellence, les choses mobilières dangereuses. L'interprète a le pouvoir et le devoir de désagréger le C. Nap. pour l'adapter à la révolution industrielle (cf. l'interprétation de l'a. 524, t. III, n° 61). Les animaux, dans l'a. 1385, ont été envisagés pour ce que leur nature semblait avoir de spécifique : spontanéité déraisonnable, complexité et mystère des déterminations, force qui, tout à la fois, obéit et résiste à l'homme. Des locomoteurs de 1804 à ceux du xx<sup>e</sup> s., l'analogie était licite, et plus généralement, des animaux aux robots.

Si l'a. 1384, al. 1, n'avait pas existé, il est probable que notre jurisprudence eût découvert dans un certain maniement de l'a. 1382 le moyen de venir en aide aux victimes, en les dispensant d'une preuve trop difficile. Elle eût reconnu, à la charge de certains propriétaires ou utilisateurs, des obligations concrètes, dont la violation les aurait constitués *ipso facto* en faute ; ex. à la charge de l'automobiliste, elle eût donné un singulier relief à l'obligation de « rester constamment maître de sa vitesse » (C. Route,

a. R. 10), de telle sorte que le seul fait de n'avoir pu éviter le heurt d'un corps étranger eût fait présumer la faute. A tout le moins, elle eût admis une preuve négative par présomptions, la faute se laissant déduire de circonstances (bon état de la route, entière visibilité, dégagement de la chaussée, etc.) qui rendaient invraisemblable toute autre cause de l'accident : système de la *faute virtuelle* (cf. Jossierand, II, n° 472), dont elle s'est servie, d'ailleurs, à l'occasion, dans des cas (ex. transport bénévole) où l'a. 1384, al. 1, était inapplicable ; v. ainsi, Civ.<sup>2</sup> 5 avr. 1962, D. 63, 78 ; cf. Boré, D. 63, chr. 21. La jurisprudence allemande avait semblablement procédé (sur la base du § 823, al. 1, B.G.B.), en faisant apparaître des *Verkehrspflichten* à la charge de ceux qui mettent une source de dangers en contact avec le public.

[262] b) *Fondement de la construction jurisprudentielle.* — Quelques-uns l'ont cherché dans une idée de *risque*, en tirant argument de l'expression « présomption de responsabilité » (non plus « de faute ») employée par l'arrêt *Jand'heur*, ainsi que de la solution qui interdit au gardien de s'exonérer par la preuve de l'absence de faute (en ce sens, Jossierand, II, nos 553 et D.H., 1930, chr. 25 ; Savatier I, n° 326). Mais, si l'on comprend le risque comme corrélatif au profit, l'objection est que les choses mobilières, que concerne principalement l'a. 1384, al. 1, sont loin d'être toujours des instruments de gain (ou si faible ; ex. bicyclette de l'ouvrier), ni même des signes de richesse (*res mobilis, res vilis*). Et si le risque est conçu comme la contrepartie d'une activité qui fait courir des dangers aux tiers, il faudrait limiter l'a. 1384, al. 1, aux choses dangereuses (sur ce concept, *Travaux de l'Assoc. Capitant*, 1967) ; peut-être même conviendrait-il de dire, avec une précision physico-chimique : aux choses où des énergies sont accumulées, dont la décharge, dérégulée ou réglée, est génératrice de risque (cf. Philonenko, *R.T.*, 1950, 305 s.). Aussi bien, il est des auteurs qui restent fidèles à l'idée d'une *faute présumée* : ils se réclament d'une autre formule de l'arrêt *Jand'heur* lui-même (l'a. 1384 rattache la responsabilité non à la chose, mais à la *garde* de la chose [c'est-à-dire à une action humaine]), ainsi que d'une certaine nostalgie de la faute perceptible dans la jurisprudence postérieure à 1940 (ex. l'automobile volée, le fait passif de la chose). Mais quelle faute serait présumée ? La réponse la plus simple — celle du siècle dernier au sujet de l'a. 1385 (cf. *supra*, n° 253) — est que le gardien est présumé avoir mal surveillé sa chose. Toute une doctrine a ainsi parlé de *faute dans la garde*, de la violation d'une obligation de garde. Mais cette obligation n'est pas toujours entendue de même manière. Les uns : c'est l'obligation d'empêcher certaines choses de causer un dommage à autrui (Ripert, D.C., 1942, 27, col. 2). Les autres : l'obligation de garder la chose, de l'empêcher d'échapper au contrôle matériel de l'homme (Mazeaud, II, nos 1312 s.). Une nuance de l'obligation de garde sera l'*obligation de sécurité* : le gardien doit sécurité aux tiers, et il doit être condamné dès lors qu'il n'a pas rempli cette obligation de résultat (Rodière, n° 1566). On arrive ainsi à une conception dualiste, qui serre peut-être de plus près la réalité jurisprudentielle (v. Tunc, note D. 1947, 149) : il y aurait dans l'a. 1384, al. 1, à la fois une présomption de faute (susceptible de tomber devant la preuve de certains faits précis, qui excluent la faute) et une obligation de garantie des vices de la chose à l'égard des tiers (obligation qui, elle, ne cesse pas quand bien même le gardien n'aurait pu empêcher le dommage résultant de ces vices).

c) *Notion de la garde.* — V. A. Besson, Th. Dijon, 1927. Construite par la jurisprudence à partir de la propriété (v. *infra*, Pratique judiciaire d), elle aurait pu l'être autour de la possession (au sens large, qui englobe possession *stricto sensu* et détention ou pos-

session dérivée). La garde, c'eût été la possession envisagée comme source d'obligations, et non plus seulement de droits. La formule jurisprudentielle : usage, direction et contrôle, peut paraître répondre au *corpus* de la possession, actes de détention matérielle et de jouissance, traduisant une maîtrise de fait sur la chose (cf. t. III, n° 119). Ce *corpus* devrait être pénétré d'un *animus* : activement, ce serait l'intention de s'appliquer les utilités de la chose ; passivement, l'intention ou, même, la conscience, toute simple, d'en assumer les risques (cette face passive est trop négligée ; elle explique l'importance attachée par les tribunaux au fait que le défendeur avait assuré sa responsabilité : il a par là manifesté son *animus* de gardien). — Une analyse très séduisante de la notion de garde avait été donnée par B. Goldman (*La détermination du gardien responsable du fait des choses inanimées*, Th. Lyon, 1946 ; cf. *Mélanges Roubier*, 1961, II, p. 51) : il proposait de distinguer *garde du comportement* et *garde de la structure* suivant que, de sa nature, l'accident ressortit au comportement de la chose, à son utilisation, à son maniement ou, au contraire, à sa structure, à son état interne. Le propriétaire (ou le fabricant) est gardien de la structure parce que seul il peut la connaître et, éventuellement, en faire disparaître les dangers en la détruisant (ou en diffusant des consignes d'utilisation) ; or, la responsabilité de l'a. 1384, al. 1, doit être dirigée vers celui qui a la possibilité de prévenir le dommage : non pas tant pour une idée théorique de faute que pour une vue politique de *prévention*. La distinction a été critiquée (Durry, *R.T.*, 80, 358 ; 82, 423 ; Larroumet, *D.* 82, 325 et 87, 221 ; Viney, n° 700) : elle ne conduit pas toujours à une ferme désignation du responsable. Le véritable gardien, s'il faut distinguer, est le gardien du comportement ; le gardien de la structure fait figure d'exception.

[263]

## PRATIQUE JUDICIAIRE

## I. — Conditions d'ouverture

a) *Chose et fait de la chose*. — Une bouteille vide, lancée d'un train en marche par un voyageur non identifié, avait blessé un tiers travaillant près de la voie. Les juges du fond avaient retenu la responsabilité de la S.N.C.F., en considérant que celle-ci, ayant la garde du convoi, avait la garde des éléments qui s'en détachaient (Poitiers, 24 mai 1972, *J.C.P.*, 73, 2, 17368, n. Le Tourneau). Leur décision a été cassée (Civ.<sup>2</sup> 26 oct. 1972, *J.C.P.*, 73, 2, 17441, n. approbative Rodière). La vitesse du convoi cependant n'agit-elle pas ici comme un multiplicateur ? En ce sens, on peut faire valoir une analogie suggestive : quand un caillou est projeté par les pneus d'une auto, l'automobiliste est responsable du dommage causé (Civ.<sup>2</sup> 3 févr. 1966, *D.* 66, 349) ; non pas qu'il soit gardien du caillou, mais il est gardien de la voiture qui a produit la force par laquelle a été mû le caillou. La thèse fut vigoureusement défendue (Starck, *D.* 73, chr. 269). Une chose est ou non sujette à garde selon l'usage qui en est fait : la chaise pour s'asseoir est plus innocente que la chaise pour servir d'escabeau, Civ.<sup>2</sup> 8 mars 1995, *D.* 95, Somm., 232.

b) *Capacité du gardien*. — A la veille de la l. 3 janv. 1968 (a. 489-2), la Cour de cassation, qui s'y était d'abord refusée (Civ. 28 avr. 1947, *D.* 47, 329), avait fini par admettre qu'un état d'inconscience produit par des troubles psychiques n'était pas incompatible avec la qualité de gardien responsable (Civ.<sup>2</sup> 18 déc. 1964, arrêt *Trichard*, *D.* 65, 191, *J.C.P.*, 65, 2, 14304, *R.T.*, 65, 351 ; Civ.<sup>2</sup> 1<sup>er</sup> mars 1967, *R.T.*, 67, 828). Elle

en a jugé de même pour le sommeil, Civ.<sup>1</sup> 8 nov. 1989, *Bull.*, n° 344, *R.T.*, 90, 92, n. Jourdain (le gardien, après avoir momentanément confié le volant à un tiers, s'était endormi à ses côtés). Celui qui dort est-il présent ? Non, mais il est en faute de s'être laissé gagner par le sommeil, c'est une *actio libera in causa* (cf. *Flexible droit*, 1998, p. 64). Par un de ses cinq arrêts du 9 mai 1984 (*D.* 84, 525, 3<sup>e</sup> esp., *J.C.P.*, 84, 20255, 1<sup>re</sup> esp. ; cf. *supra*, n° 232, à propos de la capacité délictuelle), l'Assemblée plénière a décidé qu'il n'y avait pas lieu de se préoccuper du discernement de l'enfant gardien, dès lors qu'il avait eu (à 3 ans) l'usage, la direction et le contrôle de la chose (un bâton). Dans cet arrêt-ci, comme dans les quatre autres, elle s'est fait une très haute idée de la capacité des enfants. Mais ce sont les assureurs qui sont flattés. Cf. Legeais, Un gardien sans discernement, progrès ou régression, *D.* 84, chr. 237. Le mineur gardien est devenu monnaie courante : Civ.<sup>2</sup> 17 oct. 1990, 30 janv. 1991, 24 mai 1991, *Bull.*, n° 204, 41, 159. — Ne pourrait-on essayer de faire remonter la garde jusqu'au représentant de l'incapable (tuteur, père), quand il y en a un, souvent plus solvable que le gardien immédiat ? L'objection est dans le mécanisme même de la représentation (où la personne du représentant s'efface), outre cette considération d'équité que les représentants légaux rendent des services gratuits. Pour un mineur, toutefois, la thèse est plus solide, car l'autorité à laquelle il est soumis dans sa personne (autorité parentale, voire autorité de fait résultant de la tutelle) semble exclure qu'il puisse avoir lui-même, faute d'indépendance, la qualité de gardien des choses dont il se sert, en fût-il propriétaire, tandis qu'une telle autorité, à l'inverse, peut paraître conférer au père ou au tuteur le contrôle de l'utilisation de ces choses, donc la qualité de gardien. En ce sens, Civ. 15 juin 1948, motifs, *D.* 48, 485. Cf. Boré, *J.C.P.*, 68, 2, 2180. Il est, pourtant, fréquent en pratique qu'un mineur soit déclaré gardien : ex. Civ.<sup>2</sup> 24 mai 1991, *Bull.*, n° 159. — Sur la question différente de la responsabilité des parents du fait du mineur gardien, v. *infra*, n° 290.

c) *Détermination du gardien*. — Suivant une formule des arrêts, c'est l'usage, la direction et le contrôle exercés sur la chose qui caractérisent la garde (ex. Civ. 3 nov. 1942, *D.* 47, 145 ; Civ. 12 nov. 1951, 2 arrêts, *D.* 52, 55 ; Ch. mixte, 4 déc. 1981, *D.* 82, 365 ; Civ.<sup>1</sup> 9 juin 1993, *D.* 94, 80). Cette formule triple a l'air de se rattacher à l'arrêt solennel *Connot* (v. *infra*, e). Toutefois, celui-ci s'exprimait négativement : que le propriétaire dépossédé n'a plus la garde, parce qu'il est privé de l'usage, de la direction et du contrôle de sa voiture. Il n'aurait pas été impossible d'en induire une définition un peu différente : que la garde est la propriété, à moins que... Le système jurisprudentiel, d'ailleurs n'est pas loin d'un tel résultat : il a toujours comporté cette règle de preuve que le propriétaire doit être présumé gardien, Req. 12 janv. 1927, *D.* 27, 1, 145 ; Civ.<sup>2</sup> 22 janv. 1970, *D.* 70, 228, *R.T.*, 71, 150, Civ.<sup>2</sup> 16 mai 1984, *R.T.*, 85, 585, n. Huet. La présomption n'est pas irréfragable ; elle cède s'il est établi que la garde a été transférée à un tiers : ex. à un emprunteur, Ch. mixte, 26 mars 1971, *J.C.P.*, 72, 2, 16957 (d'autant que le prêteur lui rend un service gratuit) ; Civ.<sup>2</sup> 10 juin 1998, *J.C.P.*, 99, 2, 10042 ; Civ.<sup>2</sup> 14 janv. 1999, *J.C.P.*, 99, 4, 1418 ; mais aussi bien à un locataire (Civ.<sup>2</sup> 18 juin 1975, *D.* 75, *I.R.*, 211). C'est que la garde est *alternative*, et non cumulative (arg. par analogie a. 1385 : le propriétaire ou celui qui s'en sert) : le propriétaire est déchargé dès qu'un autre a acquis sur la chose un pouvoir de contrôle. Civ.<sup>2</sup> 10 févr. 1982, *J.C.P.*, 83, 2, 20069, n. Cœuret, a jugé un enfant gardien responsable pour avoir donné un coup de pied dans une bouteille abandonnée sur un terrain vague. Objection : la

bouteille était épave, sinon *res nullius*, et il n'en était pas devenu propriétaire, ni même possesseur, par ce coup de pied qui était rejet de toute possession. Des enfants qui jouent avec une balle peuvent en être réputés gardiens, parce qu'ils ont l'*animus rem sibi habendi*, quand ce n'est pas l'*animus domini*. Mais cet enfant-ci n'avait fait qu'exprimer un instinct d'enfant. La chose n'y ajoutait rien. On eût mieux fait de chercher du côté de l'a. 1384, al. 4. Dans une autre espèce, Civ.<sup>2</sup> 18 juin 1997, D. 97, *I.R.*, 169, la *res nullius* était un détonateur : celui qui l'a manipulé en est devenu le gardien en devenant la victime (fallait-il vraiment un responsable ?). Il semble que, plus généralement, les tribunaux exigent du transfert, au-delà de l'échange des consentements, un caractère objectivement sérieux, faute de quoi la garde reste au propriétaire. Du manque de sérieux, les critères sont variés : 1° c'était pour peu de temps et pour un usage limité (un moment de non-droit, pouvait-on croire), Civ.<sup>2</sup> 15 déc. 1986, *G.P.*, 88, 1, *Somm.* 40 ; 2° le transfert était fictif, le propriétaire cherchait à éluder sa responsabilité, Civ.<sup>2</sup> 28 mars 1994, *Bull.*, n° 112 ; 3° le transfert était « irresponsable », parce qu'il ne s'accompagnait d'aucun avertissement sur les dangers possibles de la chose, Civ.<sup>1</sup> 9 juin 1993, D. 94, 80, *J.C.P.*, 94, 2, 22202. Avec ce dernier exemple, on est très près de l'affaire de l'*Oxygène liquide*.

Dans cette affaire qui fut célèbre (en Poitou) (une bouteille d'oxygène comprimé avait explosé en cours de transport) : Civ.<sup>2</sup> 5 janv. 1956, D. 57, 261, n. Rodière, *J.C.P.*, 56, 2, 9095, n. Savatier, et Civ.<sup>2</sup> 10 juin 1960, D. 60, 609, n. Rodière, la Cour de cassation a refusé de tenir pour établi le transfert de la garde au transporteur tant qu'on n'aurait pas démontré que celui-ci avait reçu le pouvoir de surveiller et de contrôler tous les éléments de la chose et par là qu'il avait la possibilité de *prévenir* lui-même le préjudice que cette chose pouvait causer. Ces arrêts paraissaient bien consacrer la distinction doctrinale de la garde du comportement et de la garde de la structure, et il y en a eu d'autres dans le même sens, qui insistaient sur ce point que la chose était dotée d'un dynamisme propre et dangereux, recélait des forces internes que ne pouvaient connaître et maîtriser ceux qui seraient appelés à la manier : Civ.<sup>2</sup> 10 juin 1960, D. 60, 609 ; Civ.<sup>2</sup> 5 juin 1971, *R.T.*, 72, 139, n. Durry (cf. *R.T.*, 82, 423) ; Civ.<sup>2</sup> 20 juill. 1981, *J.C.P.*, 82, 2, 19848 ; Civ.<sup>2</sup> 30 nov. 1988, *Bull.*, n° 240. *R.T.*, 89, 323, n. Jourdain (constructeur d'un appareil de télévision déclaré gardien de la structure après sept ans ; mais il y avait un vice caché de fabrication). Cependant, Civ.<sup>2</sup> 3 déc. 1969, *R.T.*, 71, 152, et Civ.<sup>2</sup> 7 déc. 1977, D. 78, *I.R.*, 202, avaient été des occasions de doute (infirmé du droit jurisprudentiel à vouloir faire de l'équité sans le dire). Et un arrêt (Civ.<sup>2</sup> 15 déc. 1986, D. 87, 221, n. critique Larroumet) a poussé plus loin la logique de la dissociation des deux gardes (qu'il ne désigne pas nommément), jusqu'à admettre la possibilité d'un partage de responsabilité entre les deux gardiens. C'est transformer le sens de la distinction : elle avait été conçue comme un moyen d'exonérer des utilisateurs impuissants ; elle va être mise au service des victimes.

La jurisprudence, dans ses formules, insiste sur l'*indépendance* du gardien (ex. Civ.<sup>2</sup> 20 oct. 1971, D. 72, 414). La qualité de préposé est en général incompatible avec celle de gardien : ex. Civ. 30 déc. 1936, D. 37, 1, 5 ; Civ.<sup>2</sup> 19 févr. 1958, D. 58, 531. Le commentant demeure gardien de la chose confiée au préposé : il en a toujours la direction au sens intellectuel (et il est plus solvable). Toutefois, l'autorité parentale n'empêche pas un mineur d'avoir une garde indépendante : Civ.<sup>2</sup> 14 mars 1963, D. 63, 500 ; Civ.<sup>2</sup> 10 févr. 1966, D. 66, 332.

e) *Non-application de la présomption de responsabilité au propriétaire de la chose volée.* — Dans une affaire *Connot c. Franck*, qui fut célèbre, la Cour de cassation avait d'abord jugé que la garde de l'automobile continuait d'appartenir au propriétaire dépossédé (Civ. 3 mars 1936, S. 37, 1, 109, D. 36, 1, 81, n. très critique Capitant). L'arrêt paraissait consacrer, sans en employer les termes, une distinction ingénieuse, qui avait été proposée en doctrine (Mazeaud, 3 premières éd., II, n° 1170 ; Josserand, D.H., 1936, chr. 37) entre la *garde matérielle*, détention de la chose, et la *garde juridique*, obligation de garde (cette distinction n'avait pas été imaginée pour les besoins de la cause ; elle servait déjà à expliquer qu'un préposé ne fût pas gardien). C'est à la garde juridique, déclarait-on, que l'a. 1384, al. 1, attache une présomption de responsabilité ; or, le voleur n'a que la garde matérielle, la garde juridique, droit et obligation liés, reste au propriétaire. Cela, sans doute, n'aurait pas été soutenable si l'on avait construit la notion de garde autour de l'idée de possession, plutôt que de propriété (cf. *supra*, Théorie juridique, c). Les cours d'appel, cependant, refusaient en général de considérer le volé comme gardien. L'affaire *Connot* vint ainsi (une fois Josserand parti) devant les Chambres réunies, lesquelles désavouèrent la Chambre civile (2 déc. 1941, S. 41, 1, 217, D.C. 42, 25, n. Ripert) : le propriétaire dépossédé, y fut-il dit, n'a plus la garde de sa voiture, parce qu'il est dans l'impossibilité d'exercer sur elle aucune surveillance (ce qui pouvait faire penser à une responsabilité fondée sur la faute). Cf., dans le même sens, Civ.<sup>2</sup> 5 avr. 1965, D. 65, 737. — Sur la voie de l'a. 1382, théoriquement ouverte à la victime, à charge de prouver une négligence du propriétaire à l'origine du vol. V, *supra*, n° 217.

## [264]

## II. — Moyens de défense

a) *Cause étrangère non imputable.* — La notion de la *force majeure* exonératoire est maintenue, sous l'a. 1384, al. 1, dans des limites particulièrement étroites par l'exigence d'une extériorité de l'événement à la chose : ex. Req. 2 mai 1933, D.H. 33, 281, paille dans la matière ; Civ. 2 juill. 1946, D. 46, 392 ; Civ.<sup>2</sup> 20 nov. 1968, *J.C.P.*, 70, 2, 16567 (cf. Mazeaud, *J.C.P.*, 82, 2, 19748).

b) *Fait d'un tiers.* — Il n'est pleinement exonératoire qu'aux mêmes conditions d'imprévisibilité et d'irrésistibilité : ex. Req. 19 mars 1934, D.H. 34, 363. A défaut, la Cour de cassation avait d'abord considéré qu'il pouvait y avoir exonération partielle (ex. Civ.<sup>2</sup> 15 janv. 1960, D. 61, 681) ; mais aujourd'hui elle décide, au contraire, que le gardien doit être condamné à l'entière réparation, sauf à se retourner ensuite contre le tiers, à charge de prouver la faute de celui-ci (Civ.<sup>2</sup> 15 juin 1977, *J.C.P.*, 78, 2, 18780, n. Baudouin) ; Civ.<sup>2</sup> 26 avr. 1990, *Bull.*, n° 79. — L'identification du tiers n'est pas indispensable pour l'exonération du gardien, v. Civ. 19 mars 1934, D.H. 35, 115 ; Aix, 9 mai 1949, D. 50, 337 (les particuliers ne peuvent être contraints de se faire policiers).

c) *Faute de la victime.* — Ce moyen de défense a pris par moments un relief particulier parce qu'il était au cœur de la lutte de races entre automobilistes et piétons (ou cyclistes). On peut distinguer, à ce sujet, trois grandes périodes, non sans turbulences à l'intérieur de chacune d'elles.

1° *Jusqu'à l'arrêt Desmares.* La vieille idée du primat de la faute avait d'abord conduit à penser que la responsabilité objective de l'a. 1384, al. 1, devrait s'effacer devant une faute prouvée de la victime. Mais Req. 13 avr. 1934, D. 34, 1, 41, n. cri-

tique Savatier (à propos d'une traversée de rue hors des passages cloutés), vint établir d'autres principes : la faute de la victime ne fait pas nécessairement disparaître la présomption de responsabilité ; elle n'exonère entièrement le gardien que si, ayant revêtu pour lui un caractère imprévisible et irrésistible (ici, inévitable), elle peut être regardée comme la cause unique du dommage ; dans le cas contraire, elle ne l'exonère que partiellement, et il y a lieu à un partage de responsabilité. Civ. 9 sept. 1940, D.H. 40, 141 ; Civ. 30 mai 1944, D.A. 44, 105 ; Civ. 27 oct. 1948, *J.C.P.*, 49, 2, 4793, n. Esmein ; Civ.<sup>2</sup> 12 déc. 1956, D. 57, 73.

Mais l'imprévisibilité, l'inévitabilité se prêtent à des évaluations plus ou moins exigeantes (est-il inattendu qu'un piéton descende d'un trottoir plus ou moins encombré ? n'est-il pas toujours possible à un conducteur de s'arrêter à temps en roulant moins vite, en ayant des freins plus puissants ?). C'est sur ce terrain que l'on avait cru discerner un glissement jurisprudentiel, de plus de sévérité envers les gardiens (ex. Civ. 7 mai 1952, D. 52, 487) à plus de sévérité envers les victimes (cf. Tunc, D. 75, chr. 83 et 76, chr. 13), les arrêts se contentant de constater que le comportement fautif de la victime ne pouvait *normalement* être prévu (ex. Civ.<sup>2</sup> 20 mars 1963, D. 63, 731 ; Civ.<sup>2</sup> 23 oct. 1964, D. 65, 169, 2<sup>e</sup> esp. ; Civ.<sup>2</sup> 6 avr. 1965, *J.C.P.*, 66, 2, 14485).

Il faut bien voir quelle était la conséquence de ces arabesques jurisprudentielles pour les victimes, spécialement les victimes « à terre » (cf. H. Gaudemet-Tallon, La responsabilité de l'automobiliste et du piéton, in *L'automobile en droit privé*, 1965, 199 ; Ivainier, *J.C.P.*, 75, 1, 2703). Ce n'est pas qu'elles n'obtenaient jamais réparation, et même entière réparation lorsque le cas était en or. Mais c'est qu'elles n'en étaient jamais très sûres, en raison de la multiplicité, de l'enchevêtrement, de l'obscurité des circonstances. En détachant de la force majeure la faute de la victime pour en faire une faute quelconque, la Cour de cassation avait encouragé chez les juges du fond la tendance ancestrale à couper la poire en deux dès qu'ils n'y voyaient plus très clair (ex. Crim. 23 oct. 1969, D. 70, 4, n. Le Roy ; Civ.<sup>2</sup> 24 mai 1971, Ch. mixte, 28 janv. 1972, *R.T.*, 72, 141, 406, n. Durry) — et par contrecoup, chez les hommes de loi, la propension à jeter systématiquement le partage de responsabilité en travers de toutes les demandes (ce qui amenait les demandeurs, de guerre lasse, à transiger aux conditions imposées par les assureurs). La responsabilité du fait des choses avait été ainsi vidée de ce quasi-automatisme qui, dans la jurisprudence *Jand'heur*, en faisait la grande efficacité.

2<sup>o</sup> *L'arrêt Desmares*. Toutes les constructions échafaudées sur la faute de la victime furent remises en question par cet arrêt (Civ.<sup>2</sup> 21 juill. 1982, D. 82, 449, concl. conformes Charbonnier, n. très critique Larroumet, *J.C.P.*, 82, 2, 19861, n. critique Chabas, *R.T.*, 82, 606, n. Durry). Arrêt important, provocant, on revenait à la rigueur originelle de la responsabilité objective : seule une force majeure pouvait neutraliser cette responsabilité ; donc la faute de la victime n'exonérait le gardien que si elle présentait les caractères d'une force majeure, et elle l'exonérait alors pour le tout. L'imprudence d'un piéton à laquelle l'automobiliste pouvait s'attendre (parce qu'elle est fréquente ?) ou à laquelle, en tout cas, il pouvait parer (en restant maître de sa vitesse) ne devait pas jouer à son profit comme une sorte de circonstance atténuante, justifiant un rabais d'indemnité. L'arrêt *Desmares* fit éclore beaucoup de commentaires et d'interrogations : G. Viney, D. 82, chr. 201, et *J.C.P.*, 84, 1, 3155 ; Y. Lamsert-Faivre, D. 82, chr. 207, et D. 83, chr. 102 ; Aubert, D. 83, chr. 1 ; Puill, D. 84, chr. 58. Et il rencontra des résistances (ex. Paris, 5 janv. 1983, D. 83, 183, n. Larroumet).

3<sup>o</sup> *Les arrêts Chauvet et Mettetal*. La deuxième Chambre civile, par deux arrêts rendus le 6 avril 1987 (D. 88, 32, n. chr. Mouly, *J.C.P.*, 88, 2, 20828, n. Chabas), a fait un retour éclatant (quoique inexpliqué) à l'orthodoxie : la faute de la victime, s'il est prouvé qu'elle a concouru à la réalisation du dommage, ouvre la voie à un partage de responsabilité, dans des proportions que les juges du fond apprécient souverainement. Dans le même sens, Civ.<sup>2</sup> 8 mars 1995, D. 95, Somm. 232. Le second des arrêts de 1987 attire l'attention par le commentaire qui l'accompagne, vigoureux raccourci de tout ce que l'on peut dire de plus rationnel contre les excès de la « victimophilie ».

[265] d) *Rôle passif de la chose*. — 1<sup>o</sup> *Formation de la jurisprudence*. Il y a eu une suite impressionnante d'arrêts à partir de 1940 (la première systématisation en fut faite par Nast, La cause en matière de responsabilité du fait des choses, *J.C.P.*, 1941, 1, 221). On ne s'étonnera pas qu'étant apparue comme une réaction contre la jurisprudence antérieure, laquelle avait été tenue pour progressiste, cette jurisprudence nouvelle ait été plus ou moins confidentiellement perçue comme réactionnaire, et du coup mise en corrélation avec l'idéologie de Vichy. Déjà, pourtant, Civ. 19 juill. 1939, S. 40, 1, 97, avait orienté les esprits vers les ressources restrictives du rapport de causalité. Civ. 16 janv. 1940, *ibid.*, indique plus nettement dans quel sens le mécanisme jurisprudentiel va être monté : la participation de la chose à la réalisation du dommage fait présumer la responsabilité du gardien, mais celui-ci a le droit de s'exonérer (ce qui n'avait pas été tenté en l'espèce) par la preuve que la chose n'a pas été la « cause génératrice » du dommage (pléonasmisme critiqué). La formule du « rôle purement passif » apparaît dans Civ. 21 janv. et 19 févr. 1941, S. 41, 1, 49, et D. 41, 85. L'arrêt du 19 févr. 1941 a été capital, car il ne s'est plus borné à reconnaître implicitement la possibilité d'exonération, il a admis cette exonération effectivement (dans un établissement de bains, une cliente était tombée en syncope sur un tuyau brûlant). Le rôle passif est souligné dans Req. 3 févr. 1942, *J.C.P.*, 42, 2, 2037, n. Rodière (bouche d'eau faisant saillie sur le trottoir), en même temps que le critère de normalité. Arrêts postérieurs : Civ. 23 janv. 1945, S. 45, 1, 57, D.C. 45, 317 (moto contre auto ; celle-ci, tenant régulièrement sa droite, n'a eu qu'un rôle passif) ; Civ. 15 nov. 1949, *J.C.P.*, 50, 2, 5296 (la preuve du rôle passif incombe au gardien, non celle du rôle actif et causal à la victime ; v. cep. Civ.<sup>2</sup> 29 mars 1971, *J.C.P.*, 72, 2, 17086, 2<sup>e</sup> esp., qui exige de la victime qu'elle rapporte la preuve que la chose a été en quelque manière l'*instrument* du dommage) ; Civ.<sup>2</sup> 14 mai 1956, *J.C.P.*, 56, 2, 9446 (trappe laissée ouverte dans un escalier obscur : rôle actif et causal, parce que la position de la chose était anormale et irrégulière) ; Civ.<sup>1</sup> 7 nov. 1961, D. 62, 146. Ainsi, cherchant à restreindre les excès mécanistes de la responsabilité du fait des choses, la jurisprudence était partie d'une notion elle-même matérielle, la causalité, qu'elle avait retournée contre la responsabilité objective ; mais elle a abouti à une notion teintée de morale, la normalité. C'est que les juges sont plus experts en morale qu'en physique. La normalité a pu leur sembler utilisable pour réintroduire dans l'a. 1384, al. 1, quelque chose de cette appréciation des fautes qui est l'essentiel de leur métier. Aussi se sont-ils peu inquiétés de creuser ce concept, qui a ses difficultés, on le sait depuis Durkheim (qu'est le normal ? moyenne ? coutume ? absence de trouble social ? prévisibilité ?). Il ne faut pas d'ailleurs s'exagérer l'innovation : elle n'a oblitéré la jurisprudence *Jand'heur* ni en théorie (car la chose peut avoir eu un comportement anormal même sans aucune faute du gardien ; cf. Tunc, *R.T.*, 1946, 194), ni en pratique (car le nombre des cas où le moyen a effectivement réussi est probablement limité).

2° *Etat de la jurisprudence*. Elle n'est pas revenue sur sa solution de 1940. Témoin Civ.<sup>2</sup> 11 janv. 1995, *Bull.*, n° 18 ; Civ.<sup>2</sup> 11 févr. 1999, D. 99, *I.R.*, 71 : une chose inerte ne peut être l'instrument d'un dommage si la preuve n'est pas rapportée qu'elle occupait une position anormale ou qu'elle était en mauvais état. Dans le même sens, Civ.<sup>2</sup> 11 mai 1977, D. 77, *I.R.*, 439 ; Civ.<sup>2</sup> 7 mars 1979, D. 80, *I.R.*, 35 ; Civ.<sup>2</sup> 28 mai 1986, *Bull.*, n° 85 ; Civ.<sup>2</sup> 18 oct. 1989 (sol d'un magasin qui n'était pas anormalement humide ou glissant, *Bull.*, n° 187) ; Civ.<sup>2</sup> 8 juill. 1992, poutres entreposées à un emplacement ni anormal ni dangereux, *Bull.*, n° 201 ; Civ.<sup>2</sup> 8 juin. 1994, *R.T.*, 95, 121. On peut donc bien parler d'une théorie constituée du rôle passif de la chose, et même ajouter à son crédit intellectuel qu'elle a vraisemblablement exercé une influence (fût-elle passagère) sur la conception jurisprudentielle de l'implication, dans la loi *Badinter*, en ce qui concerne les voitures en stationnement (v. *infra*, n°s 272, 280). Dans quelques arrêts, néanmoins, se fait jour une nuance, qui les éloigne de l'orthodoxie première de la théorie : la chose était inerte, sans doute, mais bien qu'inerte a pu avoir un rôle causal ; aux juges de le rechercher sans avoir à s'interroger sur le caractère normal ou anormal de sa position. Ex. Civ.<sup>2</sup> 12 mai 1980 (vitrine), *J.C.P.*, 81, 2, 19684 ; Civ.<sup>2</sup> 30 nov. 1994 (fil de fer tendu sur un chemin privé ; en soi ce n'était peut-être pas anormal, mais la situation est décrite comme *dangereuse*), *Bull.*, n° 249.

3° *Responsabilité du fait du vide*. Dans la série jurisprudentielle qui vient d'être égrenée, plusieurs arrêts se détachent en ce qu'ils témoignent à l'unisson de notre horreur du vide, de notre peur physiologique du vertige. Les circonstances de fait sont variées : trappe laissée ouverte (14 mai 1956), cage d'ascenseur (21 juin 1972), fosses de garage ou autres (29 mai 1964, 9 févr. 1983, 8 juin 1994), en y ajoutant même l'arrêt du 11 janv. 1995, car, dans cette espèce, la chose, ce n'était point le puits-de-jour qui s'était effondré sous le poids d'un visiteur, c'était le vide en dessous. Plus que de la margelle dont on l'entoure ou de la vitre dont on le recouvre, c'est du trou que l'on doit répondre, parce qu'il est la chute, prototype de l'injustice pour l'homme, dès l'enfance. Au point que l'on serait en droit de se demander s'il peut jamais y avoir pour le vide une position qui ne soit anormale. La jurisprudence semble avoir rejoint d'instinct une des données les plus anciennes de l'humanité (cf. *supra*, n° 252).

## [266] 4 / La responsabilité du fait des produits défectueux

C'est l'intitulé de la loi 98-389 du 19 mai 1998, qui a été insérée au C.C. pour y former les a. 1386-1 à 1386-18. A le lire rapidement, on est tenté d'y voir l'annonce d'une nouvelle responsabilité du fait des choses, prolongeant celles dont traitent les a. 1384, al. 1, à 1386. Ce n'est, pourtant, pas du tout cela ; le libellé exact de la rubrique aurait dû être : *la responsabilité pour défaut de sécurité des produits*, et

cette responsabilité se sépare de celles qui la précèdent en ce qu'elle n'est pas comme elles une responsabilité exclusivement extracontractuelle, mais peut relever indifféremment des deux familles de responsabilité (a. 1386-1). Pour mettre en relief cette autonomie de l'institution nouvelle, le législateur a ouvert pour elle tout un titre à l'intérieur du livre III du C.C., le titre IV *bis* (ce qui était peut-être un honneur disproportionné).

Notre loi du 19 mai 1998 est, avec du retard, la mise en œuvre d'une directive de droit communautaire du 15 juillet 1985. Dans l'intervalle comme avant 1985, les tribunaux français s'étaient efforcés d'organiser la réparation des dommages en cause avec les ressources du droit national : en l'absence de rapports contractuels, la recherche d'une faute du fabricant ou du commerçant, une responsabilité dirigée selon l'a. 1384, al. 1 contre le gardien de la chose, à tout le moins le gardien de la structure (cf. *supra*, n° 263) ; au plan contractuel, la garantie des vices cachés, ou cette obligation de sécurité que la jurisprudence elle-même avait sous-entendue dans beaucoup de contrats (cf. *infra*, n° 295). Une loi s'y était ajoutée, dès 1983, la l. 21 juillet 1983, transvasée depuis dans le C. Consom., a. L. 221-1 s. Elle avait créé une obligation de sécurité, plus large que celle de la loi de 1998, puisqu'elle concerne non seulement les produits, mais les services, moins large, cependant, puisque, comme tout le droit de la consommation, elle ne couvre que les rapports des professionnels avec les consommateurs.

A cette masse assez considérable de droit, la loi du 19 mai 1998 est venue se superposer, sans rien abroger formellement. Elle s'est voulue loi de complément, non de réforme. Telle est la portée, qui peut sembler paradoxale, du nouvel a. 1386-18 : bien que le droit nouveau soit censé apporter aux victimes une protection plus forte, meilleure en général, il laisse entièrement subsister le droit antérieur. Il n'entend pas *porter préjudice* aux systèmes anciens de responsabilité, il cite nommément à cet égard la responsabilité pour faute et la responsabilité du fait d'autrui : à elles de trouver leur place.

On entrevoit un cumul d'actions comme il s'en rencontre ailleurs (cf. *infra*, n° 292). Il pourra poser plus d'une question aux juges. Ex. la victime a-t-elle une option entre les deux droits ? pourrait-elle emprunter à chacun un élément favorable et faire un amalgame des deux ? Forclose sur le terrain de 1998, ainsi à cause du temps décennal d'épreuve (a. 1386-12), pourrait-elle y échapper en se rabattant sur le droit commun ? Inversement, le juge pourrait-il d'office, au nom de l'ordre public de protection, appliquer la loi de 1998, alors que le



demandeur s'en est tenu au droit commun ? Encore faudra-t-il que les règles de procédure ne le lui interdisent pas.

Pour l'heure, il n'était guère possible de présenter plus qu'un exposé sans aspérités de la loi nouvelle, en commençant par reconstituer la diptyque qui s'y dessine : d'un côté le *domaine* d'application qu'elle s'est taillée, de l'autre l'institution qu'elle a créée, l'*action en responsabilité* pour défaut de sécurité des produits.

## [267] 1 | DOMAINE D'APPLICATION

Il doit être délimité de plusieurs points de vue :

### a) *Ratione materiae.*

Est en cause un *produit*. Il est défini à l'a. 1386-3 : c'est essentiellement un bien meuble, même incorporé dans un immeuble, en tout cas un *bien*. La responsabilité du fait des produits défectueux donne ici l'impression d'être une responsabilité du fait des choses, sur la ligne de l'a. 1384, al. 1. Elle repousse de son domaine les services ; mais les produits naturels (du sol, de l'élevage, de la chasse, de la pêche) sont compris dans la catégorie à l'égal des produits de fabrication.

### [267] b) *Ratione personae.*

1° *Le producteur*. Qualification générale, c'est nécessairement un *professionnel*. Mais il y a deux degrés à observer.

— *Producteur au premier degré* (a. 1386-6). C'est, par excellence, le fabricant de produit fini, mais aussi bien le producteur de matière première. Entrent encore dans cette clause, outre les importateurs de produits dans l'espace communautaire, ceux que l'on pourrait appeler *producteurs en la forme*, ou *producteurs présumés*, se bornant à apposer sur les produits leurs noms, leurs marques ou autres signes distinctifs.

— *Producteurs au second degré* (a. 1386-7). Ce sont les vendeurs, loueurs, plus généralement fournisseurs du produit. Ils sont assimilés au producteur dont ils commercialisent la production, parce que sa responsabilité pour défaut de sécurité leur a été transférée telle quelle avec le produit. Producteurs par transfert de responsabilité, ils doivent rationnellement disposer d'un recours contre le producteur causal. Ce recours leur est ouvert par l'a. 1386-7 lui-même : il obéit aux mêmes règles que l'action de la victime directe, à cela près que le fournisseur

doit l'exercer dans l'année suivant la citation en justice qu'il a reçue de la victime (délai préfix).

La loi pose des règles particulières pour le cas de l'incorporation (qui n'est pas sans évoquer l'accession des a. 551 s.) — incorporation d'un produit à un produit (du moteur à la voiture) ou même d'un produit à un immeuble (des tuiles à la maison). Le principe est que le fabricant de la partie composante est regardé comme producteur *parte in qua* (a. 1386-6). A ce titre, il est responsable du dommage causé par le défaut de sa partie. Mais il ne peut arguer du cloisonnement de sa responsabilité distincte que dans ses rapports avec le producteur de l'ensemble : à l'égard des victimes du produit, au contraire, il se retrouve responsable pour le tout, solidairement avec celui qui a réalisé l'incorporation (a. 1386-8). Il est vraisemblable que, dans la pratique, la victime assignera le producteur incorporant, le plus visible, sauf à celui-ci à exercer un recours contre le producteur de la partie incorporée. L'a. 1386-11 *in fine* ouvre, d'ailleurs, au fabricant du composant une cause spéciale d'exonération, à charge d'établir que le défaut de sécurité est imputable à la conception du produit incorporant ou aux instructions inadéquates qui avaient été données par le producteur de ce produit.

2° *La victime*. C'est le dommage qui la définit. Il peut, en fait, s'agir d'un contractant, client professionnel ou non, d'un usager sans contrat, d'un tiers absolu. La loi (a. 1386-1) entend dépasser la distinction des deux responsabilités, contractuelle et extracontractuelle.

### c) *Ratione temporis.*

1° Point de départ : la *mise en circulation* du produit. C'est tout désaisissement volontaire (a. 1386-5). La notion, remarque-t-on parfois, est plus large que celle de *commercialisation*. Toutefois, on peut se demander si elle ne se trouve pas corrigée *a contrario* par l'a. 1386-11-4° : selon ce texte, le producteur peut s'exonérer en prouvant que le produit n'a pas été destiné à la vente ni à quelque autre forme de distribution. En quoi il apparaît que la mise en circulation n'est pas seulement le *dies a quo* du temps pendant lequel la sécurité du produit sera à l'épreuve : c'est aussi une condition de fond pour l'exercice de l'action en responsabilité. Ce qui s'induit *a contrario* de la cause d'exonération plus générale de l'a. 1386-11-1° : il n'est de responsabilité du fait des produits défectueux que pour ceux qui sont déjà en circulation.

De la formule finale, assez énigmatique de l'a. 1386-5, qu'il n'y a jamais qu'une seule mise en circulation, il faut probablement entendre qu'il n'y a pas lieu de s'interroger sur la mise en circulation (éventuel-

lement sur son absence, avec la conséquence de l'a. 1386-11-1°) à chacune des transmissions successives du produit ; que la mise en circulation est acquise une fois pour toutes lorsque le producteur au premier degré, le fabricant, se dessaisit volontairement du produit.

2° *Fin* de l'obligation de sécurité : deux *délais* entrent en jeu.

— Un délai d'épreuve ou de protection, garantie (épreuve si l'on considère le produit, protection en pensant aux victimes possibles), délai de dix ans à compter de la mise en circulation (a. 1386-16) (cf. *infra*, n° 358). Le défaut de sécurité n'engage la responsabilité du producteur que s'il se manifeste durant cette période. A l'expiration de celle-ci, le producteur est libéré. Deux réserves, néanmoins : si la victime a dans le délai engagé une action en justice, le délai est interrompu ; et même les dix ans accomplis, la victime peut encore agir, mais à charge de prouver une faute du producteur.

— Un délai de prescription de trois ans éteint toutes les actions en réparation nées des a. 1386-1 et s. (a. 1386-17). Il court de la date à laquelle la victime a eu ou aurait dû avoir connaissance du dommage, du défaut et de l'identité du producteur. C'est une prescription véritable, susceptible de suspension et d'interruption. On remarque qu'elle est sensiblement plus brève que celle du système général de responsabilité civile extracontractuelle (dix ans, a. 2270-1, al. 1).

## [268] 2 | L'ACTION EN RESPONSABILITÉ

Exercée par la victime contre le producteur, au second ou au premier degré, elle est subordonnée à des *conditions d'ouverture* et peut se heurter à des *moyens de défense*.

### ► *Conditions d'ouverture*

L'a. 1386-9 énumère les trois preuves qui sont à la charge du demandeur.

a) *Le dommage*. — Ce peut être un dommage à la personne (préjudice corporel) ou aux biens (a. 1386-2). Une exception, le dommage subi par le produit défectueux lui-même n'est pas réparable : par humour anthropomorphe, on s'aventurerait à imaginer là-dessous une application de *Nemo auditur...* (cf. *supra*, n° 107).

b) *Le défaut*. — Il convient de comprendre : le défaut *de sécurité*, et la notion en devient moins facile à cerner, malgré les éléments qui peuvent être tirés de la loi et notamment de l'a. 1386-4.

Négativement, d'abord, il est clair que l'on ne saurait résoudre la question du défaut par la recherche d'une faute (négligence ou imprudence) du producteur : la loi, quand elle fait allusion à cette faute, ne l'envisage qu'à l'extérieur de son système (arg. a. 1386-18, *in fine*, et a. 1386-16, « Sauf faute... »). On ne saurait prétendre non plus que le dommage déjà constaté révèle de lui-même (*res ipsa loquitur*) l'insécurité du produit : ce serait oublier qu'il peut avoir d'autres causes que le produit, et c'est bien pourquoi, du reste, l'a. 1386-9 exige que le défaut soit établi distinctement. Il est, enfin, une tentation à laquelle il faut savoir résister, d'autant plus que l'expression de produit *défectueux* y invite : ce serait d'interpréter le défaut de sécurité très matériellement comme un vice propre de la chose. Le défaut ne réside pas nécessairement dans la substance d'une denrée, l'agencement d'une machine. Il peut se situer au dehors, dans leur *présentation* (un mode d'emploi erroné sur l'emballage), dans l'*usage* auquel il se prête, et qui peut être dangereux.

L'a. 1386-4 dématérialise et subjectivise des deux côtés la norme dont le défaut est, par hypothèse, la transgression. Le producteur a fait au public une offre — partant, une promesse — de sécurité, conforme en étendue et en degré à ce qui peut être légitimement (= raisonnablement) attendu. On reconnaît ce critère des attentes légitimes qu'une doctrine étrangère tend à substituer à l'autonomie de la volonté (cf. *supra*, n° 21).

Le texte continue en précisant la position de la norme sur l'échelle du temps. C'est à la date de la mise en circulation que doivent être appréciées les attentes du public, et elles n'ont pas à être réévaluées au motif que, depuis lors, des progrès scientifiques, fussent-ils attestés par des exemples concurrents, auraient permis une sécurité plus efficace. C'est dire que la loi a récusé dans son domaine le principe de précaution (cf. *supra*, n° 203) et n'a pas voulu imposer aux producteurs ce que l'on appelle parfois le *risque de développement*, le risque du progrès scientifique, un ultrarisque. Cette position est corroborée un peu plus loin, dans l'a. 1386-11-4°, sous la forme d'un moyen de défense. Cependant, aussitôt après avoir accordé aux producteurs cette cause d'exonération, la loi la leur reprend en partie (a. 1386-12). Ils ne pourront l'invoquer lorsque le dommage a été causé par un élément du corps humain (c'est une séquelle de l'affaire du sang contaminé), et ailleurs, ils devront racheter en quelque sorte leur exonération par des prestations actives. Même après l'expiration du délai décennal d'épreuve, *a fortiori* pendant ce délai, il leur incombe de prendre des dispositions propres à prévenir les conséquences dommageables du défaut : ainsi, de publier une mise en

garde, de procéder à un rappel des produits suspects pour révision, voire de les retirer définitivement de la circulation.

c) *Le lien de causalité entre le défaut et le dommage.* — Il n'y a guère à signaler que les interférences qui peuvent troubler le rapport en des sens divers :

- si une faute de la victime ou d'une personne (préposé, enfant) de qui elle doit répondre a concouru avec le défaut à la réalisation du dommage, la responsabilité du producteur peut être réduite, voire supprimée (a. 1386-13) ;
- au contraire, l'intervention du fait d'un tiers ne justifie aucune réduction de la responsabilité du producteur (a. 1386-14).

#### ► *Moyens de défense*

a) Il en est que la loi déclare expressément *inopérants* :

— La fabrication du produit dans le respect des règles de l'art ou de normes existantes (a. 1386-10).

— L'autorisation administrative donnée à la mise en circulation du produit ; ce qui se justifie aisément si le produit a été autorisé « sans garantie du gouvernement » (S.G.D.G., ainsi que ce fut longtemps la tradition) ; mais, aujourd'hui, la mise en circulation est souvent précédée d'un examen scientifique dans des laboratoires publics, et l'a. 1986-10, en tant qu'il ne distingue pas, se comprend moins bien ; il reste à s'interroger sur une responsabilité éventuelle de l'administration envers les victimes.

— Les clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité (a. 1386-15) ; en ce sens, la loi apparaît comme d'ordre public. Une réserve pour les clauses entre contractants professionnels.

b) L'a. 1386-11 a dressé une liste des moyens de défense *opérants*. Mais la plupart ne font guère que reprendre défensivement des données qui, positivement, constituaient déjà des conditions d'ouverture de l'action. Seul le n° 5 émerge comme fait justificatif vraiment indépendant : quand le défaut de sécurité est venu de ce que le producteur s'est conformé à des commandements législatifs ou réglementaires.

c) Bien que la loi ne s'en explique pas directement, la preuve de l'absence de faute ne serait pas exonératoire pour le producteur : il est responsable *de plein droit*. C'est une responsabilité objective, une de plus dans notre système juridique.

#### [269] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — a) Sur l'*interim* entre la directive de 1985 et la loi 98-389, v. Jourdain, *R.T.*, 89, 381 ; Level, *G.P.*, 90, 2, doct. 492 ; Calais-Auloy, *D.* 95, chr. 130 ; Cartou, *Petites Affiches*, 11 avr. 1997.

b) Sur la loi 98-389, parmi les nombreux commentaires : G. Raymond, Premières vues sur la loi n° 98-389, *Contrats, C., C.*, juin 1998, p. 7 ; J. Ghestin, Le nouveau titre IV bis du livre III du code civil, *J.C.P.*, 1998, I, 148 ; G. Viney, L'introduction en droit français de la directive européenne du 25 juillet 1985, *D.*, 1998, Chr. 291 ; F. X. Testu et J.-H. Moitry, *D. Affaires*, 1998, suppl. au n° 125 ; J. Huet, Une loi peut en cacher une autre : mise en perspective de la loi sur la responsabilité des produits défectueux, *D. Affaires*, 98, 1160 ; F. Chabas, *G.P.*, 98, 2, Doctr., 2 ; C. Larroumet, *D.* 98, Chr. 311 ; P. Jourdain, *J.C.P.*, éd. E, 98, 1204 ; Y. Dagonne-Labbe, *Rép. not.*, 98, 1265 ; Les produits défectueux et leur responsabilité, Dossier Dalloz *Affaires*, 98, suppl. au n° 142, par F. X. Testu, A. Dietz et D. Forest ; C. Larroumet, A. Outin-Adam, D. Mazeaud, N. Molfessis, L. Leveneur, La responsabilité du fait des produits défectueux (loi du 19 mai 1998), *Petites Affiches*, n° 155, 28 déc. 1998.

#### PRATIQUE JUDICIAIRE

*La jurisprudence d'avant la loi 98-389* ne connaissait pas sous leur nom les producteurs au premier ou second degré ; mais elle avait eu à statuer sur la responsabilité de fabricants, de vendeurs (distributeurs, magasins), de vendeurs-fabricants, envers leurs clients ou envers des tiers. Cf. Overstake, *R.T.*, 72, 485 ; Nguyen Thanh-Bourgeois, *D.* 81, chr. 87 ; G. Viney, *R.I.D.C.*, 89 (11), 567. Le régime de police institué par les textes de sécurité des consommateurs (cf. Ghestin *et al.*, *Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux*, 1987) n'avait pas rendu inutile le traitement individualiste des accidents domestiques (cf. Ghestin, *Vente*, 1990, n° 849 s.). Si la chose vendue causait un dommage à l'acheteur, c'était sur le terrain de la responsabilité contractuelle, plus exactement de la garantie des vices cachés, que le vendeur pouvait être actionné : l'a. 1384, al. 1, était inapplicable (v. cep. Leduc, pour une obligation contractuelle du fait des choses, *D.* 95, chr. 164) : ex. Civ.<sup>1</sup> 7 déc. 1955, *D.* 56, 136. L'a. 1645 ne soumet, il est vrai, les vendeurs à garantie pour ce genre de dommage qu'autant qu'ils ont pu connaître les vices dommageables : mais cette connaissance est présumée chez les professionnels (*unusquisque peritus esse debet artis suae*) : Civ.<sup>1</sup> 22 juin 1971, *J.C.P.*, 71, 2, 16881, 1<sup>re</sup> esp. Si, au contraire, c'était à un tiers que la chose causait un dommage après avoir été livrée à un acheteur, l'a. 1384, al. 1, pouvait intervenir. Seulement, cet acheteur, exposé à l'action de la victime parce qu'il était devenu propriétaire et gardien, n'avait pu, le plus souvent, se rendre compte des vices de la chose qui n'avait fait que passer entre ses mains : v., pour un cas extrême. Civ.<sup>2</sup> 26 juin 1953, *D.* 54, 181, *J.C.P.*, 53, 2, 7801 ; cf. Esmein, *Le diable dans la bouteille*, *J.C.P.*, 54, 1, 1163. Il paraissait plus équitable de faire supporter la réparation du dommage par le vendeur, surtout s'il était aussi fabricant. Plusieurs voies étaient ouvertes : 1° Le tiers lésé agira contre l'acheteur en vertu de l'a. 1384, al. 1, et l'acheteur condamné se retournera contre le fabricant en vertu des a. 1645-1646, en faisant entrer dans la garantie qui lui est due les dommages-

intérêts qu'il doit payer, Civ.<sup>1</sup> 17 janv. 1995, D. 95, 350, n. Jourdain (c'était, sous l'un de ses aspects multiples, l'affaire dite du *Cerceau* d'enfant). ; 2° Le tiers lésé agira directement contre le fabricant, mais à charge de prouver sa faute selon l'a. 1382 (erreur de fabrication, imprudence à n'avoir pas prévenu la clientèle des dangers du produit, etc.), ce qui ne sera pas toujours une démonstration facile ; 3° Le tiers lésé agira directement contre le fabricant, en le considérant comme gardien de la structure (cf. *supra*, n° 263 e) ; mais serait-ce raisonnablement admissible sans une limitation dans la durée (ce que l'on rencontre précisément dans le délai de garantie de l'a. 1386-16) ? La directive communautaire de 1985 n'avait pas été, du reste, dépourvue d'action sur notre jurisprudence. C'est un phénomène remarquable, un peu l'inversion de l'interprétation par les travaux préparatoires : l'interprétation du droit positif par le droit en préparation. A partir des années 80-90, on voit s'affirmer une obligation générique de sécurité, indépendante d'une analyse concrète de tel ou tel type de contrat. Ex. : Civ.<sup>1</sup> 20 mars 1989, D. 89, 381 ; Civ.<sup>1</sup> 11 juin 1991, D. 93, Somm. 241 ; Civ.<sup>1</sup> 27 janv. 1993, *R.T.*, 93, 592 ; Civ.<sup>1</sup> 17 janv. 1995, de nouveau l'aff. du *Cerceau*. C'est une obligation contractuelle, mais qui peut profiter aux tiers par une sorte de stipulation pour autrui. A la veille de la loi du 19 mai 1998, quand parle notre Cour de cassation, on croit entendre une directive de Bruxelles, Civ.<sup>1</sup> 3 mars 1998, *J.C.P.*, 98, 2, 10049, rapp. Sargos.

## [270] 5 / L'indemnisation des victimes dans les accidents de la circulation

Une loi du 5 juillet 1985, loi *Badinter*, qui n'est pas incorporée au C.C., a partiellement enlevé au régime général de la responsabilité la réparation des dommages qui se relie à certains accidents de la circulation. Bien que des notions venues du droit de la responsabilité (le gardien, a. 2, la faute [de la victime], le dommage, a. 3) s'y entrelacent aux règles nouvelles, il faut souligner que ce n'est pas une loi de responsabilité, mais d'indemnisation : elle se place d'abord du côté de la victime, non du possible responsable.

C'est une loi spéciale, dont le *domaine d'application* doit être bien circonscrit. A l'intérieur de son domaine, elle modifie le droit antérieur, tel qu'on pouvait l'exposer à partir des a. 1382-1383 et 1384, al. 1 : par une inversion de point de vue, elle substitue à la responsabilité, à l'obligation d'indemniser, un *droit à indemnisation*, dont l'*ouverture* obéit à des règles particulières.

Le postulat pratique, c'est que l'assurance de responsabilité soit obligatoire. Elle l'était avant 1985 et le demeure (a. L. 211-1 C. Ass.). Mais il y a une innovation : tandis qu'auparavant l'assureur restait

en retrait derrière le responsable, il est maintenant poussé en première ligne, il est le personnage capital dans la *réalisation du droit à indemnisation*.

Ces traits d'extériorité au régime général des obligations civiles expliquent assez qu'il ne soit traité ici que par aperçu de la loi du 5 juillet 1985.

### I | DOMAINE D'APPLICATION DE LA LOI

Il dépend de deux données :

a) *Le type d'accident*. — Seuls sont pris en considération (a. 1) :

- *les accidents de la circulation* (l'accident est un événement, fait juridique, générateur de dommage par hypothèse ; « de la circulation » ne signifie pas forcément que le mouvement doit en être cause, même le stationnement fait partie des « conditions de la circulation routière », a. R. 1<sup>er</sup> C. Route) ;
- *dans lesquels sont impliqués* (être impliqué dans..., c'est être mêlé à..., le lien semble lâche, mais, ici où il ne s'agit que d'un premier tri, il peut suffire provisoirement sans autre précision) ;
- *des véhicules terrestres à moteur* (cela va du poids lourd au cyclomoteur, mais exclut la bicyclette).

Du texte (cf. l'exclusion des trains et des trams circulant sur leurs voies propres), on aurait pu induire que la loi se restreint aux accidents qui ont eu *lieu* sur une voie ouverte à la circulation *publique*. Elle a, pourtant, été appliquée à l'accident causé dans un champ par un tracteur.

b) *La qualité des victimes*. — Toute personne ayant subi un dommage quelconque dans un accident défini selon l'a. 1 possède la qualité de *victime*, donc vocation à être indemnisée selon la loi. Des distinctions, néanmoins, sont faites entre les victimes.

— Les *conducteurs*, en tant que victimes, sont mis à part de toutes les autres victimes (piétons, cyclistes, mais aussi passagers des véhicules à moteur). Ils sont traités moins favorablement : ils peuvent bénéficier de l'a. 2, non de l'a. 3. Leur indemnisation peut être limitée ou supprimée en raison de leurs fautes.

— Les victimes d'*atteintes aux biens* (dommages matériels) sont traitées moins favorablement (a. 5) que les victimes d'*atteintes à la per-*

sonne (dommages corporels). C'est pour celles-ci avant tout (a. 5) que la loi a été conçue.

En revanche, l'existence d'un contrat de transport entre la victime et le propriétaire du véhicule impliqué est sans incidence sur le régime d'indemnisation. En termes de responsabilité, on pourrait dire que la loi est applicable à la responsabilité contractuelle aussi bien qu'à la délictuelle (extracontractuelle, dit l'a. 2270-1).

## [271] 2 | OUVERTURE DU DROIT A INDEMNISATION

Dans les régimes de responsabilité, il est usuel d'examiner tour à tour les conditions auxquelles est subordonnée l'action de la victime et les moyens de défense qui peuvent ou non la paralyser. La distinction peut être reprise pour la loi *Badinter*, mais plutôt dans l'ordre inverse, car c'est sur les moyens de défense que cette loi a mis l'accent, dans son effort pour les réduire, tandis qu'elle a laissé les conditions positives de l'action dans une ombre qui a été propice aux incertitudes.

### ► Moyens de défense opposés à la victime

Assez souvent, ils seront repoussés par le filtre de la loi.

a) *Force majeure et fait d'un tiers* (a. 2). — Le droit de les invoquer est radicalement retiré aux conducteurs et gardiens (ainsi que, par extension, semble-t-il, aux transporteurs dans le contrat de transport). La jurisprudence *Desmarres*, abandonnée ailleurs (cf. *supra*, n° 269), se trouve consolidée dans les accidents de la circulation. Il ne peut plus être question de faute délictuelle (ou contractuelle) : il y a responsabilité objective (ou convention de garantie ; cf. a. 1772, et *supra*, n° 175). Cette rigueur s'explique par un adossement obligatoire à l'assurance.

b) *Faute de la victime*. — Elle était particulièrement visée dans les projets de réforme, parce que, trop aisément, elle servait, entre les mains des responsables (ou de leurs assureurs), à intimider l'action des victimes pour amener celles-ci à un partage de responsabilité. Le moyen de défense n'a pas été, toutefois, entièrement écarté par la loi nouvelle. Il faut distinguer entre trois séries de cas.

1° *Les cas où toutes les fautes de la victime, même légères, sont opposables à son action*. Ces cas se présentent soit *ratione personae*,

quand la victime est le conducteur du véhicule (a. 4), soit *ratione materiae*, quand le dommage allégué résulte d'une atteinte aux biens (a. 5). La faute de la victime aura pour effet tantôt d'exonérer entièrement le responsable, tantôt d'aboutir à un partage de responsabilité, donc à une diminution du montant de l'indemnité.

2° *Les cas où aucune faute de la victime, même la plus lourde, hormis la faute intentionnelle, n'est opposable à son action*. C'est ici (a. 3, al. 2) que se découvre le cœur de la réforme. Certaines catégories de personnes sont surprotégées en raison de leur faiblesse physique (ou étourderie ?) présumée. Ce sont les jeunes de moins de 16 ans, les anciens de plus de 70 ans et, quel que soit leur âge, les personnes justifiant d'un taux d'incapacité permanente ou d'invalidité supérieur à 80 %. Encore faut-il que la victime ainsi caractérisée ne soit pas le conducteur du véhicule. Encore faut-il qu'elle invoque une atteinte à la personne, non une atteinte aux biens.

3° *Les cas où seules certaines fautes de la victime sont opposables à son action* (a. 3, al. 1). Sont ici concernés les individus n'entrant pas dans les catégories surprotégées, c'est-à-dire les individus suffisamment valides, entre 16 et 70 ans, lorsqu'ils se plaignent d'une atteinte à leur personne. Piétons, cyclistes, passagers à bord du véhicule, ils sont tous également protégés ; seul est exclu de la protection le conducteur. Dans le cercle ainsi délimité, le principe est qu'ils sont à l'abri des conséquences de leurs propres fautes. Il n'en est autrement que si la faute alléguée à leur encontre présente le double caractère :

- d'être *inexcusable* (notion non définie par la loi ; cf. *supra*, n° 226) ; ou, *a fortiori, intentionnelle* (la victime « volontairement recherché le dommage », ce qui suppose un suicide ou une tentative de suicide ; mais l'a. 132-7 C. Ass. pourrait permettre, par analogie, d'écarter la faute quand le désespéré a été inconscient) ;
- d'être la *cause exclusive* de l'accident (de là il résulte que, dans la mesure où le moyen de défense est admis, il ne peut tendre qu'à l'exonération totale du responsable, non à un simple partage de responsabilité).

### [272] ► Conditions de l'action de la victime

Nulle part la loi n'a déterminé ces conditions, comme si elle renvoyait pour cela aux régimes classiques de responsabilité. Cependant, à l'a. 1<sup>er</sup>, la formule *véhicule impliqué dans l'accident* (cf. a. L. 211-8 C.

Ass.) a tout de suite attiré l'attention et, en l'extrayant de son contexte, la doctrine et la jurisprudence y ont vu la consécration d'une notion nouvelle, l'*implication*, propre à remplacer les conditions de la responsabilité de droit commun. Cependant, après quelques années d'application placide, les auteurs et les arrêts se sont avisés que manquait un élément pour le fonctionnement de la loi, et une seconde condition a été mise en avant sous le nom d'*imputabilité*.

a) *L'implication*. — Il faut entendre : l'implication du véhicule dans l'accident. Un véhicule est impliqué, disent les arrêts, s'il est intervenu dans l'accident d'une manière ou d'une autre. La notion est délibérément large, et l'insistance est mise sur ce qui la sépare d'une recherche de causalité. Point n'est besoin d'une participation active : la voiture en stationnement peut être impliquée aussi bien que la voiture en marche. Derrière la chose impliquée, il n'est pas interdit d'entrevoir l'être humain : ici ce n'est pas le conducteur, c'est le gardien qui est en cause (le propriétaire que l'on présume gardien) en quoi il se manifeste que la loi de 1985 n'est pas sans réminiscence de son soubassement historique, la jurisprudence et la doctrine de l'a. 1384, al. 1.

b) *L'imputabilité*. — Le mot n'est pas dans la loi *Badinter*, et ailleurs sa signification est flottante (cf. *supra*, n° 226). En l'occurrence, il faut entendre : l'imputabilité du dommage à l'accident. Le raisonnement de base est que, si l'implication, une participation quelconque du véhicule à l'accident, est la condition nécessaire du droit de la victime à l'indemnisation, ce n'en est pas la condition suffisante : est exigé, en outre, que le dommage subi puisse être imputé à l'accident — même si les tribunaux tempèrent l'exigence en considérant que l'implication fait présumer l'imputabilité. Mais qu'est-ce à dire : imputé à l'accident, si ce n'est imputé, mis à la charge des véhicules impliqués dans l'accident, ou de l'un d'eux entre autres ? En fait, la pratique se sert de l'imputabilité surtout dans le cas des accidents complexes, en chaîne, collisions, carambolages. Sera renvoyé de la discussion le véhicule qui apparaît être resté étranger au dommage, ce qui ressemble fort à une recherche de rôle causal, malgré la séparation qui avait été affirmée en principe.

### [273] 3 | RÉALISATION DU DROIT A INDEMNISATION

La victime a, pour réaliser son droit, une action en justice, que suppose l'a. 2, contre le conducteur ou le gardien du véhicule impliqué (évocation alternative, qui ne clarifie pas le système, de l'a. 1382 et de

l'a. 1384, al. 1). Cette action se double, par un effet de stipulation pour autrui, d'une action directe (a. L. 124-3 C. Ass.) contre l'assureur du véhicule, que la loi elle-même qualifie d'assureur de la responsabilité (a. L. 211-9 C. Ass.), bien que, rigoureusement parlant, ce soit un assureur du droit à indemnisation. Si le conducteur ou le gardien est inconnu, ou si, malgré le caractère obligatoire de l'assurance, il ne s'était pas assuré, le fonds de garantie, organisme collectif, le remplacera (a. L. 420-1 C. Ass.).

Cependant, la loi de 1985 est très sobre sur ce schéma contentieux, imité du droit commun de la responsabilité, qui n'est pour elle que subsidiaire. Ce qu'elle entend par *procédures d'indemnisation* est quelque chose de très différent. Le mécanisme monté par elle (a. 12 s. ; cf. a. R. 211-29 s. C. Ass.) fait apparaître les assureurs comme les premiers débiteurs de l'obligation de réparer le dommage, et le règlement amiable comme le résultat à atteindre par préférence à tout autre. De ce mécanisme le ressort est une *offre d'indemnité* que l'assureur est tenu de présenter à la victime dans un certain délai. Cette offre, si elle n'est pas acceptée telle quelle, pourra aboutir, après négociation ou contestation, soit à une transaction, soit à un procès et à un jugement. Et le long de ce processus, du reste, la loi, par des dispositions comminatoires et défiantes, s'évertue à obtenir de l'assureur un règlement accéléré et juste des indemnités.

### [274] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — La bibliographie — commentaires du texte, livres de synthèse, notes de jurisprudence — est déjà immense. On nous pardonnera de nous borner à citer quelques titres : Legeais, *Circulation routière, indemnisation des victimes*, 1986 ; Groutel, *L'indemnisation des victimes d'un accident de la circulation*, 1987 ; Dejean de La Bâtie, *Responsabilité délictuelle* (Aubry-Rau, t. VI-2), 1989, n°s 144-161 ; Roland-Boyer, 1991, n°s 750-981 ; G. Viney, *L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation*, 1992 ; Chabas, *Les accidents de la circulation*, 1995.

#### HISTOIRE DE LA LOI

En 1965, le ministère de la Justice mit la question à l'étude : s'il était opportun de faire une loi civile sur les accidents de la circulation, et un avant-projet très remarquable fut élaboré par André Tunc (1916-1999). Son esprit général (et généreux) était d'éliminer les recherches de fautes, en instituant une réparation de plein droit au moins des dommages corporels, qu'ils aient été subis par des piétons, par des passagers ou même par le conducteur du véhicule ; c'eût été une transposition du système de la Sécurité sociale (dans sa partie relative aux accidents du travail) en un système de sécurité routière (cf. Tunc, *La sécurité routière*, 1966 ; et, pour les réactions, Savatier, D. 66,

chr. 149, Starck, *R.T.*, 66, 635). Bien que, dans l'intervalle, les compagnies d'assurances eussent, par des accords internes à la profession, allégé de beaucoup de contentieux le règlement des indemnités, l'avant-projet refit surface en 1981 (Tunc *et al.*, *Pour une loi sur les accidents de la circulation*, 1981 ; cf. cep. pour un schéma différent de réforme, Berr, Groutel et Cl. Joubert-Supiot, *Circulation, indemnisation des victimes*, 1981). A la vérité, l'opposition des avocats demeurait vive, qui craignaient, surtout en province, de perdre, par l'automatisme de la réparation, une part substantielle de leur activité. Ils obtinrent assez vite l'abandon d'un pan essentiel de l'avant-projet, le plafonnement des indemnités — d'où une menace de déséquilibre financier qui pouvait être fatale à la construction. Car les assureurs, flegmatiquement, chiffrèrent les coûts, lesquels sont sous la surveillance anxieuse des Finances. Mais pourquoi fallait-il que l'assurance de responsabilité des automobilistes fût relativement si peu chère ? Le problème se déplaçait alors, sans doute, du *lobby* de l'assurance au *lobby* de l'automobile, qui n'est pas moins puissant.

Ces arrière-pensées avaient été perceptibles dès les premières tables rondes, en 1965, et elles rendaient vraisemblable qu'une transaction se ferait sur une réforme limitée, qui se contenterait d'enlever au responsable la faculté de s'exonérer par la faute de la victime. Ce ne serait jamais que rétablir un équilibre, car entre l'automobiliste et le piéton la partie n'est pas égale. L'inégalité se manifeste à tous les moments : dans l'accident même, en termes physiques (pot de fer contre pot de chair) ; après l'accident quant à la preuve (de l'hôpital, le gisant ne mène pas l'enquête) ; enfin, quand il faut régler le litige (derrière l'automobiliste, il y a, par définition, la compagnie d'assurances qu'aucun procès ne fatigue).

Le projet n'en continuait pas moins à traîner. Sur ces entrefaites, la deuxième Chambre civile fit exploser le fameux arrêt *Desmares* (*supra*, n° 269). On se demanda si elle voulait rendre ainsi superflu le recours au législateur ou si, au contraire, par une décision délibérément excessive, elle entendait provoquer celui-ci à agir. La suite devait montrer que la seconde interprétation était la bonne : à peine la loi de 1985 entrée en application, la jurisprudence *Desmares* fut rangée au placard (Civ.<sup>2</sup> 6 avr. 1987, D. 88, 32).

C'est alors que le gouvernement déposa le projet de loi qui est devenu la loi ci-dessus analysée. Elle demeure très en arrière d'un système de sécurité routière. A-t-elle réussi du moins à tarir les procès ? Les pourvois restent nombreux, laissant deviner une défensive organisée et subtile des compagnies d'assurance. Les notions diaboliques, la faute, la causalité, n'ont pas été exorcisées. Nous savons peu de chose de la réparation des préjudices, où le contentieux publié est rare. Propos excessifs : les assureurs y feraient la loi (cf. Bailly, D. 92, chr. 202 ; M. Quenillet, *J.C.P.*, 94, 1, 3770). La France a-t-elle trop la passion du droit ? trop la passion de la voiture ?

## [275]

## ÉCONOMIE-DÉMOGRAPHIE

Les statistiques des accidents de la route, venant de sources différentes et étant établies selon des méthodes propres à chaque source, présentent de nombreuses divergences ; et elles auraient généralement besoin d'être corrigées afin de tenir compte de la mortalité tardive après blessure. Le maximum du massacre avait été atteint en 1972

(18 630). Les mesures prises en 1974 (ceinture de sécurité, limitations de vitesse) ont amené une nette amélioration. En 1995, 8 412 tués, 132 949 blessés. On n'a pas décollé des 8 000 depuis lors, et d'autres pays européens font beaucoup mieux.

Études approfondies : Vallin et Chesnais, *Les accidents de la route en France, mortalité et morbidité depuis 1953*, *Pop.*, 1975, 443 ; Cl. Lévy, *Aspects sociojuridiques*, *Pop.*, 1987, 267 ; Rallu, *Conduite automobile et accidents*, *Pop.*, 1990, 27. Cf. Commaille, *A.S.*, 1976, 197 ; Chesnais, *Histoire de la violence*, 1981 (p. 275, « L'holocauste routier »).

## PSYCHOSOCIOLOGIE

V. C. Hoyos, *Psychologie de la circulation routière*, trad. de l'allemand, 1968. Si, comme l'observait E. Demolins, *Les grandes routes de l'histoire*, 1927, la route crée le type social, il y a des types sociaux qui cohabitent sur la route. La loi *Badinter* trace une ligne séparative entre les conducteurs de véhicules à moteur et tout le reste : piétons, cyclistes, passagers. Ce n'est pas une discrimination de races, car les rôles sont promptement interchangeables : le conducteur qui descend après avoir coupé le contact est piéton (Civ.<sup>2</sup> 10 mars 1988, *Bull.*, n° 60), le cyclomotoriste à l'arrêt sur son engin est toujours conducteur (Civ.<sup>2</sup> 4 févr. 1987, *Bull.*, n° 33). Les conducteurs sont eux-mêmes fort en danger (v. les chiffres cités, Chabas, *J.C.P.*, 85, 1, 3205, n° 5). Mais leur vitesse leur confère un pouvoir de fait sur la voie publique. La demande de loi était forcément dirigée contre eux (cf. Ewald, *L'accident nous attend au coin de la rue, histoire d'un problème*, 1982).

## [276]

## POLITIQUE LÉGISLATIVE

Aussi bien ceux qui approuvaient la tendance générale de la loi (Huet, *R.T.*, 86, 127 ; G. Viney, D. 86, chr. 209) que ceux qui y étaient hostiles (Margeat *et al.*, *G.P.*, 86, 1, doct. 147) ont été d'accord pour dénoncer les obscurités du texte. Un diagnostic sévère, mais lumineux, fut bientôt porté (Larroumet, D. 85, chr. 237) ; la loi souffre, en son cœur, d'un mal peut-être irrémédiable, d'une contradiction qui la vicie, pour avoir voulu amalgamer deux contraires, le système de la responsabilité civile et celui de l'indemnisation automatique.

Deux philosophies ont pu ainsi prendre conscience de leur affrontement. D'un côté, la loi *Badinter* participe, c'est l'évidence historique, d'un mouvement d'aide à toutes victimes, qui s'est manifesté dans les années 80, avec des manifestations multiples en droit pénal, social, etc., autant qu'en droit civil, et qui se réclame d'une idéologie de solidarité (mot magique, hors le vocabulaire juridique d'où il est tiré). Mais, en face, beaucoup de juristes résistent, qui professent un attachement religieux au primat de la faute (fût-il tempéré d'a. 1384), parce qu'il leur paraît le seul garant d'une philosophie de responsabilité individuelle, donc de liberté.

De la philosophie, par besoin d'action, l'antagonisme s'est transporté sur le terrain de l'interprétation (cf. Tunc, *Mélanges Déliyanis*, Thessalonique, 1991, 189). Il existe une politique de l'herméneutique. Ceux qui regrettent les penchants de la loi à l'indemnisation automatique s'efforcent de les rabattre vers le droit commun de la responsabilité (cf. Chabas, *Le droit des accidents de la circulation*, 1995 ; Chr. Mouly, D. 87, chr. 234, D. 88, 32). Ceux qui pensent que la loi aurait pu se dégager davantage

du Code civil chercheront à la développer dans le sens d'une sécurité routière purement objective (cf. Groutel, *J.C.P.*, 86, 1, 3244, D. 87, chr. 1). V. aussi Bigot, Les trois lectures de la loi, *J.C.P.*, 87, 1, 3278 ; dans cet article on a cru apercevoir une sorte de démonstration par l'absurde : il serait impossible de faire fonctionner pleinement le système d'indemnisation sans un relèvement des primes d'assurance, conclusion judicieuse. Mais qui s'oppose au relèvement de ces primes ? Le vaste *lobby* de l'automobile. Qu'est-ce qui en fait la force ?

[277]

## THÉORIE JURIDIQUE

a) *Responsabilité ou indemnisation*. — La loi nouvelle traduit un changement de perspective : elle part de la victime et non plus, comme le C.C., du responsable. Bien que les intitulés des textes n'aient pas force de loi (au motif qu'ils ne sont pas soumis au vote du Parlement), celui-ci est très significatif : loi tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation. Une conception voisine s'était reflétée dans la décision du Conseil constitutionnel du 22 octobre 1982 (*supra*, n° 199) ; ce qui est fondamental (de droit naturel ?), c'est le droit à réparation, non l'obligation de réparer. Il est vrai que la sollicitude dont la loi entoure le créancier d'indemnité suggère en creux la présence d'un débiteur. Mais lequel ? Plutôt que l'auteur du dommage, c'est l'assureur. Probant, à cet égard, est le relief donné par le texte à ce mécanisme inédit qu'est l'offre d'indemnité, où l'assureur est le seul vis-à-vis de la victime. On pourrait songer à construire une responsabilité du véhicule, représenté par l'assureur ou, moins imaginativement, une responsabilité de l'assureur du fait d'un véhicule. Un pas de plus, et l'on en arrivera à ce que beaucoup regardent comme le terme logique d'une évolution plus vaste (cf. G. Viney, *J.C.P.*, 85, 1, 3189 ; Y. Lambert-Faivre, *R.T.*, 87, 1) : la réparation des dommages sera transférée de la responsabilité à l'assurance, et ainsi, d'une certaine manière, sera collectivisée.

b) *Droit commun ou régime autonome*. — Dans une thèse « réductionniste », on soutient avec force que la loi nouvelle n'a pas innové fondamentalement, a repris à son compte le droit commun des a. 1382-83 et 1384, al. 1, en se contentant de tendre au-dessous, dans l'intérêt de diverses catégories de victimes, un filet de protection aux mailles plus ou moins lâches selon les endroits, propre à arrêter au passage certaines causes d'exonération de la responsabilité (cf. Chabas, *J.C.P.*, 86, 2, 20598). Position moins restrictive, plus facile à défendre sans doute : le droit commun, sans être éliminé, a été refoulé, il doit composer avec la loi nouvelle, être recomposé avec elle (cf. G. Viney, D. 86, chr. 217). Une nuance de plus : le droit commun est bien toujours présent, mais s'y articule une nouvelle et spécifique présomption de responsabilité, venue de l'implication (cf. Barbieri, *J.C.P.*, 86, 2, 20672). Passons à la limite : l'interprète posera en thèse que la loi de 85, bien qu'elle ait emprunté des mots (force majeure, faute, gardien, dommage), n'en constitue pas moins un système autonome de droit (en ce sens, Durry, *J.C.P.*, 87, 2, 20769, *in fine*, Groutel, D. 87, chr. 1 s.), système d'indemnisation, non de responsabilité.

Les divergences théoriques ne sont pas sans conséquences. Pour s'en tenir aux deux extrêmes, dans la première thèse la jurisprudence qui s'est élaborée sous les a. 1382-1384 aurait une vocation privilégiée à éclairer et compléter les nouveaux textes, tandis

que dans la dernière thèse l'interprète devrait essayer de construire des solutions originales en s'inspirant du but social de la loi, l'amélioration de la condition des victimes (cf. Widerkehr, D. 86, chr. 255 ; Huet, *R.T.*, 86, 127). Autre conséquence de l'autonomie : pas d'identité de cause au sens de l'a. 1351, donc d'autorité de la chose jugée, entre l'action de droit commun et l'action fondée sur la loi de 1985, Civ.<sup>2</sup> 21 juill. 1992, *Bull.*, n° 219.

[278] c) *Fonction et notion de l'implication*. — L'a. 1<sup>er</sup> a utilisé l'implication, en combinaison avec d'autres critères, pour délimiter le domaine de la loi, mais l'expression ne reparait pas dans la section où sont contenues les dispositions essentielles réglant le droit à indemnisation (a. 2 à 6). Aussi avait-on incliné d'abord à cantonner la notion dans un rôle pacifique de borne. Cependant, au cours des débats parlementaires, l'attention s'était portée sur la formule « être impliqué » bien au-delà de ce qui était l'objet propre de l'a. 1<sup>er</sup>. Ce qui a conduit très vite à théoriser l'expression et à lui reconnaître un rôle dans l'ouverture du droit à indemnisation. Après tout, ce n'est pas la première fois (témoin l'a. 1384, al. 1, lui-même) que les interprètes ont fait sortir du vestibule un fragment de texte pour l'installer dans le salon d'apparat.

Seulement, qu'entend par *implication* ? Aucun synonyme ne s'est imposé, parmi ceux qui ont été proposés — du restrictif à l'extensif, de l'intervention (active) à la présence (éventuellement passive), en passant par la participation, même non causale (Larroumet ; Barbieri, *loc. cit.*). Il est certain qu'être impliqué n'est pas être inculpé, et que la faute reste en dehors du débat. La faute, mais non la causalité. La théorie de l'équivalence des conditions (*supra*, n° 216), notamment, a semblé pouvoir rendre raison de l'implication d'une manière assez large, assez favorable aux victimes, ne fût-ce qu'en les dispensant du travail de comparaison et de sélection des causes qu'aurait exigé une recherche de la causalité adéquate (en ce sens, L. Charbonnier, *Rapport de la Cour de cassation pour 1986*, Documentation française, 1987, p. 96 s.).

Les auteurs traduisent volontiers : être impliqué, c'est être mêlé à l'accident. Mais on peut mettre dans le mot plus ou moins d'intensité. On se représente sans effort la collision, les tôles enchevêtrées (« la mêlée, effroyable et vivante broussaille »). A l'opposé, serait-ce encore être mêlé à l'accident que d'être là quand il se produit ? La police, à ce que l'on raconte, s'en contente parfois (et vous ramasse) — mais pas le Droit civil. Entre les deux extrêmes, toutefois, il y a place pour des situations intermédiaires, notamment pour des *coïncidences significatives*. La Cour de cassation (Civ.<sup>2</sup> 10 mai 1991, D. 91, *I.R.*, 159) a censuré une cour d'appel pour avoir fait sortir l'implication d'une concomitance, et en a approuvé d'autres, Civ.<sup>2</sup> 25 mai et 8 juin 1994, D. 94, *I.R.*, 173 et 181, pour n'avoir pas retenu des coïncidences marquées, mais pas assez significatives. Cependant, sur le terrain de la responsabilité du fait des choses, précédemment, elle n'avait pas hésité à partir de la concomitance pour aboutir à l'indemnisation (Civ.<sup>2</sup> 13 oct. 1971, à propos d'un *bang*, D. 72, 117), se bornant à consolider l'hypothétique cause par l'élimination des autres causes possibles. On pourrait ici considérer qu'un véhicule est impliqué lorsqu'il s'est trouvé, par rapport à l'accident, dans le périmètre d'espace et de temps où des causalités étaient possibles — zone et période suspectes. Sauf au propriétaire ou gardien à établir que le véhicule n'a pas pu être une cause de l'accident. Si l'on ne craignait de prêter à rire, il faudrait évoquer l'action à fins de subsides (a. 342 ; cf. t. II, n° 250). Cette thèse avait l'air trop imaginative pour pouvoir espérer une consécration judiciaire. La commémoration est,



pourtant, venue avec un arrêt, Civ.<sup>2</sup> 17 mai 1995, D. 96, 307, n. critique Radé, même si elle y est quelque peu étouffée sous la complexité de l'accident. En l'espèce, le véhicule de B. a été déclaré impliqué dans l'accident mortel, alors qu'il était constaté qu'il n'y avait de sa part aucun fait qui fût en relation avec le décès de la victime : il est impliqué uniquement parce qu'il s'est trouvé sur les lieux au moment fatal. Cet appel insolite à une conception spatio-temporelle de l'implication a suscité l'attention et les critiques. Non sans raison on pouvait craindre que n'en résultât une dilution de la notion. En revanche, la solution pouvait être défendue si elle devait être l'amorce d'une réorientation de la loi vers un système de sécurité routière, à l'exemple de ce qui a été accompli ailleurs par la législation des accidents du travail.

Une idée de *risque* n'est pas absente de la loi de 1985, et l'on a évoqué un risque de la *circulation* (cf. L. Charbonnier, *loc. cit.*, p. 102), corrélatif peut-être à ces *Verkehrspflichten* que décrivaient les Allemands (cf. *supra*, n° 261). En prenant le mot dans un sens vulgaire, on aurait pu s'en servir pour éliminer du système les véhicules en stationnement. Mais le sens juridique est plus large : la circulation, c'est l'usage actuel et virtuel de la voie publique, et le stationnement est un « fait de circulation » (Civ.<sup>2</sup> 22 nov. 1995, D. 96, 163 ; cf. deux hypothèses qui pouvaient ainsi s'opposer par la présence ou l'absence significative d'un « fait de circulation », Civ.<sup>2</sup> 28 févr. 1990, D. 91, 123, 2<sup>e</sup> esp., et Civ.<sup>2</sup> 5 nov. 1998, D. 99, 257). La *circulation* apparaît, dès l'a. 1<sup>er</sup>, en effet, comme une clé de la loi. Mais une clé avec d'autres. Et l'on pourrait en dire autant des *voies publiques*, encore qu'elles ne se laissent deviner qu'*a contrario* des voies propres aux chemins de fer et tramways. Les véhicules à moteur usent des voies publiques en y stationnant non moins qu'en y circulant. Condensée d'avance en primes d'assurance, l'obligation d'indemniser qui pèse sur eux n'a plus d'autre fondement que le fondement empirique des taxes affectées (pour emprunter un concept au droit fiscal). Moyennant cette taxe de péage dont la collecte est affectée à l'indemnisation des victimes éventuelles, les conducteurs devraient acquérir le droit d'user d'une voie publique libérée de toute responsabilité civile (non pas, certes, de la responsabilité pénale), libérée aussi du risque de leur propre sécurité (ce que ne leur donne pas la loi de 1985, et c'en est sans doute la lacune la plus criante).

#### PRATIQUE JUDICIAIRE

[279] a) *Transport bénévole*. — La question n'a plus de place dans le système de 1985. Elle conserve, néanmoins, un intérêt historique, en montrant comment des normes de courtoisie ou de morale (de non-ingratitude, cf. a. 955) peuvent infléchir des règles de droit. Quand un automobiliste prend gracieusement une personne à son bord afin de lui rendre service, qu'il s'agisse d'un ami qu'il connaît ou d'un auto-stoppeur inconnu, son acte de complaisance ne donne pas naissance à un contrat : en cas d'accident, c'est la responsabilité extracontractuelle que le passager devra invoquer. Mais la jurisprudence avait commencé par décider qu'il ne pouvait se prévaloir de l'a. 1384, al. 1 à l'encontre de son chauffeur bénévole ; il n'avait que la ressource de l'a. 1382 (Civ. 27 mars 1928, D. 28, 1, 145). L'intention était morale : les règles de la responsabilité doivent être atténuées en faveur de celui qui rend un service gratuit (cf. *supra*, n° 15). Cependant, ce renversement du fardeau de la preuve fut ressenti comme trop rigoureux pour les victimes et, en 1968, par trois arrêts de chambre mixte

(20 déc. 1968, D. 69, 37), la Cour de cassation décida que la victime, quoique participant gratuitement à l'usage de la chose, n'en était pas moins dispensée d'établir la faute du gardien. Signe des temps : de même que l'équité avait été invoquée précédemment en faveur du gardien, elle l'était cette fois en faveur de la victime. Depuis 1985, l'implication donne au passager à titre gratuit la même sécurité qu'auparavant l'a. 1384, al. 1.

[280] b) *Autonomie du système d'indemnisation*. — La Cour de cassation l'a affirmée sans hésiter, série d'arrêts D. 87, 187, n. Groutel, Civ.<sup>2</sup> 4 mai 1987, *Bull.*, n° 87 ; Civ.<sup>2</sup> 21 mai 1990, *Bull.*, n° 112 ; même dans des espèces om la notion d'accident de la circulation était peu perceptible, Civ.<sup>2</sup> 8 janv. 1992, *R.T.*, 92, 401, n. Jourdain ; Civ.<sup>1</sup> 4 avr. 1995 (accident causé à un piéton sur le trottoir par la présence du tuyau de vidange d'un camion-citerne), D. 96, 113, n. Dagorne-Labbe. Elle s'est ainsi lié les mains, mais il ne semble pas qu'elle en éprouve des remords (cf. M.-P. Camproux, D. 94, chr. 109).

c) *Implication*. — V. Raffi, Implication et causalité, D. 94, chr. 158 (avec un classement des hypothèses) ; Jourdain, *J.C.P.*, 94, 1, 3794. A la victime de la prouver, Civ.<sup>2</sup> 28 mai 1986, D. 87, 160 ; Civ.<sup>2</sup> 16 mai 1994, *Bull.*, n° 119. Il y a implication, dit la Cour de cassation (Civ.<sup>2</sup> 28 févr. 1990, D. 91, 123, 2<sup>e</sup> esp.), dès lors que le véhicule est *intervenue d'une manière ou d'une autre* dans l'accident, ou encore (Civ.<sup>2</sup> 22 nov. 1995, 1<sup>re</sup> esp., D. 96, 163), dès lors qu'il a participé à la réalisation du dommage (*participer* est plus « causal » qu'*intervenir*). Mais des nuances sont parfois apportées par les cours d'appel : ex. Paris, 1<sup>er</sup> juin 1988, D. 88, *I.R.*, 207 (sans son intervention l'accident n'aurait pas eu lieu) ; Versailles, 22 avr. 1988, D. 88, *I.R.*, 166 (« il est matériellement intervenu, abstraction faite de toute recherche de causalité morale ; il suffit qu'il ait été l'occasion du dommage »...).

La Cour de cassation, au hasard des espèces, a relevé des traits qui peuvent contribuer à préciser négativement la notion. Ainsi, l'absence de choc ne l'exclut pas, Civ.<sup>2</sup> 19 nov. 1986, *G.P.*, 87, 1, 140, ni davantage l'absence de contact entre la victime et le véhicule, Civ.<sup>2</sup> 14 déc. 1987, *Bull.*, n° 264 ; Crim. 21 juin 1988, *R.T.*, 89, 99 ; Civ.<sup>2</sup> 20 janv. 1993 (contact psychologique ?), D. 94, *Somm.* 17 : c'étaient déjà des vérités sous l'a. 1384, al. 1. Le heurt par contre contient déjà en lui l'implication, Civ.<sup>2</sup> 28 juin 1989 et la n. Montanier, *J.C.P.*, 90, 2, 21508 ; Civ.<sup>2</sup> 25 janv. 1995, *G.P.*, 95, 1, 315. Plus éclairants, plus décisifs, paraissent les arrêts qui, très tôt, ont dissocié l'implication des recherches de causalité. Non seulement la victime n'a pas à prouver le rôle causal du véhicule — Civ.<sup>2</sup> 4 déc. 1985, *Bull.*, n° 156 ; Civ.<sup>2</sup> 19 févr. 1986, *Bull.*, n° 19 ; Civ.<sup>2</sup> 26 nov. 1986, D. 87, 128, n. Groutel, *J.C.P.*, 87, 2, 20833, n. M. Saluden —, mais même l'absence de lien de causalité n'exclut pas l'implication, Civ.<sup>2</sup> 11 avr. 1986, 2 arrêts, *J.C.P.*, 86 2, 20672, n. Barbieri. Certaines formules, néanmoins, affaiblissent, trahissent l'empreinte profonde laissée par le mécanisme mental de la responsabilité traditionnelle : parler d'une participation matérielle à la réalisation du dommage, Civ.<sup>2</sup> 27 nov. 1991, D. 92, *I.R.*, 12, d'un rôle actif dans la production des blessures, Civ.<sup>2</sup> 21 mai, 28 févr. 1990, D. 91, 123, Civ.<sup>2</sup> 13 janv. 1997, *J.C.P.*, 97, 22883, n'est-ce pas en revenir à la causalité ? En somme, le rôle *quelconque* dont la Cour de cassation déclare se contenter est au fond un rôle causal, avec toutefois cette facilité donnée aux juges qu'au lieu d'avoir à rechercher longuement la causalité adéquate, ils pourront jouer plus simplement sur l'équivalence des conditions (cf. *supra*, n° 216).

L'implication ne suppose pas nécessairement le mouvement, encore moins la vitesse : un véhicule à l'arrêt peut être impliqué, Civ.<sup>2</sup> 7 juin et 11 oct. 1989, *Bull.*, n<sup>os</sup> 122, 163. Un des points forts de la jurisprudence a été son traitement des voitures en stationnement. Elles peuvent être impliquées : Civ.<sup>2</sup> 21 juill. 1986, 3 arrêts, *J.C.P.*, 87, 2, 20769, n. Durry, *G.P.*, 86, 2, 651, n. Chabas, et 87, 1, 98, concl. Charbonnier ; Civ.<sup>2</sup> 7 oct. 1987, *Bull.*, n<sup>o</sup> 182. Préalable : fallait-il distinguer entre stationnement régulier et irrégulier, voire très irrégulier (cf. L. Charbonnier, *loc. cit.*) ? Il eût été étrange de faire de l'implication une peine privée, mais on aurait pu obtenir le même résultat plus banalement en opposant la maxime *Nemo auditur...*, si le conducteur en stationnement irrégulier avait prétendu tirer argument de son fait illicite pour nier l'implication. Toujours est-il que la Cour de cassation n'avait pas retenu ce critère juridique et lui avait préféré un critère de fait. Ce qui lui parut décisif pour juger de l'implication, ce fut de savoir si, immobilisée, la voiture était ou non immobilisée dans des conditions qui étaient « de nature à perturber la circulation » : Civ.<sup>2</sup> 18 nov. 1987, D. 88, 373 ; Civ.<sup>2</sup> 20 mai 1990, D. 90, *I.R.*, 136 ; Civ.<sup>2</sup> 7 juin 1990, D. 91, 123. Cela ressemblait fort à ce que disait la jurisprudence du temps de l'a. 1384, al. 1 (cf. *supra*, n<sup>o</sup> 269, la position *anormale* de la chose). Il y avait une odeur de faute là-dessous ; et ici, ce qui était plus surprenant, il s'agissait de faute commise non pas envers la victime, mais envers l'autorité publique, autorité de police, chargée d'assurer la fluidité du trafic. Cependant, après avoir mis au point cette belle théorie anthropomorphique où il semblait qu'une âme de rebelle était prêtée à certaines voitures, la Cour de cassation l'a rendue inutile en décidant que même un stationnement non perturbateur pouvait être impliqué, Civ.<sup>2</sup> 23 mars 1994, D. 94, 299, n. Groutel, *J.C.P.*, 94, 2, 22292, n. Conte, *R.T.*, 94, 627, n. Jourdain, solution consolidée depuis lors, Civ.<sup>2</sup> 25 janv. 1995, *R.T.*, 95, 383, et 12 juin 1996, *Bull.*, n<sup>o</sup> 147.

d) *Imputabilité*. — La notion, qu'avait peut-être suggérée la doctrine (cf. Groutel, D. 87, 128 et 90, chr., 263), est entrée en jurisprudence en 1990 (Civ.<sup>2</sup> 24 oct. 1990 et 16 juin 1991, *R.T.*, 91, 131 et 550, n. Jourdain), et elle y conserve une place, ex. Civ.<sup>2</sup> 18 févr. 1997, D. 97, 384, *J.C.P.*, 98, 10005, non sans controverse. Si des commentateurs ont accompagné la jurisprudence (Conte, *J.C.P.*, 90, 1, 3471 ; M. Behar-Touchais, *J.C.P.*, 91, 1, 3492), d'autres s'en sont séparés (Radé, D. 96, 307). Un arrêt 24 juin 1998, *R.T.*, 98, 922, n. Jourdain, avait donné à penser que la deuxième Chambre civile allait renoncer à cette idée d'une imputabilité du dommage à l'accident. Mais, très vite, elle a montré qu'il n'en était rien, Civ.<sup>2</sup> 5 nov. 1998, *R.J.C.P.*, 99, 2, 10084, *R.T.*, 99, 121. Les accidents à recherche d'imputabilité sont ordinairement des accidents « complexes », et la notion peut y être employée utilement, comme une notion opératoire, apte à débrouiller les incertitudes inhérentes à des accidents en cascade (ex. Civ.<sup>2</sup> 16 mars 1994, D. 94, *I.R.*, 96 ; cf. G. Viney, *J.C.P.*, 94, 1, 3773, n<sup>o</sup> 16), ou différemment à écarter un dommage qui ne s'est révélé qu'après l'accident (Civ.<sup>2</sup> 24 janv. 1995, sol. impl. D. 97, Somm. 30). Sauf à se demander ce que cette notion apporte de plus qu'une recherche de causalité sur le mode traditionnel.

[281] e) *Faute inexcusable de la victime*. — De la casuistique des juges du fond (cf. Huet, *R.T.*, 87, 347) paraissait se dégager déjà une tendance globalement favorable aux victimes. La faute inexcusable, c'était, sinon le comportement « asocial » (critère qui avait été lancé dans les travaux préparatoires, peut-être sous l'influence du futur

a. 223-1 du N.C.P., mise en danger de la personne), du moins la faute exceptionnelle, insolite, beaucoup plus grave en tout cas que la faute lourde du droit commun. La faute inexcusable (que connaît aussi le droit des accidents du travail) prend place dans l'échelle de gravité des fautes entre la faute lourde (moins grave, malgré l'assimilation au dol en droit civil) et la faute intentionnelle (plus grave). Là-dessus, la deuxième Chambre civile a parlé par une série d'arrêts du 20 juillet 1987 (cf. E. Bloch, *J.C.P.*, 88, 1, 3328 ; C. Mouly, D. 87, chr. 234). On y trouve une définition de la faute inexcusable au sens de la loi de 1985 : c'est la faute volontaire (non pas intentionnelle, il va de soi) d'une exceptionnelle gravité, exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience (c'est, au fond, le risque bravé). La formule a été reprise et consacrée par un arrêt de l'Assemblée plénière du 10 nov. 1995, D. 95, 633, rapport Y. Chartier, contenant une analyse approfondie de la jurisprudence antérieure, *J.C.P.*, 96, 2, 22564, n. G. Viney, *R.T.*, 96, 187, n. Jourdain. La victime s'était plantée au milieu de la chaussée pour faire plus efficacement du *stop* : son imprudence n'a pas été jugée pour autant inexcusable, sans doute parce qu'elle n'était pas, paraît-il, insolite. En fait, les arrêts tiennent largement compte des habitudes anarchiques des piétons (qui traversent sans regarder lors même que le passage protégé est proche) : ex. Civ.<sup>2</sup> 16 nov. 1988, *J.C.P.*, 89, 4, 23, 29 mars 1989, *J.C.P.*, 89, 4, 207, 3 mars 1993, *Bull.*, n<sup>o</sup> 80 ; Civ.<sup>2</sup> 7 févr. 1996, *Bull.*, n<sup>o</sup> 33. C'est un critère sociologiquement acceptable que celui de l'illégalité tolérée par l'usage réciproque des usagers de la route. On rencontre, tout de même, des fautes jugées inexcusables : ex. Civ.<sup>2</sup> 7 juin 1990, *Bull.*, n<sup>o</sup> 123 ; Civ.<sup>2</sup> 22 janv. 1992, D. 92, *I.R.*, 71 ; Civ.<sup>2</sup> 19 nov. 1997, D. 98, *I.R.*, 15. Spécialement sur les autoroutes : ex. Civ.<sup>2</sup> 14 févr. 1989, *J.C.P.*, 89, 4, 166, 22 juin 1989, D. 89, *I.R.*, 235 ; 13 févr. 1991 et 8 janv. 1992, D. 92, Somm. 208). A quoi l'on est tenté d'objecter : 1<sup>o</sup> la familiarité trompeuse acquise par ceux qui doivent vivre au voisinage du monstre ; 2<sup>o</sup> la souveraineté sans partage que sur cet espace exercent les conducteurs.

Et l'ivrogne ? fera-t-on une excuse de son vice (C. Mouly, D. 87, chr. 234) ? La Cour de cassation a, néanmoins, considéré que l'ivresse, à plus forte raison, la simple imprégnation alcoolique dont elle est plus fréquemment saisie, n'était pas incompatible avec l'excusabilité : ex. Civ.<sup>2</sup> 10 avr., 10 mai, 24 mai 1991, *Bull.*, n<sup>os</sup> 115, 133, 152, (cf. C. Lapoyade-Deschamps, D. 95, 394) ; Civ.<sup>2</sup> 1<sup>er</sup> avr. 1998 (il était ivre-mort), *J.C.P.*, 99, 4, 2226. Dans sa ligne générale, la jurisprudence ne s'est guère cachée de tendre à l'indulgence. La faute inexcusable lui apparaissant comme une exception au principe (à l'idéal) d'une complète indemnisation, elle peut se réclamer d'une interprétation correcte en interprétant cette exception restrictivement.

La loi enferme le droit à la faute inexcusable, si l'on ose dire, dans des catégories autonomes qui ne sont pas des incapacités délictuelles (notion qui s'est d'ailleurs vidée de sa substance par l'effet aussi bien de l'a. 489-2 que des arrêts de l'Assemblée plénière du 8 mai 1984 [v. *supra*, n<sup>o</sup> 223]). Dans les marges, toutefois, il semble que le caractère inexcusable de la faute pourrait ne pas résulter uniquement de la description objective des faits, mais inclure une appréciation *in concreto* des possibilités subjectives de la victime, où entrerait en compte, sinon la jeunesse de celle-ci (l'adolescent de 16-18 ans est décidément trop mûr), du moins son état mental : en ce sens, Jourdain, *R.T.*, 89, 766 ; mais, en sens contraire, Civ.<sup>2</sup> 7 juin 1989, D. 89, 559, *J.C.P.*, 90, 2, 21451), dans un cas où la victime, quoique placée en curatelle, n'était point titularisée comme « handicapé mental » à 80 % (le droit civil pèse bien peu aujourd'hui au regard du droit sanitaire).

f) *Conducteur*. — Il a pu passer pour le mal-aimé de la réforme, banni d'emblée de l'a. 3, al. 1, Civ.<sup>2</sup> 13 janv. 1988, *Bull.*, n° 14, du moins tant qu'il est à son volant, Civ.<sup>2</sup> 11 déc. 1991, *J.C.P.*, 93, 2, 21987. Les piétons victimes étant au cœur de la loi de 1985, il était d'une justice sommaire de restreindre les droits de celui qui a la position antagoniste. Pour lui, la faute a un sens : s'il est victime, elle réduit ou exclut son droit à indemnisation : Civ.<sup>2</sup> 16 oct. 1991, D. 92, *Somm.* 275 ; Civ.<sup>2</sup> 16 nov. 1994, *R.T.*, 95, 385. Par une suite logique, il semblait qu'en cas de collision, si un seul conducteur avait commis une faute, il n'avait pas droit à indemnisation, Civ.<sup>2</sup> 24 nov. 1993, *R.T.*, 94, 367 ; et n'avait pas d'action contre les conducteurs non fautifs, Civ.<sup>2</sup> 6 juill. 1994, D. 95, 603. Cependant, des arrêts ont fait évoluer la solution dans un sens qui lui est plus favorable (cf. Groutel, Le conducteur victime rétabli dans ses droits, D. 97, chr. 18, ainsi que D. 97, 448 et 503). Il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement si sa faute a pour effet de limiter ou d'exclure son indemnisation, Ch. mixte, 28 mars 1997, *J.C.P.*, 97, 1, 4025, n° 25, Civ.<sup>2</sup> 5 nov. 1998, *Bull.*, n° 254.

[282] g) *Victimes par ricochet*. — De droit commun (*supra*, n° 212), leur sont opposables les moyens de défense qui étaient opposables à la victime directe, L'a. 6 de la loi adapte, en la retournant, cette jurisprudence : la faute de la victime est bien, en théorie, opposable aux victimes par ricochet, mais celles-ci peuvent se réclamer des limitations et exclusions que l'a. 3 a prévues. Qu'un mineur de moins de 16 ans ait péri dans l'accident, il semble donc que les parents soient en droit de se faire indemniser du préjudice indirect qu'ils ont subi. Mais si l'a. 1384, al. 4, est invoqué contre eux, parce qu'ils ont, par hypothèse, manqué à leur devoir de surveillance ? ou même l'a. 1382 parce que l'un d'eux, conducteur, a sa part de responsabilité dans le dommage ? Ce sont des responsabilités qui leur sont personnelles, non pas des fautes de la victime, et l'on n'est plus sur le terrain de l'a. 6. Tel est le raisonnement orthodoxe, mais la Cour de cassation s'est prononcée en sens contraire. Se refusant à décomposer, elle considère avant tout le droit des victimes surprotégées à l'indemnisation intégrale, droit que l'a. 6 veut transmettre inaltéré aux victimes indirectes : Crim. 15 déc. 1987, *J.C.P.*, 88, 2, 21031, n. Chabas, *R.T.*, 88, 783, n. Jourdain ; Civ.<sup>2</sup> 8 mars 1989, D. 90, 245, n. critique Aubert. La solution peut se réclamer d'une lecture très autonome de la loi *Badinter*, mais aussi d'une appréciation humaine des réalités familiales.

## *Mise en œuvre de la responsabilité civile*

Dès que les conditions de la responsabilité sont réunies naît une obligation de réparer. Mais cette obligation a besoin d'être mise en œuvre pour que satisfaction effective soit donnée à la victime. Des difficultés pratiques font souvent écran. Les plus visibles tiennent à la nécessité d'un *procès*, pour peu que le responsable ne reconnaisse pas volontairement sa responsabilité (de fait, nulle matière n'est aujourd'hui plus contentieuse : le responsable serait-il las de contester, sa compagnie d'assurance continuerait souvent le combat pour lui). D'autres difficultés sont dues à la trop grande richesse technique du droit de la responsabilité. Il existe plusieurs types de responsabilité civile et l'étude de leurs *relations* montre que, loin d'être tous interchangeable, ces types de responsabilité sont souvent fort cloisonnés.

B.G. — Planiol-Esmein, VI, n°s 657 s. — Cette matière (et ce n'est pas en soi un bon signe) soulève une foule de questions pratiques, soit de procédure, soit de fond, qu'un manuel de droit civil ne saurait épuiser. Il faut, en particulier, tenir compte de l'interférence très fréquente de l'assurance de responsabilité (sur cette assurance, v. Mazeaud-Tunc, III, n°s 2646 s. ; Picard et Besson, *Assurances terrestres*, 1982, I, n°s 349 s. ; G. Viney, II, 1988, n°s 346-437 ; Y. Lambert-Faivre, *Droit des assurances*, 9<sup>e</sup> éd., 1995, n°s 429 s.). La loi de 1985 sur les accidents de la circulation a institué des rapports directs entre l'assureur de la responsabilité et la victime. Elle a organisé une procédure de règlement de l'indemnité d'assurance, qui a pour pivot l'*offre d'indemnité* (acte unilatéral, plutôt que pollicitation) que l'assureur est tenu de présenter à la victime dans les huit mois de l'accident.

LE PROCÈS  
EN RESPONSABILITÉ CIVILE

Le procès en responsabilité civile a une importance particulière. Le fait dommageable a fait naître une obligation de réparer le dommage, mais cette obligation est encore informelle. Il faut le procès pour la transformer en une dette précise de dommages-intérêts. Ce qui fait dire souvent que le jugement auquel aboutit l'action en responsabilité a un caractère non pas déclaratif comme la plupart des jugements, mais constitutif, créateur de droit.

[284] 1 | L'ACTION EN RESPONSABILITÉ

► *Caractères de l'action*

On se demande dans quelle mesure elle est liée à la *personne* de la victime et à l'*ordre public*.

a) Le principe est que l'action en responsabilité civile n'est pas une action *attachée à la personne* (au sens de l'a. 1166), et qu'elle peut être cédée librement (arg. a. 1303 ; a. L. 121-12 C. Ass.). C'est qu'elle fait partie du patrimoine de la victime, où elle tend à faire entrer une somme d'argent, et que son exercice n'implique d'ailleurs l'appréciation d'aucun intérêt moral. Pour ces raisons mêmes, il faut excepter du principe (arg. a. 1404, al. 1) les actions en réparation d'un dommage moral ou d'un dommage corporel (soit moral, soit même matériel).

b) L'action en responsabilité civile a un *certain caractère d'ordre public*, en ce sens qu'il est interdit d'y renoncer *d'avance*. Elle n'est pas soumise au préalable d'une mise en demeure, car l'obligation de ne pas causer de dommage à autrui (*neminem laedere*) existe de plein droit. Une personne qui sait que son activité est appelée à causer du dommage autour d'elle ne peut valablement stipuler de ses victimes éventuelles qu'elles ne lui demanderont pas réparations. Ces *conventions d'irresponsabilité*, qui seraient valables en principe quant à la responsabilité contractuelle, sont nulles en ce qui concerne la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle, même la responsabilité du fait d'autrui et du fait des choses, tout le système des a. 1382 à 1386 étant d'ordre public. Ce qui ne veut pas dire que certaines manifestations de volonté de la victime ne puissent être prises en considération après coup pour l'appréciation de la responsabilité (ex. maxime *volenti non fit injuria* ; acceptation des risques, cf. *supra*, n° 234), mais c'est autre chose qu'une renonciation anticipée au droit de demander réparation. Si les renonciations anticipées à l'action en réparation sont interdites, c'est que les renonçants se rendraient mal compte, d'avance, de la portée de leur abandon. Cette raison conduit à valider les renonciations faites *après la réalisation du dommage* (arg. a. 2046).

#### ► Régime de l'action

Ce régime est différent selon que la responsabilité civile se présente à l'état pur ou *mélangée à la responsabilité pénale*, ce qui dépend d'un point : si le fait dommageable a ou non la nature d'une *infraction pénale*.

a) *Responsabilité civile à l'état pur*. — L'action est portée devant les tribunaux civils, instruite suivant les règles de la procédure civile. Le fait dommageable étant un fait matériel, la preuve peut en être administrée par tous les moyens (a. 1348-1°) : témoignages, présomptions de l'homme (indices), qu'il appartient à la victime de réunir elle-même. Le délai pour agir est de 10 ans (a. 2270-1) ;

b) *Responsabilité civile mélangée à la responsabilité pénale*. — La victime d'une infraction pénale a le choix de porter son action en réparation (action civile, au sens technique des a. 2 et 418 C. Pr. P.), soit devant les juridictions civiles, soit devant les juridictions répressives. En la portant devant celles-ci, elle se donnera un avantage quant à la preuve, car le juge pénal a le devoir de rechercher d'office les preuves d'une infraction, et il dispose pour cela de procédés plus énergiques

que les particuliers (éventuellement, ouverture d'une information). D'ailleurs, les pièces d'une procédure pénale (même d'une procédure qui n'a pas abouti, ex. close par un non-lieu) peuvent toujours, avec l'autorisation du Parquet, être communiquées à la victime pour être versées aux débats du procès civil. L'action civile s'éteint par prescription selon les règles du C.C. (l. 23 déc. 1980, modifiant a. 10 C. Pr. P.). Mais elle ne peut plus être portée devant la juridiction pénale après l'expiration du délai de l'action publique (l'action qui tend à faire infliger une peine au coupable et qui s'éteint par 10 ans, 3 ans ou 1 an, suivant que le fait a la nature pénale d'un crime, d'un délit ou d'une contravention).

#### [285] 2 | LE JUGEMENT STATUANT SUR LA RESPONSABILITÉ

Il statue à la fois sur le principe de la responsabilité et sur sa traduction concrète (exceptionnellement, il peut, lorsque le préjudice est encore indéterminé, ne régler immédiatement que le premier point, laissant à une procédure ultérieure la fixation de la réparation). La mise en œuvre de l'obligation de réparer soulève des problèmes quant à la *mesure* et quant au *mode* de la réparation.

#### ► Mesure de la réparation

a) La réparation doit, par définition, se calquer sur le préjudice. Ce *principe de l'adéquation de la réparation au préjudice* emporte deux conséquences :

1° *Indifférence de la faute*. — Puisqu'il s'agit de réparer, non de punir, il est rationnel que la gravité de la faute soit sans influence sur le quantum des dommages-intérêts. La règle est, cependant, théorique plus que pratique : en fait, les juges ont tendance à graduer l'étendue de la réparation d'après la gravité de la faute. Cette tendance est très visible dans le cas du dommage moral, où l'indemnité délictuelle prend facilement l'allure d'une peine privée, mais aussi dans certains cas de dommage matériel. Du reste, quand il faut procéder à un partage de responsabilité (à la suite d'une faute de la victime, ou parce qu'il y a plusieurs responsables), le tribunal est nécessairement amené à doser les condam-

nations en fonction d'une appréciation morale portée sur la conduite respective des intéressés.

2° *Réparation intégrale*. — La condamnation ne doit réparer que le dommage retenu à la charge du responsable (exclusion, par ex., du dommage trop indirect ; cf. *supra*, n° 213), mais doit réparer *tout* ce dommage. La victime doit être remise (son patrimoine, ses intérêts reconstitués) exactement dans l'état antérieur à l'accident, *restitutio in integrum*. Du moins, autant qu'il est possible au juge (cf., *supra*, n° 8, et pour analogie, a. 270). L'exigence de réparation intégrale présente avant tout une signification d'exhaustivité : chacun des chefs (sujets) de préjudice qui ont été prouvés doit faire l'objet d'une réparation, et d'une réparation entière ; ce qui n'interdit pas aux tribunaux d'allouer éventuellement une indemnité globale, « tous chefs de préjudice confondus ». Mais la notion de réparation intégrale vise aussi à l'efficacité : parmi les modes de réparation doit être choisi celui qui a le plus de chances de rétablir le *statu quo ante*. Malgré la plasticité fabuleuse de l'argent, il est des cas où la réparation en nature (des prothèses) sera plus adéquate au dommage.

b) Plusieurs *difficultés pratiques* doivent être au moins signalées.

1° *Evaluation*. — La Cour de cassation reconnaît ici aux juges du fond un pouvoir souverain d'appréciation. Mais elle leur demande de se placer à la date du jugement définitif, non pas à la date où le préjudice s'est réalisé (cf. *supra*, n° 169). A notre époque de dépréciation (même lente) de la monnaie et de hausse des prix, c'est la solution la plus propre à assurer la réparation intégrale ;

2° *Révision*. — Le préjudice peut évoluer après le jugement. Si c'est dans le sens de l'atténuation, l'autorité de la chose jugée s'oppose à ce que le responsable obtienne une réduction correspondante des dommages-intérêts, à moins que le premier jugement ne lui en ait formellement réservé le droit. Si, au contraire, il y a aggravation, on admet que la victime puisse réclamer des dommages-intérêts supplémentaires, parce que c'est, en somme, une nouvelle action en responsabilité qu'elle forme, reposant sur un préjudice distinct (ex. a. L. 211-19 C. Ass. pour les accidents de la circulation). Mais la réponse est différente quand l'insuffisance d'une indemnité, spécialement d'une rente indemnitaire, apparaît à la suite de la hausse des prix et de la dépréciation de la monnaie : la Cour de cassation n'admet pas que la victime puisse demander la révision pour cette cause.

Les juges pourraient, toutefois, essayer de prévenir le risque monétaire en assortissant d'une clause d'indexation la rente viagère à laquelle ils condamnent le responsable (cf. t. III, n° 18). Après

des hésitations, des arrêts de Chambre mixte (6 nov. 1974, *J.C.P.*, 75, 2, 17978) ont posé en thèse la licéité de la combinaison. Mais ils ont été presque aussitôt vidés d'une bonne part de leur portée pratique par une loi du 27 déc. 1974 (mod. par l. 5 juill. 1985). Cette loi concerne les rentes allouées par convention ou par jugement, en réparation du préjudice causé par les accidents de la circulation, en cas de décès ou d'invalidité. Dans le domaine ainsi circonscrit, toute indexation amiable ou judiciaire est prohibée ; en revanche, toutes les rentes bénéficient périodiquement de majorations de plein droit, calquées sur les revalorisations périodiques des rentes pour accident du travail. En dehors de là, la jurisprudence de 1974 garde sa valeur de principe.

3° *Pluralité de responsables*. — Le principe est que chacun doit être condamné à réparer le dommage en totalité, ce qui crée entre eux une obligation *in solidum* (*infra*, n° 345), qui n'est pas une véritable solidarité passive. Le partage de responsabilité auquel le juge a pu procéder ne concerne que les rapports réciproques entre les coresponsables et n'affecte pas l'étendue de leurs obligations envers la victime. Celui qui aura été ainsi contraint de payer le tout aura une action récursoire contre les autres (a. 1214) pour rétablir les propositions fixées par le jugement.

#### ► *Mode de réparation*

a) *Réparation en nature*. — En matière délictuelle, elle est plus facilement admise qu'en matière contractuelle (cf. *supra*, n° 169). Le juge peut l'ordonner s'il y voit le moyen le plus adéquat de réparer le dommage. Il lui faudra prendre garde, toutefois, à ne pas violenter la liberté. La liberté du responsable, d'abord, en lui imposant, par ex. en cas de diffamation, une « réparation d'honneur », à la façon de l'Ancien Droit, par comparution physique à la télévision (autre chose est la diffusion d'un communiqué, cf. a. 9-1, al. 2). La liberté de la victime également : si elle a été estropiée, on peut bien la contraindre à recevoir des prothèses, mais non pas, en général, à subir une opération chirurgicale qui pourrait la remettre sur pied. Reste pour la réparation en nature un champ d'application très pacifique : remplacement à l'identique de l'objet perdu, s'il s'agit de choses fongibles ; « réparation » (au sens matériel) du bien détérioré — outre les réparations de type négatif, la démolition d'une construction illicite (arg. a. 1143), l'annulation d'un acte frauduleux.

b) *Réparation par équivalent*. — Même ici, elle demeure la règle, sous la forme de l'allocation d'une somme d'argent, *dommages-intérêts* ou *indemnité délictuelle*. Cette indemnité pécuniaire peut consister soit dans un capital, versé une fois pour toutes, soit dans une rente. La rente se recommande spécialement quand il y a lieu de réparer, à la suite d'un accident corporel, le préjudice résultant de l'incapacité de travail. Cependant, selon la l. 5 juill. 1985 (a. 44), la victime d'un accident de la circulation peut demander que la rente qui lui a été allouée soit remplacée par un capital.

## [286] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Esmein, VI, n<sup>os</sup> 657 s. ; Rodière, n<sup>os</sup> 1638 s. ; G. Viney, III, n<sup>os</sup> 15 s. ; Mazeaud, II, n<sup>os</sup> 1679 s., III, n<sup>os</sup> 2000 s. ; Le Tourneau, n<sup>os</sup> 554 s., 622 s. ; Starck, 1349-1539.

### POLITIQUE LÉGISLATIVE

La politique des dommages-intérêts est une partie importante de la politique de la responsabilité. Les largesses comptent ici autant et plus que la largeur de l'ouverture. Si l'on élargit la responsabilité en l'affranchissant de la faute, il peut sembler réciproque de ne plus accorder une réparation intégrale. C'est l'esprit de la législation des accidents du travail : en contrepartie de la garantie dont elle fait bénéficier les salariés, elle ne leur attribue qu'une réparation *forfaitaire* (le dommage est obligatoirement évalué à une fraction du salaire ; le préjudice d'affection n'est pas réparé, etc.). Dans les premiers projets de « sécurité routière », un tel plafonnement des dommages-intérêts avait été envisagé. Mais la l. 5 juill. 1985 n'a pas osé aller jusque-là. Elle prévoit seulement (a. 26) une publicité des indemnités accordées par les jugements et les transactions, espérant qu'ainsi tendront à s'atténuer les distorsions actuellement observables (toujours la même illusion : qu'informer dispense de prendre une décision). En fait, notre politique de faveur systématique aux victimes d'accidents corporels a moins profité aux plus pauvres qu'aux « cadres » et aux professions libérales, qui capitalisent leurs gains annuels. Dans un pays démocratique, l'homme le plus cher devrait-il valoir plus qu'une *rente* égale au traitement d'un juge ? — Notre principe de la réparation intégrale manque de souplesse (en manquerait encore plus si les tribunaux ne prenaient des libertés avec lui). L'a. 43 C.O. (suisse) confère expressément au juge, dans la détermination de la réparation, le pouvoir de tenir compte des circonstances et de la *gravité de la faute*. L'a. 44 — disposition d'équité — lui confère un *pouvoir de modération* des dommages-intérêts, en faveur des responsables à qui n'est imputable ni faute intentionnelle ni faute lourde, lorsqu'une condamnation à la réparation intégrale serait de nature à les mettre dans une gêne extrême (cf. Engel, n<sup>o</sup> 120 ; Grossen, *Hommage Cornu*, 1994, 193). Cf. chez nous, en matière contractuelle, a. 1374, al. 2, 1992, al. 2.

## [287]

### THÉORIE JURIDIQUE

Cf. M.-Eve Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, Th. Toulouse, 1974.

On peut apercevoir dans le jeu de la responsabilité civile une série d'obligations, sortant les unes des autres par métamorphose. L'*obligation initiale* est celle à laquelle un manquement est constaté (si l'on définit la faute comme le manquement à une obligation préexistante). De sa violation sort l'obligation de réparer, qui la doublait virtuellement, prête à surgir en cas de transgression. L'*obligation de réparer* est une obligation de faire : il s'agit de rendre indemne, de remettre dans l'état antérieur, résultat qui pourra être atteint de plusieurs manières entre lesquelles la décision n'est pas encore prise (en nature ou en argent ? capital ou rente ? etc.). Telle qu'elle naît du fait dommageable, elle est encore informe et le restera jusqu'au jugement. Elle n'a pas d'expression monétaire : c'est une *dette de valeur* (*supra*, n<sup>o</sup> 12). Elle va être transformée à son tour par le jugement de condamnation, le plus souvent en *obligation à dommages-intérêts*, qui est une obligation de somme d'argent. Ainsi le droit de la victime à réparation est antérieur au jugement, existe dès la réalisation du dommage, mais sa créance indemnitaire précise n'apparaît qu'à la date du jugement qui la consacre. De là, deux chaînes opposées de conséquences. Ex. une loi nouvelle survenue entre la réalisation du dommage et le jugement est inapplicable (à moins d'être rétroactive) aux droits de la victime (Civ. 17 oct. 1939, D.H. 40, 2 ; cf. Req. 15 nov. 1939, D.H. 40, 40). Mais, en sens contraire : une créance délictuelle ne peut produire d'intérêts moratoires que du jour du jugement (Civ. 5 nov. 1936, D.H. 36, 585 ; Crim. 8 nov. 1945, D. 46, 95 ; cf. a. 1153-1) ; seuls doivent être réparés les éléments de préjudice subsistant au jour du jugement (Civ.<sup>2</sup> 24 mars 1953, D. 53, 336). On a parfois débattu la question sous l'angle de la distinction (cf. *supra*, n<sup>o</sup> 154) des jugements déclaratifs et constitutifs (Lalou, D.H. 1936, 69). Les jugements, en général, sont déclaratifs de droits préexistants (et rétroagissant, en conséquence, au jour où sont nés les droits qu'ils déclarent). Les uns pensent qu'il n'y a pas de raison pour que le jugement statuant sur la responsabilité échappe à la loi commune (Planiol-Esmein, n<sup>o</sup> 669 ; Mazeaud, III, n<sup>os</sup> 2248 s. ; cf. Com. 28 avr. 1966, D. 67, 82 ; ch. mixte, 29 avr. 1977, D. 77, 449). D'autres, au contraire, qu'il est, par exception, attributif, constitutif de droit (Duguit, *Traité de droit const.*, 3<sup>e</sup> éd., II, p. 486, parce que du fait illicite il serait irrationnel qu'un droit pût sortir ; Demogue, VI, n<sup>os</sup> 565 s.). Pour rendre compte de la double chaîne précitée, il paraît nécessaire de faire une place aux deux idées (Lalou, *loc. cit.*, L. Ripert, *La réparation du préjudice*, Th. Paris, 1933, n<sup>os</sup> 121 s.) : le jugement est déclaratif quant au principe du droit à réparation, attributif quant au quantum. Car ces deux aspects coexistent dans le jugement de responsabilité, parfois séparés (cas de l'[ancien] a. 128 C. Pr. C.), le plus souvent fondus. En tant qu'il statue sur le principe du droit à réparation, le jugement de responsabilité implique une décision sur le dommage, mais sur le dommage abstraitement envisagé, le dommage générique, comme disent les Italiens, non le dommage spécifique, le dommage concret et pécuniairement évalué ; cf. D. 1939, 2, 37.

[288]

## PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Le principe de l'indépendance entre la faute et le dommage.* — L'indemnité doit être calculée en fonction de la valeur du dommage sans que la gravité de la faute puisse avoir aucune influence sur le montant de la réparation, Civ.<sup>2</sup> 8 mai 1964, *J.C.P.*, 65, 2, 14140, n. P. Esmein, *R.T.*, 65, 137, n. Rodière. La seule gravité, ou même anomalie du dommage ne saurait établir la faute, Civ.<sup>1</sup> 27 mai 1998, *Bull.*, n° 187. Il est bon que le principe soit rappelé d'en haut pour combattre l'instinct de proportionnalité qui habite en nous et que l'expansion du droit pénal, portée par les médias, banalise.

b) *Convention d'irresponsabilité.* — Le caractère d'ordre public des a. 1382 s. se trouve nettement affirmé dans Civ.<sup>2</sup> 17 févr. 1955, D. 56, 17, note (critique) Esmein, *J.C.P.*, 55, 2, 8951, n. Rodière, et Civ.<sup>2</sup> 28 nov. 1962, *J.C.P.*, 64, 2, 13710. Les arrêts en déduisent la nullité des conventions d'exonération ou d'atténuation de la responsabilité en matière délictuelle. Si l'on s'en tient à cette vue intuitive de l'ordre public, qu'il y a dans le droit positif des piliers, des colonnes saintes, il faut convenir que peu de dispositions paraissent être d'ordre public autant que l'a. 1382. Mais, si l'on entre dans la réflexion, qui dissout l'instinct, on en vient à se dire que, puisque la faute est la violation d'une obligation, tout dépend, après tout, de la nature de l'obligation en cause, plus ou moins vitale pour la société. — Sur la distinction de la convention d'irresponsabilité et de l'acceptation des risques (cf. *supra*, n° 225). Autre nature de convention, la transaction (il y faut des concessions réciproques, a. 2044 s.) ; cf. Chau-chard, La transaction dans l'indemnisation du préjudice corporel, *R.T.*, 89, 1.

c) *Technique de l'évaluation.* — Le principe est la réparation intégrale, Civ.<sup>2</sup> 4 févr. 1982, formule détaillée, *J.C.P.*, 82, 2, 19894, n. Barbiéri, Le jugement ne fait pas toujours connaître le travail auquel ont dû se livrer les juges (motif type : attendu que le tribunal a les éléments nécessaires pour fixer les d. i. à ...), mais cela peut passer sous le couvert du pouvoir souverain des juges du fond, Civ.<sup>1</sup> 16 juill. 1991, *Bull.*, n° 249 (cf. G. Viney, *J.C.P.*, 92, 1, 3572). Ils rencontrent, pourtant, dans ce travail, des problèmes importants (cf. Le Tourneau, n° 929 s.). Ex. quand un bien a été endommagé le demandeur peut-il obtenir la valeur vénale ? La valeur de remplacement ? Les frais de remise en état ? Le responsable doit, sans doute, les frais de la remise en état (Civ.<sup>2</sup> 19 nov. 1975, D. 76, 137). Mais, quand il s'agit d'un bien qui était usagé, c'est peu ou prou le remettre à l'état de neuf, donc lui conférer une plus-value. La jurisprudence n'accorde au responsable aucune déduction de ce chef si le bien a été entièrement détruit (Civ.<sup>2</sup> 16 déc. 1970, *R.T.*, 71, 661 ; Civ.<sup>2</sup> 12 déc. 1973, *J.C.P.*, 74, 2, 17697 ; cf. Durry, *R.T.*, 72, 602). Au contraire, s'il a été seulement détérioré, la victime ne pourra prétendre qu'à la valeur de remplacement, c'est-à-dire à la somme nécessaire pour acheter un objet d'occasion dans le même état (Civ.<sup>2</sup> 18 janv. 1973, *J.C.P.*, 73, 2, 17545 ; Civ.<sup>2</sup> 18 févr. 1976, D. 76, Somm. 43 ; v. cep. Civ.<sup>2</sup> 14 janv. 1999, *R.T.*, 99, 412). La remise en état, pourrait-on dire, répare une part de dommage qui, venant de la vétusté, était imputable soit à la force majeure, soit à une faute de la victime (cf. *R.T.*, 1959, 116), en tout cas était étrangère au responsable. Mais le raisonnement vaudrait aussi bien pour l'hypothèse de la destruction. — Sur l'évaluation du dommage corporel, v. Le Roy, *L'évaluation du préjudice corporel*, 12<sup>e</sup> éd. 1993, Quenillet-Bourrié, *J.C.P.*, 95, 1, 3818. Les tribunaux se constituent volontiers des barèmes, mais ils ne doivent pas s'y référer comme à une règle de droit, sous peine d'encourir la cassation pour violation de l'a. 5,

cf. Crim. 2 nov. 1955, D. 56, 557. Les juges, en tout cas, ne peuvent se dispenser d'évaluer le préjudice, fût-il purement moral : Crim. 8 juill. 1975, *J.C.P.*, 76, 2, 18369, casse une décision qui prétendait ne prononcer qu'une condamnation *symbolique* (cf. a. 53 C.P., *in fine* ; ce sont des choses que les juges doivent faire sans le dire). Autre chose est le préjudice infime (Civ.<sup>1</sup> 24 juin 1986, *Bull.*, n° 178 ; Civ.<sup>1</sup> 4 avr. 1991, *Bull.*, n° 127 ; Civ.<sup>2</sup> 13 mai 1991, *Bull.*, n° 150) : *de minimis non curat practor*.

d) *Moment de l'évaluation.* — Cf. J.-Ph. Lévy, in *La responsabilité à travers les âges*, 1989, 125 s. L'évaluation à la date du jugement définitif a été admise d'abord pour la responsabilité délictuelle (ce qui a frayé la voie pour la responsabilité contractuelle, *supra*, n° 174) : Req. 24 mars 1942, D.A. 42, 118 ; Civ. 10 mai 1950, D. 50, 465 (qui écarte l'objection suivant laquelle la victime serait en faute d'avoir attendu le jugement définitif pour procéder à la réparation ; cep. si, en fait, elle y a procédé avant le jugement, c'est à la date de cette réparation effective que le juge devra se replacer) : Civ.<sup>2</sup> 24 mars 1953, D. 53, 354 ; Civ.<sup>2</sup> 27 juin 1984, D. 85, 321, 1<sup>re</sup> esp. n. Chartier. En faveur de l'évaluation au jour du jugement définitif, il y avait des raisons propres à la responsabilité délictuelle : l'idée du jugement constitutif (mais la jurisprudence ne l'a pas utilisée) ; la plus grande force du principe de la réparation intégrale (ne serait-ce que parce que l'a. 1150, pris dans sa lettre, n'est pas directement relatif à l'hypothèse). C'est le souci de la réparation intégrale qui a été déterminant pour la Cour de cassation et lui a fait ici adopter une solution valoriste (un *valorisme d'évaluation* ; cf. t. III, n° 24).

[289] e) *Révision.* — La Cour de cassation est très ferme pour décider que l'indemnité allouée ne peut être réduite si une amélioration dans l'état de la victime vient, par la suite, à diminuer le préjudice corporel : Req. 30 déc. 1946, D. 47, 178 (pour une indemnité en capital, laquelle, relevait l'arrêt, a un caractère forfaitaire), et Civ.<sup>2</sup> 12 oct. 1972, D. 74, 536, n. critique Malaurie, *J.C.P.*, 74, 2, 17609, n. critique Brousseau (pour une indemnité en rente viagère, laquelle n'offre plus, pourtant, ce caractère de forfait). Le motif inavoué est la faveur de la victime. Le motif affiché est l'autorité de la chose jugée : elle consolide l'erreur que, par hypothèse, le tribunal a commise sur la durée du dommage. La révision aux fins de diminution ne serait admissible, ajoute la Cour, que si la possibilité en avait été expressément réservée dans le premier jugement (mais est-il permis aux juges de décider ainsi sans clore, en laissant une porte ouverte sur l'incertain avenir ?, cf. Durry, *R.T.*, 68, 730).

Dans l'autre sens, au contraire — aux fins d'augmentation des dommages-intérêts, si l'état de la victime s'aggrave —, la révision est permise sans difficulté (Req. 10 déc. 1861, D. 62, 1, 123 ; Civ.<sup>2</sup> 29 oct. 1968, *R.T.*, 69, 342, n. Durry), lors même que la faculté n'en aurait pas été expressément réservée (Civ.<sup>2</sup> 17 janv. 1974, D. 74, Somm. 84). Ici, l'autorité de la chose jugée n'est pas un obstacle, car le supplément de préjudice représente un objet distinct au regard de l'a. 1351 (étant observé que la première constatation de la faute demeure acquise d'un procès à l'autre).

Toutefois, la révision n'est possible que pour une aggravation intrinsèque, physique du préjudice corporel. Elle est exclue quant à ce préjudice extrinsèque qui résulte de l'inflation, de ce que la réparation monétaire antérieurement accordée a perdu de son pouvoir d'achat : Soc. 2 mai 1952, D. 52, 413, *J.C.P.*, 52, 2, 6974 ; Crim. 5 juill. 1961, *J.C.P.*, 61, 2, 12369 (ce n'est plus le préjudice actuel, direct et certain, définitivement acquis). Pour justifier la révision, on a invoqué : 1° le caractère alimentaire que présenteraient les rentes allouées aux victimes, plus spécialement celles qui, à la suite d'un acci-



dent mortel, sont allouées aux parents créanciers d'aliments (il est vrai que, dans la variabilité essentielle des aliments, il y a un autre élément que les besoins du créancier : les facultés du débiteur ; toutefois, la l. du 3 janv. 1972, modifiant l'a. 208, fournit un argument, au moins d'analogie, en faveur de la révision) ; 2° le caractère successif de l'obligation du responsable, tenu de réparer le préjudice déjà accompli, mais aussi celui que la victime continuera de subir jusqu'à sa mort. On pourrait dire encore que le jugement qui a statué sur la responsabilité n'a d'autorité de chose jugée que quant à la *dette de valeur* du responsable, non quant aux différentes expressions monétaires que cette dette peut revêtir. Devant la carence de la révision judiciaire, le législateur est intervenu pour majorer de plein droit les rentes viagères et pensions allouées en réparation d'un préjudice. Pour découvrir la majoration applicable, il faut, par le ricochet d'une l. 24 mai 1951 et de la l. 27 déc. 1974, a. 4, se reporter à la grande loi du 25 mars 1949 sur la révision des rentes viagères, dont l'a. 1<sup>er</sup> contient (lu à l'envers) un tableau de dépréciation monétaire — d'ailleurs plutôt optimiste, quoique périodiquement réajusté (par chaque loi de finances).

f) *Rentes indexées*. — La Cour de cassation avait d'abord interdit aux juges ce qu'elle permettait aux particuliers, le recours à l'échelle mobile, sous les espèces de rentes viagères indexées ou flottantes en réparation des dommages corporels : Crim. 20 mars 1952, D. 52, 413, n. Savatier ; Crim. 5 juill. 1961, *J.C.P.*, 61, 2, 12369 (cf. t. III, n° 11). La différence ainsi mise entre les condamnations et les contrats n'était pas dépourvue d'arguments : la baisse du pouvoir d'achat de la monnaie est un préjudice indirect sans lien de causalité avec la faute ; la rente viagère a ici un caractère indemnitaire, non alimentaire ; les tribunaux, organes de l'Etat, ont un devoir spécifique de nominalisme monétaire. La solution n'en était pas moins désastreuse pour les victimes. D'où la résistance des juges du fond et de vives critiques doctrinales, qui déterminèrent un revirement de jurisprudence dans deux arrêts de Chambre mixte, 6 nov. 1974, *J.C.P.*, 75, 2, 17978, n. Savatier. Mais les compagnies d'assurances firent craindre au législateur que la gestion de leurs capitaux se trouverait bouleversée par le jeu imprévisible de ces condamnations indexées (cf. Gaudet et Monin, *J.C.P.*, 74, 1, 2633). Si bien qu'à leur demande la l. 27 déc. 1974, sans briser la jurisprudence nouvelle, est venue lui retirer une bonne part de son champ d'application. Sur les difficultés qui subsistent, v. J.-Ph. Lévy, in *La responsabilité à travers les âges*, 1989, 145 s.

g) *Obligation in solidum*. — Sur le principe, Soc. 12 mai 1982, *Bull.*, n° 300 (l'obligation *in solidum* des coauteurs d'un même dommage ne résulte pas d'une présomption de fraude ou de collusion) ; Civ.<sup>2</sup> 3 févr. 1983, *J.C.P.*, 84, 2, 20183 ; Civ.<sup>3</sup> 5 déc. 1984, *J.C.P.*, 86, 2, 20543. Sur le recours de celui qui a payé le tout, Civ.<sup>1</sup> 7 juin 1977, D. 78, 289 ; *J.C.P.*, 78, 2, 19003 ; Civ.<sup>1</sup> 12 nov. 1987, *Bull.*, n° 290 (cf. Boré, *J.P.C.*, 67, 1, 2126). Une condamnation *in solidum* ne préjuge pas de la manière dont devra se faire la contribution à la dette, Civ.<sup>1</sup> 6 févr. 1979, *Bull.*, n° 45 ; il se peut même qu'un seul des coauteurs demeure obligé à réparation en tant que seul fautif, Civ.<sup>3</sup> 22 juin 1977, *Bull.*, n° 283. Ou bien encore en tant que seul solvable : l'insolvabilité des uns est au risque des autres (cf. a. 1214-1215 ; le C. Pr. P., a. 375-2, 480-1, l. 1<sup>er</sup> févr. 1994, sanctionne plus hypothétiquement une insolvabilité des coauteurs machinée par l'auteur principal). Le partage de responsabilité opéré par les juges s'impose à celui qui doit payer plus en raison de ses fautes personnelles et exclut qu'il exerce un recours en garantie contre les autres, Civ.<sup>1</sup> 30 oct. 1995, *Bull.*, n° 383.

[290]

## Chapitre II

### LES RELATIONS ENTRE LES RESPONSABILITÉS CIVILES

La pluralité des sources et des régimes de responsabilité civile a suscité des questions, parce que ces différentes responsabilités ont des champs d'application qui se recourent. Le même cas, suivant qu'on l'envisage sous tel ou tel angle, paraît donner lieu à une responsabilité ou à l'autre, ce qui ouvrirait à la victime des possibilités de choix ou de combinaison. Ces relations entre responsabilités se présentent non seulement à l'intérieur de la responsabilité extra-contractuelle (*responsabilité délictuelle*, au sens large), mais aussi entre la *responsabilité délictuelle* et la *responsabilité contractuelle*.

#### I | RELATIONS ENTRE LES DIVERSES RESPONSABILITÉS DÉLICTEUELLES

Deux ordres de relations ont surtout retenu l'attention de la pratique.

a) *Relations de l'a. 1382 et de l'a. 1384, al. 1*. — Depuis l'arrêt *Jand'heur*, l'autonomie procédurale de la responsabilité générale du fait des choses à l'égard de la responsabilité pour faute prouvée est ordinairement reconnue. La jurisprudence considère que l'action fondée sur l'a. 1382 et l'action fondée sur l'a. 1384, al. 1, ont des causes juridiques différentes (au sens procédural du terme). La conséquence est que le juge ne peut relever d'office l'une des deux responsabilités

quand le demandeur n'a invoqué que l'autre, et que, de l'une à l'autre, l'autorité de la chose jugée ne s'applique pas (a. 1351).

Cependant, en pratique, il est très fréquent que la victime qui agit sur la base de l'a. 1384, al. 1, se prévale aussi, à toutes fins utiles, de l'a. 1382, pour le cas où elle réussirait à faire apparaître la preuve de la faute, et beaucoup de décisions se réfèrent, en fait, aux deux responsabilités.

b) *Relations entre présomptions de faute ou de responsabilité.* — 1° *Articulation* entre deux présomptions. La jurisprudence paraît accepter, quand le dommage a été causé par une chose qu'un mineur avait sous sa garde personnelle, que les père et mère puissent en être déclarés responsables par mise bout à bout de l'a. 1384, al. 4, et de l'a. 1384, al. 1 ; mais l'a. 1384, al. 5, ne se laisse pas juxtaposer de la même manière à l'a. 1384, al. 1, car, lorsque le préposé use de la chose dans l'exercice de ses fonctions, on considère que c'est le commettant qui a la qualité de gardien ;

2° *Concours* entre deux présomptions. Il peut y avoir concours *intellectuel* (deux voies contre un même responsable, ex. l'a. 1384, al. 1, double, dans une certaine mesure, l'a. 1386), ou concours *physique* (deux catégories de présumés responsables, le commettant et les parents du mineur). La victime a une option, elle ne peut prétendre à un cumul. Ce que l'on exprime parfois d'une formule : que les présomptions de responsabilité sont alternatives et non cumulatives.

## [291] 2 | RELATIONS ENTRE LES RESPONSABILITÉS DÉLICTEUELLE ET CONTRACTUELLE

Les deux responsabilités sont distinctes, ainsi que le fait ressortir un *parallèle classique*. Il est donc nécessaire de délimiter leurs domaines *respectifs*, ce qui devrait suffire à empêcher tout concours entre elles.

### ► *Parallèle des deux responsabilités*

Ce parallèle fait ressortir, quant aux *règles de fond et de preuve*, des différences qui sont autant d'intérêts pratiques de la distinction.

a) *Quant aux règles de fond.* — 1° Les *conditions* des deux responsabilités ne sont pas les mêmes : la capacité délictuelle est moins exi-

geante que la contractuelle, la mise en demeure, sans application dans un cas, est nécessaire dans l'autre ; les conventions d'irresponsabilité sont nulles ici et non là.

2° *L'étendue de la réparation* paraît plus étroitement comprise dans la responsabilité contractuelle (a. 1150-1151) que dans la délictuelle (v. cep. *supra*, n° 213) ;

3° Il y a de plein droit obligation in *solidum* entre ceux qui sont obligés en vertu du même délit, tandis qu'il n'y a pas de plein droit solidarité entre ceux qui sont débiteurs en vertu du même contrat (v. *infra*, n° 345) ;

4° *La prescription* de l'action est très hétérogène dans la responsabilité contractuelle, en correspondance avec la diversité même des contrats (ex. a. 2271, 2272, al. 4, 2277) ; elle est de dix ans dans la délictuelle (a. 2270-1).

b) *Quant aux règles de preuve.* — C'est là que l'on a donné le plus de relief au contraste : la faute est *présumée* du seul fait de l'inexécution dans la responsabilité contractuelle (a. 1137) ; elle doit être *prouvée* dans la délictuelle (a. 1382). Mais ce n'est là qu'un schéma, et dans le détail, l'opposition appelle des atténuations de part et d'autre :

1° Toutes les fois que le contrat a pour objet une *obligation de moyens* (v. *supra*, n° 156), la responsabilité contractuelle exige du demandeur la preuve d'une faute, au même titre que la délictuelle. Quand, en 1936, la Cour de cassation a décidé d'analyser la responsabilité médicale comme responsabilité contractuelle et non plus délictuelle, c'était pour soustraire l'action en dommages-intérêts à la prescription triennale des délits pénaux (dans les cas où l'on impute au médecin des blessures ou un homicide par imprudence), mais il n'en est résulté, au profit du demandeur, aucun allègement du fardeau de la preuve, car il lui faut démontrer, après comme avant, la faute du médecin, le manquement de celui-ci à son obligation (autrefois légale, aujourd'hui contractuelle) de donner des soins consciencieux, attentifs, conformes aux données acquises de la science ;

2° Inversement, la responsabilité délictuelle (*lato sensu*) renferme des présomptions (de faute ou de responsabilité) qui placent le demandeur, quant au fardeau de la preuve, dans une situation comparable à celle où se trouverait, contractuellement, le créancier d'une obligation de résultat (et pour la même raison : par ex. on peut dire que le gardien, dans l'a. 1384, al. 1, assume une obligation de résultat, celle de rendre indemnes tous les tiers qui auront traversé l'aire d'action de sa chose).

Toute balance faite, on admet en général que la responsabilité délictuelle est plus favorable aux victimes.

Question : Comment traiter la responsabilité du fait des produits défectueux, qui se prétend indifférente à la distinction (a. 1386-1) ? Elle emprunte certains traits à la responsabilité délictuelle (l'inutilité d'une mise en demeure, la nullité des clauses de non-responsabilité), d'autres à la contractuelle (la mise en circulation, le temps d'épreuve, la courte prescription). Quant à la charge de la preuve, c'est une convergence générale qu'il faut noter vers la responsabilité de plein droit, entre les responsabilités délictuelles de l'a. 1384, l'obligation contractuelle de sécurité que la jurisprudence sous-entendait dans plus d'un contrat et l'obligation légale de sécurité qui sous-tend la loi du 19 mai 1998.

[292] ► *Domaines respectifs des deux responsabilités*

La responsabilité contractuelle a besoin d'être définie, car elle représente l'exception ; elle est appelée à jouer à l'intérieur d'un petit cercle, et non, comme la responsabilité délictuelle, entre toutes personnes. Il coule de source qu'elle *suppose un contrat*. Mais ce n'est pas assez la définir : elle naît, *entre parties*, de *l'inexécution d'une obligation contenue dans le contrat*. Tout ce qui n'entre pas là-dessous reste soumis à la responsabilité délictuelle.

a) *La responsabilité contractuelle suppose un contrat valable*. — Quelquefois, on nie le contrat, quoiqu'il y ait un accord de volontés officieuses (ex. transport bénévole, n° 279). A l'opposé, on traite comme contractuelle la responsabilité du médecin envers le malade, plus généralement celle des membres des professions libérales (notaire, avocat) envers leurs clients, quoiqu'on ait douté, à l'occasion, si l'appel fait à un ministère de caractère quasi public avait bien la consistance d'un contrat ;

b) *La responsabilité contractuelle naît entre les parties*. — Elle ne peut être invoquée par les tiers, auxquels l'inexécution du contrat a préjudicié (ex. le visiteur blessé dans un accident d'ascenseur par suite d'un vice d'installation doit agir contre le constructeur sur le terrain de l'a. 1382) ;

c) *La responsabilité contractuelle naît de l'inexécution d'une obligation contenue dans le contrat*. — Si l'inexécution est d'une obligation antérieure au contrat (*culpa in contrahendo* ; ex. retrait injustifié d'une offre de contracter ; dol de l'a. 1116 ; cf. *supra*, n°s 24 s.), la responsabilité est délictuelle. Semblablement, si l'inexécution est d'une obligation extérieure au contrat, lors même que le contrat en a fourni l'occasion (ex. l'hôtelier assassine le voyageur). Mais il faut prendre le contenu du contrat dans toute son ampleur, et à côté des obligations

que les contractants ont expressément voulues, considérer les suites du contrat selon l'a. 1135 (cf. *supra*, n° 34). C'est ainsi que, dans certains contrats dont l'objet principal se situe ailleurs, la jurisprudence admet que l'un des contractants (l'entrepreneur) assume une *obligation de sécurité* envers l'autre (l'usager), l'obligation de le rendre sain et sauf à la fin de l'opération : les accidents corporels qui peuvent survenir à l'usager apparaissent donc comme des manquements à une obligation tenue dans le contrat, et la responsabilité qu'ils font naître est contractuelle. Des arrêts ont admis cette solution non seulement pour des contrats où la crainte d'un accident corporel avait pu entrer naturellement dans les prévisions des parties (ex. transport par chemin de fer malgré l'accoutumance, jeux forains, garderie d'enfants), mais même pour des contrats où il n'est pas habituel de penser à l'accident avant l'accident (ex. théâtre, café, grand magasin). Il se peut, cependant, que ce détour ingénieux ou laborieux par le contrat soit désormais rendu inutile par l'institution d'une responsabilité légale, celle des a. 1386-1 s. (l. 19 mai 1998), du moins dans tous les cas où peut être mis en cause le défaut de sécurité d'un produit (non d'un service).

► *Concours des deux responsabilités*

La responsabilité contractuelle ayant son domaine délimité, il semble qu'elle y devrait rester seule. On se demande, pourtant, si la responsabilité délictuelle, responsabilité de principe, n'a pas vocation à l'y rejoindre. Un créancier pourrait avoir intérêt à dépouiller sa qualité de contractant pour se présenter comme un tiers quelconque (ex. il aurait droit à dommages-intérêts sans mise en demeure et au-delà de l'a. 1150) : entre son contrat et le système des a. 1382 s., a-t-il une *option* ? Parfois, ce serait même son seul recours, la voie de la responsabilité contractuelle lui étant fermée par quelque obstacle (ex. clause de non-responsabilité) : a-t-il une *action subsidiaire* fondée sur l'a. 1382 s. ? L'idée pourrait encore lui venir de prélever dans les deux responsabilités ce que chacune a de plus avantageux pour lui et d'en former un système composite (ex. présomption de faute au nom de la responsabilité contractuelle, dispense de mise en demeure au nom de la délictuelle) : un *tel cumul* est-il permis ?

a) *Principe*. — De nombreux arrêts affirment que les a. 1382 s. sont, en principe, sans application quand la faute a été commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un contrat. La jurisprudence tend, en général, à repousser la possibilité d'une option, d'une subsidiarité et, *a fortiori*, d'un cumul entre les deux responsabilités. Ex. le

locataire blessé par la ruine du bâtiment loué doit, pour obtenir des dommages-intérêts, se placer sur le terrain du contrat de bail et non de l'a. 1386 ;

b) *Réserves*. — Des arrêts ont admis l'application des a. 1382 s. dans les rapports entre contractants. Certains s'expliquent par le fait que les obligations violées ne faisaient pas réellement partie du contrat. Mais d'autres semblent constituer des exceptions véritables, car ils envisagent comme faute délictuelle le manquement à des obligations dont l'origine contractuelle n'était pas douteuse. Ainsi, selon un schéma qui a été décrit (*supra*, n° 176), quand la responsabilité contractuelle se trouve paralysée par une clause de non-responsabilité, le créancier peut encore se retourner vers l'a. 1382 pour obtenir réparation. On en donne pour argument que la responsabilité délictuelle domine l'autre, la pénètre et peut venir la renforcer à l'occasion.

## [293] ÉTAT DES QUESTIONS

### I. — Relations entre les diverses responsabilités délictuelles

L'identité de cause entre les actions fondées sur l'a. 1382 et sur l'a. 1384, al. 1, a été défendue par les auteurs qui continuent à rattacher à la faute la responsabilité générale du fait des choses (Mazeaud, III, n° 2091 s.). La jurisprudence est en sens contraire (Req. 16 juillet 1928, D. 29, 1, 33 ; Civ. 6 mai 1941, D.A. 41, 241). — Sur les relations entre les diverses présomptions des a. 1384 s., v. Becqué, *R.T.*, 1952, 309 s. ; Viney, n° 684 s., 712 s. ; Larroumet, D. 81, *I.R.*, 319. — Civ.<sup>2</sup> 10 févr. 1966, D. 66, 332, concl. Schmelck, tout en rappelant qu'un même individu ne pourrait être condamné cumulativement comme gardien d'une chose et père d'un enfant mineur, décide que les deux présomptions peuvent être utilisées successivement : un mineur étant d'abord présumé responsable en raison du fait de sa chose (un cyclomoteur), les père et mère à leur tour sont présumés responsables de l'enfant (cf. Civ.<sup>2</sup> 23 févr. 1977, D. 77, *I.R.*, 325, n. Larroumet). La solution est utile pour la victime, et littéralement l'a. 1384, al. 4, vise le dommage causé, non la faute commise par le mineur. On objectait, toutefois, que la formule d'exonération (que les parents n'aient pu empêcher le fait dommageable, c'est-à-dire n'aient pu l'empêcher par l'exercice de leur pouvoir d'éducation et de surveillance) se raccordait mal au fait de la chose, la chose n'étant pas sous l'autorité parentale. Mais, on pouvait répondre que le fait de la chose n'est opérant que par le fait du gardien, et que l'enfant gardien n'en reste pas moins un enfant, sous l'autorité de ses père et mère. Au demeurant, en 1997, la Cour de cassation (*supra*, n° 237), en éliminant la cause d'exonération, a dissipé l'objection que l'on pouvait en tirer. — Civ.<sup>1</sup> 1<sup>er</sup> avr. 1998, *R.T.*, 98, 914 : incompatibilité des qualités de gardien de la chose et de déposé.

## [294]

### II. — Relation entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle

B.G. — Mazeaud-Tunc, I, n° 96 s. ; G. Viney, n° 161-245 (étude extrêmement approfondie). — Brun, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, Th. Lyon, 1931 ; Van Ryn, *Responsabilité aquilienne et contrats en droit positif*, Th. Bruxelles, 1933 ; J. Huet, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, essai de délimitation*, Th. Paris II, ronéo, 1979 (cf. *R.T.*, 84, 502 et 722) ; Espagnon, *La règle du non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle*, Th. Paris I. Cf. approches de droit comparé : Haanappel, *R.I.D.C.*, 82, 111 s. ; G. Durry, *La distinction de la resp. contractuelle et de la resp. délictuelle*, Montréal, 1986.

#### THÉORIE JURIDIQUE

a) *La différence de nature* entre les deux responsabilités a été niée (Grandmoulin, *De l'unité de responsabilité*, Th. Rennes, 1892 ; Planiol, *Traité élémentaire*, II, n° 877 ; v. encore Starck, n° 2213 s.). La faute étant définie comme le manquement à une obligation préexistante, peu importe que cette obligation soit légale ou contractuelle : le contrat est mis sur le même pied que la loi par l'a. 1134, l'ordre juridique est un tissu de lois et de contrats. Le mécanisme qui déclenche la responsabilité est le même dans les deux cas, c'est toujours, au fond, un délit ; ne pas exécuter le contrat, c'est *delinquere in contractu*. On répond : la loi et le contrat sont hétérogènes comme l'Etat et l'individu, et la responsabilité contractuelle est le prolongement du contrat (cf. *supra*, n° 154).

b) Critiquable est le byzantinisme de la distinction (Tunc, note D. 1963, 177), et contestés au moins certains de ses *intérêts pratiques*, soit quant au fond, soit quant à la preuve (v. Planiol-Esmein, n° 489).

c) La question du *concours* (on dit aussi : *cumul lato sensu*) est des plus controversées. Cf. Cornu, *Travaux et recherches de l'Institut de Droit comparé de Paris*, t. XXIII (1962), p. 239 s. Contre le cumul : Planiol-Esmein n° 493 s. ; Rodière, n° 1687 ; Josserand, II, n° 486 (c'est la thèse qui fait figure d'orthodoxie). Pour le cumul : Bonnecase, *Supplément*, II, n° 452-506 ; Savatier, I, n° 148 s. et D. 1956, 53. Pour un rattachement de la solution à l'intention des parties : Mazeaud, I, n° 192 s. — *Contre* le cumul, on peut faire valoir que les institutions spéciales (comme la responsabilité contractuelle) dérogent aux institutions plus générales dont elles procèdent (cf. Introduction, n° 107) ; que le cloisonnement des deux responsabilités est conforme aux exigences d'une bonne technique, un principe d'ordre et de clarté ; qu'un même individu ne saurait se prétendre à la fois partie et tiers ; qu'en contractant, il a fait son choix une fois pour toutes (cf. Martine, *L'option entre la resp. contractuelle et la resp. délictuelle*, Th. Caen 1955). *Pour* le cumul, on répond : *philosophiquement* qu'il y a une hiérarchie des institutions, que la responsabilité délictuelle est supérieure à l'autre comme la loi et l'ordre public au contrat ; *techniquement*, que le concours d'actions est un mécanisme normal de la procédure (cf. Glasson et Tissier, *Traité proc. civ.*, I, n° 174, Fl. Bussy-Dunand, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties*, 1988), et qu'il n'est que juste qu'un individu puisse user de tous les moyens que le droit lui-même a mis à sa disposition.

d) *Finalement*, le droit français paraît se diriger vers l'abandon de la distinction (cf. G. Viney, n° 232 s.). Les directives communautaires des 21 juillet 1983 et 25 juillet 1985, puis l'a. L. 221-1 C. Consom., et maintenant les a. 1386-1 s. C.C. qui s'en sont

inspirés, ont poussé fortement à cet abandon : ils édictent que le producteur est responsable du dommage causé par un défaut (y compris le défaut de sécurité) de son produit, mais ils ne disent pas à quel titre, contractuel ou délictuel, les deux leur sont bons. Un arrêt, Civ.<sup>2</sup> 17 janv. 1995, dans l'affaire du *Cerceau* d'enfant, D. 95, 350, semble révéler au plus haut niveau la volonté de transcender par une obligation universelle de sécurité la dualité des systèmes. L'unité se fera probablement sur la ligne de la responsabilité extracontractuelle, jugée la plus protectrice. Les victimes d'abord (que les fautes s'envolent).

## PRATIQUE JUDICIAIRE

[295] a) *Obligation de sécurité*. — Cette technique de « forçage du contrat » (Josserand, *Etudes Gény*, II, p. 340 s. ; cf. *supra*, n° 36) n'étonne plus aujourd'hui (v. Y. Lambert-Favre, *Fondement et régime de l'obligation de sécurité*, D. 94, chr. 81 ; Gross, D. *Aff.*, 96, 667). Imaginée surtout dans l'intérêt de l'usager, et pour lui servir de cuirasse (à une époque où l'a. 1384, al. 1, n'existait pas), l'obligation de sécurité n'en est pas moins finalement la négation de la liberté individuelle *dans les lieux publics* (puisque j'assume votre sécurité, donnez-moi un pouvoir de police). Au surplus, ce que l'on appelle responsabilité contractuelle devrait être conçu comme quelque chose de très limité : l'obligation de procurer au créancier l'équivalent de l'intérêt (pécuniaire) qu'il attendait du contrat ; c'est artifice que de faire entrer là-dedans des bras cassés et des morts d'hommes ; les tragédies sont de la compétence des a. 1382 s. Joint à cela que, comme toujours, l'innovation jurisprudentielle, par ses contours inévitablement très fluides, a fait pulluler le contentieux — un triple contentieux :

— Quant à la *liste des contrats* qui incluent dans leur objet, fût-ce à titre d'accessoire, la sécurité de l'un des contractants. L'obligation de sécurité a été ainsi reconnue : 1° (Avant que l'expression n'eût été inventée) dans le transport de personnes : Civ. 21 nov. 1911, S. 12, 1, 73, n. Lyon-Caen, D. 13, 1, 249, n. Sarrut ; Civ. 27 janv. 1913, S. 13, 1, 177 ; arrêts célèbres, marquant une victoire (saluée alors comme libérale) des usagers sur les compagnies de chemin de fer (cependant, pour les accidents de quai, le voyageur, après hésitations, Civ.<sup>1</sup> 1<sup>er</sup> juill. 1969, D. 69, 641, *J.C.P.*, 69, 2, 16091, Civ.<sup>1</sup> 21 juill. 1970, D. 70, 767, est renvoyé à la responsabilité délictuelle, Civ.<sup>1</sup> 7 mars 1989, D. 89, *I.R.*, 96). Cf. R. Nérac-Croisier, D. 95, chr. 35. A noter une conséquence de la l. 5 juill. 1985 : le transport par autobus ou par car ne relève plus de la responsabilité contractuelle ; 2° Dans le contrat de jeux forains : Civ.<sup>1</sup> 9 janv. 1957, *J.C.P.*, 57, 2, 9915 (mais avec la limite de l'acceptation des risques, Civ.<sup>1</sup> 4 mars 1957, *J.C.P.*, 57, 2, 9953) ; Civ.<sup>1</sup> 18 févr. 1986, *R.T.*, 86, 770 ; Civ.<sup>1</sup> 28 oct. 1991, D. 92, *Somm.* 271 ; 3° Dans le contrat passé entre client et restaurateur ou cafetier : Civ.<sup>1</sup> 7 févr. 1966, D. 66, 314 ; Civ.<sup>1</sup> 14 mars 1995, D. 95, *I.R.*, 90 (mais l'hôtel, c'est autre chose, on s'y promène, Civ.<sup>1</sup> 22 mai 1991, D. 91, *I.R.*, 171) ; 4° Dans le contrat passé pour la garde de jeunes enfants, Civ.<sup>1</sup> 7 juill. 1954, D. 55, 589, *J.C.P.*, 55, 2, 8745 ; 5° Le contrat noué par les parents avec une colonie de vacances, Civ.<sup>1</sup> 10 févr. 1993, D. 93, 605, Civ.<sup>1</sup> 11 mars 1997, D. 97, *I.R.*, 94 ; une école privée, Versailles, 19 févr. 1999, D. 99, *I.R.*, 104.

Mais ailleurs l'analyse a été écartée. Cela se comprend quand il s'agit de la vente en magasin : Civ.<sup>1</sup> 7 nov. 1961, D. 62, 146 (l'objet de la vente, c'est la chose et le prix, non

la personne de l'acheteur) — ou d'un contrat d'entreprise (Civ.<sup>3</sup> 27 nov. 1970, *R.T.*, 71, 864). Cela se comprend moins bien pour l'établissement de spectacles : Civ. 17 mars 1947, D. 47, 269, où le spectateur n'a pas une situation très différente de celle du client d'un restaurant.

— Quant au *contenu* de l'obligation. Elle peut être conçue soit comme une obligation de résultat (rendre sain et sauf), soit comme une obligation de moyens (prendre les précautions raisonnables). Au second cas, elle ne présente plus autant d'intérêt pour le client victime, puisqu'elle lui laisse la charge de prouver une négligence ou imprudence de l'autre partie. Or, assez souvent, les tribunaux s'en tiennent à cette seconde conception, en considérant que l'économie même du contrat comportait un rôle actif ou du moins une indépendance du client. Ex. pour les stations de sports d'hiver : Civ.<sup>1</sup> 19 nov. 1968, D. 69, 165 ; Civ.<sup>1</sup> 11 mars 1986, *Bull.*, n° 65 ; Civ.<sup>1</sup> 17 mars 1993, D. 93, *I.R.*, 103. Mais c'est selon : v. deux arrêts de Civ.<sup>1</sup> 4 juill. 1995, D. 95, *I.R.*, 222. Le contrat de remonte-pente n'engendre qu'une obligation de moyens quant aux opérations d'embarquement et de débarquement, Civ.<sup>1</sup> 11 mars 1986, *R.T.*, 86, 767, n. Huet ; Civ.<sup>1</sup> 4 nov. 1992, D. 94, 45 ; d'où l'on peut déduire l'existence d'une obligation de sécurité dans le transport proprement dit (analogie avec la distinction entre accidents de quai et accidents de parcours dans le transport par chemin de fer). D'un moniteur de vol en parapente, l'obligation de sécurité est une obligation de résultat, Civ.<sup>1</sup> 21 oct. 1997, D. 99, *Somm.* 85 ; du gérant d'un salon d'esthétique, une obligation de moyens, Civ.<sup>1</sup> 8 déc. 1998, D. 99, *I.R.*, 35. Dans un parc de loisirs, une obligation de sécurité de l'administration n'aurait-elle pas pour rançon la liberté des promeneurs (Versailles, 20 janv. 1992, *J.C.P.*, 93, 2, 22125) ? Et même dans une piscine, le risque a beau y être très présent, ne vaut-il pas mieux que la liberté l'emporte ? la sécurité n'y sera qu'une obligation de moyens, Civ.<sup>1</sup> 12 juin 1985, *Bull.*, n° 186. Remarque semblable à propos du bailleur : il est tenu d'une obligation de sécurité, Civ.<sup>2</sup> 2 déc. 1998, *R.T.*, 99, 407, n. Jourdain, mais ce n'est qu'une obligation de moyens. Décider le contraire eût été violer le principe de la liberté du locataire dans les lieux loués, donc le respect de la vie privée que garantissent notre a. 9 et la C.E.D.H. C'est une des 1 001 politiques salomonniennes de la Cour de cassation.

Il serait rationnel de limiter l'obligation de sécurité aux contrats dont l'objet direct est une prestation de vitesse, de dynamisme dangereux. Ailleurs la sécurité des personnes serait placée sous les ailes de la responsabilité du fait des choses. Sans préjudice de cas où l'application de l'a. 1384, al. 1, semblerait toute naturelle (ex. Civ.<sup>1</sup> 2 juin 1981, *J.C.P.*, 82, 2, 19912, siège dans un bar ; Civ.<sup>1</sup> 19 juill. 1983, *R.T.*, 84, 729, radiateur à gaz dans un hôtel) ; et l'exploitant d'un café, hôtel ou théâtre pourrait être considéré plus généralement comme ayant la garde non pas du sol (v. cep. Civ.<sup>2</sup> 24 janv. 1985, *R.T.*, 86, 115), mais du *local*, espace organisé pour être ouvert au public. Le critère du local donne un sens fort à la responsabilité d'un établissement de santé pour infections nosocomiales (pourrait-on dire *indigènes*) ? l'établissement a une obligation de sécurité qui est une obligation de résultat, Civ.<sup>1</sup> 29 juin 1999, D. 99, 559, n. D. Thouvenin.

— Quant aux *bénéficiaires* de l'obligation. Elle avait été conçue à l'origine comme éminemment contractuelle et se limitait aux rapports d'un entrepreneur avec ses clients. Cependant, un arrêt, l'arrêt du cerceau (Civ.<sup>1</sup> 17 janv. 1995, D. 95, 350, n. Jourdain ; cf. Leduc, D. 96, chr. 164), a paru en admettre la présence entre deux professionnels,

fabricant et détaillant, et en a étendu le bénéfice à un client de celui-ci. Mais peut-être l'affaire avait-elle glissé sur le terrain de la responsabilité extra-contractuelle, avec laquelle les confusions sont faciles (cf. *supra*, n° 266). Sinon, fallait-il faire entrer dans la sécurité due au détaillant sa défense contre les recours juridiques ? ou supposer qu'il avait stipulé pour autrui, stipulé la sécurité pour les utilisateurs indéterminés de l'objet (pour l'enfant au cerceau) ?

[296] b) *Concours des deux responsabilités*. — Beaucoup d'arrêts qui s'appuient sur l'a. 1382 pour condamner des débiteurs contractuels défaillants se rapportent à des espèces où le choix entre les deux responsabilités n'avait pas d'intérêt pratique (v. Mazeaud, I, n° 189). Les arrêts consacrant de véritables solutions de cumul sont, somme toute, assez rares. Quelques-uns paraissent relever du pur empirisme : ex. Req. 14 déc. 1926, S. 27, 1, 105, D. 27, 1, 105 (appel à la responsabilité délictuelle pour écarter l'a. 1150) ; Req. 25 févr. 1930, D.H. 30, 211 (même tactique pour rendre superflue la mise en demeure). D'autres peuvent s'expliquer par l'idée que l'obligation violée ne faisait pas réellement partie du contenu du contrat : ex. Civ.<sup>2</sup> 13 mai 1955, D. 56, 53 ; Civ.<sup>1</sup> 4 févr. 1975, D. 75, 405, *J.C.P.*, 75, 2, 18100 ; Com. 18 oct. 1994, D. 95, 180 (cumul de l'action en dommages-intérêts avec l'action en nullité du contrat pour dol) ; Civ.<sup>1</sup> 26 janv. 1999, *J.C.P.*, 99, 4, 1531 (l'inexécution du contrat peut être sanctionnée par la voie de l'a. 1382, mais c'est à l'encontre d'un tiers ; cf. *supra*, n° 122). On observe que c'est souvent une faute lourde qui est ainsi déclarée extérieure au contrat : ex. Civ.<sup>3</sup> 4 juin 1970, D. 70, 674 ; Civ.<sup>3</sup> 9 mai 1979, D. 80, 414.

Mais, en fait, on ne peut recenser que très peu de cas (hormis celui des clauses de non-responsabilité, en tant qu'elles opèrent un renversement du fardeau de la preuve) où la jurisprudence ait vraiment reconnu à la responsabilité délictuelle une supériorité et comme un droit d'intervention et de police à l'intérieur du contrat (il s'agissait surtout d'espèces où la faute alléguée avait les caractères d'une infraction pénale ; ex. en matière médicale, Crim. 12 déc. 1946, D. 47, 94, *J.C.P.*, 47, 2, 3621 ; Ass. plénière, 30 mai 1986, D. 87, 109). En regard, il faut placer les arrêts rendus dans l'affaire historique des *colis postaux* (Civ. 14 et 15 janv. 1918, S. 20, 1, 75, D. 19, 1, 68) où la Cour de cassation avait catégoriquement dénié à la responsabilité délictuelle toute vocation à venir renforcer l'autre (l'expéditeur d'un colis postal ne pouvait, en invoquant une faute délictuelle des chemins de fer, échapper aux règles de compétence, de prescription et de responsabilité résultant de son contrat). Plus généralement, on rencontre une série continue d'arrêts affirmant que les a. 1382 s. sont sans application quand il s'agit d'une faute commise dans l'exécution d'une obligation contractuelle : Civ. 11 janv. 1922, S. 24, 1, 105 ; Civ.<sup>1</sup> 9 mars 1970, *R.T.*, 71, 139 ; Civ.<sup>1</sup> 11 mai 1982, *R.T.*, 83, 145 ; Com. 26 févr. 1985, *Bull.*, n° 78 ; Paris, 23 nov. 1993, *G.P.*, 94, 1, 1 (sur la responsabilité de la S.N.C.F. pour perte ou vol de bagages ; mais sur ce terrain, qui est fort animé [cf. *R.T.*, 97, 139, n. Jourdain], on pourrait se demander si la société responsable ne joue pas de la dualité des systèmes pour échapper tour à tour aux deux) ; Civ.<sup>2</sup> 9 juin 1993 (poussant la séparation jusqu'au formalisme), *J.C.P.*, 94, 2, 22264, n. critique Roussel) ; Civ.<sup>1</sup> 11 janv. 1989, *J.C.P.*, 89, 2, 21326.

Le débat s'est transporté dans les rapports de la responsabilité contractuelle avec la responsabilité du fait des choses : si quelques décisions ont accepté le jeu de l'a. 1384, al. 1, entre contractants (Req. 10 mai 1937, D.H. 37, 364 ; contrat d'éducation, mais l'obligation inexécutée faisait-elle bien partie du contenu contrac-

tuel ?), beaucoup d'arrêts semblent condamner le cumul : Req. 15 juin 1937, S. 38, 1, 5 (contrat médical) ; Req. 1<sup>er</sup> avril 1941, s. 41, 1, 112 (commodat) ; Civ.<sup>1</sup> 9 janv. 1957, *J.C.P.*, 57, 2, 9915 (contrat de jeux forains). Question parallèle à propos de l'a. 1384, al. 5 : peut-il être invoqué par un cocontractant du commettant ? L'Assemblée plénière (15 nov. 1985, *supra*, d'un autre point de vue, n° 248, *in fine*) a conclu par la négative, mais parce que le préposé, a-t-elle estimé, avait causé le dommage hors des fonctions auxquelles il était employé. Si donc il avait agi dans le cadre de ses fonctions, le cumul cette fois eût été possible. Cf. Civ.<sup>2</sup> 8 nov. 1993 et 19 janv. 1994, *J.C.P.*, 94, 1, 3773, n° 2.

Cependant, alors que, dans son emploi classique, la thèse du cumul se présentait ordinairement comme un appel à la responsabilité délictuelle entre contractants, pour faire échapper le créancier lésé aux limitations légales ou conventionnelles de la responsabilité contractuelle — on la voit maintenant utilisée en sens inverse : c'est le contractant en défaut qui prétend, par-dessus les a. 1382 et s., opposer à des tiers, qui ont été ses victimes au second degré, les limitations de sa responsabilité contractuelle. Devant cette utilisation-ci, la jurisprudence s'en tient à la thèse du non-cumul (Civ.<sup>1</sup> 9 oct. 1962, D. 63, 1, n. critique Liet-Veaux ; Com. 26 juin 1978, D. 78, *I.R.*, 453, et surtout Civ.<sup>2</sup> 8 juin 1979, D. 80, 563, n. critique Espagnon). Il suffirait, d'ailleurs, d'invoquer l'a. 1165 : les conventions ne nuisent point aux tiers (cf. *supra*, n° 122).

Nouvel épisode dans le jeu de raquettes : l'arrêt de l'Assemblée plénière du 12 juill. 1991 aux multiples chatolements (v. *supra*, nos 112, 127, *infra*, n° 326). En niant tout lien contractuel du sous-traitant au maître de l'ouvrage, il paraît bien avoir laissé la place à l'ineffaçable responsabilité délictuelle. Cette relation axiomatique est, pourtant, ici, mal adaptée à la diversité des situations (cf. spéc. G. Viney, *J.C.P.*, 91, 2, 21743), même si l'on admet que l'appréciation de la faute du sous-traitant pourra être modelée par les contrats en cause considérés comme des faits.

*L'avantage reçu d'autrui  
comme source d'obligation*

Il arrive que, par son fait, l'homme procure un avantage à autrui, de même qu'il peut lui causer un dommage. Ce transfert de valeur suggère l'idée quasi physique d'un trop-plein à faire cesser, d'un équilibre à rétablir entre les patrimoines. Mais cette idée, purement matérielle, tout comme celle du dommage causé, est trop vague pour pouvoir, à elle seule, fonder des conséquences juridiques : pas plus que tous les dommages ne sont réparables, tous les profits ne sont restituables ; ils ne le sont qu'autant que leur matérialité est colorée par certains éléments psychologiques ou juridiques.

Les faits juridiques profitables se différencient des faits juridiques dommageables en ce qu'ils sont toujours, par eux-mêmes, des faits *licites* ; c'est seulement la conservation du profit qui, sous certaines conditions, peut paraître illicite. Entre eux, ils peuvent se différencier par le degré de généralité : on distingue les *quasi-contrats*, spéciaux, et l'*enrichissement sans cause*, théorie générale.

LES QUASI-CONTRATS

On peut, en se servant de la formule de l'a. 1371, définir le quasi-contrat comme un *fait* licite, volontairement accompli, d'où découlent des obligations à la charge de son auteur ou à la charge d'un tiers. La notion même implique que le quasi-contrat ressemble au contrat : il l'imite, parce que la volonté y joue un rôle, mais il s'en sépare parce qu'il ne repose pas sur un *accord* de volontés. Nous ajoutons que le fait, l'élément matériel du quasi-contrat, consiste dans un avantage procuré à autrui : ce caractère est manifeste dans le *paiement de l'indu* ; mais la *gestion d'affaire* est couramment analysée de la même manière (comme ayant pour fondement l'avantage procuré par le gérant au maître). Ce sont les deux seuls quasi-contrats que régleme le C.C.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — M. Lecène-Marénaud, Du rôle de la faute dans les quasi-contrats, *R.T.*, 94, 515 ; Méline Douchy, *La notion de quasi-contrat ou droit positif français*, 1997.

Vizioz (*La notion de quasi-contrats*, Th. Bordeaux, 1912) et d'autres avaient reproché à la notion classique d'être : 1° historiquement fautive (il était question, en droit romain, d'obligations naissant comme d'un contrat, mais on n'y trouvait point une catégorie du quasi-contrat) ; 2° irrationnelle (il est absurde de faire un rapprochement avec le contrat là où manque radicalement cet accord de volontés qui est précisément l'essence du contrat) ; 3° inutile (elle n'aurait d'intérêt que si les quasi-contrats devaient suivre le régime des contrats ; or, on ne l'admet pas en général ; par ex. les règles des quasi-contrats en matière de capacité et de preuve, a. 1348, sont plutôt calquées sur celles des délits que sur celles des contrats). Au terme de la critique, une partie de la doctrine avait dénié toute autonomie aux obligations quasi contractuelles et les avait analysées comme obligations purement légales (Planiol, *Traité élémentaire*, II, n° 812 ; Josserand, II, n° 10). Cependant, le quasi-contrat a continué à trouver des défenseurs



(Ripert-Boulanger, II, n° 1183 ; Esmein, sur Aubry et Rau, VI, 6<sup>e</sup> éd., § 440 ; cf. Melina Dauchy, Aix, 1997). On a même pu se demander si la notion n'allait pas faire peau neuve : il arrive assez souvent, aujourd'hui, qu'un rapport de droit impérativement institué par la loi entre deux personnes soit soumis aux règles d'un contrat en raison de la ressemblance entre les deux hypothèses concrètes. Ex. le maintien du locataire dans les lieux après l'expiration du bail, comme s'il y avait encore un contrat, l. 1<sup>er</sup> sept. 1948, a. 4 ; le contrat de travail à salaire différé, supposé par l'a. 63 du d.-l. 29 juill. 1939 (Code de la famille) entre l'agriculteur père de famille et l'enfant qui travaille sur l'exploitation (fiction comparable en faveur du conjoint survivant, dans le petit commerce et l'artisanat, l. 89-1008 du 31 déc. 1989, a. 14). Est-ce que ces « contrats forcés » ne sont pas des quasi-contrats d'une nouvelle espèce ? En ce sens, P. Durand, La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, *R.T.*, 1944, 93 ; cf. J. Honorat, Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel, *R.T.*, 69, 653. Cependant, il pourrait y avoir danger, sous prétexte du *comme si*, à étendre à ces situations non consenties des obligations qui ne se justifient qu'autant qu'elles sont volontairement assumées. Pour une application plus originale de la notion de quasi-contrat, Bénabent, n° 346 s. : sous la théorie jurisprudentielle de l'apparence (cf. Introduction, n° 163) il y aurait un quasi-contrat, car tout se passe comme si le véritable titulaire du droit avait traité avec le tiers acquéreur par-dessus la tête du titulaire apparent.

## [298] 1 / La gestion d'affaire

Il y a gestion d'affaire (a. 1372 s.) toutes les fois qu'une personne (*gérant d'affaire*) accomplit un acte dans l'intérêt et pour le compte d'un tiers (*maître* de l'affaire, « géré »), sans avoir reçu mandat de celui-ci. De cette intervention dans les affaires d'autrui vont naître des obligations réciproques, à la charge du gérant et du maître. La situation ressemble fort à celle qui résulterait d'un contrat de mandat (a. 1984 s.), à cela près que la volonté du géré en est absente : il y a quasi-contrat, non pas contrat.

L'exemple classique, sur lequel le C.C. a raisonné (ce qui explique, dans l'a. 1372, l'expression *propriétaire* pour désigner le géré), est celui où, un immeuble venant à avoir besoin d'une réparation urgente alors que le propriétaire n'est pas sur les lieux, un voisin officieux commande à un entrepreneur de faire le nécessaire : par là il s'oblige à veiller à la bonne exécution des travaux et à rendre des comptes au propriétaire, et celui-ci, de son côté, est obligé à l'indemniser de ses débours. Mais le schéma peut convenir à des hypothèses très diverses.

Ex. copropriétaire qui fait des impenses sur un bien indivis ; quidam qui paie sciemment la dette d'un autre ; hôtelier qui recueille la victime d'un accident, si elle lui est apportée sans connaissance (par un bon Samaritain), directeur de clinique qui appelle un spécialiste au chevet d'un malade hors d'état de manifester sa volonté ; brave qui arrête un cheval emballé et le ramène à son maître.

### 1 | CONDITIONS DE LA GESTION D'AFFAIRE

a) *Quant à l'affaire.* — L'acte à accomplir peut être soit un *acte juridique* (ex. contrat à passer avec un entrepreneur pour la réparation de l'immeuble ; paiement de la dette d'autrui), soit un *acte matériel* (ex. réparation que l'on exécute soi-même), et il y a là une différence entre la gestion d'affaire et le mandat, car celui-ci, selon l'opinion générale, ne saurait se rapporter qu'à des actes juridiques. Il peut s'agir d'un acte isolé ou d'une série d'actes, de la gestion de tout un patrimoine pendant un certain temps. Habituellement, c'est pour des actes d'administration (au sens de cette expression dans le droit des incapacités ; cf. t. I, n° 103) que la gestion d'affaire est admise. Mais elle pourrait l'être, à la rigueur, pour des actes de disposition. Ce qui est essentiel, c'est que l'affaire soit *urgente*, qu'il y ait *nécessité* d'accomplir l'acte immédiatement, sans attendre que l'intéressé soit en état de le faire. Et cette nécessité se conçoit plus facilement pour des actes d'administration que pour des actes de disposition.

b) *Quant au gérant.* — Il doit être capable, et, estime-t-on, capable de s'engager par contrat. Son intervention doit être *spontanée* : s'il était tenu d'accomplir l'acte en vertu d'une obligation préexistante, soit contractuelle (ex. mandat), soit légale (ex. tutelle, plus généralement, devoir de fonction), on ne serait plus en présence d'une gestion d'affaire, et il y aurait lieu d'appliquer le contrat ou la loi. Toutefois, quand un administrateur légal ou conventionnel, et notamment un mandataire, dépasse ses pouvoirs, tout ce qu'il fait au-delà de la loi ou de la convention doit être regardé comme gestion d'affaire. Il faut encore, pour qu'il y ait gestion d'affaire, que l'intervention du gérant ait été désintéressée, qu'il ait eu *l'intention d'agir dans l'intérêt et pour le compte d'autrui*. S'il avait entendu gérer sa propre affaire et s'il avait, néanmoins, ce faisant, procuré un avantage à un tiers, il pourrait éventuellement exercer contre ce tiers l'action *de in rem verso*, sanction de l'enrichissement sans cause, mais non point l'action (plus

large) fondée sur l'a. 1375. L'intention de représenter autrui sépare la gestion d'affaire de l'enrichissement sans cause (c'est parfois ainsi que, dans les premiers mots de l'a. 1372, on interprète *volontairement*).

c) *Quant au maître*. — Sa capacité est indifférente, car ce n'est pas sa volonté qui est la source des obligations dont il est tenu. Normalement, les faits de gestion sont accomplis *à son insu*. S'il en a connaissance, on peut douter, malgré l'a. 1372, qu'une gestion d'affaire soit encore possible : ou il proteste, et son opposition a pour conséquence de faire de l'intervention du prétendu gérant une voie de fait, un délit civil ; ou il ne dit mot, et son silence forme un mandat tacite, qui est un contrat véritable, non un quasi-contrat.

## [299] 2 | EFFETS DE LA GESTION D'AFFAIRE

a) *Effets entre les parties*. — Ce sont des obligations qui naissent des deux côtés : ce quasi-contrat est synallagmatique.

1° *Obligations du gérant*. — Elles sont calquées sur celles du mandataire (a. 1372, al. 2). Du critère du bon père de famille, employé par l'a. 1374, al. 1, il résulte que le gérant d'affaire est responsable de *toute faute*, même d'imprudences ou de négligence (cf : a. 1992, al. 1), même légère, qu'il commet dans sa gestion. Toutefois, sa responsabilité peut être atténuée : soit par analogie avec l'a. 1992, al. 2, en considération de la gratuité du service qu'il rend ; soit, par application directe de l'a. 1374, al. 2, compte tenu de toutes les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire (ex. les intérêts en souffrance étaient exposés à un péril particulièrement pressant, et il était le seul à accepter de s'en occuper). Il peut, du reste, se trouver engagé au-delà de ce qu'il avait envisagé au début de son intervention : les a. 1372, al. 1, et 1373 l'obligent à poursuivre la gestion commencée, avec toutes les ramifications qui ont pu surgir après coup, jusqu'à ce que le maître de l'affaire (ou son héritier) soit en état d'y pourvoir lui-même. La perspective de cette responsabilité étendue est destinée à décourager des immixtions trop faciles, et de pure curiosité, dans les affaires d'autrui. Enfin, quoique les a. 1372 s. ne le disent pas formellement, c'est une obligation essentielle pour le gérant que de *rendre compte* de sa gestion, de la même façon qu'un mandataire (a. 1993).

2° *Obligations du maître*. — Il est naturel que le gérant n'ait pas à subir de préjudice pour avoir rendu service à autrui. Il n'a pas droit, en général, à un salaire, mais il peut exiger d'être *indemnisé* de ses

pertes. Le maître est tenu, en particulier, de lui rembourser les dépenses qu'il a pu faire pour la conservation ou même l'amélioration de l'immeuble en souffrance, de le garantir des engagements qu'il a pu prendre à l'égard des tiers dans sa gestion (a. 1375). Cependant, cette obligation du maître est subordonnée à une condition fondamentale : que la gestion ait été *utile* (que « l'affaire ait été bien administrée »), ce qu'il convient de juger en se reportant à l'époque de la gestion (si l'avantage escompté ne s'est pas produit ou a disparu depuis lors sans la faute du gérant, celui-ci n'en a pas moins le droit d'être indemnisé). Cette condition d'utilité met une différence saillante entre la gestion d'affaire et le mandat : le mandataire a un droit inconditionnel à être indemnisé (a. 2000), parce que ce n'était pas à lui, mais au mandant, d'apprécier l'utilité de l'opération. De là, l'intérêt pratique qu'il peut y avoir à ce que le maître, expressément ou tacitement, ratifie la gestion d'affaire. Cette *ratification*, qui est du reste entièrement laissée à sa discrétion, a pour effet, selon une maxime traditionnelle, de transformer (rétroactivement) la gestion d'affaire en mandat (*ratihabitio mandato aequiparatur*). Le gérant pourra, dès lors, obtenir d'être indemnisé quand bien même sa gestion n'aurait pas été utile.

b) *Effets à l'égard des tiers éventuellement*. — Lorsque le gérant a traité avec les tiers en son nom personnel, il est obligé envers eux, et le maître ne l'est pas. Lorsqu'il a, au contraire, déclaré agir pour le compte du maître, c'est celui-ci seul qui, en principe, est obligé (a. 1375) : il y a *représentation* (parfaite ; cf. *supra*, n° 117). Mais cette obligation du maître envers les tiers est subordonnée, elle aussi, soit à l'utilité de la gestion, soit à une ratification.

## [300] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — M. Picard, La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine, *R.T.*, 1921, 419 s. ; Maruitte, *La notion juridique de gestion d'affaires*, Th. Caen, 1931 ; Riou, L'acte de dévouement, *R.T.*, 1957, 245 ; R. Bout, *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, 1972.

### HISTOIRE

Le mécanisme vient de Rome. Un cas semble y avoir joué un rôle considérable : celui de l'individu qui défend à un procès intenté contre un autre. Ce cas (sans analogie possible dans nos procédures modernes, cf. Paris, 29 janv. 1880, S. 81, 2, 132) révèle un aspect sociologiquement et psychologiquement important du gérant d'affaire : le cham-

tion qui, dans une guerre privée, prend spontanément fait et cause pour autrui. On pourrait se demander si le très Ancien Droit français n'a pas eu aussi cette conception du gérant d'affaire champion et si, plus tard, dans l'hostilité du droit coutumier à la gestion d'affaire, il n'y a pas eu une réaction contre des ingérences et interventions, qui propageaient les querelles. Dans la doctrine de la période monarchique, cependant, l'institution paraît avoir retrouvé faveur : les romanistes y voient une belle et utile technique (c'est dans cet esprit que Pothier, *Mandat*, n° 167 s., en fait une théorie minutieuse, que le C.C. a beaucoup simplifiée) ; les jansénistes, une application de la loi qui nous commande de faire pour les autres ce que nous voudrions qu'ils fissent pour nous (Domat, *Lois civ.*, part. 1, liv. 2, titre 4) ; les tenants du droit naturel, un reflet civiliste du grand devoir de philanthropie et de bienveillance universelle. Cf. Code rural de 1791, tit. I, sect. 1, a. 1 : la municipalité pourvoira à faire serrer la récolte d'un cultivateur absent, infirme, ou accidentellement hors d'état de la faire lui-même... ; elle aura soin que cet acte de *fraternité* et de protection de la loi soit exécuté aux moindres frais. Vers la fin du XIX<sup>e</sup> s., c'est une autre vogue : tantôt pour des raisons philosophiques (harmonie avec la morale républicaine de la solidarité), tantôt pour des raisons techniques (ce schéma souple paraît pouvoir justifier des solutions nouvelles postulées par l'équité, ou même expliquer des règles légales ; ainsi fut expliquée la stipulation pour autrui, et Labbé mettait partout de la gestion d'affaires).

## SOCIOLOGIE

Parmi les hypothèses où sont appliqués les a. 1372 s., il en est que l'on peut éliminer d'une étude sociologique, parce que la notion de gestion d'affaire y apparaît comme un *mécanisme purement technique* et abstrait, invoqué artificiellement, faute de texte plus précis, pour donner un recours à une personne contre une autre (ex. la gestion d'affaire du débiteur solidaire qui paie un créancier commun ; celle du mandataire qui dépasse ses pouvoirs, celle des a. 219, al. 2 et 491-4, al. 1). Ce tri fait, il conviendrait de *rechercher* dans quels *milieux sociaux* les gestions d'affaires se produisent le plus fréquemment (villes ou campagnes ?), et par quels ressorts psychologiques l'altruisme, d'un côté — mais, de l'autre, la curiosité, le goût de se mêler des affaires d'autrui, la propension à se mettre en avant). L'altruisme est un sentiment vague : dans beaucoup de cas de gestion d'affaire, il paraît revêtir la forme plus précise d'un sentiment d'appartenance coutumière à une communauté, spécialement à une communauté de voisinage. De même, la gestion d'affaire d'un indivisaire au profit des autres, Civ. 1<sup>er</sup> juill. 1901, S. 05, 1, 510, intéresse la sociologie de la communauté d'héritiers (y a-t-il bien techniquement gestion d'affaire ? le gérant fait aussi ses affaires propres) ; la gestion d'affaire de celui qui arrête un cheval emballé (Trib. com. Seine, 3 janv. 1900, S. 02, 2, 217) ou qui poursuit un voleur intéresse la sociologie du civisme (le ressort est, ici, le sentiment de servir la collectivité, beaucoup plus que l'intention de gérer les affaires du propriétaire du cheval). On voit aussi se manifester (et se faire non plus seulement indemniser, mais salarier) des gérants qui sont, en réalité, des professionnels (ex. Req. 10 janv. 1910, D. 11, 1, 370 ; Rouen, 7 mars 1934, D.H. 35, Somm. 15 ; cf. Tunc, D. 1947, 389) ; hypothèses de contrat forcé où la philanthropie s'estompe. Mais il y aura toujours des ingrats (ex. Civ. 22 déc. 1981, D. 82, I.R., 96 ; Civ. 26 janv. 1988, J.C.P., 89, 2, 21217. — Cf. Cl. Roy-Loustaunau, *Du dommage éprouvé en prêtant assistance bénévole à autrui*, Aix, 1980).

[301]

## POLITIQUE LÉGISLATIVE

Il serait vain de remettre en question le principe même d'une notion générale de la gestion d'affaire, dont il est vrai que le droit anglais, sauf à admettre une action du gérant dans quelques cas particuliers (cf. Arminjon-Wolff, III, n° 834), arrive bien à se passer, peut-être parce qu'il est plus individualiste et féru de quant-à-soi. Mais la gestion d'affaire pourrait subir une autre attraction : est-il bien scientifique de laisser les intérêts en souffrance se gérer au hasard des voisinages et de la bienfaisance privée ? un jour ne viendra-t-il pas où un service administratif en sera chargé *de plano* ? Voyez déjà les sapeurs-pompiers. Les intérêts des absents, présumés ou déclarés, continuent, il est vrai, d'être pris en charge par un régime de droit privé (a. 112 s.), mais c'est qu'il y a une expectative successorale au bout.

## THÉORIE JURIDIQUE

V., pour un examen des différentes conceptions, Goré, *Le fondement de la gestion d'affaires, source autonome et générale d'obligations*, D. 1953, chr. 39. L'analyse la plus classique fait de la gestion d'affaire un quasi-mandat (cf. Baudry-Lacantinerie-Barde, IV, n° 2790), mandat imparfait, auquel manque seulement la volonté du mandant (cf. a. 1372, al. 2). A l'opposé, la doctrine moderne tend à éliminer de la gestion d'affaire ; tout aspect volontaire pour en faire un système d'obligations purement légales (cf. Vizioz, *La notion de quasi-contrat*, Th. Bordeaux, 1912, p. 234). Mais c'est ne tenir aucun compte de la classification qui résulte des a. 1370 s. Josserand (II, n° 1448) ne considère que l'initiative du gérant, acte juridique unilatéral qui, par exception (cf. *supra*, n° 14), aurait pouvoir d'engendrer des obligations même à la charge d'autrui. Savatier (*Droit civil*, II, n° 218) dépèce le quasi-contrat : les obligations envisagées aux a. 1372 s. procéderaient, les unes, de l'autonomie de la volonté du gérant, les autres d'un enrichissement sans cause. Enfin, F. Goré (*loc. cit.*) présente la gestion d'affaires comme la sanction juridique de devoirs moraux : mise en forme d'un devoir d'entraide, du côté du gérant, et d'un devoir d'assistance (ne pourrait-on pas dire : de gratitude ?), du côté du géré. C'est la morale de la charité. Mais il est des charités indiscrettes. Le maître a le droit de refuser et même de s'opposer à l'ingérence du tiers, Civ. 3 12 avr. 1972, *Bull.*, n° 219. On doit être attentif au fait que, dans le C.C., les obligations du gérant sont mises en première ligne (de même qu'en droit romain l'action *negotiorum gestorum directa*, donnée contre le gérant, avait précédé l'action *negotiorum gestorum contraria*, contre le maître). N'est-ce pas la défiance à l'égard du gérant, plutôt que le désir de l'encourager, qui est la clef de l'institution ? Non point que l'intervention dans les affaires d'autrui à dessein de lui rendre service constitue en soi un délit civil (malgré Dig. 50, 17, 36). Mais il y a faute, si l'on intervient, à ne pas le faire parfaitement (donner et retenir ne vaut), car la présomption de la loi (c'est la vieille idée de Dig. 3, 5, 14) est que, par là, on a empêché un autre d'intervenir, qui, lui, aurait agi complètement et mieux. Quant aux obligations du géré, il ne serait pas insoutenable de dire qu'elles résultent d'un risque attaché à l'absence ou même à la non-présence, et dont les a. 118 et 130 indiquent le maximum. Le gérant n'a pas droit à une rémunération, Com. 15 déc. 1992, *Rép. not.*, 94, 50 (même pour services exception-

nels ? pourtant, toute peine mérite salaire, c'est une variante de l'enrichissement sans cause, qui transcende la gestion d'affaire).

Une synthèse qui serait peut-être malaisée : celle des cas où la gestion d'affaire sert à la loi de figure de référence pour régler les conséquences d'une situation qu'il lui paraît fastidieux d'organiser en détail : ex. a. 219, al. 2 ; 491-4, al. 1 ; 815-4, al. 2 ; 1. 3 janv. 1969 sur l'armement maritime, a. 8, al. 2. Y a-t-il la fiction ? analogie ? identité ? La l. 1969 évoque la fiction (... est réputé avoir agi...) ; l'a. 491-4, en imposant à certaines personnes le devoir d'agir, exclut l'identité, puisque la spontanéité manquera alors, qui est essentielle. En toute hypothèse, il semble que, le gérant ayant reçu de la loi une sorte d'encouragement à intervenir, sa responsabilité devrait être appréciée moins sévèrement.

## [302]

## PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Domaine*. — Ce qui contribue à l'élargir, c'est que la *gestion d'affaire*, reposant essentiellement sur des faits, peut, selon Civ. 9 déc. 1947 (D. 48, 142), être prouvée par tous moyens. Solution critiquée pour le cas où la gestion consiste dans la conclusion d'un contrat ; mais l'a. 1348 est conçu en termes très généraux. Dans un sens restrictif, au contraire, il faut relever que la Cour de cassation se réserve un contrôle sur la qualification des faits dont les juges du fond ont souverainement apprécié l'existence (Civ.<sup>2</sup> 12 mai 1953, D. 53, 517 ; Civ.<sup>1</sup> 10 févr. 1982, D. 82, *I.R.*, 226 ; Com. 27 nov. 1991, *Rép. not.*, 92, 1, 747). Il n'est plus guère discuté, aujourd'hui, que notre gestion d'affaire (comme celle du droit romain) peut concerner des actes matériels aussi bien que juridiques. Ex. Req. 28 févr. 1910, D. 11, 1, 137 : l'aubergiste qui recueille un ouvrier victime d'un accident du travail sur la voie publique est gérant d'affaire du patron qui doit assumer la responsabilité de l'accident ; Civ.<sup>1</sup> 16 nov. 1955, *J.C.P.*, 56, 2, 9087 : celui qui retire un automobiliste de sa voiture en flammes est le gérant d'affaire de cet automobiliste (et de son assureur) ; Civ.<sup>1</sup> 14 nov. 1978, D. 79, *I.R.*, 86. Pour en douter (cf. Planiol, D. 1891, 1, 49), il faudrait exagérer beaucoup l'idée que la gestion d'affaire est un reflet du mandat (celui-ci ne pouvant porter que sur les actes juridiques). — Au demeurant, si la jurisprudence s'est servie de la gestion d'affaire pour munir d'un recours celui qui a été victime de son acte de dévouement (Civ.<sup>1</sup> 16 nov. 1955, précité ; Civ.<sup>1</sup> 14 nov. 1978, *J.C.P.*, 80, 2, 19379 ; Civ.<sup>1</sup> 26 janv. 1988, D. 89, 405, *J.C.P.*, 89, 2, 21217 ; cf. Michel Riou, *L'acte de dévouement*, *R.T.*, 1957, 221), elle semble l'utiliser plus volontiers aujourd'hui la fiction d'une convention d'assistance bénévole, où l'offre de secours aurait été tacitement acceptée par le destinataire (Civ. 1<sup>er</sup> déc. 1969, *J.C.P.*, 70, 2, 16445, n. critique Aubert). — La préexistence d'un rapport de droit, notamment d'un contrat, entre deux personnes n'est pas un obstacle à ce que s'établisse entre elles une relation complémentaire de gestion d'affaire. Ex. Civ. 8 févr. 1932, D.H. 32, 202 ; Soc. 11 oct. 1984, *Bull.*, n° 369. N'explique-t-on pas souvent par une gestion d'affaire greffée sur le contrat les a. 1890, 1947, 2080, al. 2 ? — Civ. 28 oct. 1942, D.C. 43, 29, admet une gestion d'affaire entre usufruitier et nu-propriétaire (plausible, car, dans la pureté des principes, il n'y a justement pas de rapports de droit entre usufruit et nue-propriété, cf. t. III, n° 92).

b) *Effets*. — L'appréciation de l'opportunité et de l'utilité de la gestion (utilité au moment où elle a été entreprise, Civ.<sup>1</sup> 15 nov. 1955, *J.C.P.*, 56, 2, 9087, n. Esmein) est une question de fait, Civ.<sup>1</sup> 5 mars 1985, *Bull.*, n° 86. Ex. de gestion utile, Civ.<sup>1</sup>

22 déc. 1981 (rapatriement sanitaire), *Bull.*, n° 395. De gestion inutile, Civ.<sup>1</sup> 31 janv. 1995, D. 95, *I.R.*, 55. La mention des dépenses dans l'a. 1375, *in fine*, qui semble renvoyer à la trilogie des impenses (t. III, n° 209), aurait pu être comprise comme fixant simplement le mode de calcul des indemnités dues au gérant. La pratique en a tiré le principe que l'intervention du gérant doit avoir été opportune, et elle y voit un préalable dont la constatation conditionne le droit à indemnisation : Civ.<sup>1</sup> 5 mars 1985, *Bull.*, n° 86 ; Com. 26 juin 1990, *J.C.P.*, 90, 4, 325. Pour les circonstances qui peuvent atténuer la responsabilité de gérant selon l'a. 1374, v. Huet, *R.T.*, 86, 142. Sur le principe que le gérant qui a traité au nom du maître n'est pas obligé envers les tiers, v. Civ.<sup>1</sup> 14 janv. 1959, D. 59, 106 (mais peut-être la décision des juges du fond, qui est cassée, avait-elle eu en vue une faute du gérant, ou la solidarité familiale ?). Précisément dans le cas d'une faute du gérant, cf. Civ.<sup>1</sup> 10 févr. 1982, *Bull.*, n° 67.

## [303] 2 / Le paiement de l'indu

La personne (*accipiens*) qui reçoit à titre de paiement ce qui ne lui est pas dû se trouve, par le fait même, obligée à restitution envers l'auteur du paiement (*solvens*) ; celui-ci a contre elle un droit de *répétition* (au sens romain du mot), une action en restitution. La situation a paru jadis avoir quelque ressemblance avec un prêt (a. 1892 s.), dans lequel le *solvens* et l'*accipiens* seraient respectivement prêteur et emprunteur, mais un prêt d'où la volonté du prêteur au moins serait absente : quasi-contrat et non contrat. La qualification de quasi-contrat n'est même pas toujours conservée dans la doctrine de cette fin de XX<sup>e</sup> siècle : le paiement de l'indu y étant ramené à n'être qu'un épisode du paiement.

Les a. 1235, 1376 s. ont été rédigés en fonction d'un type classique de paiement de l'indu, où la *cause de restitution est contemporaine du paiement lui-même* : il n'aurait pas dû y avoir paiement. Mais on applique également ces textes, faute d'en avoir d'autres, à l'hypothèse quelque peu différente où la *cause de restitution est postérieure au paiement* (c'est, en particulier, l'annulation de la dette en exécution de laquelle le paiement avait eu lieu).

► *La répétition de l'indu lorsque la cause de restitution est contemporaine du paiement*

a) *Conditions de la répétition*. — Elle suppose le paiement de ce qui n'était pas dû, fait apparemment par erreur, c'est-à-dire la réunion

d'un élément matériel, d'un élément juridique (négatif) et, moins sûrement, d'un élément psychologique.

1° *Le fait du paiement*. — C'est, de façon plus exacte, la remise d'une chose (spécialement d'une somme d'argent), remise qui a toutes les apparences d'un paiement et qui en serait un s'il existait une dette à éteindre. Mais, par hypothèse, il n'en existe pas.

2° *L'absence de dette*. — Ce qui peut s'entendre objectivement ou subjectivement.

— *Indu objectif* : la dette en elle-même n'existe pas. Il est rare que l'on paie une dette purement imaginaire (l'indu absolu). Mais il arrive assez souvent que l'on paie une dette qui, après avoir existé, n'existe plus, parce qu'elle a déjà été payée ; ou encore que l'on paie *plus* qu'il n'était dû (il y aura lieu à répétition pour l'excédent). Il ne faut pas confondre avec l'inexistence de la dette sa simple inexigibilité : c'est pourquoi il n'y a pas indu dans le paiement d'une dette à terme qui n'est pas encore échue (a. 1186) ou dans le paiement d'une obligation naturelle (a. 1235 ; cf. *supra*, n° 8).

— *Indu subjectif, relatif* : la dette existe bien, mais pas entre le *solvens* et l'*accipiens*. Celui-ci n'était pas le véritable créancier (il a reçu à la place d'un autre) ; ou celui-là n'était pas le véritable débiteur (il a payé à la place d'un autre, a. 1377, al. 1). Le rapport de droit devient triangulaire.

3° *L'erreur du solvens*. — Cette condition n'est pas exprimée dans les deux textes de base (a. 1235, al. 1, 1376), mais seulement à propos d'un cas particulier (a. 1377). Longtemps, néanmoins, la preuve en a été regardée comme nécessaire : il fallait, pour que la répétition fût admise, que le *solvens* eût payé parce qu'à tort il croyait à l'existence de la dette. Mais la Cour de cassation, par un arrêt de l'Assemblée plénière du 2 avril 1993 (D. 93, 373, *J.C.P.*, 93, 2, 22051), a fixé la jurisprudence en sens contraire : dès lors que les sommes versées n'étaient pas dues, le *solvens* est en droit d'en obtenir restitution, sans être tenu à aucune autre preuve. L'erreur est présumée comme l'explication la plus vraisemblable d'un paiement en soi inexplicable.

L'*accipiens*, cependant, peut s'opposer à l'action en répétition, non pas en essayant de démontrer l'absence d'erreur, preuve négative impossible, mais en rapportant la preuve positive que le paiement a eu une cause qui le rend définitif. Quelle cause ? il en est de diverses sortes.

— Ce peut être une intention libérale : le *solvens* a entendu procurer un avantage gratuit à l'*accipiens* ou au tiers dont il éteint la dette, voire réaliser une donation informelle.

— Ce pourrait être aussi bien l'intention de gérer l'affaire du débiteur, ou encore la perspective d'une convention plus vaste : il n'est pas rare que le paiement de l'indu soit l'un des éléments d'une transaction (au sens de l'a. 2044), une cession faite à l'*accipiens* dans l'attente de concessions en retour.

Tout autant qu'une analyse du paiement, les circonstances de fait qui l'ont accompagné peuvent, à l'occasion, éliminer d'elles-mêmes l'hypothèse d'une erreur : ainsi le *solvens* n'a payé que contraint sous la menace d'une saisie, ou bien il a en payant formulé des réserves (il voulait se donner le temps de rechercher les documents attestant sa libération). Seulement, tandis que tout à l'heure l'erreur était niée par l'*accipiens* afin de consolider le paiement, on remarquera que la négation vient ici du *solvens*, comme prélude probable à une action en répétition.

Quant aux états de conscience de l'*accipiens*, ils sont, en tout cas, sans influence sur le principe même de la restitution (a. 1376, « celui qui reçoit par erreur ou sciemment ») : ils n'interviennent que pour en doser les effets (de l'a. 1377, al. 2, à l'a. 1381).

b) *Effets de la répétition*. — L'*accipiens* est tenu de restituer au *solvens* ce qu'il en a reçu indûment : l'objet même en nature, si c'est un corps certain qui existe encore (a. 1379) ; l'équivalent dans les autres cas. Mais le C.C. prend en considération l'état d'âme de l'*accipiens* au moment de la réception de l'indu, lui imposant une restitution plus complète quand il a été de *mauvaise foi* (ce qui, d'ailleurs, ne se présume pas, a. 2268), c'est-à-dire quand il a su que ce qui lui était payé ne lui était pas dû (a. 1378, 1379 ; opp. a. 1380). On peut voir là soit la sanction de la faute commise en acceptant sciemment l'indu, soit une conséquence de l'idée pratique que l'*accipiens* de mauvaise foi devait prendre des précautions particulières, puisqu'il pouvait s'attendre à être un jour obligé à restituer.

Lorsqu'il y a indu subjectif, l'action en répétition peut-elle être déviée en direction de celui à qui le paiement a véritablement profité (l'*accipiens* intellectuel, comme l'on dit parfois) ? C'est ce que prévoit l'a. 1377, al. 2, dans un cas particulier où le créancier (*accipiens* matériel) a un motif légitime de repousser l'action en répétition. Ailleurs, il semble que la jurisprudence soit au moins divisée.

[304] ► *La répétition de l'indu lorsque la cause de la restitution est postérieure au paiement*

Il y a lieu à répétition quand la dette qui avait été la cause du paiement a été après coup annulée ou résolue, ou quand le paiement avait

été fait en vue d'une cause future qui ne s'est pas accomplie (ex. donation faite en vue d'un mariage dont le projet a été rompu, a. 1088). Le cas de l'*annulation* est pratiquement le plus important (d'autant que la restitution des prestations exécutées en vertu de contrats résolus est souvent régie par des dispositions spéciales ; ex. a. 1630, a. 1659 s.). Le paiement d'une obligation sujette à nullité, mais non encore annulée, n'est pas, dès le principe, un paiement de l'indu ; cependant, il y aura rétroactivement indu une fois l'annulation prononcée. La répétition est alors ouverte au *solvens* ; mais avec certaines particularités.

1° *Conditions de la répétition*. — L'erreur n'est pas du tout exigée. Le *solvens* peut agir même s'il a connu le vice de l'obligation qu'il exécutait. A moins que le paiement ainsi fait en connaissance de cause ne puisse être interprété comme la confirmation tacite d'une obligation annulable (cf. a. 1338, al. 2).

2° *Effets de la répétition*. — La nullité, qui ouvre le droit de répétition, en paralyse souvent les effets (ainsi dans le cas de l'a. 1312 ou de la maxime *Nemo auditur...* ; v. *supra.*, n° 110).

### [305] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — J. Defrénois-Souleau, La répétition de l'indu objectif, *R.T.*, 89, 243 ; Kamdem, L'évolution du régime de l'action en répétition de l'« indu objectif », *J.C.P.*, 97, 1, 4018.

#### HISTOIRE

Mécanisme romain : *condictio indebiti per errorem soluti* ; cf. Monier, II, n° 158. Toutefois, la condition d'erreur, source de difficultés modernes, n'était peut-être pas exigée de façon générale en droit classique (cf. Chauvel, D. 85, 302, n° 22). L'idée apparaît aussi d'un prêt d'argent (*mutuum*) involontaire.

#### SOCIOLOGIE

Si l'on s'en tient à l'indu de type classique en négligeant cet indu *ex post facto* qui procède de l'annulation ou de la résolution des contrats, on peut se demander comment il arrive que soit payé ce qui n'est pas dû. L'erreur est assez naturelle chez un héritier du prétendu débiteur (ex. Req. 19 janv. 1886, D. 86, 1, 88). Ou bien il s'agit d'un compte dont on a payé la somme avant d'en avoir vérifié les parties. A notre époque, le paiement de l'indu est fréquemment un phénomène de bureau (cf. *R.T.*, 85, 168 ; Ghestin, *J.C.P.*, 73, 1, 2528), un dérapage d'informatique. Joignez-y la docilité des payants, si habitués à payer à la première sommation (fisc, parafisc, banques, etc.) sous peine d'avoir à payer davantage. Beaucoup d'actions en répétition émanent de caisses semi-publiques, qui se repentent d'avoir payé trop facilement (ex. Soc.

1<sup>er</sup> juill. 1981, *Bull.*, n° 531 ; Civ.<sup>1</sup> 11 avr. 1995, *J.C.P.*, 95, 2, 22485 ; Soc. 14 nov. 1996, *Bull.*, n° 388). En rendant l'action plus accessible, l'Assemblée plénière a plutôt encouragé les administrations à l'insouciance. Instituer après coup des responsabilités (ex. Civ.<sup>1</sup> 18 mai 1994, *Bull.*, n° 179) n'est qu'un palliatif. — Le bénéfice de trésorerie que les paiements indus peuvent apporter à l'*accipiens* est trop accidentel pour l'intéresser ; en revanche, les actions en répétition peuvent perturber gravement sa comptabilité. Ce qui explique la tendance récente des tribunaux à faire payer au *solvens* sa négligence. Hypothèse différente, les *erreurs de caisse* : le *solvens* a remis, et l'*accipiens*, caissier, encaisseur, a encaissé plus qu'il n'était dû. Rigoureusement, il n'y a pas paiement de l'indu, parce que le paiement est un acte de volonté, et qu'ici la volonté des parties, à tout le moins celle du *solvens*, ne s'est pas portée sur l'excédent. Au reste, la répétition sera ordinairement inhibée par l'impossibilité de la preuve : ce sera, pour l'*accipiens*, un gain de fortune, comparable au trésor. Un problème de répartition peut se poser, s'il s'agit d'un employé qui représente son employeur, *accipiens* véritable. Civ. 24 juill. 1900, S. 01, 1, 9, n. critique Tissier, a attribué à un garçon de recettes le bénéfice de ce qu'il avait perçu en trop, mais en considération de l'indépendance dont il jouissait dans l'agencement de ses tournées ; cf. Soc. 14 janv. 1943, *R.T.*, 1943, 123. Il y aurait des conventions collectives à explorer.

### [306]

#### THÉORIE JURIDIQUE

En analysant le paiement comme un acte juridique (cf. *infra*, n° 332), on pouvait présenter la répétition de l'indu comme une action en nullité du paiement pour erreur. Mais ce n'était guère en harmonie avec le rôle, somme toute secondaire, et aujourd'hui à peu près écarté, de l'erreur parmi les conditions de la répétition (cf. Loussouarn, *R.T.*, 49, 212). En restant sur le terrain de l'acte juridique, on a soutenu plus légitimement que, la dette étant la cause de l'acte, la répétition opérait comme une annulation pour défaut (ou disparition) de la cause.

Toutefois, le paiement a pu également être conçu comme un fait, et sur cette lancée, un arrêt, Civ.<sup>1</sup> 29 janv. 1991, *Bull.*, n° 36, rappelle que le paiement de l'indu, étant un quasi-contrat, est un fait juridique (qui peut donc être prouvé par tous les moyens ; ce que rappellent aussi les a. 1371 et 1348). Même si ce fait peut être dit *juridique* (eu égard à l'action en répétition qui en est précisément l'effet), il y a déplacement *matériel* de fonds d'un patrimoine à un autre (cf. J. Defrénois-Souleau, *R.T.*, *loc. cit.*, p. 360), et c'est alors un rapprochement avec l'enrichissement sans cause qui s'impose à l'esprit.

Peut-être aurait-on pu retenir davantage de la vieille conception qui faisait du paiement de l'indu, quasi-contrat, la projection d'un contrat. Quel contrat ? le *mutuum* des Romains, le prêt. Il ne serait pas plus étrange de voir un contrat inconscient de prêt dans le paiement de l'indu qu'un contrat semi-conscient de dépôt dans le dépôt nécessaire (a. 1949).

Notons, enfin, une manière toute différente de construire le rapport de droit (elle est latente sous beaucoup d'arrêts contemporains), en le ramenant à une pesée des responsabilités réciproques : chez l'*accipiens* comme chez le *solvens*, l'erreur, malgré la bonne foi, suppose une négligence dans l'inventaire du patrimoine, dans la tenue de la comptabilité.

## PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *L'erreur du solvens*, à la supposer requise, aurait dû être entendue plus largement que l'erreur dans les contrats selon l'a. 1110 (cf. Ghestin, D. 72, chr. 277). Et il eût été juste de traiter comme créatrice d'erreur la contrainte exercée par une autorité, l'apparence de droit qu'elle se donne et qui en impose nécessairement aux simples citoyens. Ainsi, il est fréquent qu'un taillable, pour éviter des poursuites, paie ce qui lui est réclamé en style comminatoire (impôt ou cotisation de Sécurité sociale), sauf à discuter ensuite. On lui accordait la répétition au début du siècle : Req. 21 juill. 1908, D. 09, 1, 175 ; mais les temps ont changé : Soc. 20 juin 1966, D. 67, 264 ; Soc. 24 mai 1973, D. 74, 365, n. Ghestin. Ce qui devrait être décisif, pour conserver ouverte l'action en répétition, c'est que le *solvens* n'ait pas eu l'intention de reconnaître la dette ; l'erreur n'est qu'un aspect possible, parmi d'autres, de cette absence d'intention (cf. Planiol-Esmein, n° 740 ; Loussouarn, *loc. cit.*). On comprend alors que le *solvens* n'ait pas à rapporter la preuve de son erreur, qui serait du reste un fait négatif. C'est ce qu'avait décidé un arrêt important, Civ.<sup>1</sup> 17 juill. 1984 (D. 85, 298, n. Chauvel, *R.T.*, 85, 577, n. J. Mestre), mais il n'avait pas mis fin aux controverses (ex. Com. 24 févr. 1987, D. 87, 244, n. Bénabent). Finalement, l'arrêt de l'Assemblée plénière a fait prévaloir la solution de la première Chambre civile (2 avr. 1993, D. 93, 373, concl. Jéol, *J.C.P.*, 93, 2, 22051, *R.T.*, 93, 820, n. J. Mestre ; cf. Sériaux, D. 93, chr. 229) : dès lors que matériellement les sommes n'étaient pas dues, le *solvens* est en droit d'en obtenir restitution, sans être tenu à aucune autre preuve. V. dans le même sens : Soc. 14 oct. 1993, *R.T.*, 94, 101, et 3 mai 1995, *Bull.*, n° 141 ; Civ.<sup>1</sup> 11 avr. 1995, *J.C.P.*, 95, 2, 22485 ; Civ.<sup>1</sup> 27 févr. 1996, D. 96, *I.R.*, 77) ; Com. 10 févr. 1998, *R.T.*, 99, 102.

Cependant, une appréciation des responsabilités pourra continuer à interférer parfois : la Chambre commerciale (23 avr. 1976, D. 77, 562 ; 22 nov. 1977, *J.C.P.*, 78, 2, 18997 ; 26 nov. 1985, *Bull.*, n° 281 ; 12 janv. 1988, D. 89, Somm, 234) dénie l'action en répétition au *solvens* qui a payé sans procéder aux vérifications que commandait la prudence ; ce qui ne veut pas dire que toute négligence entraîne déchéance de l'action, Com. 3 juin 1998, *R.T.*, 99, 103. D'arrêts de la 1<sup>re</sup> Chambre civile, 18 juill. 1979, D. 80, 172, 5 juill. 1989, D. 89, *I.R.*, 218, se dégage, il est vrai, une solution un peu différente : le *solvens*, malgré sa négligence, conserve son action en répétition ; seulement l'*accipiens* peut agir contre lui reconventionnellement, en se prévalant de l'a. 1382. Le *solvens* ne pourrait-il pas aussi être renvoyé à l'action *de in rem verso* ? V. Derouin, D. 80, chr. 199.

Dans les cas où le paiement n'est devenu indu qu'après coup, parler d'erreur du *solvens* n'aurait pas eu de sens, et la preuve n'en a jamais été exigée (ex. Civ.<sup>1</sup> 20 janv. 1998, *Bull.*, n° 18, paiement en exécution d'une décision de justice réformée ensuite).

b) *Contre qui l'action en répétition doit-elle être exercée ?* En principe, contre l'*accipiens* : il était partie à la convention de paiement, et les dettes étant en général quérables (a. 1247, al. 3), il avait à s'assurer de la régularité de l'opération. Toutefois, dans le cas de l'indu subjectif, il est permis de se demander si l'action ne devrait pas être dirigée plutôt contre le tiers dont la dette s'est trouvée éteinte et qui a ainsi profité indirectement du paiement. Arg. *pour* : on évitera un circuit d'actions ; il est équitable que l'obligation retombe là où se trouve le profit (c'est l'équité de l'action *de in rem verso*). Arg. *contre* : l'a. 1376 n'admet rien de tel, et l'a. 1377, al. 2, qui prévoit un *recours* (non une action en répétition) contre un tiers bénéficiaire est très étroitement circonscrit. La

première Chambre civile, après avoir hésité (15 janv. 1985, *R.T.*, 85, 728), a décidé sans ambages que la répétition pouvait être exercée contre les tiers à qui le paiement a finalement profité (12 mai 1987, *R.T.*, 88, 348, n. J. Mestre ; 19 oct. 1998, D. 99, Somm, 146, n. Aynès). La notion du véritable débiteur, dans l'a. 1377, al. 2, ne pouvait-elle servir de point d'appui à un rétablissement général de la vérité de la dette ? La Chambre sociale, néanmoins, reste sur une ligne d'opposition à la Chambre civile, ex. 6 mai 1993, *Rép. not.*, 93, 1, 709, n. Dagorne-Labbé ; 5 déc. 1996, D. 98, 107 : la répétition de l'indu peut être dirigée contre celui pour le compte de qui le paiement a été reçu, mais non contre celui pour le compte de qui le paiement a été effectué (cf., dans le même sens, D. Martin, D. 93, chr. 167 ; B. Thullier, D. 97, 306). Il est logique que pour défendre à l'action en annulation du paiement (si telle est l'analyse), il faille avoir été partie à l'acte juridique. Rechercher qui a eu le profit de l'opération, c'est transformer la répétition de l'indu en action *de in rem verso* (avec toutes les règles de celle-ci ?)

c) L'action en répétition est-elle une action autonome ou est-elle le reflet de l'action en paiement ? — Un arrêt, Civ.<sup>3</sup> 21 févr. 1996, *Rép. not.*, 96, 1436, a choisi l'autonomie, en refusant de transposer la prescription de l'a. 2277 de l'action pour loyers impayés à l'action en répétition pour loyers indus. Mais la prescription biennale, applicable à l'action en paiement des primes d'assurance (a. L. 114-1 C. Ass.), a été transportée à l'action en répétition des primes indûment perçues, parce que toutes deux dérivent également du contrat d'assurance, Civ.<sup>1</sup> 4 mars 1986, *Bull.*, n° 45, et 15 mars 1988, *Rép. not.*, 88, 485. Calquer, pour la durée de la prescription, l'action en répétition sur l'action en paiement, relève d'une symétrie purement intellectuelle. En revanche, il serait peu réaliste de laisser sous la prescription trentenaire une action qui demande la recherche de comptes, de papiers, de souvenirs périssables. En traitant la répétition comme annulation (pour erreur) de la convention de paiement, on s'ouvrirait à l'a. 1304.

## L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE

Une jurisprudence qui a son point de départ dans un arrêt célèbre, l'arrêt *Boudier* (Req. 15 juin 1892, S. 93, 1, 281, D. 92, 1, 596), affirme que, lorsqu'une personne a, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à une autre personne un avantage que ne justifie aucune cause légale ou contractuelle, elle a une action pour se le faire restituer, l'action *de in rem verso*, car il est, dans notre droit, un principe d'équité sous-entendu, selon lequel nul ne peut s'enrichir *sans cause* aux dépens d'autrui. De ce principe, le C.C. présente des applications fragmentaires, et en première ligne l'idée même de la répétition de l'indu (cf. l'accession, a. 555 ; les impenses sur la chose d'autrui, a. 548 [t. III, n<sup>os</sup> 209, 217] ; les récompenses entre la communauté et les époux a. 1433, 1437 ; l'indemnité que peut obtenir pour sa collaboration l'époux qui supporte les torts exclusifs du divorce, a. 280-1, al. 2). Mais la théorie jurisprudentielle concerne les phénomènes d'enrichissement sans cause qui n'ont pas déjà été saisis dans ces institutions légales : en l'absence d'un texte, tout enrichissement sans cause pourra être sanctionné par l'action *de in rem verso*. La Cour de cassation a, toutefois, empêché la théorie de se dilater à l'excès : des *éléments* précis sont exigés pour qu'il y ait enrichissement sans cause, et l'action *de in rem verso* n'est pas elle-même une *sanction* attrape-tout.

## 1 | ÉLÉMENTS

## DE L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE

L'enrichissement sans cause suppose un *élément matériel* et un *élément juridique*. Point d'élément psychologique, de prime abord ; la théorie semble avoir un caractère objectif : on y pèse des patrimoines.



a) *Élément matériel.* — La première idée est celle d'un mouvement de valeur entre deux patrimoines. Analysée de plus près, elle se décompose en trois termes :

1° *Un enrichissement procuré à une personne.* — Cela est entendu assez largement : il n'est pas nécessaire qu'un bien nouveau soit entré dans le patrimoine, ni même que des biens anciens aient acquis une plus-value. Autant que dans un gain positif, l'enrichissement peut consister dans une perte évitée, une dépense épargnée (c'est par ce raisonnement que l'on permet à un commerçant, qui a fourni à crédit des aliments à une personne sans ressources, d'en réclamer le remboursement, par l'action *de in rem verso*, aux parents tenus envers elle d'une obligation alimentaire, car il leur a épargné jusqu'à due concurrence de payer une pension). Tout avantage pécuniairement appréciable peut être pris en considération (ex. guérison d'un malade, éducation d'un enfant).

2° *Un appauvrissement subi par une autre personne.* — Ici encore, le concept est assez large. Autant que d'une perte effective, se traduisant par la sortie d'un bien ou par sa moins-value, il peut s'agir d'un service rendu, d'une dépense d'activité ou de temps (toute peine mérite salaire ?).

3° *Un rapport de causalité entre l'appauvrissement et l'enrichissement,* en ce sens que l'enrichissement ne se serait pas produit s'il n'y avait pas eu l'appauvrissement. Le cas le plus simple est celui où l'avantage apporté au patrimoine enrichi vient directement du patrimoine appauvri (ex. travaux faits sur un immeuble [par un occupant sans lien contractuel avec le propriétaire] ; services ménagers rendus par une concubine pendant les années de vie commune). Mais la théorie peut également s'appliquer lorsque l'avantage n'arrive que par l'intermédiaire d'un tiers patrimoine (c'était l'espèce de l'arrêt *Boudier* : un marchand avait fourni des engrais à un fermier qui avait été expulsé par la suite ; il a pu se faire indemniser par le propriétaire en invoquant la plus-value que ses fournitures avaient donnée à la propriété).

b) *Élément juridique.* — Le seul enrichissement pris en considération est celui qui est *sans cause*. Cet élément juridique négatif est capital, et c'est par lui que la Cour de cassation dresse une barrière contre les effusions équitables de la théorie : il est de très nombreuses hypothèses où une personne a le droit de s'enrichir aux dépens d'autrui, parce que son enrichissement a une cause. Il faut entendre : une cause juridique. Le mot peut être pris dans un sens assez voisin de celui de l'a. 1131, ce qui n'est pas sans réintroduire dans la théorie quelque élément psychologique. La cause sera l'*intention libérale* de l'appauvri, s'il a voulu faire

une donation, rendre un service gratuit à l'enrichi. Ce peut être aussi la *contre-prestation* qui a été fournie à l'appauvri par l'enrichi ou l'espérance d'une telle contre-prestation (ainsi s'explique qu'il ne puisse pas y avoir d'enrichissement sans cause dans les rapports entre deux contractants ; ce n'est pas sans cause que s'enrichissent les vendeurs qui vendent trop cher, les acheteurs qui achètent trop bon marché, ou les débiteurs qui profitent de la dépréciation monétaire). Il peut s'agir encore de l'*intérêt* personnel qu'avait l'appauvri lui-même dans l'opération : par ex. si un propriétaire protège son fonds des inondations en élevant une digue qui met aussi tout le voisinage à l'abri, il ne peut prétendre avoir enrichi sans cause ses voisins ; la cause, c'était son propre intérêt. Suivant une formule un peu différente, plus objective, on traduira cause par titre justificatif, et l'on dira qu'un enrichissement peut être légitimement conservé toutes les fois qu'il trouve un titre de cette sorte dans un acte juridique passé par l'enrichi ou dans une disposition de la loi (ex. l'a. 599, al. 2, sert de cause à un enrichissement possible des nus-proprétaires).

[308] 2 | SANCTION  
DE L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE

L'appauvri exercera contre l'enrichi l'action *de in rem verso*. C'est un mécanisme qui ne fonctionne pas sans quelques frottements :

a) *Subsidiarité.* — Lorsque l'enrichissement s'est produit par l'intermédiaire d'un tiers patrimoine, la subsidiarité peut signifier que l'action *de in rem verso* ne doit être ouverte contre l'enrichi qu'en cas d'insolvabilité du personnage intermédiaire. Cependant, le sens le plus usuel est différent : c'est que l'action *de in rem verso* ne peut être admise quand elle est introduite pour suppléer à une autre action qu'un obstacle de droit empêche d'intenter. Ex. le demandeur était créancier du défendeur en vertu d'un contrat, mais il a laissé prescrire l'action dont il disposait à ce titre ; ou bien il est hors d'état de la faire réussir parce qu'il n'a pas de preuve écrite. Il est en faute de n'avoir pas su rendre efficaces ses droits contractuels, et il n'a pas le droit d'utiliser maintenant l'action *de in rem verso* pour recouvrer par une autre voie ce que la prescription ou le défaut de preuve écrite lui interdisent de demander.

b) *Limitation de l'objet.* — L'enrichissement du défendeur peut ne pas coïncider avec l'appauvrissement du demandeur. La condamna-

tion à laquelle tend l'action ne saurait dépasser la plus faible de ces deux sommes, car l'appauvri ne peut exiger plus que la reconstitution de son patrimoine, et au patrimoine enrichi on ne peut imposer plus que d'être ramené à son niveau initial. C'est au jour où la demande est formée qu'il faut apprécier l'enrichissement ; s'il n'en subsiste rien, l'action n'a plus d'objet.

c) *Obstacle résultant d'une faute de l'appauvri.* — L'action est repoussée lorsque l'appauvri aurait pu éviter son appauvrissement en étant plus attentif à ses intérêts, moins aventureux dans ses comportements. Telle était du moins la position qui avait l'air acquise en jurisprudence. Mais, en 1997, la Cour de cassation a changé de cap : la faute de l'appauvri, pour peu qu'elle ne soit pas dolosive, ne le prive pas nécessairement de son recours.

### [309] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Esmein, VII, n<sup>os</sup> 752 s. ; Demogue, III, n<sup>os</sup> 141 s. ; Ponsard sur Aubry et Rau, VI, § 442 *ter*. — Sur cette construction qui garde l'attrait des sujets jurisprudentiels, v. *Travaux de l'association Capitant*, IV, 1948, spécialement rapport Roubier, p. 56 s. ; Jean Chevallier, Observations sur la répétition des enrichissements non causés, *Etudes Ripert*, II, p. 237 s. ; Béguet, *L'enrichissement sans cause*, Th. Alger, 1945 ; Goré, *L'enrichissement aux dépens d'autrui*, Th. Paris, 1945.

### HISTOIRE

Il ne semble pas que le droit romain ait ouvert une action à l'appauvri dans tous les cas d'enrichissement injuste. Monier, II, n<sup>os</sup> 157 s. ; cf. Leyval, *L'enrichissement injuste en droit romain classique*, Th. Alger, 1935 ; Gay, *R.D.H.*, 1956, 327. Nous lui devons, cependant (outre le nom même de l'action *de in rem verso*, qui lui a été emprunté un peu par contresens) : 1<sup>o</sup> l'idée des *condictiones*, actions personnelles en restitution, intervenant là où il n'existait pas d'autres actions, et plus particulièrement l'idée de la *condictio sine causa* (par référence à laquelle nous continuons, au fond, à interpréter l'absence de cause ; cf. Ripert-Boulanger, II, n<sup>o</sup> 1270) ; 2<sup>o</sup> une maxime de Pomponius que Justinien avait recueillie (Dig. 50, 17, 206), sans penser probablement à lui donner des conséquences directes, mais les glossateurs devaient s'en emparer : *Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiore*. On pourrait même expliquer par là les deux tendances qui tiraillent la théorie moderne : l'une vers la technique et la matérialité, le dégoût des trop-pleins patrimoniaux, l'autre vers l'équité et la morale, l'appréciation de la conduite de l'enrichi. — Sur la théorie dans l'Ancien Droit, cf. Bregstein, *Travaux de l'Assoc. Capitant*, IV, 1948, p. 58 s. Ce sont les romanistes qui l'ont construite, ce qui explique qu'elle se soit d'abord affirmée en Allemagne, où les Pandectes étaient droit vivant (au XVIII<sup>e</sup> s., *Allgemeines Landrecht* prussien, partie 1, titre 13, § 232). Aubry et Rau (§ 578, texte et

note 7) l'ont prise à Zachariæ, et l'ont transmise à la Cour de cassation sans peut-être que l'on se soit suffisamment interrogé sur les difficultés que recelait ce transfert d'institution d'un système juridique à un autre (ainsi, quant à la subsidiarité).

### SOCIOLOGIE

Le nombre des actions *de in rem verso* qui ont réussi depuis 1892 ne doit pas être très élevé, une fois défalqués tous les rejets motivés par la subsidiarité et surtout par la nécessité d'une absence de cause. Il est impossible de voir dans la théorie un instrument jurisprudentiel de réforme sociale — comme on a feint de le croire au début du siècle, peut-être par une confusion verbale avec cette confiscation des *unearned increments* (plus-values non gagnées), que Stuart Mill, déjà au XIX<sup>e</sup> siècle, avait préconisée. L'impossibilité ne vient pas tellement de ce que le débat, dans l'action *de in rem verso*, est purement individualiste (après tout, chaque individu pourrait y être le champion d'un intérêt collectif). Mais c'est que, lorsqu'ils parlent d'enrichissements sans cause, le droit et le peuple n'entendent pas les mots de la même manière. La pierre de touche en a été l'indemnité de plus-value au fermier sortant. La Cour de cassation, très correctement eu égard à sa conception technique de la cause, a estimé que le bailleur trouvait dans le contrat de bail un titre justificatif suffisant pour conserver, sans être sujet à l'action *de in rem verso*, la plus-value procurée au fonds par les améliorations du fermier : Civ. 28 mars 1939, S. 39, 1, 265, D.C. 42, 119. Il a fallu une intervention législative (l. 15 juill. 1942, puis o. 17 oct. 1945 ; à présent a. L. 411-69 s. Nouveau C. Ru.) pour imposer l'indemnité, et la jurisprudence postérieure n'a montré aucun désir de recourir à la théorie de l'enrichissement sans cause pour compléter la réforme : Soc. 11 janv. 1952, D. 52, 706, R.T., 53, 122 ; Soc. 18 mars 1954, J.C.P., 54, 2, 8168 ; cf. Soc. 15 nov. 1957, J.C.P., 58, 2, 10666, n. Joly. Autre domaine : l'action *de in rem verso* dans les relations familiales, ex. Hénot, *Dr. pros.*, 97 (3), 905.

### [310]

### POLITIQUE LÉGISLATIVE

1<sup>o</sup> La jurisprudence, en tant qu'elle a posé le *principe général* que tout enrichissement sans cause est sujet à restitution, doit-elle être approuvée ou condamnée ? Les indications du droit comparé sont en sa faveur : § 812 B.G.B. (Koppensteiner et Kramer, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, 1975), a. 62 C.O. (J. Witmann, *L'enrichissement sans cause en droit suisse et français*, Th. Zurich, 1943), a. 2041 s. C.C.It. ; le droit américain (à la différence du droit anglais) connaît aussi une théorie de l'enrichissement sans cause (cf. John P. Dawson, *Unjust enrichment ; a comparative analysis*, Boston, 1951). Cependant, de bons esprits demeurent sensibles au danger que peut présenter pour la sécurité juridique un principe d'une telle fluidité (v. Ricca Barberis, L'action d'enrichissement du projet franco-italien de Code des obligations, *Etudes Gény*, II, p. 112 s. : la plus romantique des actions ; cf. la conclusion de Béguet, *op. cit.*). Plutôt que dangereux, on pourrait se demander, dans une tout autre direction, si le principe n'est pas fallacieux, parce qu'il est inutile. Aux cas les plus pratiques, des institutions techniquement éprouvées comme la gestion d'affaires et la répétition de l'indu auraient sans doute suffi. Ailleurs, il faudrait peut-être reconnaître l'existence d'entités collectives par-delà les individus : le marchand d'engrais avait fait confiance à l'exploitation

agricole et non au fermier ; le fournisseur d'aliments, à la famille, et non à celui de ses membres qui se trouve sans ressources.

2° Y a-t-il lieu d'imposer par des lois *particulières* la restitution des enrichissements que l'on peut considérer comme injustes, ou peut-être plus exactement comme non gagnés ? C'est une question qui doit être examinée pour chaque catégorie particulière d'enrichissement. On a souvent relevé des manifestations d'un mouvement en ce sens : ainsi, depuis 1926, dans la législation des baux commerciaux (aujourd'hui, d.-l. 30 sept. 1953, a. 37), l'indemnité de plus-value due au locataire sortant par le bailleur qui est à la fois propriétaire de l'immeuble et du fonds de commerce : dans le statut du fermage (a. L. 411-69 s. Nouveau C. Ru.), l'indemnité due au preneur sortant pour ses améliorations ; dans la législation des baux d'immeubles à usage d'habitation (l. 23 déc. 1986, a. 32), les remboursements auxquels peut avoir droit le locataire (cf. Goré, *Les lois modernes sur les baux et la réparation de l'enrichissement aux dépens d'autrui*, D. 1949, chr. 69). Mais ces innovations législatives peuvent malaisément être présentées comme des applications du principe reçu en jurisprudence car elles sont précisément intervenues dans un domaine où, par définition, il ne saurait y avoir d'enrichissement *sans cause* d'après la conception courante : celui des relations entre contractants. C'est pourtant dans ce domaine que l'équité pourrait avoir à s'employer (sauf la difficulté de la concilier avec les postulats d'une économie libérale).

## [311]

## THÉORIE JURIDIQUE

Von Caemmerer, Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause, *R.I.D.C.*, 1966, 573 ; D. Leite de Campos, *Les présupposés externes de l'action de in rem verso*, Th. Paris II, 1978 (par présupposés externes, il faut entendre les conditions juridiques formelles, qui se sont surajoutées aux deux éléments économiques appauvrissement-enrichissement, savoir les « dépens d'autrui », l'absence de cause et la subsidiarité).

On a commencé par rattacher l'enrichissement sans cause à la gestion d'affaire (ex. Demolombe, XXXI, n<sup>os</sup> 48 s.) ; *gestion d'affaire anormale*, a-t-on dit : anormale en ce que l'appauvri-gérant n'a pas eu l'intention d'agir dans l'intérêt et pour le compte de l'enrichi-géré. Cette analyse est abandonnée : on invoque contre elle des différences (non essentielles, il est vrai) entre les deux institutions (l'appauvri n'est pas obligé, tandis que le gérant doit rendre compte ; l'enrichi n'est tenu que jusqu'à concurrence de son enrichissement, tandis que le géré doit indemniser complètement le gérant). Mais, détachée des a. 1372 s., comment fonder la théorie ?

a) *Tendances objectives, matérialistes*. — Aubry et Rau, 4<sup>e</sup> éd., IX, § 577 s.) ont vu dans l'action *de in rem verso* une sorte d'action en recomblement du *patrimoine* (objection : elle ne porte pas sur la totalité des valeurs disparues et peut se restreindre à l'enrichissement). Ripert et Teisseire, *R.T.*, 1904, 727, ont cherché une analogie du côté du risque (en matière de responsabilité) : de même que, selon la théorie du risque, chacun doit réparer le dommage qu'il a causé à autrui — selon la théorie de l'enrichissement sans cause, chacun doit restituer l'avantage que lui a procuré autrui, les deux théories reposeraient sur la même considération de causalité matérielle (mais on n'explique pas pourquoi seuls les enrichissements injustes donnent lieu à restitution). Autre notation économique : si l'enrichissement a transité par un tiers patri-

moine (hypothèse de l'arrêt *Boudier*), l'action *de in rem verso* fonctionne un peu comme un privilège au sens de l'a. 2102 : le demandeur évitera le patrimoine insolvable de son débiteur direct (D. König, *Der Bereicherungsanspruch gegen den Drittempfänger einer Vertragsleistung nach franz. Recht, Arbeiten zur Rechtsvergleichung*, 1967).

b) *Tendances subjectives, moralistes*. — Planiol (*Traité élém.*, II, n<sup>o</sup> 937) avait considéré l'action *de in rem verso* comme une action délictuelle : il y aurait eu un acte illicite, un quasi-délit civil à conserver un enrichissement sans cause (mais pourquoi l'indemnisation de l'appauvri n'est-elle pas alors toujours totale ?). Ripert (*Règle morale*, n<sup>o</sup> 133) avait mis l'accent sur le caractère *injuste* de l'enrichissement : la théorie était la mise en œuvre d'un devoir de *morale* analogue à celui qui est à la base de la responsabilité civile pour faute. Ce qui expliquait les limitations de l'action *de in rem verso* : la jurisprudence n'accorde celle-ci qu'à titre d'ultime recours en présence d'une injustice flagrante, sans que l'on puisse discerner si elle est plus émue par le scandale d'un enrichissement gratuit ou par le malheur d'une perte accidentelle. En fait, l'effort de moralisation s'est concentré sur un examen de la conduite de l'appauvri. La faute de l'appauvri opère comme une sorte d'exception à l'action, abondamment utilisée et qui a souvent réussi (cf. H. Périnet-Marquet, *J.C.P.*, 82, 1, 3075 ; A.-M. Romani, *D.* 83, chr. 127 ; Conte, *R.T.*, 87, 223 ; M. Lecène-Marenaud, *R.T.*, 94, 515). L'action est paralysée si le demandeur, par son comportement illicite, a créé les conditions de son propre appauvrissement. Les arrêts transposent ici un élément de la théorie de la responsabilité : il y a faute de la victime (cf. *infra*, n<sup>o</sup> 225). La faute peut être de négligence ou d'imprudence, et l'imprudence, parfois, a le sens d'une acceptation des risques : le demandeur avait fait un pari, qui a mal tourné. Peut-il y avoir enrichissement sans cause dans une salle de jeux ?

## [312]

## PRATIQUE JUDICIAIRE

Sur la *formation de la jurisprudence*, v. Bonnacase, *Supplément*, III, n<sup>os</sup> 225 s. Jusque vers 1870, la Cour de cassation s'était montrée absolument défavorable à la théorie. Puis elle accueillit des demandes d'indemnités (Req. 18 juill. 1872, *D.* 72, 1, 471 ; *Civ.* 19 déc. 1877, *S.* 78, 1, 57, *D.* 78, 1, 204), sans toujours distinguer nettement entre enrichissement sans cause et gestion d'affaire (ex. Req. 16 juill. 1890, *S.* 94, 1, 19, *D.* 91, 1, 49, n. Planiol). L'arrêt *Boudier* (Req. 15 juin 1892, *S.* 93, 1, 281, n. Labbé, *D.* 92, 1, 196) ouvrit toutes grandes les écluses : « Attendu que cette action dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui et n'ayant été réglementée par aucun texte de nos lois, son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée, qu'il suffit, pour la rendre recevable, que le demandeur allègue et offre d'établir l'existence d'un avantage qu'il aurait, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à celui contre lequel il agit. » La Cour de cassation s'aperçut, par la suite, que sa formule était trop large pour n'être pas dangereuse. D'où une nouvelle phase, de précision et sans doute de restriction, où beaucoup de demandes étaient rejetées parce que l'enrichissement allégué avait une cause ou parce que le demandeur disposait d'une autre action qu'il avait laissée se perdre (*Civ.* 12 mai 1914, *S.* 18, 1, 41 ; *Civ.* 2 mars 1915, *D.* 20, 1, 102 ; *Civ.* 12 févr. 1923, *D.* 24, 1, 129). Un certain regain d'intérêt pratique s'est manifesté en notre fin de siècle, peut-être en relation avec une

nouvelle vague d'équité (cf. Introduction, n<sup>os</sup> 9, 14). Ex. Com. 4 nov. 1982, *Bull.*, n<sup>o</sup> 331 ; Civ.<sup>3</sup> 11 juin 1985, D. 86, 456. Dans une série d'espèces (Civ.<sup>1</sup> 9 janv. 1979, 2 esp., D. 81, 241, n. Breton, *Rép. not.*, 1980, art. 32174, n. Ponsard ; Civ.<sup>1</sup> 26 oct. 1982, *J.C.P.*, 83, 2, 19992, n. Terré), l'action de *in rem verso* a servi à récompenser ou rémunérer la collaboration d'un époux à l'activité de l'autre. La solution pouvait être comprise comme la correction d'un régime matrimonial, non communautaire ou comme une application de la maxime « Toute peine mérite salaire » — idée différente de celle qui fonde la théorie de l'enrichissement sans cause (elle est plus « travailliste », et à l'arrière-plan on retrouverait une tendance générale à rapprocher le plus possible du contrat de travail la « relation de travail », simple relation de fait). Mais, dans Civ.<sup>1</sup> 14 mars 1995, D. 96, 137, n. V. Barabé-Bouchard, c'est l'intention de corriger les insuffisances de la loi (sur le salaire différé, C. Ru., a. L. 321-13 s.) qui paraît bien être le moteur de la décision (surtout si on la met en contraste avec Civ.<sup>1</sup> 26 mai 1965, D. 65, 628). Dans Civ.<sup>1</sup> 12 juill. 1994, D. 95, 623, n. Tchendjou, *J.C.P.*, 95, 2, 22425, n. Sériaux, *Rép. not.*, 1511, n. X. Savatier, *R.T.*, 95, 373 et 407, n. J. Mestre et Patarin), l'intention est de moraliser la loi : l'enfant qui a apporté aide et assistance à ses parents au-delà de ce qu'exigeait la piété filiale peut recourir à l'action de *in rem verso* pour se faire indemniser par ses cohéritiers (n'est-ce pas, toutefois, un moyen de les contraindre indirectement au paiement d'une obligation naturelle, à l'encontre de l'a. 1235, al. 2 ?). Effet de contagion (cette fois, une mère) : Civ.<sup>1</sup> 16 déc. 1997, *Dr. et patrimoine*, 98, n<sup>o</sup> 1973, n. Chauvel.

a) *Cause de l'enrichissement excluant l'action de in rem verso*. — On ne peut que donner des exemples. *Intention libérale* : Req. 25 juin 1872, S. 73, 1, 129, D. 74, 1, 16. *Contre-prestation ou perspective d'une contre-prestation dans un contrat à titre onéreux* : Civ. 17 mai 1944, *G.P.*, 44, 2, 71 (le prix aurait été supérieur à la valeur de la chose vendue : mais la valeur est subjective, outre que l'action de *in rem verso* tournerait ici le principe que la lésion n'est pas une cause de rescision, a. 1118) ; Civ.<sup>1</sup> 12 oct. 1964, *J.C.P.*, 64, 2, 13946 ; Com. 8 juin 1968, *J.C.P.*, 69, 2, 15724 ; Civ.<sup>3</sup> 16 mars 1977, D. 77, *I.R.*, 256 ; Civ.<sup>3</sup> 20 nov. 1979, D. 80, *I.R.*, 97 ; Com. 18 janv. 1994, *Bull.*, n<sup>o</sup> 27. *Intérêt personnel de l'appauvri* : Req. 22 juin 1927, S. 27, 1, 338 (cependant, si son intérêt était très faible en comparaison de l'avantage procuré à autrui, la solution ne devrait-elle pas être contraire ?) ; Civ.<sup>3</sup> 29 nov. 1972, *G.P.*, 73, 1, 323 ; Civ.<sup>1</sup> 7 juill. 1987, *R.T.*, 88, 132 ; Civ.<sup>1</sup> 25 mai 1992, D. 93, *Somm.* 235, *J.C.P.*, 92, 1, 3608.

b) *Faute de l'appauvri*. — Elle peut être fortement caractérisée par sa gravité aussi bien que par son rapport direct à l'appauvrissement. Ex. d'agissements illicites, voire de délit pénal : Civ. 6 mai 1953, D. 53, 609, n. Goré ; Civ.<sup>1</sup> 18 janv. 1989, *R.T.*, 89, 745. Plus couramment, les fautes invoquées sont de simples négligences ; Civ.<sup>1</sup> 22 oct. 1974, *J.C.P.*, 76, 2, 18331 ; Civ.<sup>1</sup> 3 avr. 1979 (peu importe qu'elles n'aient pas eu de retentissement direct sur l'enrichissement, *Bull.*, n<sup>o</sup> 110). Il est fréquent que l'appauvri en cause (qui ne veut pas rester appauvri) soit une banque : la Chambre commerciale avait commencé par juger (sécurité des affaires) que la fin de non-recevoir soulevée était inopérante (23 janv. 1978, *J.C.P.*, 80, 2, 19365), mais, par la suite, elle s'est ralliée à la solution de la Chambre civile : Com. 16 juill. 1985, *R.T.*, 86, 110, n. Mestre ; Com. 4 juin 1991, D. 93, *Somm.* 58, n. Vasseur. Les commentaires regrettent que soient ainsi finalement consolidés des enrichissements injustes. Il

ne faut pas oublier, toutefois, d'où l'on vient, et qu'à l'origine l'action de *in rem verso* n'avait été admise, sans textes, qu'en tout dernier recours. Beaucoup de décisions recensées par le *Mégacode civil Dalloz*, 1998 (a. 1371, n<sup>o</sup> 175), montrent que les juges du fond sont sensibles aux idées de jeu et d'aléa autant que de faute : l'appauvri s'était aventuré à ses risques et périls ; ce n'est pas au droit de corriger le hasard. Il est permis de flairer beaucoup d'équité dans tout cela, donc pas mal d'incertitudes. La Cour de cassation a accru le trouble en 1997, Civ.<sup>1</sup> 11 mai et 3 juin, D. 98, 407, n. Billiau, D. *Aff.*, 97, 471 et 829 (cf. Civ.<sup>2</sup> 2 déc. 1998, *R.T.*, 99, 105), en déclarant que la faute de l'appauvri ne le privait pas de son action. L'harmonie pourrait, néanmoins, être rétablie par une distinction entre le dol, que sanctionnerait la perte du secours, Com. 17 mai 1998, D. 99, 406, n. M. Ribeyrol-Subrenat, et la simple négligence, voire la faute légère, qui serait pardonnée, ex. Civ.<sup>1</sup> 15 déc. 1998, D. 99, 425, n. Saint-Pau, *R.T.*, 99, 400, n. J. Mestre.

c) *Subsidiarité de l'action de in rem verso* (cf. Drakidis, *R.T.*, 1961, 577 s. ; Thuillier, *J.C.P.*, 80, 2, 19365 ; J. Mestre, *R.T.*, 88, 745 ; J. Ngoubou-Toukam, *Dr. pros.*, 97 (3), 923). — Un sens possible : que l'appauvri ne pourra agir contre un tiers enrichi qu'en cas d'insolvabilité de son cocontractant, Req. 11 sept. 1940, S. 41, 1, 121 ; Civ. 1<sup>er</sup> févr. 1984, D. 84, 388 : l'action de *in rem verso* peut, en effet, se traduire par le ricochet d'un contrat sur un tiers, en dérogation au principe de relativité affirmé par l'a. 1165 ; encore faut-il que cette dérogation n'ait lieu qu'en désespoir de cause. Le plus souvent, cependant, on entend autre chose par subsidiarité. Ex. Req. 2 mars 1915, D. 20, 1, 102 : l'action de *in rem verso* ne doit être admise que dans les cas où l'appauvri ne jouirait, pour obtenir ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, quasi-contrat, délit ou quasi-délit (formule analogue, Civ.<sup>1</sup> 10 mai 1984, *Bull.*, n<sup>o</sup> 153), et elle ne peut être intentée en vue d'échapper aux règles par lesquelles la loi a expressément défini les effets d'un contrat déterminé (cf. Civ.<sup>3</sup> 28 mai 1986, *Bull.*, n<sup>o</sup> 83 ; Com. 29 mars 1994, *Bull.*, n<sup>o</sup> 128 ; Com. 16 mai 1995, *R. sociétés*, 96, 95, *R.T.*, 96, 160) ; en particulier, un entrepreneur ne peut déguiser sous une action de *in rem verso* une demande en supplément de prix prohibée par l'a. 1793 (cf. Jossierand, D. 1932, 1, 66). Même formule dans des hypothèses où la créance originaire se trouvait soit paralysée par l'a. 1328, Civ. 12 mai 1914, S. 18, 1, 41, soit éteinte par une prescription, Civ. 18 juill. 1910, D. 11, 1, 355. Récapitulant les expériences antérieures, Civ.<sup>3</sup> 29 avr. 1971, *G.P.*, 71, 2, 554, propose une formule détaillée où sont énumérés (presque) tous les obstacles que l'action de *in rem verso* ne peut se permettre de contourner. A la limite, ne rejoindrait-on pas la théorie de la fraude à la loi (*supra*, n<sup>o</sup> 73) ? Sur le point particulier de la prescription, il est facile de dire que si l'on en traitait le bénéficiaire comme un enrichissement sans cause, on ruinerait une institution sur laquelle repose la tranquillité publique. Pourtant, aux origines de l'action de *in rem verso* des canonistes s'étaient demandé si elle ne devait pas l'emporter sur la prescription (cf. Bregstein, *loc. cit.*, p. 78), et il est remarquable que le seul texte moderne que l'on puisse regarder comme une consécration de la théorie jurisprudentielle, savoir l'a. 52, al. 4, du d.-l. 30 oct. 1935, sur le chèque, admet expressément qu'une prescription ou déchéance puisse laisser survivre une action de *in rem verso*. Plus généralement, on observera que l'hypothèse du concours d'actions (pluralité d'actions pour un même droit) est classique en procédure, et que la solution de principe qui lui est donnée est que le titulaire des différentes actions a le droit de les exercer successi-

vement ou de choisir entre elles (v. Glasson et Tissier, *Procédure civile*, I, n° 174 ; cf. *supra*, n° 294).

d) *Etendue de la condamnation.* — Le système de la double limite se trouve clairement posé dans Civ.<sup>1</sup> 19 janv. 1953, D. 53, 234 (cf. Civ.<sup>3</sup> 18 mai 1982, D. 83, *I.R.*, 14). Il est, cependant, critiqué aujourd'hui (v. Goré, D. 1949, chr. 72 : l'appauvri devrait avoir droit à toute la plus-value, lors même qu'elle dépasse son appauvrissement, parce que c'est lui qui l'a créée). Civ.<sup>1</sup> 18 janv. 1960, D. 60, 753, n. critique Estein, précise que l'enrichissement doit être évalué au jour de la demande, non pas au jour de la décision, ce qui joue contre l'appauvri en période de dépréciation monétaire. Rationnellement, la créance née de l'enrichissement sans cause devrait être traitée comme créance de valeur (cf. *supra*, n° 12), au même titre que la créance de réparation (cf. n° 287).

## *Le régime général des obligations*

Sous le nom de régime général (on dit aussi : théorie générale) des obligations, il est traditionnel de réunir un certain nombre de questions communes à toutes les obligations, quelle qu'en soit la source : non seulement aux obligations conventionnelles (en fonction desquelles, à la vérité, ce régime général a surtout été conçu par le C.C.), mais encore, par ex., aux obligations nées de délits. Ainsi, quand la victime d'un accident veut céder à un tiers le droit qui lui appartient d'obtenir des dommages-intérêts du responsable, elle doit utiliser le même mécanisme que le prêteur d'argent qui voudrait céder sa créance.

Les questions que l'on étudie dans le régime général des obligations concernent l'obligation à deux moments de son existence : quand elle n'est encore que *créance* et quand elle devient *exécution*. Il y a, en effet, une première phase où la créance, entre sa naissance et son accomplissement, grosse de satisfactions à venir, a déjà une valeur, mais qui ne sera réalisée que plus tard : le débiteur doit, le créancier a un droit ; ils sont en face l'un de l'autre ; l'obligation n'est encore, pour l'heure, qu'un *rapport* (immobile) d'*obligation*. Mais, si la dette n'est pas volontairement payée, le créancier va pouvoir passer à l'attaque sur le patrimoine, sinon sur la personne, du débiteur ; il mettra en acte ce qui n'était jusqu'ici qu'assujettissement virtuel : maintenant, l'obligation n'est plus simple rapport d'obligation, elle est *pouvoir* (agressif) *de contrainte*.

## ÉTAT DES QUESTIONS

Dès 1874, l'Allemand Brinz avait proposé de distinguer, à l'origine de l'obligation romaine, le lien assujettissant la personne ou la chose au créancier (*obligatio, Haftung*), qui serait le phénomène archaïque et rudimentaire, et la dette ayant pour objet une prestation déterminée (*debitum, Schuld*), qui supposerait déjà une économie plus évoluée. Cornil (*Mélanges Girard*, 1912, I, p. 199 s. ; cf., plus sceptique, Maillet, *La théorie de Schuld et Haftung en droit romain*, Th. Aix, 1944) reprit la distinction sous d'autres termes (devoir et engagement). On en a fait, depuis lors, des applications systématiques au droit moderne (Popa, *Les notions de debitum [Schuld] et d'obligatio [Haftung] et leur application en droit français moderne*, Th. Paris, 1935 ; Mazeaud, *Droit civil*, II, n° 9, et surtout Comparato, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Th. Paris, 1963 ; cf. Pelet, *La théorie dualiste de l'obligation et son application en droit suisse*, Th. Lausanne, 1937). La terminologie est un des ennuis de la théorie, car il est malaisé de traduire *Schuld* et *Haftung*, et les expressions préconisées (devoir et engagement, dette et responsabilité) sont souvent équivoques, ce qui nous amène à en suggérer encore d'autres : rapport d'obligation et pouvoir de contrainte. Ce qui est sûr, c'est que l'antithèse répond à quelque chose de latent dans le C.C. Témoin la dualité même des séries textuelles (a. 1101, 1136, d'une part, et de l'autre a. 2092, 2093), dualité que les projets de Cambacérés mettaient, d'ailleurs, beaucoup mieux en relief par une partie spéciale consacrée aux *droits des créanciers* (v. notamment, 1<sup>er</sup> projet, tit. XI, a. 2 : Le titre de créancier donne des droits ; a. 3 : le principal droit des créanciers consiste à se faire payer de ce qui leur est dû). On peut encore expliquer par là certaines règles positives : peut-être le mécanisme de l'obligation naturelle (rapport d'obligation dissocié du pouvoir de contrainte ; v. cep. Chevallier, D. 1940, I, 57) : plus probablement, l'obligation de la caution, du tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué (ils sont soumis au pouvoir de contrainte du créancier sans être avec lui dans un rapport obligatoire). Toutefois, le C.C. a nettement répudié une solution de l'Ancien Droit qui s'accordait bien avec la dissociation du rapport d'obligation et du pouvoir de contrainte : au moins dans le ressort du Parlement de Paris, on admettait que les titres exécutoires contre un défunt ne l'étaient pas *de plano* contre ses héritiers ; contre ceux-ci une action en déclaration exécutoire était nécessaire, et Pothier (*Procédure civ.*, n° 445) en donnait cette raison suggestive qu'« il faut bien distinguer l'obligation d'avec le *droit passif de l'exécution*, qui en est l'accessoire » ; or, l'a. 877 C.C. a eu pour but de supprimer un tel hiatus de droit (il se contente d'exiger que l'héritier soit informé).

## [314]

## TITRE I

*Le rapport d'obligation*

Dans les a. 1234 s., le C.C. ne paraît avoir envisagé pour les obligations, une fois nées, d'autre destin que de s'éteindre. Cependant, le rapport d'obligation peut faire l'objet d'une *cession*, avant que d'être touché par une *extinction*. L'importance attribuée à l'extinction se comprend si l'obligation est conçue comme un lien de la personne : l'éteindre est alors ce qu'il y a de plus désirable, le retour à la liberté naturelle. Mais, si l'on considère l'obligation pour la valeur économique qu'elle représente dans le patrimoine du créancier, c'est la circulation, le trafic, la cession qu'il faut pousser en avant.

## ÉTAT DES QUESTIONS

Etudier le rapport obligatoire en lui-même, abstraction faite de ses sources, paraît aujourd'hui — sous l'influence du B.G.B. — une démarche plus rationnelle que celle du C.C., qui n'a directement considéré que le rapport obligatoire *ex contractu* (cf. Planiol-Esmein, VI, n° 6). Il faut convenir, cependant, que les mécanismes mis au point pour la cession et l'extinction des obligations ne conviennent bien qu'aux obligations contractuelles (et plus spécialement, peut-être, aux promesses de payer des sommes d'argent ; cf. *supra*, n° 15) ; on se sent mal à l'aise quand on a à les appliquer aux autres obligations. C'est qu'entre les deux catégories d'engagements, grande est la différence pratique. Les rapports contractuels peuvent vivre et prospérer par eux-mêmes, sans avoir besoin de se faire reconnaître en justice (le contentieux n'est pour eux qu'accident et pathologie) — tandis que les rapports du responsable avec la victime, de l'enrichi avec l'appauvri, etc., n'ont qu'une existence larvaire jusqu'au jugement. Tout en eux attend le jugement. Mais, précisément, le jugement sera leur mort, en leur substituant un rapport obligatoire d'une espèce nouvelle, qui n'appartient plus entièrement au droit civil : le rapport obligatoire créé par la *condamnation*.

LA CESSION  
DU RAPPORT D'OBLIGATION

Céder, c'est transmettre (du *cédant* au *cessionnaire*) ; ici, transmettre l'obligation, soit activement (cession de créance), soit passivement (cession de dette). Tant que l'obligation resta conçue comme un pur rapport entre deux personnes il y eut une difficulté psychologique à l'imaginer transmissible : si les droits réels sont transmissibles, c'est qu'ils portent sur des choses, détachées de la personnalité. La transmission de l'obligation à *titre universel* a dû être la première accueillie, facilitée par l'idée que l'héritier continue la personne du défunt. La transmission à *titre particulier* suppose davantage : il faut que le rapport d'obligation apparaisse comme une valeur patrimoniale et non plus comme un lien strictement personnel. Or, cela est bien plus aisé à admettre du côté actif que du côté passif. C'est pourquoi, aujourd'hui encore, tandis que la *cession de créance* est un mécanisme classé, il n'y a, vers la *cession de dette*, que d'imparfaites tentatives. Il est finalement plus facile d'admettre la *cession de contrat*, comme la cession d'un tout fait à la fois de créances et de dettes. Sans doute, céder le contrat, c'est transférer des engagements sur la tête d'autrui, mais c'est aussi transférer des droits, et avec ceux-ci une possible maîtrise de ceux-là.

[315] 1 / La cession de créance

La créance se transmet sans difficulté à *titre universel* avec le patrimoine dont elle constitue un des éléments actifs (sauf à observer que, si le patrimoine se fractionne, la créance *a priori* se fractionnera égale-

ment ; ainsi, entre les héritiers du créancier, au prorata de leurs vocations successorales ; a. 1220 ; cf. n° 118).

La créance peut se transmettre aussi à *titre particulier*. Toutefois, cette transmission ne s'opère pas sans formalités : si le débiteur peut être contraint à changer de créancier contre son gré, il a le droit d'être informé du changement, ou, du moins, de la possibilité de ce changement. Ainsi s'explique que les cessions de créance ne soient pas traitées comme des cessions de biens quelconques, qu'il s'agisse de la *cession de créance de droit commun*, ou de cette sorte spéciale de cession qu'est la négociation des *titres négociables*.

## 1 | LA CESSION DE CRÉANCE DU DROIT COMMUN

Le C.C. a réglementé la cession de créance au titre de la vente (a. 1689 s.), en considérant la créance comme un bien, et sa cession (ou *transport*) comme une vente. De fait, le plus souvent, la cession de créance a lieu à titre onéreux. Mais elle pourrait avoir lieu aussi bien à titre gratuit, et ce serait une donation. Vente ou donation, elle apparaît comme un contrat, une convention, entre cédant et cessionnaire. Seulement, la créance n'est pas un bien quelconque : c'est un rapport de droit personnel, dans lequel il va falloir, par hypothèse, opérer une substitution de sujet. Pour accomplir cette substitution, la simple volonté du cédant et du cessionnaire est insuffisante : selon l'a. 1690, une *formalité* doit s'y ajouter. La cession de créance présente un double aspect : conventionnel et formaliste.

### ► *La convention*

Entre cédant et cessionnaire, créancier actuel et créancier futur, il faut appliquer les règles générales des conventions (normalement celles de la vente).

a) *Formation de la convention*. — Elle se forme par le consentement des parties sur la créance cédée et le prix de cession (a. 1583). Toute créance, en principe, peut être cédée : non seulement les créances déjà échues, où le rapport personnel pourrait paraître moins vivant, mais les créances non encore exigibles, à terme ou conditionnelles. Il est, cependant, des créances incessibles, ainsi la créance alimentaire

(v. a. 205 s.), la créance de salaires jusqu'à concurrence d'une certaine fraction (justement, parce qu'elle a aussi un caractère alimentaire ; C. Tr. a. L. 145-1 s., et R. 145-1 s.) ;

b) *Effets de la convention*. — Elle *transmet* le droit, et elle crée des *obligations*.

1° *Transmission du droit*. — La créance est transmise par le seul échange des consentements (a. 1583). Elle l'est pour son montant nominal, même si elle est vendue pour un prix moindre. Suivant le principe de la conservation des droits transmis (Introduction, n° 184), elle passe au cessionnaire avec tous ses attributs, *positifs* et *négatifs* :

— Les attributs *positifs* sont les sûretés qui garantissent la créance (a. 1692), les actions en justice qui appartenaient au cédant (ex. pour la créance d'un prix de vente, l'action en résolution, a. 1654). Mais il est des faveurs personnelles qui sont intransmissibles (ex. la prescription extinctive de la créance se trouvait suspendue par la minorité du cédant ; elle ne sera pas suspendue au bénéfice du cessionnaire).

— Les attributs *négatifs* sont les vices affectant la créance. Ces vices eussent-ils une cause tenant à la personne du cédant (ex. son incapacité), ils continueront à affecter la créance entre les mains du cessionnaire. Plus généralement, le débiteur pourra, pour paralyser ou anéantir la créance, se servir à l'encontre du cessionnaire de tous les moyens de défense (*exceptions* au sens procédural du terme) qu'il aurait eu le droit d'invoquer contre le cédant (*opposabilité des exceptions*) ;

2° *Création d'obligations*. — Le cessionnaire, comme acheteur (cf. a. 1650), est obligé de payer le prix. Le cédant, comme vendeur (cf. a. 1603), doit *délivrance* et *garantie*.

La *délivrance*, la mise en possession du cessionnaire s'opère par la remise du titre écrit constatant la créance (a. 1689 ; cf. a. 1607).

— La *garantie* est réglée par les a. 1693-1694, à défaut de stipulations particulières dans le contrat de cession. Le cédant est garant de l'*existence* de la créance (a. 1693) : s'il n'en est pas le véritable titulaire, ou si elle est rendue inefficace par quelque cause de nullité, il devra indemniser le cessionnaire en lui remboursant le prix de cession (éventuellement avec dommages-intérêts). Mais il n'est pas garant de la *solvabilité* du débiteur (a. 1694), car, lors même que celui-ci serait totalement insolvable, on ne peut dire que la créance est inexistante (les droits de créance ne sont pas des droits sur les biens, ce sont des rapports personnels).

Cette *garantie de droit* (c'est-à-dire fonctionnant de plein droit) peut se trouver modifiée par des conventions particulières, qui organisent ce que l'on appelle la *garantie de fait*. Tantôt ces conventions res-



treignent la garantie de droit (ex. clause formelle de non-garantie de l'existence, qui ne dispense pas, d'ailleurs, le cédant de rembourser le prix, mais seulement de payer des dommages-intérêts en sus ; arg. a. 1629) — tantôt elles la renforcent, en ajoutant à la garantie de l'existence celle de la solvabilité (a. 1694). Cette dernière garantie est susceptible de degrés (a. 1695) : quand elle s'étend à la solvabilité future (jusqu'à l'échéance de la dette), elle fait du cédant une sorte de caution du débiteur cédé. La combinaison, du reste, est vue avec quelque défiance, de crainte qu'un usurier ne se fasse céder à vil prix une créance douteuse en obligeant le cédant à lui garantir la solvabilité future du cédé ; en pareil cas, l'a. 1694, dans sa disposition finale qui est d'ordre public, interdit de faire jouer la garantie pour le montant nominal de la créance ; le cessionnaire ne pourra se faire restituer que la somme inférieure qu'il a effectivement versée.

[316] ► *La formalité de l'a. 1690 C.C.*

La cession de créance, en tant qu'elle substitue un créancier à un autre dans le rapport obligatoire, intéresse d'autres personnes que le cédant et le cessionnaire, qui ont été parties à la convention.

Elle intéresse en première ligne le *débiteur cédé* : il apparaît comme un tiers par rapport à la convention de cession, en ce sens que sa volonté n'y a pas été nécessaire (il peut lui être imposé sous cette forme de changer de créancier, alors que son consentement serait indispensable si le changement de créancier avait lieu par voie de novation ; cf. n° 348). Cependant, tout en étant étranger à la cession, il apparaît un peu comme en étant l'objet (il est le débiteur *cédé*). Du moins sera-t-il nécessaire de le rattacher à l'opération intervenue, de l'avertir qu'il a changé de maître.

Ce sont aussi (éventuellement) les *ayants cause du cédant* qui peuvent être intéressés à connaître la cession : ses propres créanciers, s'ils prétendent opérer une saisie-attribution sur la créance cédée ; un second cessionnaire, si l'on suppose que la même créance a été successivement cédée à deux personnes. Ces ayants cause à titre particulier doivent être regardés comme tiers par rapport à la cession (cf. *supra*, n° 128).

La formalité de l'a. 1690 tend à donner à la cession de créance son entière portée pratique à l'égard de ces deux catégories de tiers : elle permet au cessionnaire d'agir contre le débiteur cédé ; elle rend

l'ensemble de l'opération opposable aux ayants cause à titre particulier du cédant.

a) *Nature de la formalité.* — Il en est deux espèces, placées sur un pied d'égalité :

1° La *signification* de la cession au débiteur cédé. Cet acte d'huissier (acte authentique, ayant donc date certaine, ce qui est capital, car l'ordre chronologique va trancher les conflits entre les divers intéressés) a lieu à la requête du cédant ou, le plus souvent, du cessionnaire. C'est une simple information qui est ainsi donnée au cédé, on ne lui demande pas son assentiment ;

2° L'*acceptation* de la cession par le débiteur cédé *dans un acte authentique* (en fait, ce second procédé est peu employé, un acte notarié coûtant plus cher qu'un exploit d'huissier). Par là, le cédé reconnaît, avec date certaine, qu'il a eu connaissance de la cession, et il ne peut plus refuser de payer entre les mains du cessionnaire. Mais il n'en garde pas moins le droit de lui opposer (sauf une, a. 1295) les exceptions qu'il aurait pu invoquer contre le cédant. L'acceptation, d'après l'interprétation dominante, n'est pas un engagement personnel et direct du débiteur cédé envers le cessionnaire ; il n'y a nulle novation.

Le formalisme légal a subi dans la pratique des atténuations. Les tribunaux donnent un certain effet à l'*acceptation sous seing privé*, voire à l'*acceptation tacite* (cas du bailleur qui n'a émis aucune réserve quand le cessionnaire du bail lui a payé le loyer et qui a par là accepté tacitement ce nouveau locataire) : si l'acceptation non formaliste est impuissante à rendre la cession opposable aux ayants cause du cédant, elle est suffisante à l'égard du débiteur cédé, qui ne peut plus méconnaître désormais les droits du cessionnaire. Cependant, la jurisprudence ne va pas, semble-t-il, jusqu'à admettre que la simple *connaissance* que le débiteur aurait pu acquérir de la cession en dehors d'une signification par huissier puisse équivaloir aux formalités de l'a. 1690. Il est de principe que, lorsque la loi institue des procédures de publicité ou d'information, leur inaccomplissement ne peut être suppléé par la connaissance personnelle qu'un intéressé a pu acquérir par d'autres voies (arg. a. 1071). Il n'en pourrait être autrement que si une véritable *fraude* était imputée au cédé. Ex. sachant qu'il y avait déjà eu une cession, quoique non encore signifiée, il a consenti, complice d'un cédant malhonnête, à payer entre les mains de celui-ci, ou entre les mains d'un cessionnaire postérieur. C'est plus qu'une simple connaissance, plus que de la mauvaise foi, c'est un concert frauduleux. La *fraude* ainsi commise au détriment du (premier) cessionnaire sera sanctionnée

par la pleine efficacité du droit de celui-ci malgré l'inaccomplissement de la formalité.

b) *Rôle de la formalité.* — Ce rôle, selon l'a. 1690, est de *saisir* le cessionnaire à l'égard des tiers (*lato sensu*). Saisir, ensaisiner, historiquement, l'expression évoque une mise en possession (saisine = possession) qui a des caractères d'investiture publique, soit à l'égard du *débiteur cédé*, soit à l'égard des *ayants cause du cédant*.

1° *Situation du débiteur cédé.*

— *Avant* la signification ou l'acceptation de la cession, le principe est que le cédé ignore juridiquement le cessionnaire, dont le titre (la convention de cession) ne lui est pas opposable et ne peut lui profiter (cf. a. 1165). Il n'a pas de lien avec le cessionnaire, et il reste lié au cédant. En conséquence, il se libère valablement en payant celui-ci (a. 1691), et il peut même être contraint de le payer ; réciproquement, il a le droit de se refuser à payer celui-là.

La jurisprudence corrige ces solutions logiques en considérant que le cessionnaire est, tout de même, appelé à être un jour prochain le créancier ; et elle projette sur la situation présente l'ombre de la situation future, telle qu'elle résultera de l'observation de l'a. 1690. Ce qui fait, se superposant, deux schémas de relations contradictoires. Ainsi, le débiteur cédé se libère valablement, s'il le veut, en payant le cessionnaire. Le cessionnaire, de son côté, a non seulement le droit de faire des actes conservatoires (cf. a. 1180 ; ex. interruption de la prescription extinctive) à l'encontre du débiteur cédé, mais encore le droit de lui réclamer l'exécution de l'obligation, quand du moins celui-ci n'a aucun intérêt à s'y refuser.

— *Après* la signification ou l'acceptation de la cession, le premier schéma de relations juridiques disparaît, le second subsiste seul et se consolide : le cédé est débiteur définitif du cessionnaire, et uniquement de lui, il ne peut plus payer qu'entre ses mains, ni être poursuivi que par lui ; le cédant serait sans qualité pour recevoir le paiement, encore moins pour le réclamer.

2° *Situation des ayants cause du cédant.* — Véritables tiers, la signification ou l'acceptation joue à leur égard le rôle d'une publicité, à défaut de laquelle la cession leur serait inopposable.

— Il peut s'agir d'un *second cessionnaire*, à qui le créancier a cédé sa créance au mépris d'une cession antérieure. Dans le conflit qui va s'élever entre les deux cessionnaires successifs tenant leurs droits du même auteur, la préférence dépend d'un ordre chronologique (*prior tempore, potior jure*) ; mais ce n'est pas l'ordre des conventions de cession, c'est celui de leurs significations ou acceptations (dont les dates

respectives sont, en principe, certaines). L'analogie est ici évidente avec le mécanisme de la publicité foncière (cf. t. III, n° 110).

— Il peut s'agir encore des *créanciers chirographaires* du cédant. Jusqu'aux formalités de l'a. 1690, la créance cédée continue de faire partie, à leur égard, du patrimoine de leur débiteur, et ils peuvent pratiquer sur elle une saisie-attribution. La formalité accomplie, l'effet est inverse : la créance, passée dans le patrimoine du cessionnaire, ne peut plus être saisie-arrêtée par les créanciers du cédant.

## [317] 2 | LES TITRES NÉGOCIABLES

Il est des créances qui sont transmissibles par des procédés spéciaux, différents, dans la forme et les effets, de la cession de droit commun. Ce sont les créances constatées par des titres négociables, *négociation* étant le nom technique de cette transmission de créances qui déroge au droit commun. Les titres négociables ont été imaginés par le droit commercial ; le besoin de rapidité et de sécurité que ressent le monde des affaires s'accommodait mal de la cession classique, à la fois trop formaliste et (quant à la solidité du droit transmis) trop incertaine. C'est en droit commercial qu'aujourd'hui encore la négociabilité trouve sa principale application (valeurs mobilières, effets de commerce). Cependant, elle intéresse aussi le droit civil : non seulement en raison de l'importance que présente son *mécanisme* pour la théorie générale de l'obligation, mais, même, plus pratiquement, parce que son *domaine d'application* n'est pas resté limité au droit commercial.

### ► *Mécanisme des titres négociables*

La négociabilité a des *formes* en général moins compliquées et des *effets* constamment plus énergiques que la cession de créance des a. 1689 s. C.C.

a) *Formes de la négociabilité.* — Il en est trois, correspondant aux trois grandes catégories de titres négociables.

1° *Titre nominatif.* — Le droit de créance est constaté par une inscription au *nom* du créancier sur un registre tenu par le débiteur (ex. dans le cas de rente sur l'Etat, une inscription au *nom* du rentier sur le grand livre de la dette publique ; dans le cas d'une obligation ou d'une action émise par une société anonyme, une inscription au nom de l'obligataire ou de l'actionnaire dans les livres de la société). D'ordinaire, le créancier reçoit un certificat de l'inscription ; mais, rigoureusement, ce papier qu'il garde en sa possession n'est pas le titre nominatif ; le titre est l'inscription sur le registre du débiteur. Le mode de négociation propre aux titres nominatifs est le *transfert* : l'inscription est transférée du nom du cédant au nom du cessionnaire, à la demande du cédant, avec des justifications à l'appui (ces justifications imposent un certain formalisme, des délais et des frais dans la transmission des titres nominatifs).

2° *Titre à ordre*. — Le droit de créance est constaté dans un écrit qui contient la clause à ordre : « Veuillez payer à l'ordre de M. X » (c'est-à-dire à M. X ou à la tierce personne à qui il vous donnera l'ordre de payer). Le mode de négociation propre aux titres à ordre est l'*endossement* : mention de la cession ou même aujourd'hui simple signature apposée par le cédant au *dos* du titre. Les principaux titres à ordre sont les effets de commerce :

— la *lettre de change* (... au 1<sup>er</sup> juillet prochain, veuillez payer la somme de 100 000 francs à l'ordre de M. X) :

— le chèque, qui apparaît comme un mandat de payer donné à une banque où l'on a des fonds disponibles en compte, où l'on a une *provision* (... veuillez payer 100 000 francs à l'ordre de M. X ; l'émission du chèque implique une cession au profit de M. X de la créance de l'émetteur sur la banque ; de nouvelles cessions pourront avoir lieu ensuite si le chèque fait l'objet d'endossements) ;

— le *billet à ordre*, qui est un écrit constatant une promesse de payer (au 1<sup>er</sup> juillet prochain, je paierai 100 000 francs à l'ordre de M. X ; cf. *supra*, n° 15).

3° *Titre au porteur*. — Le droit de créance est plus que constaté dans le titre écrit ; il y est incorporé ; cette feuille de papier est traitée comme un meuble corporel (cf. t. III, n°s 58, 231). Le mode de négociation est ici la *tradition manuelle* ; la remise du papier de la main à la main vaut cession du droit. La cession de créance atteint à son maximum de simplicité.

Cependant, lorsque les valeurs mobilières au porteur sont déposées dans une banque, elles y perdent leur individualité, deviennent choses fongibles, dont la transmission ne se fera plus par la remise du titre de la main à la main, mais par un virement de compte-titres à compte-titres sur l'ordre donné par le déposant. Or, le dépôt des titres en banque est devenu, en principe, obligatoire (l. fin. 30 déc. 1981, a. 94). Il en résulte une *dématérialisation* des titres au porteur et, en conséquence, de leur cession.

b) *Effets de la négociabilité*. — L'énergie particulière de ces effets tient au principe de l'*inopposabilité des exceptions*, grâce auquel les titres négociables peuvent circuler plus facilement, l'acquéreur n'ayant pas à se préoccuper de vérifier les droits de son auteur (ni des auteurs de son auteur). Les exceptions, les causes de nullité ou de résolution qui auraient pu être invoquées contre le cédant ne sont pas opposables au cessionnaire. Dès lors que la convention de cession a été vêtue de la forme adéquate (transfert, endossement ou tradition manuelle), le droit du nouveau créancier est indépendant du droit de l'ancien, par dérogation à la règle de la conservation des droits transmis.

### ► *Domaine d'application des titres négociables*

Ce sont les créances commerciales qui constituent le domaine propre des titres négociables. Cependant, certains de ces titres peuvent aussi être adaptés à des *créances civiles*. Il faut écarter les titres nominatifs : un particulier non-commerçant ne pourrait créer de registres de transfert. Mais il est admis, en principe, que les créances civiles peuvent revêtir la forme au porteur (ex. pour les polices d'assurance, a. L. 112-5 C. Ass.) ; leur cession s'accomplira alors par simple tradition manuelle, sans les formalités de l'a. 1690. Avec plus de difficulté, la jurisprudence a décidé qu'une créance civile pourrait être assortie de la clause à ordre et circuler par voie d'endossement. Toutefois,

la l. 15 juin 1976 interdit de mettre sous la forme au porteur les *copies exécutoires* des actes notariés (a. 2 ; cf. *supra*, n° 98), et elle restreint la faculté d'insérer dans ces copies une clause à ordre (a. 3).

La pénétration de la négociabilité dans le droit civil se manifeste encore d'une autre manière : certains des effets de commerce préconstitués par le droit commercial peuvent servir de véhicules à des opérations civiles : si l'émission d'une lettre de change est nécessairement un acte de commerce, le chèque, monnaie scripturale, peut être appliqué à régler toute sorte de dette (cf. *infra*, n° 331), et une promesse de payer quelconque peut être coulée dans la forme d'un billet à ordre.

### [318] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Radouant, VII, n°s 1107 s. (cf. Planiol-Hamel, X, *Vente*, n°s 307 s.) ; Esmein sur Aubry et Rau, V, § 359. — Sur les titres négociables, v. Devèze et Petel, *Instruments de paiement et de crédit*, 1992 ; Putman, *Moyens de paiement et de crédit*, 1995 ; Ripert et Roblot, *Droit commercial*, II, 1996 (Germain et Delebecque) ; Dupichot et Guivel, *Effets de commerce et chèques*, 1996 ; Gavaldà et Stoufflet, *Droit du crédit*, II, 1998 ; Chaput et M.-B. Schröderuncier, *Effets de commerce*, 1998, Jeantin et Le Cannu, *Instruments de paiement et de crédit*, 1999.

#### HISTOIRE

L'idée primitive que l'obligation est un lien personnel est restée jusqu'au bout, en droit romain, un obstacle à la franche admission de la cession de créance. V. Monier, II, n°s 190 s. Il fallait recourir à des biais : novation par changement de créancier, mandat donné au cessionnaire en vue de recouvrer la créance (avec dispense de rendre compte et, partant, faculté de s'approprier les fonds). Ce mandat conféré au mandataire dans son propre intérêt (*procuratio in rem suam*) avait, toutefois, un point faible : révocable comme tout mandat, il laissait le cessionnaire à la discrétion du cédant. Une réforme de Justinien (glissée par interpolation dans une constitution de Gordien, C. Just. 8, 41, 3) décida que les droits du cessionnaire seraient consolidés s'il faisait une signification au cédé ou s'il recevait de lui un acompte. De là est venu le système de notre a. 1690, mais après que l'Ancien Droit y eut apporté sa touche particulière : la notion de saisine (Coutume de Paris, a. 108 : *Simple transport ne saisit point* ; la signification ou l'acceptation est nécessaire pour mettre le cessionnaire en possession, pour lui donner l'investiture à l'égard du débiteur).

#### SOCIOLOGIE — ÉCONOMIE POLITIQUE

On a souvent décrit, en économie libérale (cf. Planiol-Radouant, VII, n° 1108), les avantages de l'opération : pour le cédant, qui a besoin d'argent avant l'échéance, ou veut s'épargner les ennuis et les aléas d'un recouvrement ; pour le cessionnaire, en quête d'un placement bien garanti, ou d'une bonne spéculation (il achètera une créance douteuse au-dessous de son nominal) ; et même, ajoute-t-on parfois, pour le débiteur lui-même, qui, grâce à toutes ces perspectives, aura trouvé plus facilement du crédit. Il

faut, pourtant, observer que cette mobilisation des créances, ce mécanisme de l'escompte concernent plutôt les modes commerciaux de négociabilité (spécialement l'endossement) que le procédé civil des a. 1689 s. Tout à l'opposé, la cession des créances civiles suscite des scrupules traditionnels dont on relève la trace jusque dans le C.C. Les besoins du cédant peuvent être exploités par des usuriers qui se feront consentir des cessions à bas prix (d'où la disposition de l'a. 1694 *in fine*). Et surtout le débiteur cédé risque d'être livré à un cessionnaire plus impitoyable que le créancier primitif : le droit romain du Bas-Empire est rempli de lois édictées contre les abus de la cession de créance : interdiction des cessions faites à des *potentiores*, et, afin de décourager la spéculation, faculté accordée au débiteur de se libérer valablement en remboursant au cessionnaire, au lieu du montant nominal de la créance, le prix de son acquisition (c'est le *lex Anastasiana* de 506, C. Just. 4, 35, 22, d'où nous avons conservé, limitée aux créances litigieuses, l'institution du retrait litigieux, a. 1699 s.). D'une façon générale, c'est seulement dans une théorie très abstraite de l'obligation qu'on peut en considérer le changement de créancier comme indifférent au cédé : le rapport d'obligation est un rapport psychologique, et du créancier inconnu, le débiteur peut redouter un manque d'égards, voire une hostilité dramatique. Il y aurait une recherche à faire des principaux emplois pratiques de la cession de créance. L'un d'eux semble avoir eu, jusqu'à notre législation spéciale des loyers et des fermages, une importance considérable : la cession de loyers ou de fermages non échus. C'était, au fond, un instrument de crédit immobilier (antichrèse sans dépossession ; cf. a. 2085 s.). — Les créances professionnelles peuvent faire l'objet d'une « mobilisation » auprès des banques : la l. 2 janv. 1981 (loi *Dailly*) a créé à cette fin une cession simplifiée de créance, qui s'opère par la seule remise d'un bordereau (cf. Putman, *Moyens de paiement*, 1995, n<sup>os</sup> 119 s.).

## [319]

## POLITIQUE LÉGISLATIVE

Deux orientations concevables : 1<sup>o</sup> Décider que la simple convention entre cédant et cessionnaire suffit à opérer transfert du droit de créance, même à l'égard des tiers, la signification au débiteur n'étant requise que pour l'empêcher d'invoquer sa bonne foi au cas où il paierait le cédant postérieurement. C'est le système du B.G.B., 398, 407 s. ; il s'accorde mieux à un droit consensualiste et à l'idée que la créance est une valeur économique en soi ; notre jurisprudence a déjà frayé la voie par ses amenuisements de l'a. 1690 (cf. Chabas, *R.T.*, 81, 852). Pour la cession de créances professionnelles, la l. *Dailly*, 2 janv. 1981, a. 5, n'a prévu qu'une notification facultative, et en pratique les banques s'abstiennent le plus souvent d'y recourir (il est vrai que les choses n'en vont pas mieux pour autant ; cf. Vasseur, *D.* 86, chr. 73). 2<sup>o</sup> A l'opposé, renforcer la fonction de publicité attribuée à l'a. 1690, en imposant au débiteur cédé l'obligation de renseigner les tiers sur les significations reçues et les acceptations données (en ce sens, *Bull. Soc. d'études législatives*, rapport Boulanger, 1937, 340 s. ; on invoque : la tendance à restreindre l'a. 1165, à traiter le rapport obligatoire comme une réalité économique).

## [320]

## THÉORIE JURIDIQUE

a) *Objet de la cession.* — On a professé (ex. von Tuhr, § 94) que l'objet de la cession est la créance elle-même, non l'ensemble du rapport d'obligation d'où la créance

est née : ainsi, un vendeur peut céder sa créance du prix de vente, mais non transmettre sa qualité de vendeur. La distinction est moins rigide en droit français, notamment grâce à une notion étendue des accessoires ; ainsi, la cession de la créance du prix de vente emporte transmission du droit de demander la résolution pour défaut du paiement de ce prix, ce qui est un des aspects de la qualité de vendeur. Mais c'est en grande partie une question d'interprétation des conventions : il est bien certain que la cession d'une créance de loyers futurs est autre chose qu'une substitution de sujet dans le rôle complexe de bailleur. Assez souvent, la distinction résulte déjà suffisamment de la différence entre cession de créance et cession de contrat (cf. *infra*, n<sup>o</sup> 324). Cependant, même dans une créance isolée, il arrive que la qualité de créancier ne se confonde pas avec l'émolument de la créance. Ex. rente viagère : ce qui peut être cédé, ce sont les arrérages successifs, mais la souche du droit reste attachée au créancier originaire, en ce sens que l'existence de la rente continuera à dépendre de sa vie. — Sur les *accessoires* de la créance cédée, Cabrillac, *Etudes Alex Weill*, 1983, 107.

b) *Explication des formalités de l'a. 1690.* — Une explication a été écartée sans examen : savoir, que ces formalités auraient pour but la *protection du débiteur cédé* (le débiteur, pourrait-on dire, a intérêt à connaître de façon certaine entre les mains de qui il doit payer pour faire un paiement libératoire, et surtout, bien qu'il puisse être obligé de changer de créancier, il a droit à des garanties de forme, à une certaine solennisation de ce changement de maître). En fait, on rattache si peu l'a. 1690 à la protection du débiteur qu'on en donne couramment des interprétations très captieuses pour celui-ci (ex. assimilation de l'acceptation tacite à l'acceptation authentique ; cf. *infra*, Pratique judiciaire a). Peut-être n'admettrait-on pas, cependant, qu'il suffirait d'une convention entre cédant et cessionnaire pour exclure l'application de l'a. 1690. Mais ce serait sans doute par égard pour l'intérêt des tiers, en considérant qu'il y a là une institution de publicité, qui est d'ordre public. — Cette explication écartée, deux autres se sont offertes. D'abord, l'explication historique : les formalités de l'a. 1690 sont des procédés établis pour la *consolidation des droits du cessionnaire* envers le débiteur cédé. C'était l'explication de Planiol (v. Ripert-Boulanger, II, n<sup>o</sup> 1670) : la signification a été, à l'origine, le moyen de rendre la *procuratio in rem suam* irrévocable, plus tard, le moyen de saisir le cessionnaire, de le mettre en possession, une *traditio* venant compléter la convention génératrice d'obligations (cf. t. III, n<sup>os</sup> 110 s.). Mais une mise en possession peut servir à rendre un transfert de droit opposable aux tiers (ainsi dans l'a. 1141), peut constituer une publicité empirique. De là, une autre explication (Baudry-Lacantinerie-Saignat, *Vente*, n<sup>o</sup> 767 ; Wahl, *S.* 1898, I, 113) : l'a. 1690 organise dans l'intérêt des tiers (ayants cause du cédant) un *système de publicité* qu'il convient de rapprocher de la publicité foncière et qui a, comme celle-ci, pour sanction l'opposabilité de la cession non publiée. Mais le rapprochement est des plus artificiels (les tiers ne peuvent se renseigner auprès du débiteur cédé comme auprès d'un conservateur des hypothèques, et l'acte notarié d'acceptation ne leur est pas *de plano* communicable). On a pu en trouver, pourtant, une consécration législative dans l'a. 23 de la l. 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée (aujourd'hui, l. 24 juill. 1966, a. 20) : les cessions de parts sociales dans ces sociétés (cessions de droits incorporels, assimilables à des cessions de créances) ne sont opposables à la *société* et aux *tiers* qu'après l'accomplissement des formalités de l'a. 1690 C.C. C'est, au fond, la synthèse des deux idées : investiture à l'égard du cédé (la société) et publicité à l'égard des ayants cause du cédant (les tiers).

c) *Nature de l'acceptation de la cession dans l'a. 1690.* — Le préjugé étant que le débiteur a seulement à subir la cession de créance, c'est une opinion fréquemment soutenue que l'acceptation ne doit pas être comprise dans le sens usuel du mot, comme un acte de volonté par lequel le cédé consentirait à l'opération, mais seulement comme la déclaration, l'*aveu* que l'événement a été porté à sa connaissance (cf. Ripert-Boulanger, II, n° 1706). L'idée toute contraire que l'acceptation est adhésion, engagement personnel envers le cessionnaire n'est, pourtant, pas étrangère à la jurisprudence (v. Req. 6 févr. 1878, D. 78, 1, 275), et pourrait prendre appui sur l'a. 1295, qui semble supposer dans toute acceptation faite sans réserve (fût-ce en dehors d'un acte authentique) la création d'un nouveau lien de droit.

## [321]

## PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Equipollents des formalités de l'a. 1690.* — Partant de l'idée (non indiscutable ; v. *supra*) que l'authenticité de l'acceptation n'est exigée que dans l'intérêt des tiers, non du débiteur lui-même, les arrêts tiennent pour efficace l'acceptation sous seing privé (Req. 6 févr. 1878, S. 78, 1, 168, D. 78, 1, 275), ou même l'acceptation tacite (Req. 27 déc. 1933, D. 34, 1, 13 ; Com. 15 juill. 1986, *R.T.*, 87, 758 ; Civ.<sup>3</sup> 14 déc. 1994, acceptation tacite, mais active, *Bull.*, n° 212), en ce sens que le cédé qui a ainsi accepté ne peut plus refuser de payer le cessionnaire. L'acceptation tacite, sous la forme de la réception d'acompte, était déjà dans la constitution de Gordien. Mais c'est l'autonomie de la volonté, non l'histoire, qu'on invoque à l'appui de la solution — ce qui, d'ailleurs, ne cadre point parfaitement avec l'opinion courante (v. *supra*, Théorie juridique, c) suivant laquelle l'acceptation n'est pas un acte de volonté. Il est vrai que, si elle est un *aveu*, il y a des *aveux* tacites. Mais, quand la loi exige que l'*aveu* ait lieu en la forme authentique (ex. dans l'a. 335), l'interprète peut-il le dispenser de cette forme ? — La simple connaissance que le débiteur cédé (ou un second cessionnaire) aurait pu avoir de la cession ne supplée pas aux formalités de l'a. 1690 : Civ. 24 déc. 1894, S. 95, 1, 69 ; Ass. plén., 1<sup>er</sup> mars 1950, D. 50, 363, et 14 févr. 1975, D. 75, 349. Mais il en serait autrement en cas de fraude commise à l'encontre du (premier) cessionnaire : Req. 17 févr. 1874, D. 74, 1, 281, et souvent, les juges inclineront à regarder la preuve de la fraude comme suffisamment faite s'ils constatent que le débiteur (ou le second cessionnaire) a eu une connaissance personnelle de la (première) cession : Civ. 7 juill. 1897, S. 98, 1, 113 ; Civ. 10 janv. 1905, S. 05, 1, 328 (v. cep. Com. 19 mars 1980, D. 80, *I.R.*, 325). Il existe, concernant le mécanisme de la publicité foncière, une jurisprudence comparable (ex. Civ. 7 déc. 1925, D. 26, 1, 185 ; Civ. 24 avr. 1950, D. 50, 449). Le cédé n'a pas, cependant, une fonction de publicité : il n'a pas d'obligation d'informer le cessionnaire, mais si, après s'être fait connaître, il émet des réserves sur sa dette, il engage sa responsabilité, Com. 2 déc. 1997, D. 98, *I.R.*, 79. Ce n'est pas mal vu : une publicité brouillée est pire que pas de publicité du tout.

b) *Tiers au sens de l'a. 1690.* — Suivant une formule jurisprudentielle, Civ.<sup>1</sup> 4 déc. 1985, *Bull.*, n° 336, *R.T.*, 86, 750, n. J. Mestre, ce sont ceux, mais seulement ceux qui, n'ayant pas été parties à la convention de cession, ont intérêt à ce que le cédant soit encore créancier.

c) *Situation des intéressés avant l'accomplissement des formalités de l'a. 1690.* — 1° *Le cédé reste débiteur du cédant* : Civ. 20 juin 1938, D. 39, 1, 26, n. A. Weill ; Civ.<sup>3</sup>

12 juin 1985, *Bull.*, n° 95, *R.T.*, 86, 350, n. J. Mestre (le cédé ne peut refuser de payer le cédant en lui objectant la cession, car elle est pour lui *res inter alios acta*). 2° *Le cédé est déjà débiteur du cessionnaire* : Civ. 9 mars 1864, D. 64, 1, 190 (il peut lui faire un paiement libératoire) ; Civ. 4 mars 1931, D. 33, 1, 73 ; Civ.<sup>1</sup> 18 mars 1969, D. 69, *Somm.*, 121 ; Civ.<sup>3</sup> 26 févr. 1985, *J.C.P.*, 86, 2, 20607) (il peut être poursuivi par lui en paiement, quand ce paiement ne peut porter tort à aucun droit advenu depuis la naissance de la créance, soit à lui-même débiteur, soit à une autre personne étrangère à la cession). Des deux séries de solutions, il résulte que, durant cette période, le cédant et le cessionnaire ont à la fois les mêmes droits, ce qui ne va pas sans contradiction (v. J. Mestre, *R.T.*, 86, 349) ; peut-être pourrait-on voir là un cas de solidarité active (a. 1198 ; cf. *infra*, n° 344).

## [322] 2 / La cession de dette

La transmission de la dette fonctionne sans difficulté à *titre universel* : la dette est transmise avec le patrimoine, dont elle constitue un des éléments passifs. Cette transmission ne peut, du reste, avoir lieu qu'au décès du débiteur, puisque le patrimoine est incessible du vivant de la personne (v. t. III, n° 5). Cela signifie pratiquement que les héritiers sont tenus des obligations du défunt ; ils en sont même tenus au-delà des forces de la succession (sauf à eux à n'accepter celle-ci que sous bénéfice d'inventaire ; cf. a. 802), mais chacun n'en est tenu que pour la part correspondant à sa vocation successorale (a. 1220 ; cf. n° 344). Il se produit donc un changement de débiteur et même (par la division) une altération de la dette, que le créancier est contraint de subir : c'est le résultat inévitable du décès.

Tout autre est la situation quand le débiteur veut céder sa dette à *titre particulier*. Les mêmes motifs ne se retrouvent plus pour contraindre le créancier à changer de débiteur : tous les débiteurs ne se valent pas en solvabilité et en bonne volonté. La difficulté, cependant, est plus ou moins grande selon que la cession de dette est envisagée *isolément* ou comme l'*accessoire de la cession* d'un bien, ou comme élément d'une opération plus large, la *cession de contrat*.

► *Cession de dette envisagée isolément*

L'autonomie de la volonté détermine ce qui peut et ce qui ne peut pas être fait. Trois degrés théoriquement concevables dans la cession de dette (on dit encore : transport, reprise de dette) :

a) *Cession interne*. — Une personne s'engage envers le débiteur à payer la dette. Dans leurs rapports internes, la convention est valable, bien qu'elle soit sans effet à l'égard du créancier, qui continue à ne connaître que le débiteur primitif. Elle s'exécutera sans objection à l'échéance, pour peu que la dette soit de celles qui ne mettent pas en cause la personnalité du débiteur, car, dans cette mesure, le paiement pour autrui est admis (a. 1237).

b) *Cession cumulative*. — Il s'agit de faire acquérir au créancier un droit contre le second débiteur, sans, pour autant, lui faire perdre son droit contre le premier. Le C.C. lui-même offre deux moules pour l'opération :

1° *La délégation imparfaite* (a. 1275, sol. impl.). — Si P, qui doit 100 000 à T, donne l'ordre à S (une banque, par ex.) de s'obliger à payer 100 000 à T, il délègue S à T. Si T (délégataire), en acceptant l'engagement de S (délégué), n'a pas manifesté clairement et formellement son intention de décharger P (délégant), une obligation s'ajoute à l'autre ; il aura deux débiteurs au lieu d'un (on peut admettre, du reste, que sa volonté est de ne traiter désormais P que comme un débiteur subsidiaire, le paiement devant être réclamé à S en première ligne).

2° *La stipulation pour autrui* (a. 1121 ; cf. *supra*, n° 124). — P stipule de S qu'il paiera 100 000 à T ; T acquiert un droit direct contre S, tout en conservant son droit originaire contre P. Ce droit direct lui est acquis, sans que son acceptation immédiate soit requise, dès la conclusion de la convention entre P et S (c'est là une supériorité technique de cette combinaison sur la précédente).

c) *Cession parfaite*. — Il s'agit de faire acquérir au créancier un droit contre le second débiteur, en lui faisant perdre son droit contre le premier, qui sera libéré. Cela n'est possible que par une manifestation de volonté du créancier lui-même, car le principe indiscuté est que *nul ne peut être contraint à changer de débiteur*. Ce n'est pas seulement parce que le créancier a dû compter sur certaines qualités personnelles à l'autre partie (l'objection ne concernerait que les obligations de faire, d'origine contractuelle ; arg. a. 1144, 1237). Mais c'est, plus généralement, parce que la valeur d'une obligation, quelle qu'elle soit, dépendant pour une large part de la personnalité de l'obligé (de sa solvabilité, et aussi de sa moralité), changer le débiteur contre le gré du créancier reviendrait souvent à exproprier celui-ci.

On ne peut donc se contenter, pour opérer une cession parfaite de dette, de signifier au créancier la convention de cession passée entre les deux débiteurs successifs ; le respect de ses droits interdit toute

symétrie avec la cession de créance, et rend son consentement absolument indispensable à la libération du premier débiteur. Ici encore, le C.C. lui-même offre des moules préconstitués : la *novation par changement de débiteur* (a. 1271, 2°) et la *délégation parfaite* (a. 1275, 1278 ; v. *infra*, n° 348), quand le créancier délégataire, en acceptant l'engagement du délégué, a manifesté l'intention claire et formelle de décharger le délégant. Mais aucune des deux combinaisons ne produit un véritable transport de la dette primitive, car, pour libérer le débiteur, le créancier ne peut éviter d'éteindre l'obligation (avec les accessoires, les garanties qui pouvaient l'assortir), et c'est un nouveau rapport de droit, indépendant du premier, qui va se créer entre lui et le second obligé. La liberté des conventions, cependant, permettra de construire, à condition de s'en expliquer, une cession véritable, où la dette originaire sera transportée telle quelle au second débiteur. Seulement, il n'y suffira pas toujours de l'accord du cédant, du cessionnaire et du créancier cédé ; l'intervention de tiers sera parfois requise (ex. l'hypothèque qui grevait les immeubles du premier débiteur ne peut passer avec le même rang sur les immeubles du second qu'autant que les créanciers hypothécaires de celui-ci y consentent ; arg. a. 1279).

[323] ► *Cession de dette envisagée comme accessoire*

Elle semble pouvoir être plus aisément admise, entraînée par l'aliénation principale d'un *bien*. Le problème est de savoir si les acquéreurs d'un bien à titre particulier succèdent aux obligations qui y sont relatives.

a) *Transmission de l'obligation par l'effet de la loi*. — Une hypothèse est traditionnelle (a. 1743) : l'acquéreur d'un immeuble est tenu de continuer le bail passé par son auteur. Les obligations contractées envers le locataire ou fermier sont donc transmissibles avec l'immeuble ; mais ce n'est pas une cession parfaite : l'aliénateur n'est pas libéré. Cette dernière remarque vaut également pour la disposition de l'a. L. 122-12, al. 2, C. Tr., d'après laquelle, en cas de cession d'un fonds de commerce, les obligations résultant des contrats de travail qu'avait conclus l'entrepreneur cédant se transmettent au cessionnaire. Au contraire, c'est par une cession presque parfaite que l'a. L. 121-10 C. Ass. fait passer à l'acquéreur de la chose assurée l'engagement de payer les primes à échoir : l'aliénateur est libéré (sauf à observer qu'il y faut tout de même une sorte d'adhésion tacite du créancier, l'assureur, puisque celui-ci a la faculté de résilier le contrat). Pareillement, l'a. 595, sous certaines dis-

inctions (cf. t. III, n° 98), dispose que les baux passés par l'usufruitier continuent d'être obligatoires pour le nu-proprétaire après la cessation de l'usufruit.

b) *Transmission de l'obligation par la volonté privée* (par la convention conclue entre l'aliénateur et l'acquéreur). — Il doit d'abord apparaître que l'acquéreur a eu l'intention d'assumer les obligations qui incombaient à l'aliénateur du chef du bien aliéné ; une telle intention ne se présume pas. Ce point établi, il reste que la seule convention conclue entre l'aliénateur et l'acquéreur ne peut libérer le premier à l'égard du créancier. Celui-ci garde donc sa créance contre l'aliénateur. Mais il en a désormais une autre contre l'acquéreur, car on peut considérer que la convention renferme une stipulation pour autrui en sa faveur.

#### ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Radouant, VII, n°s 1141 s. — Engel, n°s 278 s.

#### POLITIQUE LÉGISLATIVE

L'utilité économique de la *cession de dette* est à peu près celle de la cession de créance : faciliter des règlements sans déplacement de numéraire. On s'est beaucoup intéressé à la question vers 1900 sous l'influence du B.G.B. (§ 414 s.), qui avait expressément reconnu cette combinaison de la reprise de dette (cf. C.O., a. 175 s. ; C.C.It., a. 1268 s.). Aucune législation, néanmoins, n'a réussi à faire fonctionner un transport de dette parfait ; partout, la volonté du créancier est nécessaire pour que le débiteur primitif soit libéré. Ce qui est vrai, c'est que, dans le système de la reprise de dette, on peut se contenter d'un minimum d'adhésion, tandis que, chez nous, qu'il s'agisse de novation ou de délégation, il y faut une intention plus caractérisée. A cela se réduirait l'intérêt d'une consécration législative (cf. Planiol-Radouant, n° 1147). Il serait, sans doute, plus important de régler la *cession de contrat*. On en trouverait un modèle législatif dans le C.C. ital. 1942 (a. 1406-1410), ainsi que dans le C.C. portugais de 1966 (a. 424-427 ; sous le nom plus exact peut-être de *cession de la position contractuelle*). L'utilité de la combinaison concerne principalement les contrats successifs.

#### THÉORIE JURIDIQUE

Sur la *cession de dette*, les premières théories furent influencées par les travaux allemands : Saleilles, *Obligation*, n°s 81 s. ; E. Gaudemet, *Etude sur le transport de dette à titre particulier*, Th. Dijon, 1898. — Aujourd'hui, Larroumet, D. 73, 16 ; J. Mestre, *R.T.*, 84, 720.

#### PRATIQUE JUDICIAIRE

Civ. 12 mars 1946, D. 46, 268 ; Civ.<sup>1</sup> 6 juin 1966, D. 66, 481, 2° esp. ; Civ.<sup>1</sup> 4 nov. 1982, *Bull.*, n° 317. Ces arrêts ont nettement confirmé le principe que nul ne peut être contraint à changer de débiteur.

### [324] 3 / La cession de contrat

Dans un *sens strict*, la cession de contrat est une cession globale, emportant le transfert, par l'un des contractants, de sa position même de partie au contrat. Mais, au-dessous, existent des sortes de cession partielle : la *sous-contrat*, la *substitution de contractant*.

#### ► *Cession globale*

Quelle est l'utilité ? Elle est attestée par le succès même, car la combinaison s'est beaucoup répandue (en droit des affaires plutôt qu'en droit civil). Imaginons qu'un négociant a acheté des marchandises à livrer, qu'un confrère est disposé à prendre pour son compte ; il pourrait sans doute en faire revente à celui-ci, mais il se trouverait alors, acheteur et vendeur, impliqué dans deux contrats ; il peut juger préférable de céder le marché, tel quel, par une cession de contrat qui rendra le cessionnaire tout à la fois créancier des marchandises et débiteur du prix à l'égard du fournisseur originaire.

a) *Règles générales*. — 1° *Conditions*. — La Cour de cassation, malgré des hésitations, semble subordonner la validité de l'opération au consentement du contractant cédé, comme s'il y avait dans tout contrat un *intuitus personae* implicite. Exiger son consentement ne signifie pas qu'il doit passer contrat avec le cessionnaire ; ce serait ruiner l'idée même de cession de contrat, car la cession suppose un transfert du contrat tel quel, non pas une novation : le consentement n'est ici qu'une autorisation. De cette autorisation paraissent pouvoir se passer les cessions de contrat prévues par la loi (ex. la cession de bail, malgré le principe de l'a. 1717, l. 6 juill. 1989, a. 8, et Nouveau C. Ru., a. L. 411-35 ; la location-accession à la propriété immobilière, l. 12 juill. 1984, a. 19). Mais surtout la jurisprudence apporte un tempérament à sa propre exigence : la faculté de céder peut avoir été prévue d'avance dans le contrat initial, ce qui emporte autorisation

tacite. A noter, toutefois, que, quand bien même la cession ne dépendrait pas du consentement du partenaire, elle devrait lui être signifiée en vertu de l'a. 1690, car elle contient nécessairement une cession de créance où il joue le rôle de débiteur cédé.

2° *Effet*. — Le cessionnaire succède aux droits et obligations du contractant primitif. Toutefois, quant au passif, la cession n'est qu'imparfaite : bien qu'il ait acquis le cessionnaire pour débiteur, le créancier conserve sa créance contre le cédant, tant qu'il ne l'a pas formellement déchargé de la dette. C'est l'application des principes généraux.

b) *Régimes particuliers*. — Le législateur moderne a organisé expressément certaines cessions de contrat, en les rendant opposables de plein droit au cocontractant originaire (en tant que créancier), comme au cessionnaire (en tant que débiteur). Ainsi, l'a. 1601-4 (l. 7 juill. 1967) prévoit que, si l'acquéreur d'un immeuble à construire cède à un tiers le bénéfice de son contrat, il est, sans détour, libéré de ses engagements envers le vendeur (la solution est, cependant, différente dans le contrat de promotion immobilière, a. 1831-3, al. 1, *in fine*). A l'inverse, l'a. L. 122-12 C. Tr. impose à l'acquéreur d'une entreprise de continuer les contrats de travail passés par le cédant (c'est une dérogation à l'effet relatif des conventions).

#### ► *Sous-contrat, substitution de contractant*

Les deux combinaisons produisent un certain effet de cession que rend évident l'entrée en scène d'un nouveau personnage, sous-contractant ou substitué, qui, à sa manière, participera au contrat. L'effet, toutefois, est limité : il ne porte pas sur le contrat lui-même, mais seulement sur des éléments, droits ou obligations, qui concourent à son fonctionnement interne. Le contrat initial demeure debout, avec son contractant de base. A la vérité, plutôt que d'une cession fragmentée du contrat, il s'agit d'une *modalité d'exécution* du contrat maintenu.

Le C.C. contenait deux textes de référence : l'a. 1787 sur la sous-location (laquelle est autre chose que la cession de bail) et l'a. 1994 sur la substitution de mandataire. Mais d'autres exemples ont surgi ailleurs : notamment la sous-traitance (l. 31 déc. 1975), sous-contrat greffé sur le contrat d'entreprise (a. 1787 s.).

Sous-contrat ou substitution, il semble que la matière soit rationnellement dominée par quelques principes. 1° L'agrément du contrac-

tant de base doit être préalablement obtenu, agrément non seulement à l'opération elle-même, mais à la personne du nouvel entrant. 2° Celui qui prend l'initiative d'élargir le cercle contractuel est tenu à garantie pour les dommages qui en pourront résulter. 3° Des rapports de nature contractuelle devraient être reconnus entre les différents acteurs du contrat élargi, et des actions directes pour faire valoir les responsabilités éventuelles. En fait, néanmoins, il faut que ces généralités composent avec le régime propre à chaque type de combinaison (ex. les solutions nuancées de l'a. 1994 ; la jurisprudence sur la responsabilité du sous-traitant, où l'effet relatif de l'a. 1165 a fait barrage à l'idée d'un contrat élargi).

#### [325] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Lapp, *Essai sur la cession de contrat*, Th. Strasbourg, 1951 ; Malaurie, *La cession de contrat*, Cours de doctorat, Paris II, 1975-1976 ; Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, 1983 ; Billiau (appel à l'idée de délégation), *J.C.P.*, 94, 1, 3758 ; Jamin, D. 95, chr. 131.

#### THÉORIE JURIDIQUE

a) *Cession de contrat*. — Avant qu'elle ne pénètre en France, la notion avait été étudiée assez couramment à l'étranger. Ainsi, par la doctrine portugaise, où l'on remarquera l'expression, peut-être plus significative, de *cession de la position contractuelle* : Galvao Teles, *R.I.D.C.*, 1951, 217 s., et surtout C. A. da Mota Pinto, *Cessão da posição contractual*, Coïmbre, 1970. Deux conceptions possibles : 1° Dépeçage de l'opération (cession de créance + cession de dette). 2° Vision globale : la cession de contrat est l'aliénation globale d'un élément homogène du patrimoine.

b) *Sous-contrat et substitution de contractant*. — Dans le sous-contrat, l'un des contractants passe, avec des tiers, des contrats qui ont pour objet l'exécution de ses propres obligations dans le contrat initial, ou, ce qui est plus fréquent, l'exécution d'une partie de celles-ci (cf. J. Néret, *Le sous-contrat*, 1979). Figures traditionnelles : la sous-location, a. 1717, cf. l. 6 juill. 1989, a. 8 ; la substitution de mandataire (a. 1994), la substitution de transporteur (a. 99 C. Com.). Figure moderne : la sous-traitance. Mais celle-ci a fait l'objet d'une loi particulière, fort détaillée (l. 31 déc. 1975 ; cf. Flécheux, *J.C.P.*, 76, 1, 2791), qui témoigne de son importance (dans le bâtiment et dans le contentieux ; cf. Rémy, *R.T.*, 84, 743). La sous-traitance est, au fond, plutôt qu'une cession partielle, une *modalité d'exécution* du contrat initial, et son étude est utilement faite en annexe à l'étude du contrat spécial d'entreprise.

Peut-être y a-t-il plus qu'une nuance entre le sous-contrat et la substitution de contractant (cf. Raffray, *La substitution de contractant en cours d'exécution du contrat*, Th. Montpellier, 1977 ; F. Bénac-Schmidt, Sur la substitution de bénéficiaire dans la promesse unilatérale de vente, D. 90, chr. 7 ; Jauland, *La substitution de contractant*,



Th. Rennes, 1996 ; B. Mallet-Bricout, *La substitution de mandataire*, Th. [ronéo], Paris II, 1999). Toujours est-il que plusieurs questions sont communes aux deux modalités : 1° Est-ce possible ? Il faut que l'autre partie autorise l'opération, à moins qu'on ne puisse supposer que les qualités personnelles des exécutants lui sont indifférentes. 2° Quels sont les effets ? Le sous-contrat ni la substitution n'emportent aucun transfert du contrat principal, ce ne sont que procédés d'exécution. 3° Quels sont les droits du contractant initial, si l'intervention du tiers dans l'exécution du contrat lui cause un dommage ? L'autre est, envers lui, garant de ce tiers (arg., a. 1994, al. 1, a. 99 C. Com.). Des auteurs ont proposé de faire jouer ici une responsabilité contractuelle du fait d'autrui (Mazeaud, *Resp.*, I, n<sup>os</sup> 978 s.), à l'imitation de la responsabilité des commettants qu'édicté dans le plan délictuel l'a. 1384 (cf. *supra*, n<sup>o</sup> 243). Mais la responsabilité personnelle du sous-contractant ou du substitué pourra aussi être mise en cause par une *action directe* (cf. *infra*, n<sup>o</sup> 370), dont la loi donne des exemples (a. 1753 ; 1994, al. 2 ; i. 31 déc. 1975, a. 12).

La substitution de contractant, en tout cas, est une opération distincte de la cession de créance (cf. Ph. Brun, *R.T.*, 96, 29). Ainsi jugé nettement par Civ.<sup>3</sup> 1<sup>er</sup> avr. 1987 (D. 87, 455, n. Aynès, *R.T.*, 87, 777, n. Rémy ; cf. Najjar, D. 88, chr., 23) et Civ.<sup>3</sup> 27 nov. 1990, *Rép. not.*, 91, 1241 : les formalités de l'a. 1690 ne lui sont donc pas applicables (à propos de la substitution d'un tiers dans le bénéfice d'une promesse de vente). Cependant — est-ce un revirement ? — Civ.<sup>3</sup> 7 juill. 1993, D. 94, 597, paraît admettre qu'il y avait lieu d'appliquer l'a. 1690, et Civ.<sup>3</sup> 4 janv. 1995, *Rép. not.*, 95, 741, l'applique à un pacte de préférence.

## [326]

## PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Cession de contrat*. — Civ.<sup>3</sup> 10 avr. 1973, D. 74, 21, n. Larroumet, montrait les résistances de la Cour de cassation à l'idée d'une cession de contrat : la stipulation qui a fait naître des droits au bénéfice d'un tiers n'a pas fait naître à sa charge les obligations corrélatives. Mais v. depuis, pour le cas d'une stipulation pour autrui sur laquelle se greffe une acceptation du bénéficiaire, *supra*, n<sup>o</sup> 127. Des arrêts marquèrent, par la suite, une ouverture à la notion : Civ.<sup>1</sup> 14 déc. 1982, D. 83, 416, Civ.<sup>3</sup> 12 juill. 1988, *Bull.*, n<sup>o</sup> 69. Une reconnaissance franche paraissait être venue avec un arrêt de 1992, Com. 7 janv. 1992, *J.C.P.*, 92, 1, 3591, n<sup>o</sup> 17, *R.T.*, 92, 762, n. Mestre. Mais, en 1997, d'autres arrêts (toujours de la Chambre commerciale, cf. *supra*, n<sup>o</sup> 3), Com. 6 mai 1997, D. 97, 588, n. approbative Jamin, *Rép. not.*, 97, 977, n. critique D. Mazeaud, *R.T.*, 97, 936, n. J. Mestre, ont jeté sur le concept même de cession de contrat un certain trouble qu'il était sage de dissiper (Aynès, D. 98, chr. 259 ; il faut un consentement du cédé, consentement actuel ou donné d'avance, mais il ne s'agit pas d'un nouveau contrat).

Il arrive à la jurisprudence de qualifier cessions de contrat des combinaisons dont l'existence est déjà consacrée par la pratique ou par la loi : ex. la cession de bail, Soc. 9 nov. 1956, *G.P.*, 57, 1, 120, *R.T.*, 57, 357 ; l'échange d'appartements, Soc. 22 nov. 1957, D. 58, 115, *R.T.*, 58, 268 (mais l'arrêt parle plutôt d'une substitution de contractant). On ne voit pas, d'ailleurs, que la notion serve aux tribunaux, autant que l'eût voulu sa logique, car : 1° Elle ne les empêche pas de décomposer l'opération, Com. 17 janv. 1951, *J.C.P.*, 51, 2, 6297 ; *R.T.*, 51, 391 (application de l'a. 1690 à une cession de bail) ; 2° Elle ne les rend pas moins exigeants sur le degré d'assentiment qui

est requis du créancier pour libérer le débiteur, Soc. 9 nov. 1956, précité. — Civ.<sup>1</sup> 14 déc. 1982, D. 83, 416, n. Aynès, pose en thèse que la cession d'un contrat synallagmatique permet au cédé de poursuivre directement le cessionnaire qui est tenu envers lui en vertu du contrat transmis ; mais elle ne dit point que le cédant soit libéré. C'est là qu'est le butoir.

b) *Responsabilité du sous-traitant*. — Le contentieux est aussi foisonnant que les malfaçons dans les constructions modernes. Qui plus est, il est confus et contradictoire. L'arrêt de l'Assemblée plénière du 12 juill. 1991, qui a déjà été mis en rapport avec la notion de groupe de contrats (qu'il aurait condamnée ; *supra*, n<sup>o</sup> 112), comme avec le principe de l'effet relatif (qu'il aurait exalté ; *supra*, n<sup>o</sup> 127), peut aussi être envisagé comme une contribution au problème des sous-contrats, ou du moins de la sous-traitance. Une contribution, non une conclusion, comme le montrent les commentaires : D. 91, 549, n. Ghestin ; *J.C.P.*, 91, 2, 21743, n. G. Viney ; Larroumet, *J.C.P.*, 91, 1, 3531 ; Jamin, D. 91, chr. 257 ; *R.T.*, 91, 750, n. Jourdain (v. cep., dans le sens de l'arrêt solennel, Civ.<sup>1</sup> 16 févr. 1994, *Rép. not.*, 94, 1, 798, et *J.C.P.*, 94, 1, 3781, n<sup>o</sup> 11, n. Jamin). Des travaux de plomberie pour lesquels l'entrepreneur principal avait sous-traité s'étant révélés défectueux, le maître de l'ouvrage avait assigné à la fois le plombier et l'entrepreneur. Mais celui-ci avait des moyens de défense, en particulier la forclusion décennale (a. 2270). La cour d'appel en avait communiqué le bénéfice au sous-traitant — effet de chaîne, sinon de groupe. L'Assemblée plénière va casser l'effet de chaîne par l'effet relatif : le sous-traitant n'était pas contractuellement lié au maître de l'ouvrage. Les profanes auront peine à se représenter ce plombier extra-contractuel, entré on ne sait comment dans l'immeuble, faisant *motu proprio* pour le compte du propriétaire des travaux apparemment gratuits encore que défectueux. L'arrêt laisse la porte ouverte à la responsabilité délictuelle. Peut-être pourrait-on la pousser, par le biais de l'a. 1384, al. 5, en direction de l'entrepreneur principal, regardé comme le commettant du sous-traitant. Il ne semble pas que la forclusion de l'a. 2270 y serait opposable (cf. Civ.<sup>3</sup> 9 mai 1979, sol. impl., D. 80, 414), la responsabilité d'un délit avéré d'autrui ne pouvant être que délictuelle. Mais sans doute vaudrait-il mieux, en définitive, se dégager de cet écheveau par une loi créant une action directe (contractuelle) du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant (en ce sens, G. Viney, *loc. cit.*, II, A, 2<sup>o</sup>), action directe telle que la loi en connaît dans quelques cas (cf. *infra*, n<sup>o</sup> 366, *in fine*).

L'EXTINCTION  
DU RAPPORT D'OBLIGATION

L'a. 1234 énumère une série de modes d'extinction des obligations. Il en est qui peuvent être négligés ici : de la nullité ou rescision, de la condition résolutoire, de la perte de la chose due (qui n'est qu'un aspect de la force majeure), il a déjà été question ailleurs ; la confusion, de son côté (a. 1300-1301), n'a qu'une faible importance pratique (c'est l'extinction de l'obligation, plus exactement l'obstacle matériel à l'exécution, résultant de ce que le créancier a succédé au débiteur, ou réciproquement). Des autres modes d'extinction, un classement est nécessaire. Le *paiement* (dont la compensation peut être rapprochée) doit être mis absolument à part : plus qu'un mode d'extinction du rapport obligatoire, c'est son accomplissement parfait, et comme son épanouissement. La *novation* a un effet extinctif, mais, en même temps, un effet créateur (son but est d'introduire quelque chose de nouveau). La remise de dette et la prescription extinctive ont ceci de commun qu'elles apportent au débiteur une *libération gratuite*.

## 1 / Le paiement

Alors que tous les autres modes d'extinction ont un caractère accidentel et imprévu, le paiement est le mode d'extinction normal et désiré de l'obligation : le rapport obligatoire se dissout parce qu'il s'est accompli, parce qu'il a rempli ses fins.

Du *paiement en général* (a. 1235 s.), la loi elle-même invite à rapprocher le *paiement avec subrogation* (a. 1249 s.), qu'elle traite comme une modalité du paiement, quoique ses effets soient ceux d'une cession autant que d'une extinction. La compensation, bien que le C.C. en ait fait un mode d'extinction distinct (a. 1289 s.), peut encore être envisagée dans le prolongement du paiement, car elle tend à procurer au créancier exactement la satisfaction à laquelle il avait droit : c'est le *paiement par compensation*. Enfin, il n'est pas jusqu'à la solidarité et à l'indivisibilité, considérées par le C.C. comme modalités des obligations (a. 1197-1225), qui ne puissent être rattachées au paiement, car le *paiement en cas de pluralité de créanciers ou de débiteurs* obéit à des règles particulières.

## 1 | LE PAIEMENT EN GÉNÉRAL

Payer, dans un sens large, c'est dénouer (*solvere*) le lien de droit résultant d'une obligation ; donc, c'est exécuter l'obligation, quelle qu'en soit la nature (ex. la loi impose à l'employeur de remettre à l'ouvrier, en fin de contrat, un certificat, a. L. 122-16, C. Tr. : la remise du certificat est le paiement *lato sensu* de l'obligation légale). Mais, dans un sens étroit, qui est le sens vulgaire, payer, c'est, par excellence, exécuter une obligation de somme d'argent ; le paiement est un versement de monnaie, de deniers, du débiteur au créancier. De fait, s'il existe un *droit commun du paiement*, qui vaut pour toutes les obligations, les obligations de sommes d'argent donnent lieu à des difficultés propres auxquelles répond un *régime particulier des paiements monétaires*.

### [328] I. — Le droit commun du paiement

Il y a, dans le paiement, à la fois un aspect matériel (le fait de l'exécution : accomplissement du service, remise de l'objet dû) et un aspect psychologique (la volonté du *solvens*, et aussi celle de l'*accipiens*, au point que le paiement peut apparaître comme une convention en vue d'éteindre l'obligation primitive). Selon les cas, le droit insiste sur l'un ou sur l'autre de ces aspects.

### ► *Conditions requises pour l'efficacité du paiement*

Elles sont subjectives et objectives, concernant les personnes (*solvens* et *accipiens*) et les choses (*objet* et *circonstances* du paiement).

a) *Le solvens*. — Sa personne est, en principe, indifférente. C'est d'ordinaire le débiteur lui-même. Mais ce pourrait être une personne tenue avec lui (codébiteur solidaire) ou pour lui (caution), donc directement intéressée à payer (a. 1236, al. 1). Ce pourrait même être un tiers quelconque, qui n'a pas d'intérêt personnel à l'acquittement de la dette (a. 1236, al. 2) : le débiteur ne saurait se plaindre, car il n'y a pour lui qu'avantage à ce que son obligation soit éteinte, et le créancier, de son côté, n'a pas d'intérêt légitime à refuser le paiement, hors le cas exceptionnel où l'engagement serait une obligation de faire dont la valeur dépendrait de la personnalité du débiteur (a. 1237). Le paiement pour autrui peut procéder d'une intention libérale, avoir le sens d'une donation indirecte (le *solvens* n'a alors aucun recours contre le débiteur). Il peut constituer aussi bien une gestion d'affaire, si le *solvens*, tout en voulant rendre service au débiteur, n'a pas entendu l'enrichir définitivement (en ce cas, il aura le droit de se faire indemniser selon l'a. 1375). Plus usuellement, il s'agira d'un mandat que le débiteur a donné à ce tiers (son banquier, par exemple) de payer à sa place — simple *indication de paiement* qui, n'emportant pas novation, ne libère pas le débiteur (a. 1277, al. 1).

b) *L'accipiens*. — C'est normalement le créancier lui-même (pourvu qu'il soit capable). Le paiement pourrait, toutefois, être fait valablement à son représentant (a. 1239, al. 1), et, dans la pratique des affaires, on présume que celui qui présente au débiteur une quittance signée du créancier a reçu un mandat tacite à l'effet de recouvrer la créance (cf. a. 1277, al. 2).

Le paiement fait à un tiers sans droit (ou à un créancier incapable) est comme nul : le débiteur n'est pas libéré (qui paie mal paie deux fois). Par exception, le paiement irrégulier serait libératoire s'il était ratifié par le créancier ou si, en définitive, il venait à lui profiter (a. 1239, al. 2 ; cf. a. 1241). L'a. 1240 déclare également le débiteur libéré lorsque, s'y trompant, il a payé sa dette entre les mains d'un individu sans droit, mais qui avait toutes les apparences du droit (la possession d'état de créancier ; ex. héritier du créancier primitif, que l'on croyait devenu créancier lui-même, tandis qu'il était déshérité par un testament encore inconnu).

c) *L'objet du paiement.* — Le principe est que le débiteur doit payer exactement ce qui était dû, rien de plus, rien de moins. Deux corollaires :

1° *Il n'est de dation en paiement que conventionnelle* (a. 1243). — La dation en paiement est la combinaison par laquelle une chose différente de celle qui faisait l'objet de l'obligation est employée à satisfaire le créancier : spécialement, la combinaison par laquelle il sera payé en nature alors qu'il lui était dû de l'argent. Cette combinaison n'est possible que par la volonté du débiteur, qui accepte de céder ainsi un bien dont il est propriétaire. Mais il y faut aussi le consentement (au moins implicite) du créancier, qui peut n'avoir que faire du bien qu'on lui offre.

2° *Le créancier ne peut être contraint de recevoir un paiement partiel*, quand bien même l'obligation serait susceptible d'exécution divisée (a. 1244), ce qui est, en particulier, le cas des obligations de sommes d'argent. Cette règle ne va pas, toutefois, sans atténuation ni exception.

— Une *atténuation* tient au pouvoir qu'a le juge, quand il accorde des délais de grâce (a. 1244-1), d'autoriser le débiteur à s'acquitter par fractions (cf. les rééchelonnements dans la loi Neiertz du 31 déc. 1989 sur le surendettement, a. 4, 12).

— Une *exception véritable* tient à la division qui se produit dans la dette lorsque le débiteur décède en laissant plusieurs héritiers (a. 1220 ; cf. n° 344).

Quand il existe plusieurs obligations distinctes entre le *solvens* et l'*accipiens*, il faut savoir à laquelle doit être appliqué un paiement qui est insuffisant pour les éteindre toutes. C'est l'*imputation du paiement* : elle dépend, en principe, de la volonté du débiteur (a. 1253 ; v. cep. a. 1254), à son défaut, de celle du créancier (a. 1255) ; subsidiairement, de la loi (a. 1256).

d) *Les circonstances du paiement.* — Quand et où ?

1° *Le temps.* — En principe, une obligation est immédiatement exigible. Cependant, le principe est souvent contrarié : soit, dans les obligations conventionnelles, par l'institution du *terme* (v. *supra*, n° 133), soit, dans les obligations extracontractuelles (spécialement, dans la responsabilité), par le défaut de liquidité (l'obligation étant incertaine, dans son quantum ou même son existence ; v. *supra*, n° 287).

2° *Le lieu.* — Ce n'est pas seulement la commodité de l'une ou de l'autre partie qui est en cause : le lieu du paiement, dans les contrats internationaux, commande la monnaie du paiement. De la formule intriquée de l'a. 1247, il faut dégager :

— *Le principe* : le paiement doit avoir lieu au domicile du débiteur (les dettes sont *quérables*, et non *portables* ; cf. a. 1162).

— *Les exceptions.* — Elles peuvent résulter de la *convention* des parties, stipulant que la dette sera portable (ce qui, du reste, ne dispense pas le créancier de mettre le débiteur en demeure). D'autres exceptions viennent de la *loi* : ainsi, de l'a. 1247 lui-même ; ou par ex., pour les primes d'assurance, de l'a. L. 113-3 C. Ass., dont les règles sont nuancées. Ces exceptions sont fondées tantôt sur des considérations pratiques (corps certains), tantôt sur la protection d'un créancier économiquement faible (pensions alimentaires).

De la *quérabilité* s'induit un devoir général du créancier : non seulement il est tenu d'aller quérir le paiement auprès du débiteur, mais il doit s'abstenir de ce qui pourrait empêcher ou retarder l'exécution, voire faire tout ce qui est nécessaire pour le bon déroulement de celle-ci. A défaut de quoi l'offre d'exécuter émanant du débiteur le mettrait en demeure.

### [329] ► *Offres réelles et consignation*

Un incident surgit si le débiteur, prêt à payer, ne peut le faire, parce qu'il ne rencontre pas la volonté du créancier. Il faut penser aux créanciers absents, inconnus, indéterminés (ex. le créancier originaire est mort, et sa succession est litigieuse). Ou bien c'est un créancier qui refuse le paiement : il est en désaccord avec le débiteur sur le montant de l'obligation, et craint que son acceptation du paiement partiel qui lui est proposé ne soit ensuite interprétée à son détriment comme une renonciation tacite à réclamer le reste de ses droits. La procédure des offres réelles et de la consignation (a. 1257 s. ; a. 1426 s. C. Pr. C.) permet d'obtenir l'effet libératoire par la seule volonté du débiteur, pourvu que s'y joigne le fait matériel d'une consignation, d'un dépôt de l'objet en mains neutres, sans la volonté du créancier, ou même contre sa volonté. C'est une sorte de mise en demeure du créancier (*mora creditoris* ; cf. n° 70) : d'avoir à recevoir son paiement et à donner quittance au débiteur.

a) *Formes.* — C'est une procédure qui peut rester extrajudiciaire (a. 1259, al. 1), tenir dans des actes d'huissier ou de notaire (a. 1259-3°), elle ne deviendra judiciaire que si le créancier en conteste la validité. Deux temps à observer :

1° Les offres. — C'est l'officier ministériel qui les fait. Elles doivent être réelles (et non verbales, labiales), c'est-à-dire appuyées par la pré-

sentation effective de l'objet dû (ex. des instruments monétaires correspondant au quantum de la dette), et elles sont, en principe, portables, alors même que le paiement eût été quérable (a. 1258, 6°) ;

2° *La consignation*. — Si le créancier refuse les offres réelles, il est procédé, après un dernier avertissement, au dépôt de l'objet dû entre les mains d'un tiers (pour les sommes d'argent et les valeurs mobilières, c'est la Caisse des Dépôts et Consignations, représentée en province par les Trésoreries).

b) *Effet*. — Le débiteur est libéré comme s'il avait payé (a. 1257, al. 2) : ainsi, les intérêts moratoires ne courent plus (a. 1259, 2°). Cependant, la consignation n'équivaut pas exactement à un paiement, parce qu'elle reste unilatérale : aussi peut-elle être rétractée par le débiteur, tant qu'elle n'a pas été acceptée par le créancier ou validée par un jugement (a. 1261 s.).

### [330] ► *Preuve du paiement*

La charge de la preuve incombe au débiteur (a. 1315, al. 2). La loi (sauf exceptions, ex. l. 6 juill. 1989 sur les baux d'habitation, a. 21) n'a pas réglé spécialement les modes de preuve admissibles : tous le seraient, à regarder le paiement comme un fait matériel ; à le regarder comme une convention, une preuve écrite préconstituée serait requise dans les conditions de l'a. 1341.

a) *Preuve par tous les moyens*. — En pratique, on dispense souvent le débiteur (impossibilité morale de l'a. 1348 ?, usage *contra legem* ?) de rapporter une preuve écrite, surtout quand l'obligation exécutée est une obligation en nature (ex. il pourra établir par présomptions de l'homme qu'il a livré les marchandises vendues, accompli le travail promis). L'écrit paraît plus nécessaire si le paiement porte sur une somme d'argent, à cause de la clandestinité de la monnaie ; néanmoins, même alors, il arrive qu'on se contente de présomptions (ex. dans la vente au comptant, la remise de la chose à l'acheteur fait présumer le paiement du prix ; la remise du titre de la créance peut faire présumer la libération par paiement, cf. n° 137).

b) *Preuve par écrit*. — Il pourrait s'agir d'une simple mention portée sur le titre de la créance (a. 1332). Mais il est plus habituel que la preuve écrite consiste ici dans un titre distinct, *quittance* ou *reçu*, spécialement dressé afin de faire preuve du paiement. Ce peut être un acte sous seing privé aussi bien qu'un acte notarié. Pour un motif pratique, l'usage n'étant point de les faire enregistrer, on décide que les

quittances sous seing privé, malgré l'a. 1328 (cf. *supra*, n° 97), font foi de leur date par elles-mêmes à l'égard des tiers.

Les quittances ne sont pas toujours pures et simples. Elles peuvent être le support de multiples combinaisons juridiques (qui font apparaître le paiement comme une convention). Ex. :

1° *Quittance subrogatoire*, qui substitue un effet translatif à l'effet extinctif procédant du paiement (v. *infra*, n° 334).

2° *Quittance pour solde de tout compte*, amplifiant l'effet extinctif : le créancier déclare que le débiteur ne lui doit plus rien, ni du chef de la dette acquittée ni d'aucun autre chef. Cette déclaration ne fait parfois que constater la réalité préexistante. Mais elle peut aussi couvrir l'abandon d'un droit (c'est alors soit une renonciation gratuite, soit une transaction, au sens de l'a. 2044). Les quittances pour solde de tout compte sont souvent dictées aux créanciers par des débiteurs économiquement plus forts (ex. compagnies d'assurances) : d'où des abus, qui ont conduit parfois à une réglementation restrictive. Ainsi, notamment, pour la quittance que le salarié est souvent amené à signer en quittant l'entreprise : il a la faculté de la dénoncer dans les deux mois (a. L. 122-17, et R. 122-5, 122-6 C. Tr.). La dénonciation enlève à la quittance son effet extinctif *ad extra*, la réduit à ne plus faire preuve que du paiement des sommes qui y sont énoncées.

3° *Quittance avec réserves*, limitant l'effet extinctif. Tout en délivrant au débiteur une preuve du paiement effectué, le créancier manifeste la volonté de ne pas renoncer à ses autres droits. L'efficacité de ces réserves (que le débiteur accepte en acceptant la quittance) est généralement reconnue (arg. a. 1211, 1908, et l'autonomie de la volonté), quoiqu'on y ait quelquefois objecté la maxime *Protestatio non valet contra factum*.

### [331] II. — Le régime particulier des paiements monétaires

#### ► *Moyens de paiement*

Le paiement a lieu normalement en *instruments monétaires proprement dits*, subsidiairement en *monnaie scripturale*, éventuellement en *monnaie unique européenne (euro)*.

a) *Paiement en instruments monétaires*. — Le débiteur se libère en remettant au créancier des instruments monétaires ayant cours légal ; telle est justement l'essence du cours légal. Le débiteur ne peut exiger que le créancier lui rende la monnaie ; c'est à lui-même de faire

l'appoint (d. 22 avr. 1790, a. 7 ; et, implicitement, a. 1243) (la quérabilité, toutefois, largement entendue, n'implique-t-elle pas que ce soit plutôt au créancier de se munir de monnaie ?).

b) *Paiement en monnaie scripturale* (par virement, remise de chèque, carte de crédit, prélèvement sur un compte bancaire). — 1° Le principe est que les créanciers n'ont pas l'obligation de recevoir leur paiement sous cette forme, car ce serait leur imposer le risque d'une absence de provision (sans préjudice d'un dérangement, s'ils veulent finalement disposer de billets de banque).

2° Par *exception*, en vertu d'une loi du 22 oct. 1940 (souvent remaniée), les commerçants doivent régler par virement bancaire ou chèque barré la plupart de leurs dettes contractuelles d'un montant supérieur à 5 000 F ainsi que les salaires de leurs personnels au-dessus de 10 000 F par mois (a. L. 143-1 C. Tr.). Pour les particuliers, l'obligation commence dès 50 000 F (a. 1649 *quater* B, C.G.I. ; le montant qui était de 150 000 a été baissé pas la l. finances 30 déc. 1998, a. 102, mesure symptomatique de l'antilibéralisme latent chez tous les gouvernants français ; cf. t. III, n° 25). Il n'est, d'ailleurs, dans tous les cas, d'autre sanction qu'une amende fiscale (a. 1840 N *sexies* C.G.I.) : le paiement fait illégalement en billets de banque (« en liquide », suggestive expression) n'en reste pas moins libérateur.

c) *Paiement en euros*. — Les instruments monétaires en euros ne circuleront qu'à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2002. A cette date, ils auront cours légal, et seuls cours légal, le franc étant démonétisé. Mais, dès le 1<sup>er</sup> janvier 1999, les particuliers ont pu se faire ouvrir des comptes en euros et s'en servir sous les différentes formes de monnaie scripturale. Il pourra donc y avoir, dans la période transitoire 1999-2002, des paiements en monnaie européenne, à la double condition que l'*accipiens* agrée ce mode de règlement et dispose lui-même d'un compte en euros.

#### ► *Objet du paiement*

L'identité de l'objet payé à l'objet dû (a. 1243) s'entend ici d'une identité purement nominale (arg. a. 1895), conformément au principe du nominalisme monétaire (t. III, n° 13) : le débiteur se libère en versant juste le nombre d'unités monétaires constituant l'obligation, quelque altération de pouvoir d'achat que l'unité monétaire ait pu subir dans l'intervalle entre la naissance de la dette et son exécution.

### [332] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Sur le paiement par chèque, virement, etc., v. t. III, Monnaie ; cf. Chaput *et al.*, *Effets de commerce, chèques et instruments de paiement*, 1998 ; Putman, *Moyens de paiement et de crédit*, 1995. — Sur le passage à l'euro, v. t. III, Monnaie.

#### SOCIOLOGIE

Les procédés bancaires (chèque, virement, prélèvement sur les comptes) se sont considérablement développés à la faveur d'une complicité objective entre le prince faux-monnayeur et la société de consommation : l'un espère que l'effet inflationniste de la monnaie scripturale sera plus lent que celui des billets de banque ; l'autre, que le paiement étant plus indolore, la dépense sera sans frein. S'y ajoutent des vues non dissimulées de contrôle fiscal. Résultat : la destruction d'un aspect de la liberté contractuelle : l'anonymat (cf. t. I, n° 27, 35).

#### THÉORIE JURIDIQUE

Il se pose, à propos du paiement, plusieurs problèmes de *nature*. Le plus classique concerne la *dation en paiement* : modalité du paiement (arg. a. 1243) ?, vente (le *solvens* vend l'objet donné en paiement, pour un prix qu'il compense avec sa dette ; arg. ancien a. 1595) ?, novation tacite par changement d'objet, suivie de l'exécution immédiate de l'obligation nouvelle (art. a. 2038) ? Cf. D. Léoty, La nature juridique de la dation en paiement, *R.T.*, 75, 12, qui met en relief le caractère de paiement instantané, opérant *re*, par un transfert de propriété ou de droit réel. L'opération, longtemps suspecte comme recouvrant un appauvrissement frauduleux du débiteur aux abois, a été rajeunie et réhabilitée par la loi fiscale (C.G.I., a. 238 *bis* OA-7) : la dation d'œuvres d'art en paiement des droits de succession enrichit les Musées nationaux sans étrangler les familles des peintres illustres. — Le *paiement* lui-même est parfois analysé comme une convention aux fins d'éteindre l'obligation originaire (cf. Beudant-Lagarde, n° 460 ; M.-J. Pierrard, Les procédés de preuve du paiement, *R.T.*, 1948, 438 s. ; Loussouarn, *R.T.*, 70, 767 ; G.G., *J.C.P.*, 74, 2, 17760), ou à tout le moins comme un acte juridique (Bénabent, n° 546). On parle de la *cause* du paiement (la dette préexistante, a. 1235 ; cf. *supra*, n° 306) : s'il est une convention, cela doit être entendu d'une cause au sens de l'a. 1131 ; s'il est un fait, d'une cause au sens de la théorie de l'enrichissement sans cause. Justement, une étude plus approfondie (Nicole Catala, *La nature juridique du payement*, Th. Paris, 1961, et *J.C.P.*, 66, 2, 14841) propose d'y voir un fait juridique, un mécanisme purement objectif, qui ne postule d'autres éléments qu'une obligation préexistante et une prestation conforme à l'objet de l'obligation. A l'appui de cette thèse, on pourrait faire valoir : l'existence de la compensation *légale*, conçue comme la contraction de deux paiements inconscients (cf. *infra*, n° 342), certains procédés modernes de paiement, où semble s'éténuer jusqu'au dernier degré du tacite la volonté soit de l'*accipiens* (paiement par virement, Civ.<sup>1</sup> 14 mars 1956, D. 56, 449), soit du *solvens* (paiement des factures d'électricité, etc., par débit automatique d'un compte bancaire). Toutefois, n'existe-t-il pas, à

défaut d'une convention véritable entre débiteur et créancier, du moins entre *solvens* et *accipiens*, le lien d'une liquidation élémentaire, contradictoire ou susceptible de contradiction ? Le paiement apparaîtrait ainsi comme un acte liquidatif (ce qu'est, en un sens, le partage). Cet aspect s'accentue dans l'imputation des paiements (a. 1253-1256, tout un paragraphe), opération complexe qui met en jeu plusieurs déclarations unilatérales de volonté à hiérarchiser, du débiteur, du créancier, éventuellement des cautions (Com. 13 déc. 1988, *G.P.*, 89, 2, 960 ; Civ.<sup>1</sup> 19 janv. 1994, D. 94, *I.R.*, 49). Le paiement n'est pas, malgré tout, une transaction (a. 2044 s.) qui empêcherait les contestations ultérieures sur le montant de la dette (sauf erreur de calcul, cependant, a. 2058). La chose est certaine, vue du côté du *solvens* : il dispose, en principe, de l'action en répétition de l'indu (a. 1377). L'*accipiens* devrait, symétriquement, avoir une action en réclamation du moins-perçu (Civ.<sup>1</sup> 28 nov. 1986, *Bull.*, n° 263) : il reste créancier. On pourrait, néanmoins, lui objecter qu'étant en droit de refuser un paiement partiel (a. 1244), en acceptant une partie, il a tacitement abandonné le surplus (cf. J. Mestre, *R.T.*, 88, 118).

[333] Sur le paiement de la dette d'autrui, Derouin, D. 80, chr. 199, et le recours du tiers *solvens*, Virassamy, D. 91, 538. — La *quittance* peut être conçue comme la preuve écrite de la convention de paiement, donc comme ayant un caractère purement déclaratif. Mais on peut y voir aussi un acte juridique propre, formaliste et abstrait, à l'image de l'*acceptilatio* romaine (cf. Monier, II, n° 198) : formaliste, parce qu'il est nécessairement écrit ; abstrait, parce qu'il peut recouvrer une remise de dette (cf. Saleilles, *Obligation*, n° 71 s.) aussi bien qu'un paiement, et ne peut être attaqué pour défaut de cause sous prétexte que le paiement n'aurait pas eu lieu effectivement, si l'on suppose que la quittance — comme il advient souvent dans l'usage des affaires — a été remise d'avance au débiteur, cf. *R.T.*, 1943, 265 (toutefois, la solution pourrait encore être expliquée par la règle de l'a. 1341, que l'on ne peut prouver par témoins contre l'écrit, cf. Civ. 24 févr. 1943, D.C. 43, 122). — L'*acompte* (en tant que distinct des arrhes ; cf. *supra*, n° 113) appellerait une étude. Il a un contenu psychologique qui va au-delà de l'objet payé : c'est une reconnaissance tacite de la dette globale. Mais est-ce bien un paiement immédiat ? On pourrait se le représenter comme un avoir que le débiteur se constitue entre les mains du créancier, et qui ne servira à l'extinction de la dette (par compensation) qu'au moment du règlement final. — La distinction des dettes *quérables* et *portables* ne concerne pas seulement le lieu du paiement (avec son corollaire de droit international, la monnaie de paiement), comme le laisserait croire l'a. 1247, mais encore et surtout la réalisation du paiement. Dans la quérabilité comme dans la portabilité, il y a plus qu'un mouvement d'un lieu à un autre, il y a une action en vue du paiement. La partie désignée par la loi ou la convention doit : 1° Prendre l'initiative du paiement (ce qui met la quérabilité dans un certain rapport avec la mise en demeure, mais il ne faut pas les confondre ; cf. *R.T.*, 1951, 529) ; 2° S'efforcer de l'organiser, de le rendre fluide, sans dérangement excessif (cf. *R.T.*, 1959, 122).

En quoi consiste les *offres réelles* ? V. J. Mestre, sous Civ.<sup>1</sup> 10 févr. 1998, *R.T.*, 98, 907. La volonté du débiteur peut y être accompagnée de conditions et de réserves, pourvu qu'elles ne traduisent de sa part d'autre intention que de conserver ses droits intacts sans détruire ceux du créancier, Civ.<sup>3</sup> 26 mai 1983, *G.P.*, 83, 2, Panor. 291. Même appréciation délicate des conditions et réserves mises par le créancier à son acceptation des offres, Civ. 23 janv. 1899, D. 1900, 1, 519 ; opp. Req. 17 juin 1942,

D. 43, 21. Nécessité de la consignation pour que les offres réelles produisent leur effet (ex. arrêtent le cours des intérêts moratoires) : Civ.<sup>1</sup> 31 mars 1993, 25 nov. 1997, *Bull.*, n° 134, 325.

Les *offres réelles* ont donné lieu à beaucoup moins de développements théoriques que la notion correspondante qui s'est construite dans les droits germaniques à partir de textes romains, la *demeure du créancier*. On a commencé par voir dans celle-ci (*mora accipiendi*) un mécanisme analogue à la demeure du débiteur (*mora solvendi* ; cf. n° 76) : la sanction d'un manquement au contrat. Aujourd'hui, l'accent est mis plus volontiers sur les différences (cf. C. Robin, *La mora creditoris*, *R.T.*, 98, 697) : la demeure du créancier n'implique pas nécessairement une faute. Au vrai, l'institution a un caractère de droit public : le débiteur a le droit d'exiger de l'autorité qu'elle le libère. On peut remarquer, toutefois, que dans un contrat synallagmatique tel que la vente, une *mora accipiendi* est souvent la marque d'une *mora solvendi* : la négligence à prendre livraison annonce une dérobade à payer le prix. Sur l'effet de la consignation (pas tout à fait un paiement), v. Courrouy, *R.T.*, 90, 23. La consignation peut être réalisée par l'émission d'un chèque, Civ.<sup>1</sup> 10 févr. 1998, D. *Aff.*, 98, 532, *Rép. not.*, 98, 735, puisque cette émission, ajoute l'arrêt, emporte transmission irrévocable de la propriété de la provision au porteur. Objection : l'a. 1261 semble regarder la révocabilité comme consubstantielle à la consignation.

## [334] 2 | LE PAIEMENT AVEC SUBROGATION

Dans son sens le plus général, le mot « subrogation » exprime une idée de remplacement. Il y a *subrogation réelle* quand une chose en remplace une autre dans un patrimoine (cf. t. III, n° 65) ; *subrogation personnelle* quand une personne en remplace une autre comme créancière dans le rapport d'obligation. La subrogation personnelle se présente dans le C.C. comme une modalité du paiement (a. 1249-1252). Lorsque le paiement est fait par le débiteur lui-même, et de ses propres deniers, il éteint complètement l'obligation ; s'il est fait par un tiers, ou par le débiteur avec des deniers empruntés à un tiers, il peut, tout en éteignant l'obligation à l'égard du créancier qui reçoit son dû, en transporter le bénéfice au tiers qui a fourni les fonds ; par là, ce tiers (*solvens*), en payant la dette, acquiert la créance. Il y a ainsi dans la subrogation deux aspects de prime abord contradictoires : elle est à la fois modalité de paiement et cession de créance. En fait, les deux aspects concourent aux mêmes fins : la certitude d'acquiescer la créance, plus précisément les garanties dont elle peut être fortifiée (sûretés personnelles et réelles), sera, pour celui qui a des fonds disponibles, un encouragement à payer la dette d'autrui.

Il existe plusieurs sortes de subrogation personnelle, correspondant à plusieurs *sources* possibles. Quelle qu'en soit la source, d'ailleurs, la subrogation personnelle a toujours le même *effet*.

### I. — Sources de la subrogation personnelle

L'a. 1249 se borne à opposer la convention et la loi comme sources de la subrogation ; mais la subrogation conventionnelle est elle-même susceptible de deux variantes, ce qui fait, en somme, trois catégories.

a) *Subrogation légale*. — Elle s'opère par la seule force de la loi (a. 1251) au profit de celui qui paye, sans qu'il soit besoin de la volonté du créancier ou du débiteur, sans que ceux-ci puissent s'y opposer. C'est que le *solvens* leur rend service à tous deux, ce qui mérite bien cette espèce de cession forcée de la créance.

1° *La subrogation légale dans le C.C.* — L'a. 1251 a prévu quatre cas. Mais les n°s 1 et 2 peuvent être réservés, ressortissant au droit hypothécaire, ainsi que le n° 4, ressortissant au droit successoral. Le n° 3, en revanche, doit être souligné, car il a valeur de *clausula generalis*. Il déclare subrogé de plein droit dans la créance celui qui a acquitté la dette parce qu'il avait intérêt à le faire, étant lui-même tenu soit *avec*, soit *pour* le débiteur. *Avec* le débiteur, cela vise le codébiteur de l'obligation solidaire ou indivisible (cf. n° 346). *Pour* le débiteur, cela vise surtout la caution (a. 2011).

C'est que le débiteur solidaire qui a payé la totalité de la dette a un recours contre son codébiteur (a. 1214) ; de même la caution contre le débiteur principal (a. 2028). Ils peuvent, pour l'exercer, se présenter comme des mandataires ou des gérants d'affaires, demandant à être indemnisés par celui dans l'intérêt de qui ils ont agi (a. 1999 s., 1375). Mais, par cette voie, ils ne bénéficieront d'aucune garantie particulière. Aussi ont-ils souvent avantage à se présenter plutôt comme remplaçant le créancier qu'ils ont désintéressé. Il suffit d'imaginer que celui-ci avait à sa disposition quelque gage ou hypothèque. C'est dire que, pratiquement, le jeu de la subrogation, dans cet a. 1251-3°, suppose une créance assortie tout à la fois d'une sûreté personnelle et d'une sûreté réelle.

2° *La subrogation légale dans les législations spéciales*. — Le cas le plus remarquable est celui de l'a. L. 121-12 C. Ass. : l'assureur qui a versé l'indemnité d'assurance à l'assuré est subrogé, jusqu'à due concurrence, dans les droits de celui-ci contre les tiers responsables du sinistre. Pareillement, la caisse de Sécurité sociale qui, à la suite d'un accident, a dû verser des prestations à son assuré est subrogée dans les droits de celui-ci contre le tiers responsable (a. L. 397 C.S.S.).

b) *Subrogation conventionnelle par la volonté du créancier*. — Cette subrogation est possible dans tous les cas, et lors même que le *solvens* n'aurait aucun intérêt à l'acquittement de la dette. Mais elle est soumise à des conditions (a. 1250-1°) :

1° *Condition de fond* : le *solvens* est sans droit pour l'exiger, elle doit être consentie par le créancier (c'est une convention passée entre le créancier et le *solvens*) ;

2° *Condition de forme* : la volonté qu'a le créancier de subroger le *solvens* doit être expresse et non tacite (un sous-seing privé est, d'ailleurs, suffisant) ;

3° *Condition de temps* : la subrogation doit être consentie au moment même du paiement (en pratique, dans la quittance même, quittance subrogatoire).

c) *Subrogation conventionnelle par la volonté du débiteur*. — C'est, si l'on veut, une espèce de contrat forcé (a. 1250-2°). L'hypothèse est que le débiteur contracte un emprunt pour acquitter sa dette (il y trouve bénéfice si cet emprunt lui est offert à des conditions moins onéreuses que la dette primitive, notamment à un taux d'intérêt inférieur). La loi lui facilite l'opération en lui permettant de subroger le nouveau créancier dans les droits de l'ancien, lors même que celui-ci n'y consentirait pas (il faut, toutefois, que le paiement ne puisse pas être refusé, ce qui suppose que la dette est échue ou que le terme a été conçu en faveur du débiteur).

Cette subrogation est un acte solennel (cf. *supra*, n° 90), la solennité étant constituée à la fois par la forme notariée et par une double déclaration qui doit permettre de suivre le passage des fonds du prêteur à l'ancien créancier. Pourquoi ? Le débiteur avait été grevé autrefois d'une dette hypothécaire envers A ; il l'a remboursée en son temps. Puis il en a contracté une deuxième envers B, et maintenant il voudrait bien emprunter à C. Mais C exige une hypothèque de premier rang. Sans la solennité de l'a. 1250, la tentation serait grande d'antidater le nouvel emprunt et de le présenter comme ayant servi à rembourser A, ce qui subrogerait C dans la première hypothèque, au préjudice de B.

### [335] II. — Effets de la subrogation personnelle

Les deux aspects contradictoires de l'opération s'y reflètent : la subrogation a un effet *translatif*, comme une cession de créance, mais *limité*, parce qu'il s'agit tout de même d'un paiement, et que le paiement a un effet extinctif.



a) *Effet translatif*. — C'est en quoi nous avons ici autre chose qu'une modalité de paiement. La créance n'est pas éteinte, et elle est transmise au *solvens*. Ce ne sont pas seulement les garanties de la créance (privileges, hypothèque, cautionnement), qui sont transmises, bien que gise là l'objet principal de l'opération ; c'est le droit de créance lui-même, ce sont tous les *droits* du créancier (arg. a. 1249, 1250-1<sup>o</sup>, 2<sup>o</sup> ; 2029) : ainsi, le subrogé succède à l'action en résolution ou à l'action paulienne qui pouvaient appartenir au créancier originaire.

b) *Limites à l'effet translatif*. — Ce sont autant de différences entre la subrogation et la cession de créance.

1<sup>o</sup> *Le créancier primitif n'est pas tenu d'une obligation de garantie*, car il n'a fait que recevoir un paiement. Sans doute le subrogé aura-t-il un recours contre lui si la créance n'existe pas. Mais ce sera l'action en répétition de l'indu, qui suit d'autres règles que la garantie (cf. a. 1378 et 1630).

2<sup>o</sup> *Le subrogé obtient parfois un droit moins étendu que celui qui appartenait au créancier primitif*.

— Le codébiteur solidaire qui, poursuivi le premier, a payé toute la dette ne profite pas complètement de la subrogation, car il ne peut faire jouer à son tour la solidarité contre les autres (il faut en sortir) : il doit diviser immédiatement son recours (a. 1214, al. 1 ; ex. une dette de 300 000 francs entre trois codébiteurs solidaires, A, B, C ; A a payé le tout ; il n'a pas le droit de réclamer 200 000 francs à B, mais seulement 100 000 francs à B et autant à C ; cf. *infra*, n<sup>o</sup> 346).

— Le *solvens* qui a reçu quittance de toute la dette, bien qu'il n'ait payé qu'une partie, ne peut recourir contre le débiteur que jusqu'à concurrence de ce qu'il a réellement versé. C'est que la subrogation se modèle sur le paiement. On peut dire encore que, la subrogation étant la suite d'un service d'ami (tandis que la cession de créance est une spéculation), il est juste que la remise partielle de dette consentie par le créancier ne soit pas détournée par le *solvens*, mais profite au débiteur.

3<sup>o</sup> *La subrogation ne peut nuire au créancier quand il n'a été payé qu'en partie*. — Le paiement partiel divise la créance entre le créancier primitif et le subrogé ; un conflit peut surgir entre eux s'ils prétendent faire valoir le même privilege ou la même hypothèque. Mais l'a. 1252 fait passer le créancier primitif avant le subrogé : c'est qu'à son égard, la partie de créance que le subrogé invoque est déjà éteinte par le paiement. A quoi s'ajoute un argument pratique : le créancier ne pouvait être forcé de recevoir un paiement partiel (a. 1244) ; s'il y a consenti, on peut présumer qu'il ne l'a fait qu'à condition que sa complaisance

ne se retourne pas contre lui (*nemo contra se subrogasse censetur*, nul n'est censé avoir subrogé à son détriment ; cette idée de convention tacite a pour conséquence que la stipulation contraire est permise).

### [336] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — J. Mestre, *La subrogation personnelle*, 1979 (elle est un mode de transmission plutôt que d'extinction des obligations, et elle est riche d'emplois nouveaux).

#### HISTOIRE

Les mécanismes dont nous nous servons datent des XVI<sup>e</sup>-XVII<sup>e</sup> s. (première synthèse dans le *Traité de la subrogation* de Renusson, 1743). Il est tentant de les mettre en rapport avec des idées de circulation et de trafic, venues du capitalisme naissant (à chaque siècle que nous étudions, il semble naissant). L'explication est certainement exacte pour partie (c'est un fait que la subrogation par volonté du débiteur a été spécialement imaginée en vue d'une opération de conversion des dettes, liée à une baisse du taux de l'intérêt, en 1609). Cependant, les juristes de l'Ancien Droit cherchaient à fonder la subrogation dans l'équité plutôt que dans l'utilité économique, et Pothier (*Coutume d'Orléans, Introduction* au tit. XX, n<sup>o</sup> 75) la faisait même dériver de la loi d'amour, qui veut que chacun (ici le créancier) vienne en aide à son prochain (ici au *solvens*), autant qu'il le peut sans se nuire à lui-même. Mais, à notre époque, les cas les plus pratiques de subrogation sont les subrogations légales des législations spéciales (assurance, Sécurité sociale), et il faudrait se forcer pour y mettre de l'amour.

#### THÉORIE JURIDIQUE

Parallèle classique avec la cession de créance. A la base, on met une différence de nature : la cession, acte de spéculation ; la subrogation, office d'ami. Mais v. la critique de cette opposition dans Planiol-Radouant, n<sup>o</sup> 1245. En fait, la subrogation conventionnelle est utilisée par des capitalistes comme moyen de placement ; et par une nouvelle fortune, elle est devenue aujourd'hui le support de l'opération commerciale du *factoring* (des commerçants, pour se décharger du recouvrement de leurs factures, subrogent une entreprise spécialisée, dite d'*affacturage*, dans les créances à recouvrer ; cf. Gavalda et Stoufflet, *Droit bancaire*, 1994 ; Putman, *Moyens de paiement*, 1995, n<sup>os</sup> 273 s.). C'est que d'être dégagée des formes de l'a. 1690 donne à la subrogation conventionnelle une grande supériorité. En conclusion, il serait peut-être réaliste de la traiter aujourd'hui, plutôt que comme un mode d'extinction des obligations, comme un transfert de créance réalisé sur la base d'un paiement (en ce sens, J. Mestre, D. 79, 333, R.T., 84, 717 et R.T., 86, 752 ; cf. M. Poulvais, D. 80, 107). Un paiement est-il même de l'essence de l'opération ? cf. Chaumette, R.T., 86, 33. — Il faut mettre à part, en tout cas, pour son originalité, la subrogation qui opère comme cession *forcée*, sans la volonté du cédant (subrogation légale, subrogation dite conventionnelle par la volonté du débiteur) : elle apparaît comme un mécanisme d'expropriation des créances pour cause d'utilité privée.

## [337] 3 | LE PAIEMENT PAR COMPENSATION

La compensation (a. 1289) est l'extinction de deux obligations de la même espèce, en particulier de deux obligations de somme d'argent, existant réciproquement entre deux personnes ; extinction totale, si les deux obligations ont le même montant, partielle, jusqu'à concurrence de la plus faible, si elles ont des montants inégaux. X doit 1 500 francs à Y, Y doit 1 000 francs à X ; par l'effet de la compensation, seule subsistera une dette de X envers Y pour 500 francs. On peut dire que chacun des deux intéressés se paie de sa créance en ne payant pas sa dette ; à l'inverse, qu'il paie sa dette en ne se faisant pas payer de sa créance. Compenser, dit-on encore, c'est payer, et la compensation apparaît comme un *paiement abrégé*, par lequel on s'épargne un double transfert de fonds.

C'est aussi un *paiement par préférence*. Le créancier-débiteur d'un insolvable a intérêt à compenser : sans la compensation, il devrait payer intégralement sa dette, puis réclamer sa créance en concours avec les autres créanciers, ce qui ne lui laisserait espérer qu'un dividende ; grâce à la compensation, il se paie sur sa propre dette par préférence à tous autres créanciers.

La compensation a été envisagée par le C.C. comme un mécanisme *légal*. Subsidiairement, cependant, elle peut être *conventionnelle* ou *judiciaire*.

## I. — La compensation légale

Elle est subordonnée à des *conditions* définies, en dehors desquelles ses *effets* légaux, automatiques, ne pourraient se produire, si bien qu'il faudrait alors, pour compenser les deux dettes, recourir à une convention ou à un jugement.

► *Conditions de la compensation légale*

Il en est de positives : deux obligations ne sont compensables que si elles présentent certaines *qualités* — et de négatives : il ne faut pas que se rencontrent certains *obstacles légaux* à la compensation.

a) *Qualités des obligations compensables*. — Il n'est pas besoin que les deux obligations soient connexes (comme on le demande pour

l'exercice du droit de rétention ; cf. n° 194) : quoique procédant de causes toutes différentes (cf. a. 1293, al. 1), elles pourront se compenser. Mais il faut (a. 1291) qu'elles soient *réciproques* et *fongibles* (ce sont les conditions mêmes sans lesquelles l'opération arithmétique, la soustraction, que la compensation suppose, serait inconcevable) — *liquides* et *exigibles* (faute de quoi le mécanisme de la compensation, sans être définitivement impossible, ne pourrait jouer immédiatement).

1° *Réciprocité*. — Les deux obligations doivent exister en sens inverse entre les deux mêmes individus, chacun d'eux étant à la fois créancier et débiteur de l'autre. La difficulté est, parfois, de bien distinguer les personnes qui sont les sujets véritables du rapport obligatoire (ex. le débiteur du représentant ne peut opposer en compensation ce qui lui est dû par le représenté) ;

2° *Fongibilité*. — Les deux obligations doivent avoir pour objet des choses fongibles entre elles (on ne peut soustraire un nombre d'un autre s'ils concernent des choses différentes). Pratiquement, la compensation ne se conçoit plus guère qu'entre obligations de sommes d'argent ;

3° *Liquidité*. — C'est souvent quand l'une des deux dettes n'est pas liquide que la compensation légale est paralysée, le créancier de l'obligation non liquide pouvant seulement opposer la compensation judiciaire. Une dette n'est liquide qu'autant qu'elle est claire et certaine à la fois dans son existence (liquidité *an* : est-ce que [la dette existe] ?) et dans son montant (liquidité *quantum*). Ex. la créance de la victime d'un accident n'est pas liquide tant que le chiffre des dommages-intérêts n'a pas été judiciairement fixé ;

4° *Exigibilité*. — Cette condition exclut de la compensation légale les dettes conditionnelles ou à terme, qui ne sont pas actuellement exigibles, comme aussi les obligations naturelles, qui ne le seront jamais.

b) *Obstacles légaux à la compensation*. — La loi met exceptionnellement obstacle à la compensation :

1° *Dans l'intérêt d'une partie*. — Les deux créances à compenser peuvent, malgré l'homogénéité de leur objet, ne pas paraître, par leur cause, mériter la même faveur. La loi veut alors que la créance favorable soit réglée par priorité. Tel était le sens de l'a. 1293, dont le n° 3, seul, reste vivant. La compensation légale ne joue pas quand l'une des deux créances est une créance alimentaire, parce que le créancier d'aliments ne doit pas être privé d'une rentrée de fonds qui lui est immédiatement nécessaire. On étend cette règle à toutes les créances insaisissables (ex. rente allouée à la suite d'accident du travail) : en

effet, lorsqu'un créancier, débiteur d'une créance insaisissable, prétend se payer de ce qui lui est dû en ne payant pas ce qu'il doit, c'est comme s'il saisissait cette créance insaisissable qui existe contre lui-même ; or, l'insaisissabilité le lui interdit. La faveur de la créance de salaires explique pareillement l'a. L. 144-1, C. Tr., selon lequel la compensation n'a pas lieu, en principe (même pour la portion des salaires qui est saisissable), entre ce que le patron doit aux ouvriers à raison de leur travail et ce que ceux-ci peuvent lui devoir pour des fournitures qu'il leur aurait procurées.

2° *Dans l'intérêt d'un tiers.* — L'a. 1298 pose le principe que la compensation ne peut avoir lieu au préjudice des *droits acquis* à des tiers, et il en fait application à l'hypothèse où la première créance a déjà fait l'objet d'une saisie-attribution de la part d'une autre personne lorsque vient à naître, en sens inverse, la seconde créance : la compensation n'opérera pas, parce que la première créance n'est plus disponible, elle est, en quelque manière, mise en réserve au profit du saisissant. Le même principe explique que la compensation légale soit impossible à partir du jugement ouvrant une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire (ce qui a remplacé la faillite) pour ceux qui, déjà créanciers du « failli », deviennent ses débiteurs : à compter de ce jugement, aucun créancier ne peut plus prétendre se faire payer individuellement au détriment des autres ; or, compenser, c'est payer.

### [338] ► *Effets de la compensation légale*

Dès lors que sont réunies les conditions énumérées, les deux obligations en balance s'éteignent jusqu'à concurrence de la plus faible, avec tous leurs accessoires, notamment les sûretés qui pouvaient les assortir. Le trait le plus caractéristique de la compensation légale est son *automatisme*, sur lequel insiste l'a. 1290, mais qui n'est qu'un principe, restreint par divers *tempéraments*.

a) *Automatisme de la compensation légale.* — C'est comme si la loi opérât une soustraction entre les deux obligations réciproques, dès que la seconde apparaît. La compensation se produit indépendamment de la volonté des créanciers-débiteurs, et même à leur insu. C'est pourquoi elle prend effet non pas du jour où ils s'en prévalent, ni même du jour où ils ont eu connaissance de la situation, mais (par une rétroactivité apparente) du jour où les deux dettes ont coexisté avec les qualités requises (par ex., l'une d'elles étant déjà liquide, du jour où l'autre a été liquidée à son tour).

b) *Tempéraments à l'automatisme de la compensation légale.* — Si la compensation s'opère sans la volonté des parties, elle ne s'opère pas, cependant, contre leur volonté ; elle a lieu par la force de la loi, mais d'une loi qui n'est pas d'ordre public.

1° Il est permis de *renoncer* à la compensation accomplie en laissant à chacune des deux obligations son existence propre. Cette renonciation peut être expresse ou tacite. Elle est tacite quand l'un des débiteurs paie en connaissance de cause une dette qu'il aurait pu considérer comme réglée par compensation (a. 1299), ou quand il accepte sans réserve que son créancier cède à un tiers la créance que la compensation avait déjà éteinte (a. 1295 ; cf. *supra*, n° 316). La renonciation fait revivre l'obligation primitive (toutefois, en règle générale, sans les garanties qui l'accompagnaient ; a. 1299).

2° La compensation doit être formellement *invoquée* en justice par le débiteur poursuivi. Le juge ne pourrait soulever d'office ce moyen, et le défendeur qui ne s'en serait pas prévalu devrait être condamné à payer sa dette, sauf ensuite à engager un nouveau procès pour recouvrer sa propre créance.

### [339] II. — La compensation conventionnelle et la compensation judiciaire

Elles permettent de compenser deux dettes et d'éviter un double paiement, dans les cas où l'une des conditions requises pour la compensation légale se trouve faire défaut.

#### ► *Compensation conventionnelle*

Elle est l'œuvre de la volonté des parties qui se mettent d'accord pour faire entrer en compensation, par ex., une dette non exigible ou non liquide (c'est-à-dire que le débiteur de la dette non exigible renonce au bénéfice du terme ; que les parties conviennent de liquider à une certaine somme le montant de l'obligation contestée, etc.). La compensation conventionnelle, qui tire sa force juridique de l'a. 1134, produit le même effet extinctif que la compensation légale, mais elle ne le produit que du jour où elle a été convenue, non du jour où les deux dettes ont coexisté.

► *Compensation judiciaire*

Elle pourrait être dite reconventionnelle, car elle intervient sur une demande reconventionnelle, que le défendeur au procès forme en riposte à la demande principale (les a. 70 et 564, C. Pr. C., y font allusion) : poursuivi en paiement de sa dette, qui est liquide, il invoque sa propre créance, laquelle, par hypothèse, ne l'est pas (ce qui a empêché la compensation légale). Le tribunal peut décider de procéder à la liquidation afin de compenser les deux obligations dans le jugement. Il a, toutefois, la faculté de passer outre, s'il estime que l'opération entraînerait un retard excessif de l'instance.

## [340] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Radouant, VII, n° 1280 s. — Mendegrès, *La nature juridique de la compensation*, 1969 ; Duboc, *La compensation et les droits des tiers*, 1989.

## HISTOIRE

La compensation est née à Rome comme institution de procédure, et non sans peine, car elle allait contre un principe du procès romain : l'unité de la question. Cf. Monier, II, n° 201 s. En droit classique, sa manifestation la plus usuelle est l'*exceptio doli*, que le débiteur-créancier, poursuivi en justice, oppose au créancier-débiteur, car il est contraire à l'équité, à la bonne foi de réclamer ce que l'on sera obligé de restituer aussitôt sur une autre action. Mais, dans une constitution de Justinien (C. Just. 4, 31, 14), il est écrit que la compensation aura lieu désormais *ipso jure*. Suivant l'interprétation la plus courante aujourd'hui, cette expression signifiait seulement que la compensation n'aurait plus lieu *exceptionis ope*, que le défendeur n'aurait plus besoin d'opposer l'exception de dol : la réforme est de pure procédure, en rapport avec la disparition du procès formulaire, et n'implique nullement la substitution d'une compensation légale au système de compensation judiciaire qui avait été le principe du droit romain. Cependant, au XIII<sup>e</sup> s., le glossateur italien Martin Gosia avait interprété cet *ipso jure* en ce sens que la compensation opérait de plein droit, en dehors de la volonté des parties. Et ce contresens historique, transmis d'Alciat à Cujas, puis recueilli par Pothier (*Obl.*, n° 635), est devenu notre a. 1290. Cf. l'historique étendu de Baudry-Lacantinerie-Barde, III, n° 1804 ; Ourliac-Malafosse, *Obligations*, p. 199.

## SOCIOLOGIE

Le débiteur qui ne peut ou ne veut payer incline à se croire créancier de son créancier. Cas typique : celui du locataire qui, à la demande en paiement du loyer, réplique qu'il est créancier d'une somme supérieure pour les troubles de jouissance qu'il a subis,

dont le bailleur est responsable (a. 1719 s.) : Civ. 22 oct. 1907, S. 09, 1, 513, D. 07, 1, 508. La condition de liquidité a pour but de faire barrage aux compensations imaginaires. On comprend l'attitude qui fut, jusqu'à une certaine époque, celle du droit coutumier : *une dette n'empêche point l'autre* (Loysel, *Institutes coutumières*, n° 704), la séparation ayant des vertus pacificatrices que n'a point l'enchevêtrement.

## ÉCONOMIE POLITIQUE

La compensation a attiré l'attention des économistes en tant que procédé de *paiement abrégé* (cf. Stuart Mill, *Principes d'économie politique*, livre III, chap. XI, § 3). C'est son utilité première : les parties sont dispensées de faire un double envoi de fonds (l'aspect de mécanisme financier n'a pas échappé au C.C. : a. 1296). Mais d'autres procédés, plus perfectionnés, sont venus relayer la compensation dans cette fonction de simplification des paiements : le compte courant, le virement en banque, ou ces procédés collectifs que sont, dans les relations entre banques, les chambres de compensation ou, dans les relations internationales, les accords de clearing. On rattache quelquefois ces institutions à la compensation. Toutefois, si l'idée générale dont elles s'inspirent est la même, elles n'utilisent point le moule juridique des a. 1289 s. Comme l'assurance sur la vie s'est détachée de la stipulation pour autrui, elles se sont détachées de la compensation et forment aujourd'hui des institutions autonomes. La compensation peut avoir, il est vrai, une autre utilité économique, qui concerne le crédit : c'est une garantie, une sûreté. Mais, dans ce rôle aussi, elle a été concurrencée par une autre combinaison : la saisie-attribution (« saisie-arrêt » avant 1991) sur soi-même, par laquelle le créancier-débiteur se fait défense à lui-même de payer entre les mains de son débiteur-créancier — combinaison supérieure à la compensation en ce qu'elle est possible même quand la créance qui est le titre du saisissant n'est pas encore liquide.

## [341]

## POLITIQUE LÉGISLATIVE

Le système français, avec son automatisme caractéristique, est critiqué (Ripert-Boulanger, II, n° 1970) après comparaison avec le système germanique (B.G.B., 387 s. ; C.O. a. 124), où la compensation dépend d'une déclaration unilatérale de volonté, adressée par l'une des parties à l'autre (cf. Saleilles, *Obl.*, n° 55 s. ; Nestianu, *Etude critique de la compensation dans le C.C. allemand*, Th. Paris, 1938). Le système anglo-américain, où la compensation est essentiellement judiciaire, aurait pu être un autre pôle d'attraction. On attribue en général au système germanique l'avantage d'être moins aveugle que le nôtre, moins brutal, plus soucieux de l'intention des parties, et de leurs intérêts. Mais les deux systèmes comportent des tempéraments en sens inverse et, partant, se rapprochent. Il n'est pas exact que la compensation française ne fasse aucune part à la volonté (il est possible d'y renoncer, et elle doit être opposée par le débiteur poursuivi). A l'opposé, en droit allemand, la déclaration de compensation rétroagit, produit son effet extinctif non pas du jour où elle est faite (ce qui serait logique si la volonté était la cause efficiente de la compensation), mais du jour où les deux dettes auraient pu être compensées, ce qui est une concession à l'idée d'une compensation opérant de plein droit (il y a dès ce moment, expliquent des auteurs d'outre-Rhin, une compensation virtuellement réalisée, et la déclaration de volonté n'est néces-

saire que pour lui donner valeur définitive). La différence se réduit, en dernière analyse, à une interprétation de silence : en France, la loi présume l'intention de compenser ; en Allemagne, l'intention de ne pas compenser. Est-il sûr que la présomption française soit la plus arbitraire ? Ordinairement, le débiteur qui se sait d'ailleurs créancier de son créancier a le sentiment d'être déchargé en tant que débiteur et couvert en tant que créancier : étant tranquille, il trouve naturel de ne pas bouger. La critique du système français porte encore sur la condition de liquidité, absente du droit allemand. Néanmoins, ici encore, le contraste a été exagéré : le défaut de liquidité n'écarte la compensation qu'autant que l'incertitude alléguée apparaît de *prima facie* comme sérieuse.

[342]

## THÉORIE JURIDIQUE

La conception classique en France rapproche la compensation du paiement (v. Aubry et Rau, IV, 328, texte et note 4 ; Baudry-Lacantinerie-Barde, III, n° 1864) — rapprochement que le C.C. lui-même peut suggérer (ex. a. 1297 ; a. 1298 [cf. a. 1242] ; a. 1295, al. 2, en tant qu'il décide que la compensation ne peut plus être opposée après la signification de la cession de créance [cf. a. 1691]). C'est, a-t-on dit, un *double paiement abrégé*. Il est dans la logique de cette conception de retenir surtout : 1° des deux fonctions de la compensation, celle de simplification des paiements ; 2° des diverses règles de l'institution, celles qui ont un aspect mécanique, arithmétique et comptable (c'est dans l'a. 1290 que se révélerait l'essence de la compensation : une soustraction automatique). L'idée du double paiement abrégé a été battue en brèche vers 1900 (le prestige du B.G.B. y fut pour beaucoup). De fait, on doit reconnaître que le rapprochement classique est artificiel (la preuve en est que les auteurs eux-mêmes en venaient à parler de double paiement *fictif*). Pour assimiler la compensation au paiement, il faut se faire de l'obligation une notion purement mathématique, y voir une simple quantité d'unités monétaires : peu importe, dès lors, qu'il y ait compensation ou paiement, pourvu que le résultat, en chiffres, soit toujours le même. C'est négliger tout ce qu'il y a de concret dans une obligation donnée (fût-elle monétaire) : ce n'est certainement pas la même chose, pour un commerçant qui a besoin de fonds afin de faire face à des échéances commerciales dont le non-paiement risque d'entraîner pour lui la faillite, que d'être payé par compensation avec une dette civile, dont l'échéance n'a pas une signification aussi rigoureuse. La compensation est, du reste, si peu un paiement que, tandis que le créancier ne peut être contraint de recevoir un paiement partiel (a. 1244), la compensation aboutit souvent à ne procurer que l'extinction partielle de l'une des deux dettes. Est-ce à dire qu'il suffit, pour asseoir la théorie sur une base plus satisfaisante, de se retourner vers l'autre fonction de la compensation et de soutenir que celle-ci est, de sa nature, une garantie du créancier ? c'est le point de vue allemand : les deux obligations se servent mutuellement de couverture ; chaque créancier a en main sa propre dette comme une sorte de gage ; plus exactement, la compensation est un *droit de rétention renforcé* (cf. Saleilles, *Obligation*, n° 61). Quelque chose de plus grave qu'une rétention (moyen purement défensif : cf. *supra*, n° 194), puisque le créancier pourra s'approprier, sans aucun contrôle judiciaire, la valeur sur laquelle portait sa garantie. C'est une prérogative remarquablement énergique d'un créancier chirographaire sur un élément particulier du patrimoine de son débiteur (cf. Bonnecase, *R.T.*, 1930, 103 s. Partant de cette conception, il est assez naturel que la compensation

[343]

n'intervienne plus automatiquement, mais seulement dans la mesure où elle est utile pour garantir le créancier ; et qu'elle puisse, à l'inverse, être opposée, à titre conservatoire, quand bien même une des créances ne serait pas liquide : tout doit être apprécié selon l'équité, car le fondement de l'institution, c'est qu'il serait contraire à l'équité, c'est qu'il y aurait dol (on revient à l'idée romaine), de la part d'un débiteur-créancier, à ne pas payer ce qu'il doit après s'être fait payer ce qui lui est dû (cf. Ripert-Boulanger, II, n° 1968). Peut-être serait-il plus exact, finalement, de dire que la compensation est tantôt paiement, tantôt garantie. Bien que l'opération ait en apparence un caractère absolument bilatéral, il y a toujours une des deux parties qui y a un intérêt prépondérant et qui en prend l'initiative. C'est tantôt un débiteur à court de fonds qui cherche à se libérer par ce moyen, et la compensation est un paiement ; tantôt un créancier qui prétend compenser pour échapper à la loi du concours, et la compensation est une garantie. — Sur la nature de la *compensation judiciaire*, deux conceptions : 1° le juge liquide la dette non liquide, la compensation légale opère alors, le juge se borne à constater qu'elle a opéré ; 2° le juge compense lui-même les deux dettes après avoir apprécié les circonstances, son appréciation (cf. Civ.<sup>1</sup> 5 déc. 1979, D. 80, *I.R.*, 340) remplaçant les conditions légales des a. 1291 s. Cf. Chabas, *J.C.P.*, 66, 1, 2026 ; N. C. Ndoko, Les mystères de la compensation, *R.T.*, 91, 661.

[343]

## PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Exigibilité*. — Com. 17 mai et 13 déc. 1994, *Bull.*, n°s 178, 373.

b) *Liquidité*. — On peut s'en faire une idée plus ou moins rigoureuse : 1° les dettes ne sont liquides que si leur existence et leur quotité sont d'ores et déjà *fixées* ; 2° les dettes sont liquides dès lors qu'il est *facile* d'en vérifier l'existence et la quotité. La seconde conception, plus souple, était sans doute celle du Droit romain, et elle a inspiré une jurisprudence équitable dont les décisions peuvent donner lieu à doutes, parce qu'elles semblent reconnaître au juge un pouvoir d'appréciation peu en harmonie avec l'automatisme de l'a. 1290. Ex. le tribunal peut surseoir à statuer quand la liquidation de la dette paraît devoir être facile et prompte ; Civ. 22 août 1865, D. 65, 1, 358 ; Civ.<sup>1</sup> 18 janv. 1967, D. 67, 358 ; Civ.<sup>3</sup> 30 mars 1989, *Bull.*, n° 77 ; v. cep. Civ.<sup>1</sup> 25 oct. 1978, *Bull.*, n° 322. Dans ces hypothèses où le maniement de la condition de liquidité appelle une intervention du juge, on peut, du reste, se demander s'il ne s'agit pas d'une compensation judiciaire plutôt que légale. Ce qui permet, cependant, de continuer à parler de compensation légale, c'est que l'effet extinctif remontera au jour où les deux dettes ont coexisté. — Plus rarement, il arrive à la jurisprudence de suivre la conception rigide. Le défaut de liquidité, pour elle, ne s'entend pas seulement des cas où une liquidation est nécessaire en *justice*. On peut l'approuver d'avoir ainsi décidé qu'une dette n'est pas liquide quand son montant a besoin d'être fixé par experts (Req. 5 mars 1940, D.H. 40, 130 ; Paris, 17 mai 1939, D.H. 39, 394) : l'expertise doit être entérinée par le juge. Mais on peut hésiter davantage à admettre avec elle qu'une dette de monnaie étrangère n'est pas liquide : Civ. 5 déc. 1933, sol. impl., *G.P.*, 34, 1, 207 ; Paris, 19 juill. 1943, *R.T.*, 44, 117, n. critique Mazeaud. La dette de monnaie étrangère pourrait être convertie en dette de monnaie française par une simple application du cours officiel des changes (arg. a. 1296, compatibilité de la compensation légale avec un cal-

cul cambiaire). Semblablement, une dette en euros est compensable avec une dette en francs, par application mécanique du taux officiel de conversion (cf. t. III).

c) *Certitude*. — Portant sur l'existence même de la créance, c'est une condition distincte de la liquidité : Com. 15 juill. 1975; *Bull.*, n° 203 ; Soc. 10 juin 1982, *Bull.*, n° 391 ; Com. 21 janv. 1992, *Bull.*, n° 23. La distinction, néanmoins, est parfois tenue. Une contestation (du moins si elle est sérieuse, exigence de droit commun) fait obstacle à la certitude (Com. 18 janv. 1977, *Bull.*, n° 16) ; mais son objet peut facilement déra- per de l'existence vers le quantum, et l'on retrouve la liquidité.

d) *Compensation judiciaire*. — L'absence de liquidité n'y fait pas nécessairement obstacle, Civ.<sup>2</sup> 14 juin 1989, *Bull.*, n° 127 (cf. *R.T.*, 56, 737). Les juges sont tenus de procéder à la compensation (en liquidant s'il y a lieu) dès lors qu'il y a connexité entre les deux dettes (Civ.<sup>1</sup> 18 janv. 1967, D. 67, 358 ; Civ.<sup>3</sup> 30 mars 1989, *Rép. not.*, 89, 1391). Ils n'y sont pas tenus en l'absence de connexité (Civ.<sup>1</sup> 25 oct. 1978, *Bull.*, n° 322 ; Soc. 3 mars 1994, *Bull.*, n° 80). La notion de connexité appartient d'origine à la procédure (a. 101-107 C. Pr. C.), où elle relève d'une appréciation souveraine des juges du fond (ex. Soc. 13 oct. 1988, *Bull.*, n° 514). Mais elle trouve maintenant des applications fréquentes dans la jurisprudence commerciale, où elle continue de faire l'objet de tout un travail d'affinement (cf. J. Mestre, *R.T.*, 96, 163 et 97, 134). La connexité peut fonder un ensemble contractuel (cf. *infra*, n° 111).

#### [344] 4 | LE PAIEMENT EN CAS DE PLURALITÉ DE CRÉANCIERS OU DE DÉBITEURS

L'obligation type, sur laquelle on raisonne, lie un débiteur unique à un créancier unique. Mais il peut se faire qu'il y ait plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs. Cette pluralité de sujets détermine des *modalités de l'obligation* qui ont leur principal effet au moment du paiement. L'une d'entre elles, la *solidarité passive*, mérite par son importance un examen particulier.

### I. — Modalités de l'obligation tenant à la pluralité de sujets

#### ► *Le principe de la division des créances et des dettes*

Le principe est que la pluralité des sujets actifs ou passifs entraîne pluralité de rapports d'obligation : la créance ou la dette se divise de plein droit entre les créanciers ou débiteurs pluraux, en général par têtes (par parts viriles) ; on dit que les obligations, en pareil cas, sont *conjointes* (« disjointes » serait plus expressif). Ainsi, un prêteur avance 100 000 à deux emprunteurs (sans solidarité) ; chacun doit divisément 50 000. Ou bien (exemple plus pratique) l'emprunteur de 100 000 meurt en laissant deux fils pour héritiers ; chacun devra divisément 50 000 (a. 1220). Le créancier ne peut réclamer à chaque débiteur que sa part : il lui faut donc se contenter d'un paiement partiel, et la perte est pour lui si l'un des débiteurs se trouve insolvable (c'est l'inconvénient du principe).

#### ► *Les dérogations au principe*

Il s'agit de deux modalités de l'obligation, *solidarité* et *indivisibilité*, qui mettent obstacle à la division de la créance ou de la dette entre créanciers ou débiteurs pluraux.

a) *Solidarité* (a. 1197-1216). — Bien qu'une obligation comportant plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs soit divisible de sa nature (telle, en particulier, une obligation de somme d'argent), le droit, pour des fins utilitaires, en empêche la division : c'est le tout qui est dû à chacun des créanciers (*solidarité active*) ou par chacun des débiteurs (*solidarité passive*). Il y a unité d'objet malgré la pluralité de rapports obligatoires.

1° *Solidarité active* (a. 1197 s.). — C'est une modalité qui permet à l'un quelconque des créanciers pluraux de réclamer la totalité de la dette. A l'inverse, le débiteur est définitivement libéré s'il a tout payé entre les mains du créancier de son choix. Il ne peut plus y avoir lieu ensuite qu'à un règlement de comptes intérieurs entre les différents créanciers solidaires. La combinaison, qui ne résulte jamais que de la volonté privée (clause d'un contrat ou d'un testament), longtemps peu employée, car elle met un créancier à la merci de l'autre, est aujourd'hui à la base de la pratique bancaire des comptes joints (entre époux, spécialement).

2° *Solidarité passive* (a. 1200 s. ; on disait autrefois, à la romaine, *corréalité, reus = débiteur*). — C'est une modalité qui permet au créancier de réclamer la totalité de la dette à l'un quelconque des débiteurs pluraux (*droit de poursuite*), sauf au débiteur qui aura ainsi payé le tout à se retourner ensuite contre ses codébiteurs pour les faire contribuer au paiement à ses côtés (*contribution*).

b) *Indivisibilité* (a. 1217-1225). — On en distingue deux espèces :

1° *Indivisibilité naturelle* (objective). — C'est l'indivisibilité véritable : l'obligation est indivisible quand, en raison de la nature de son objet, elle n'est pas susceptible d'exécution fractionnée. Cela peut être entendu d'une façon absolue, si le fractionnement de l'exécution est rationnellement inconcevable (*indivisibilité absolue* ou nécessaire ; cf. a. 1217) : ex. la garantie due à l'acheteur par ceux qui lui ont, en commun, vendu un immeuble ; si l'acheteur est troublé dans sa possession par un tiers, il est en droit de demander garantie pour le tout à l'un quelconque des vendeurs, parce que sa tranquillité est indivisible. Mais il est d'autres hypothèses où l'indivisibilité n'est que *relative* ; l'exécution pourrait théoriquement être conçue fractionnée ; en fait, elle a été envisagée comme globale (a. 1218) : ex. l'obligation de construire une maison pourrait s'exécuter par parties distinctes (maçonnerie, charpente, etc. ; cf. a. 1601-3) ; cependant, les intéressés qui passent un contrat de ce genre ont en vue la maison comme un tout.

2° *Indivisibilité accidentelle* (conventionnelle, indivisibilité de paiement). — Elle concerne une obligation qui, dans son objet, serait parfaitement divisible (notamment, une obligation de somme d'argent), mais que les parties conviennent de rendre artificiellement indivisible. La combinaison a généralement pour but de renforcer la solidarité passive : celle-ci, en effet, n'empêche pas que, lorsque l'un des codébiteurs solidaires vient à mourir, la dette ne se divise entre ses héritiers mais s'il y a eu engagement à la fois solidaire et indivisible (formule de style dans les obligations notariées), le créancier pourra exiger la totalité de sa créance de l'un quelconque des héritiers laissés par l'un quelconque des codébiteurs (a. 1223).

**[345]** II. — La solidarité passive

La combinaison est très pratique : elle donne au créancier plusieurs débiteurs au lieu d'un et, multipliant les chances qu'il a d'être payé, joue pour lui le rôle d'une *sûreté personnelle*, proche du cautionnement (a. 2011 s.).

► *Sources de la solidarité passive*

Tantôt elle résulte de la *volonté de l'homme*, tantôt elle existe de *plein droit*.

a) *Solidarité résultant de la volonté de l'homme*. — Elle naît d'un acte juridique, convention ou testament. L'a. 1202 exige une stipulation expresse, mais il n'y a pas de formule sacramentelle (ex. les débiteurs déclarent s'engager les uns pour les autres).

La clause de solidarité est fréquente dans les contrats de prêt, de vente (notamment, quand deux époux achètent ou vendent en commun, le notaire ne manque pas de leur faire prendre solidairement les engagements d'acheteur ou de vendeur). Elle suppose pratiquement des débiteurs ayant le même intérêt et, pour ainsi dire, associés dans l'opération. Il arrive, cependant, que l'un des débiteurs ne soit pas réellement intéressé à la dette et ne s'engage solidairement qu'afin de renforcer le crédit de l'autre (a. 1216) : la solidarité recouvre alors une intention de cautionnement ; mais cette intention n'a de conséquence que dans les rapports entre débiteurs, le créancier n'a pas à en tenir compte.

b) *Solidarité passive existant de plein droit*. — L'a. 1202, al. 2, ne la voyait que légale, textuelle. Mais la jurisprudence, par des biais, a admis des cas de solidarité sans texte. Qu'elle soit d'origine légale ou jurisprudentielle, cette solidarité de plein droit gravite toujours autour de l'une ou l'autre des deux idées suivantes : *intérêt commun*, *responsabilité commune*.

1° *Communauté d'intérêt*. — Les codébiteurs se connaissent, ils se trouvent déjà en rapports d'affaires. Il y a entre eux comme une société virtuelle sinon toujours actuelle. Que l'on établisse la solidarité pour leur propre avantage, parce qu'elle doit renforcer leur crédit, ou pour l'avantage de leurs créanciers, la préexistence de liens psychologiques ou économiques favorise la combinaison en facilitant considérablement le fonctionnement des recours et de la contribution.

Ainsi s'expliquent des cas légaux, tels que la solidarité entre époux (a. 220), entre co-mandants (a. 2002), entre associés en nom collectif (l. 24 juill. 1966, a. 10).

2° *Responsabilité commune*. — A ce fondement il faut rattacher par ex. les a. 389-5, 1384, al. 4, 1792-4, 1850, al. 2, et surtout les dispositions générales du C. Pr. P. (a. 375-2, 480-1, l. 1<sup>er</sup> févr. 1994 ; auparavant, a. 55 C.P.), qui intéressent le droit civil en tant qu'elles portent sur les restitutions et dommages-intérêts. Mais, même en l'absence d'infraction pénale, la jurisprudence impose à chacun des coresponsables d'un dommage l'obligation de le réparer entièrement. Il n'y a pas à distinguer à cet égard entre responsabilité du fait personnel, du fait d'autrui ou du fait des choses. Ce n'est pas là une extension analogique de la loi pénale. Le raisonnement jurisprudentiel est que, lorsqu'un dommage a été causé par les actions respectives de plusieurs individus, chacune de ces actions peut être regardée comme la cause de l'entier dommage (cf. *supra*,

n° 216, la théorie de l'équivalence des conditions). Jointe à cela, une considération pratique : la difficulté, pour la victime, de déterminer du dehors la part de responsabilité qui incombe à chacun.

Mais, à la différence de la loi pénale, ce n'est pas une véritable solidarité qu'institue cette jurisprudence. On parle d'obligation *in solidum* (par où l'on évite l'objection de l'a. 1202, al. 2, qu'il n'y a pas de solidarité sans texte). Ce n'est pas une simple question de mots. Sans doute l'effet essentiel — l'obligation pour chacun de réparer l'entier dommage — se retrouvera-t-il également avec les deux explications. Mais il y a, dans la solidarité véritable, des effets secondaires, que l'on écarte de l'obligation *in solidum*.

**[346]** ► *Effets de la solidarité passive*

On les divise en *effets principaux* et *effets secondaires* : les premiers communs à l'obligation solidaire (proprement dite) et à l'obligation *in solidum*, les seconds réservés à l'obligation solidaire.

a) *Effets principaux*. — Ils jouent à deux moments successifs : celui de l'*obligation* (ou *droit de poursuite*), qui met en relief les *rapports des codébiteurs avec le créancier* ; celui de la *contribution*, où se dessinent les *rapports des codébiteurs entre eux*.

1° *Rapports des codébiteurs solidaires avec le créancier*. — Les codébiteurs solidaires sont obligés envers le créancier, mais leur pluralité, et qui plus est leur pluralité solidaire, affecte le mécanisme de l'obligation. Il est classique de rendre compte de la situation par deux idées, où s'exprime l'essence même de la solidarité, sous le point de vue de l'obligation à la dette : l'objet de l'obligation est unique, mais les liens obligatoires sont multiples.

— *Unité d'objet dans l'obligation*. — Chacun des codébiteurs doit un même objet, l'objet unique de l'obligation, envisagé dans sa totalité. C'est pourquoi chacun est tenu au tout : il ne s'opère aucune division, quand bien même l'obligation serait parfaitement divisible de sa nature, telle une obligation de somme d'argent. L'obligation solidaire apparaît ainsi comme l'antithèse de l'*obligation conjointe*.

De là des conséquences nombreuses. Les unes, abstraites, techniques, concernent le mécanisme de l'obligation. Puisqu'un seul et même objet est dû par tous, les modes d'extinction de l'obligation tenant à l'objet doivent logiquement opérer *erga omnes*. Donc, le paiement fait par l'un quelconque des codébiteurs les libère tous (a. 1200). Corrélativement, la novation (a. 1281, al. 1), la compensation, une fois opposée par l'un des codébiteurs (arg. a. 1294, al. 3), l'impossibilité d'exécution par force majeure, la prescription extinctive seront libératoires à l'égard de tous. D'autres conséquences, plus pratiques, se rapportent au fonctionnement de la sûreté, au *droit de poursuite*. Les prérogatives du créancier incluses dans ce droit sont extrêmement fortes : il a le choix discrétionnaire du débiteur qu'il poursuivra (a. 1203), grosse différence avec le cautionnement, où fonctionne un bénéfice de discussion (a. 2021) ; il peut réclamer au codébiteur qu'il poursuit la totalité de la dette (a. 1203), autre différence avec le cautionnement, où fonctionne un bénéfice de division (a. 2026). Après avoir poursuivi l'un des codébiteurs sans obtenir satisfaction, du moins satisfaction complète, il

conserve le droit d'en poursuivre un autre pour le surplus, et ainsi de suite (a. 1204 ; si le C.C. a estimé nécessaire de le dire, c'est qu'en droit romain, par l'effet extinctif de la *litis contestatio*, en agissant contre l'un des codébiteurs, on se fermait le droit d'agir contre les autres). C'est dans cette possibilité de poursuites successives jusqu'à parfait paiement que réside la sûreté inhérente à la solidarité passive. Il va de soi, d'ailleurs, que le créancier, plutôt que de former successivement sa demande contre les différents débiteurs, préférera, le plus souvent, les réunir dans une même instance.

— *Multiplicité de liens obligatoires.* — Que le même objet ait été mis plusieurs fois *in obligatione* n'empêche pas que chaque obligation où il se trouve contenu soit distincte des autres dans sa structure. Il y a ainsi non pas une, mais plusieurs obligations solidaires, lors même que les codébiteurs se seraient engagés par un seul et même acte. Ces obligations peuvent *différer* entre elles, soit par la diversité même des sujets passifs (ex. un codébiteur est capable, l'autre incapable ; l'un a été induit en erreur, l'autre pas), soit par l'effet de la convention (il a été convenu que l'obligation de l'un serait pure et simple, tandis que celle de l'autre serait assortie d'un terme ou d'une condition, a. 1201).

2° *Rapports des codébiteurs solidaires entre eux.* — L'obligation à la dette était dominée par un principe d'indivisibilité : à l'égard du créancier, la dette ne se divisait pas. La *contribution à la dette* va être dominée par un principe contraire : entre les débiteurs, la dette se divise de plein droit (a. 1213). Encore faut-il mettre en œuvre ce principe.

— *Base de répartition.* — En règle générale, la dette se divisera par têtes (dans le langage du C.C., part et portion = part et portion *virile*, cf. a. 873). Ce n'est là, toutefois, qu'une présomption simple. Il peut y être dérogé par convention. Il arrive que l'acte établissant la solidarité renferme une clause expresse en ce sens. Mais, le plus souvent, il s'agira d'une volonté tacite, s'induisant de ce que les codébiteurs solidaires ont, dans la dette, des intérêts inégaux (ex. : si des cohéritiers contractent solidairement un emprunt pour faire des travaux sur l'immeuble indivis, il sera plausible de proportionner leurs contributions à leurs quotes-parts respectives dans l'hérédité). A la limite, si l'un des codébiteurs n'est pas intéressé à la dette, la solidarité n'étant alors que l'enveloppe d'un cautionnement (cf. a. 1216), il doit être déchargé de toute contribution. Quand la solidarité (ou du moins une obligation *in solidum*) existe de plein droit sur le fondement d'une responsabilité commune, c'est au juge qu'il appartient, en prononçant la condamnation solidaire ou *in solidum*, de déterminer la part contributive de chacun des coresponsables (ex. a. 1850, al. 2). Il faudrait logiquement modeler cette part sur la part de causalité qui revient à chacun dans la production du dommage. Mais, fréquemment, les tribunaux, parce que c'est plus facile, préfèrent doser la contribution selon la gravité respective des fautes.

— *Action récursoire.* — Le débiteur solidaire qui a payé plus que sa part contributive a un recours pour l'excédent contre ses codébiteurs. Ce recours peut emprunter deux formes :

Ce peut être une *action de subrogation* (cf. a. 1251-3° : le débiteur solidaire est tenu avec d'autres). Par cette action — conformément aux principes de la subrogation (cf. n° 335) — le codébiteur ne peut réclamer que ce qu'il a payé (sans intérêts moratoires). En revanche, il bénéficie des sûretés (ex. hypothèque) qui pouvaient assortir la

créance originaire. Non sans une restriction importante, toutefois. La créance étant assortie, par hypothèse, de cette sûreté personnelle qu'est la solidarité, le débiteur qui a payé devrait pouvoir s'en servir à son tour, en demandant, à supposer qu'il y ait encore plusieurs codébiteurs, la totalité de la dette à l'un quelconque d'entre eux. Mais cet excès de logique conduirait à un circuit indéfini d'actions. Aussi l'a. 1214 considère-t-il les effets de la solidarité comme épuisés par le paiement : le recours du codébiteur qui a payé naît divisé.

Ce peut être une *action de mandat ou de gestion d'affaire* (suivant qu'il y avait ou non une convention entre les codébiteurs) : le codébiteur qui a payé est censé l'avoir fait en vertu d'un mandat donné par les autres, ou en gérant spontanément l'affaire des autres. Ici, le codébiteur n'exerce donc plus la créance originaire, mais une créance nouvelle, née de son chef par le fait d'un paiement pour autrui. Ce recours est moins avantageux que le précédent en ce qu'il est purement chirographaire, dépourvu de sûretés particulières. Il est, au contraire, plus avantageux, en ce qu'il permet au débiteur qui a payé d'obtenir, outre le capital, les intérêts de ses avances (cf. a. 2001). Mais tous les deux se rejoignent en ce que, celui-ci comme celui-là, ils ne sont jamais ouverts que divisément : chacun des codébiteurs restants n'y est soumis que pour sa part contributive.

Par quelque voie que le recours soit exercé, il ne se divise, d'ailleurs, qu'entre les codébiteurs *solvables* (a. 1214, al. 2). Sans cette limitation du principe de division, la perte résultant d'une insolvabilité survenue serait supportée entièrement par celui des codébiteurs qui, le premier poursuivi, aurait fait l'avance du tout — en quoi il n'y aurait qu'un hasard injuste.

b) *Effets secondaires.* — Ces effets, qui ne sont pas essentiels à la garantie de la créance, ont été ajoutés après coup comme autant de perfectionnements pratiques. L'idée générale est d'une sorte d'effet multiplicateur dont seront dotés certains actes juridiques, spécialement certains actes procéduraux : tel acte fait avec l'un, ou par l'un, des codébiteurs solidaires sera censé fait avec tous, ou par tous. Cet effet multiplicateur a d'abord été conçu pour l'utilité du créancier, afin de lui épargner des démarches et des frais mais une réciprocité équitable l'a fait admettre ensuite, en quelques cas, au profit des débiteurs.

Les effets secondaires de la solidarité passive sont couramment expliqués par un mandat que les codébiteurs solidaires se seraient mutuellement donné, ou plus largement — pour rendre raison même des hypothèses où ils ne sont unis par aucun lien volontaire — par un pouvoir de représentation qu'ils auraient les uns à l'égard des autres. De cette analyse découlent des conséquences :

— Dans l'obligation *in solidum*, la condamnation de chacun au tout n'étant que le résultat mécanique et aveugle des relations de causalité, il n'est pas possible de supposer entre les coobligés un pouvoir de représentation réciproque. Les effets secondaires de la solidarité seront donc exclus de l'obligation *in solidum*.

— C'est en définissant l'objet du pouvoir de représentation entre codébiteurs solidaires que l'on déterminera les effets secondaires de la solidarité. Suivant une formule classique, ce pouvoir n'est conféré au représentant que pour maintenir telle quelle l'obligation des représentés, *a fortiori* pour la diminuer, en aucun cas pour l'aggraver. Ainsi, lorsque le créancier fait un acte de poursuite contre l'un des codébiteurs, ou que l'un des codébiteurs reconnaît la dette, la prescription extinctive se trouve interrompue



non seulement à l'égard de ce codébiteur, mais à l'égard de tous (a. 1206, 2249), parce que l'interruption de la prescription est purement conservatoire. De même, quand un seul des codébiteurs reçoit une sommation, les intérêts moratoires courent contre tous (a. 1207) : s'il est vrai que, par là, le volume des engagements semble se trouver augmenté, on peut répondre que l'obligation aux intérêts moratoires ne forme pas une obligation nouvelle, mais est virtuellement comprise dans la dette de capital. Mais c'est l'a. 1205, relatif à la perte de la chose due dans les obligations de corps certains (cf. *supra*, n° 76), qui prête l'appui le plus visible à la formule classique : si la perte est imputable à la faute de l'un des codébiteurs, ou si elle survient par cas fortuit après *mise en demeure* de l'un des codébiteurs, tous sont tenus solidairement jusqu'à concurrence de la valeur de la chose, mais, des dommages-intérêts supplémentaires qui pourraient être dus, seul celui qui a commis la faute ou reçu la mise en demeure est responsable : il y a représentation s'il s'agit de maintenir l'obligation telle quelle, non plus s'il s'agit de l'aggraver.

### [347] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Mazeaud-Tunc, *Resp.*, II, n°s 1938 s. — La matière de la solidarité subit deux attractions différentes : d'un côté, la théorie du paiement et, plus loin, par derrière, le droit du crédit (rationnellement, la solidarité passive devrait être étudiée en parallèle avec le cautionnement) ; de l'autre côté, la théorie des modalités de l'acte juridique. Comme il existe des modalités tenant à la pluralité d'objets (*supra*, n° 56), il en existe qui tiennent à la pluralité de sujets (actifs ou passifs). Cf. J. Mestre, La pluralité d'obligés accessoires, *R.T.*, 81, 1 ; R. Cabrillac, *L'acte juridique conjonctif en droit privé*, Th. (ronéo) Montpellier, 1990 (la notion est vaste et dépasse de beaucoup la solidarité). — L'indivisibilité est une notion qui recouvre des phénomènes très hétérogènes : la soudure physique entre deux choses, le besoin psychique de synthèse, aussi naturel que l'inverse, le besoin d'analyser, distinguer, diviser. Dans le droit des obligations, au-delà des a. 1217-1225, c'est le lien plus ou moins fort entre les éléments d'un ensemble quelconque, d'un ensemble de contrats aussi bien que d'obligations ; cf. Moury, *R.T.*, 94, 255 ; J.-B. Saube, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, 1999. — Tout à fait en marge, on ne manquera pas de noter que, venu du droit, le mot *solidarité* a envahi, au XX<sup>e</sup> s. (cf. *supra*, n° 20, Solidarisme), le discours moral, philosophique, politique. La solidarité remplace la fraternité, la charité. C'est un devoir entre les êtres humains, un devoir plein d'allant, en contraste avec le ton plutôt méfiant de l'a. 1202.

#### THÉORIE JURIDIQUE

Il y a eu pas mal d'études théoriques en ce domaine : distinction de la solidarité et de l'obligation *in solidum* (cf. Français, Th. Paris, 1936 ; F. Chabas, *R.T.*, 1967, 310 ; P. Raynaud, *Mélanges Vincent*, 1981, p. 317) ; fondement de l'obligation *in solidum* (Boré, *J.C.P.*, 72, 1, 17086, II) — plus anciennement, distinction de deux degrés dans la solidarité, la parfaite et l'imparfaite. Par solidarité imparfaite, la doctrine du XIX<sup>e</sup> s. avait entendu une solidarité amputée de ses effets secondaires. On pensait que tel devait être le cas entre codébiteurs qui n'étaient solidarisés qu'en raison d'une communauté de faute : ex., outre l'a. 55 de l'ancien C.P., l'a. 1734 C.C., qui, avant d'être

abrogé par la l. 5 janv. 1883, rendait les colocataires solidairement responsables des conséquences de l'incendie. Comment aurait-on pu concevoir entre eux le mandat réciproque expliquant les effets secondaires de la solidarité ? L'objet en eût été illicite et même tout esprit contractuel faisait défaut (ce qui n'était pas, du reste, complètement exact : il existe entre complices une sorte de société pour le mal, et l'immeuble collectif peut créer entre ses habitants une espèce de communauté). — Une partie de la doctrine critique aujourd'hui comme artificielle l'idée d'une représentation mutuelle entre codébiteurs solidaires (cf. D. Veaux et P. Veaux Fournier, *Etudes Weill*, 1983, 547), ce qui a pu entraîner, en jurisprudence, une certaine tendance à restreindre les effets secondaires de la solidarité (cf. Civ.<sup>1</sup> 5 juin 1985, D. 86, 361, *R.T.*, 86, 597, n. J. Mestre).

#### PRATIQUE JUDICIAIRE

Renouant avec une tradition coutumière (et par-delà avec le modèle archaïque de la responsabilité collective ; cf. *supra*, n° 202), la jurisprudence a admis, dès le début du XIX<sup>e</sup> s. (Req. 3 juill. 1817, Req. 11 juill. 1826, S., chr.), que, lorsque plusieurs individus ont concouru par leurs fautes à causer un même dommage, chacun peut être condamné pour le tout à le réparer. Elle a, cependant, varié dans la justification de cette solution très prétorienne, utilisant successivement plusieurs qualifications : 1° l'*indivisibilité* (Civ. 20 juill. 1852, D. 52, 1, 258) ; 2° la *solidarité*, et même une solidarité parfaite, produisant des effets secondaires (Req. 17 mars 1902, D. 02, 1, 541 ; Req. 23 mars 1927, D. 28, 1, 73, n. Savatier) ; 3° l'obligation *in solidum* (Civ. 4 déc. 1939, D.C. 41, 124, n. Holleaux ; Civ.<sup>2</sup> 25 janv. 1984, D. 84, 242, n. Larroumet. C'est par l'absence d'effets secondaires que l'obligation *in solidum* se sépare de la solidarité. La Cour de cassation a parfois souligné les distances (Civ.<sup>1</sup> 16 janv. 1962, D. 62, 199 ; Com. 19 juill. 1982, D. 82, *I.R.*, 424), mais, pour empêcher des chicanes formalistes (un mot employé pour un autre dans la procédure), un arrêt de la Chambre mixte (26 mars 1971, *J.C.P.*, 71, 2, 16762, n. Lindon) a utilement mis l'accent sur la parenté : l'obligation *in solidum* et la solidarité parfaite sont les deux espèces d'un genre plus étendu, qui est la solidarité (*lato sensu*). Cf., dans le même sens, Civ.<sup>1</sup> 7 juin 1977, D. 78, 289, n. Larroumet.

### [348] 2 / La novation

La novation est l'extinction d'une obligation (a. 1234) par la création d'une obligation *nouvelle*, qui prend la place de l'ancienne. A l'opposé de ce qui se produit dans le paiement, l'obligation ancienne ne disparaît pas sans laisser de traces : elle est la cause efficiente de l'obligation nouvelle, même si celle-ci diffère d'elle par quelque trait. La novation, envisagée dans ses résultats pratiques, ressemble fort à un *changement* de l'obligation. En droit, cependant, c'est quelque chose de plus grave qu'un changement, car, d'une obligation à l'autre, il n'y a pas continuité, mais nouveauté, donc rupture.

## I | CONDITIONS DE LA NOVATION

Il faut, pour qu'il y ait novation, la *succession de deux obligations*, une *différence entre elles*, l'*intention de novar*.

► *Succession de deux obligations*

C'est la succession de l'*obligation ancienne*, à éteindre, et de l'*obligation nouvelle*, à créer.

1° *L'obligation ancienne* doit être valable. Une obligation nulle ne pourrait servir de cause à une obligation nouvelle, du moins si la nullité était absolue (si la nullité était simplement relative, la novation pourrait être efficace, à supposer que le motif de la nullité eût disparu à ce moment, car l'acte devrait être interprété comme une confirmation de l'obligation annulable ; cf. a. 1338) ;

2° *L'obligation nouvelle* doit être également valable. Son annulation judiciairement prononcée ferait, en général, revivre la première obligation.

► *Différence entre les deux obligations*

Il faut d'une obligation à l'autre quelque chose de nouveau (*aliquid novi*) qui soit la raison d'être de la convention de novation. Sinon, l'opération pourrait bien s'expliquer comme la reconnaissance d'une dette préexistante, ou l'établissement d'une preuve écrite plus fraîche (titre nouveau ; cf. a. 2263) ; mais ce ne serait pas une novation. Cet élément de nouveauté concerne tantôt l'un des sujets du rapport obligatoire, créancier ou débiteur, tantôt l'objet *lato sensu* de ce rapport, la dette envisagée dans tous ses caractères : la novation est tantôt *subjective*, tantôt *objective*.

a) *La novation subjective* intervient par changement de *créancier* ou de *débiteur*.

1° *Novation par changement de créancier* (a. 1271-3°). — Elle évoque assez facilement la cession de créance. Ce n'est pourtant pas une cession, car le nouveau créancier a une créance nouvelle (qui n'est pas assortie des garanties de l'ancienne, ni, en revanche, affectée de ses vices), et à ce nouveau rapport obligatoire il faut que le débiteur

consente (tandis que la cession de créance peut se faire sans la volonté du débiteur cédé) ;

2° *Novation par changement de débiteur* (a. 1271-2°). — C'est un moyen de réaliser par à-peu-près une cession de dette (cf. *supra*, n° 322). Il en existe deux variétés :

— Le nouveau débiteur vient spontanément s'obliger envers le créancier à la place du débiteur ancien ; celui-ci sera libéré sans que sa volonté y soit pour rien (a. 1274). C'est l'*expromission*. De même que l'on peut libérer un débiteur en payant pour lui (a. 1236), on peut le libérer en s'obligeant pour lui, mais il y faut le consentement du créancier.

— Le nouveau débiteur vient s'obliger envers le créancier à la demande ou sur l'ordre du débiteur ancien. C'est la *délégation* (v. déjà n° 322) : le débiteur délègue une autre personne pour payer à sa place (ex. le débiteur hypothécaire délègue à ses créanciers l'acheteur de l'immeuble hypothéqué ; cf. a. 806). Cependant, la délégation n'a pas toujours un effet novatoire. En principe, elle ajoute le délégué comme second débiteur aux côtés du délégant, mais sans libérer celui-ci (*délégation imparfaite*). Pour que le délégant soit libéré et qu'il y ait, par tant, novation, l'obligation primitive étant éteinte (*délégation parfaite*), il faut une déclaration expresse du créancier en ce sens (a. 1275).

b) *La novation objective* suppose un changement de la dette (a. 1271-1°). Ce qui peut s'entendre d'un changement de son *objet*, de sa *cause*, peut-être aussi de ses *modalités*.

1° *Novation par changement d'objet*. — L'opération ressemble à une dation en paiement, à cela près que, dans la dation en paiement, il n'y a pas véritablement création d'obligation, puisque le paiement est immédiat ;

2° *Novation par changement de cause*. — Le même débiteur s'engage envers le même créancier pour le même objet, mais à un titre différent. C'est sur la source, la cause efficiente de l'obligation que porte le changement. Ex. la convention par laquelle un acheteur s'oblige à conserver en dépôt le prix de la vente opère novation ; la conséquence est grave, car les garanties dont bénéficiait le vendeur (ex. privilège de l'a. 2103-1°), garanties propres à la vente, vont se trouver éteintes (a. 1278) ;

3° *Novation par changement de modalité*. — La substance de l'obligation est altérée, et il y a novation si l'on y insère ou si l'on en retranche une *condition*, tandis que l'insertion ou le retranchement d'un terme est sans conséquence novatoire (arg. a. 2039). C'est que la condition affecte l'existence de l'engagement, le terme ne touche qu'à son exigibilité.

► *L'intention de nover*

La novation est une convention passée entre créancier et débiteur de l'obligation primitive (cf. a. 1272), éventuellement aussi avec un tiers, afin d'éteindre un rapport obligatoire et d'en créer un autre. Comme toute convention, celle-ci postule un accord de volontés. Mais l'intention de nover, dont l'exigence ressort de l'a. 1273, est plus que le consentement nécessaire à la formation des conventions. C'est que la novation implique, dans son effet extinctif, une renonciation du créancier à la créance primitive. Or, il est de principe que les renonciations ne se présument pas. Tel est le sens de l'art. 1273 : il faut que la volonté d'éteindre l'obligation ancienne soit dépourvue d'équivoque, ce qui ne veut pas dire qu'elle ne puisse être tacite, que le juge ne puisse l'induire des circonstances ; mais, dans le doute, on présumera qu'il n'y a pas eu novation.

L'absence d'intention novatoire ne correspond pas toujours à la même intention positive. Tantôt les parties ont voulu créer sans éteindre, donc juxtaposer deux obligations, qui subsisteront simultanément. Tantôt elles n'ont pas plus voulu créer qu'éteindre ; elles ont voulu simplement aménager l'obligation préexistante, sans l'altérer substantiellement. Cette intention d'aménager sans nover se rencontre fréquemment dans la pratique. Elle doit être présumée toutes les fois que les intéressés se sont bornés à introduire, pour des raisons de commodité, un nouveau *mode de règlement* de l'obligation. Il en est ainsi, par ex., quand ils ont désigné un mandataire pour verser ou recevoir les fonds (indication de paiement, a. 1277). Mais le cas le plus important est celui où, en paiement de la dette, le créancier a accepté soit un chèque (d.-l. 30 oct. 1935, a. 62), soit même (selon la jurisprudence) des billets à échéances plus ou moins éloignées, spécialement des billets à ordre, qu'il pourra négocier. Ce n'est là que l'acceptation d'un procédé de règlement, non une renonciation à la créance primitive ; celle-ci subsiste, en conséquence, avec toutes les garanties dont elle était fortifiée, jusqu'à ce que le chèque ou les billets aient été payés.

## [349] 2 | EFFETS DE LA NOVATION

La novation produit deux effets : un *effet extinctif* (l'obligation ancienne est éteinte de la même manière qu'elle le serait par un paiement réel) ; un *effet créateur* (une obligation nouvelle est créée de la même manière qu'elle le serait par un contrat indépendant).

Mais l'opération est unique, les deux effets sont liés, chacun est la cause de l'autre : la première obligation ne s'éteint que si la seconde est valablement créée ; la seconde ne se crée qu'autant que la première est valablement éteinte.

L'obligation nouvelle n'est pas, pour autant, l'obligation ancienne revivante sous une autre forme ; entre les deux, il y a *discontinuité* : puisque la première obligation est éteinte, rien d'elle ne peut survivre dans la seconde. Cette discontinuité a deux faces : l'intransmissibilité des *garanties* et l'inopposabilité des *exceptions* — elle est, pour le créancier de la nouvelle obligation, tantôt inconvénient et tantôt avantage.

a) *Intransmissibilité des garanties*. — Le principe est que les sûretés qui accompagnaient la créance originaire ne profitent pas à la créance nouvelle. Ces sûretés, personnelles (solidarité, cautionnement) ou réelles (hypothèques, privilèges), sont éteintes par la novation (a. 1278 s., 1281), comme elles auraient été éteintes par un paiement réel. Toutefois, une convention spéciale peut transporter à la nouvelle obligation les garanties de l'ancienne. Mais il y faut le consentement de ceux qui fournissent ces garanties : codébiteurs solidaires, cautions (cf. a. 1281, al. 3), éventuellement propriétaires des biens sur lesquels portent les privilèges ou hypothèques (a. 1279, al. 2, l. 16 juill. 1971) ;

b) *Inopposabilité des exceptions*. — Les exceptions, les moyens de défense que le débiteur pouvait faire valoir contre l'ancienne créance ne sont pas opposables à la créance nouvelle. En d'autres termes, les vices, les motifs de nullité qui affectaient l'obligation primitive se trouvent purgés par la novation. Tout repart à neuf, et le second rapport de droit est indépendant du premier ; le passé ne pèse pas sur lui.

## [350] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Christiane Pactet, De la réalisation de la novation, *R.T.*, 1975, 435 et 643 ; Billiau, *La délégation de créance*, 1989 (c'est un mode d'extinction, sans effet translatif).

## HISTOIRE

Le mécanisme de la novation est presque tout entier un emprunt au Droit romain. Mais celui-ci était parti d'une conception formaliste, où la novation résultait automatiquement de la succession de deux stipulations ayant le même objet, pour aboutir sous Justinien (C. 8, 41, 8, 1) à une conception volontariste faisant dépendre la novation de l'intention des parties. Cf. Bonifacio, *La novazione nel diritto romano*, 1950. Faute d'avoir connu cette évolution (qui ne fut reconstituée qu'au siècle dernier par Paul Gide

à l'aide des Institutes de Gaius ; cf. P. Gide, *Etude sur la novation et le transfert des créances en Droit romain*, 1879), les vieux commentateurs commirent plusieurs contresens dans l'interprétation du *Corpus*, où des traces du formalisme ancien restaient amalgamées à la conception nouvelle. En particulier, croyant que la novation avait toujours été un acte consensuel, ils imaginèrent dans la référence faite par Justinien à la volonté le renforcement d'un consensualisme antérieur et, partant, l'exigence d'une manifestation de volonté *expresse*. Ce fut la doctrine de l'Ancien Droit. Il en subsiste un écho dans l'a. 1273 ; mais un écho affaibli parce que, déjà, une réaction antiformaliste s'était fait jour, notamment chez Pothier (*Obl.*, n° 594) et dans les C.C. de Cambacérés.

## POLITIQUE LÉGISLATIVE

On a prophétisé la fin de la novation (v. Ripert-Boulanger, II, n° 1745 ; cf. pour la Suisse, B. Staehlin, *Die Novation ; ihre geschichtliche Entwicklung und ihre Bedeutung im geltenden Recht*, 1948 ; mais, en sens contraire, Chr. Pactet, *loc. cit.*). C'est un fait que le B.G.B. ne la reconnaît plus comme institution autonome et la traite selon les cas comme cession de créance (changement de créancier), « reprise de dette » (changement de débiteur), dation en paiement (changement d'objet). Restent, il est vrai les changements de cause et de modalités. Mais la liberté contractuelle ne suffirait-elle pas, dans tous les cas, à assurer les résultats cherchés ? Qu'est-il besoin de règles spéciales ? La novation est une convention, comme les autres, qu'il appartient à la volonté des parties de modeler (cf. Demolombe, XXVIII, n° 235). La réflexion, toutefois, n'est juste que si, dans la matière, l'ordre public n'est jamais intéressé. Or, il est des novations captieuses (ex. Crim. 17 déc. 1953, D. 54, 97), trop facilement et inconsciemment consenties. L'Ancien Droit avait bien aperçu le danger, et son exigence d'une clause expresse de novation était peut-être plus raisonnable que la critique qui en fut faite par la suite au nom de l'autonomie de la volonté. Peut-être conviendrait-il de renforcer l'a. 1273. Il est significatif que le peu de législation qu'il y ait eu sur la novation, à notre époque, n'ait eu d'autre but que de la déclarer impossible (d.-l. 30 oct. 1935 sur le chèque, a. 62 ; l. 2 août 1949 sur la révision des rentes viagères, a. 9). — Dans un esprit tout différent, pour favoriser la circulation des obligations, faudrait-il faire sauter l'a. 1279, al. 1, et admettre que les sûretés réelles passent des biens de l'ancien débiteur sur ceux du nouveau (comme, après tout, passe d'un patrimoine sur l'autre le droit de gage général de l'a. 2092) ? La l. 16 juill. 1971 (à l'a. 1279) s'est contentée d'une solution plus statique et sans doute plus sage : le maintien des privilèges et hypothèques primitifs sur les immeubles de l'ancien débiteur avec l'assentiment de celui-ci, qui reste alors associé au rapport d'obligation en qualité de caution réelle (cf. Dagot, *J.C.P.*, 75, 1, 2693).

## [351]

## THÉORIE JURIDIQUE

a) *Nature de la novation*. — Ce n'est pas une cession, notamment pas une cession de créance : l'obligation n'est plus la même ; le consentement du débiteur est indispensable ; pas d'obligation de garantie. Suivant la théorie qui est le plus près du C.C. (a. 1234), c'est une *extinction* de l'obligation (comparable au paiement, est-il suggéré par le Dig. 46, 2, 31, 1 et par Pothier, *Obl.*, n° 599). Mais l'explication est artificielle : payer d'une nouvelle promesse, est-ce vraiment payer ? En considérant que l'extinction

de l'obligation ancienne est inséparable de la création de l'obligation nouvelle, et que, par conséquent, les deux opérations sont comme les deux temps d'un mouvement unique, il pourrait sembler naturel de ne retenir de la novation que son but : *l'aliquid novi*, la *transformation* du rapport (transsubstantiation) d'obligation. Mais cette analyse est difficile à concilier avec la réalité de l'effet extinctif. Ce qui est vrai, c'est que l'autonomie de la volonté permettrait aux intéressés de faire des *conventions simplement modificatives* d'une obligation préexistante, sans effet extinctif ni créateur. La validité de ces conventions modificatives est subordonnée au consentement de tous ceux qui avaient été parties à la convention modifiée ; parfois aussi à une certaine symétrie de formes (ex. contre-lettres destinées à modifier le contrat de mariage, a. 1396).

b) *Distinction de la novation proprement dite et de certaines combinaisons voisines*. — Partant de l'a. 1273, qui laisse bien entendre que l'intention novatoire, faute d'expression suffisante, reste quelquefois à mi-chemin, on propose de reconnaître, au-dessous de la novation, une catégorie autonome qui inclurait notamment la suppression des modalités, la conversion de la monnaie, ou même la dation en paiement (Ghozi, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, 1980). — On parle, en droit commercial, de *quasi-novation* à propos de l'inscription d'une créance en *compte courant* (cf. Hamel, *Opérations de banque*, I, n° 365) : il y a bien un effet extinctif (les sûretés disparaissent ; la créance perd ses caractères spécifiques ; ex. elle cesse d'être une créance cambiaire, prescriptible par 3 ans ; c'est un changement de cause) ; mais il n'y a pas d'effet créateur, parce que la créance s'est fondue dans le compte courant, dont elle n'est plus qu'un article, et un article de compte courant n'est pas une créance distincte qui puisse être isolée de l'ensemble. — Sur la prétendue novation de *l'obligation naturelle*, v. *supra*, n° 7.

c) *Novations objectives*. — La notion de changement de *dette*, dans l'a. 1271-1°, est vague et ne se limite nullement au changement d'objet. Elle peut recouvrir, en particulier, la novation par changement de *cause*. Cette dernière sorte de novation n'était pas inconnue des classiques (cf. Demolombe, XXVIII, n° 285) : Cependant, elle n'a pris valeur de catégorie autonome que dans la doctrine de la fin du XIX<sup>e</sup> s. (Baudry-Lacantinerie-Barde, III, n° 1712) et dans la jurisprudence du XX<sup>e</sup> (ex. Soc. 15 juill. 1943, *J.C.P.*, 43, 2, 2443). Mais il ne peut s'agir de la cause au sens technique des a. 1131 s. ; ce qui le montre, c'est que l'obligation primitive peut être une obligation délictuelle ou légale, qui n'a pas de cause dans ce sens-là (une cause ne se comprend que pour des obligations conventionnelles). Il vaut mieux dire que la novation résulte ici d'un changement dans la cause *efficiente*, la source de l'obligation ou même, plus largement, dans sa nature. V. un exemple possible de changement de nature (la nature *salariale* d'une créance), où cependant le changement de nature a été repoussé : Soc. 20 juin 1990, *J.C.P.*, 91, 2, 21776). — Il est avéré, en revanche, qu'un changement de terme, un recul d'échéance, n'opère pas novation (Civ.<sup>1</sup> 2 déc. 1997, D. *Aff.*, 98, 291, *Rép. not.*, 98, 335). On ne paraît pas disposé davantage à reconnaître qu'il puisse y avoir novation par changement de *quantum monétaire* (Civ.<sup>1</sup> 20 nov. 1967, D. 69, 321 ; Civ.<sup>1</sup> 25 mai 1981, *Bull.*, n° 182), ni même par changement de la *nature* (de la nationalité) *de la monnaie* : ex. Civ. 17 déc. 1928, S. 29, 1, 100, D.H. 29, 49 ; cf. Com. 22 mai 1974, *Bull.*, n° 178. La solution se comprend quand le libéralisme économique préside aux relations monétaires internationales mais, en régime de contrôle des changes, la dette de monnaie étrangère est réellement *autre chose* que la dette de monnaie

nationale. Semblablement l'instabilité monétaire affecte de caractères différents les dettes de sommes d'argent contractées aux différents moments de la durée (éventuellement, leurs chances de revalorisation dépendront de leurs dates respectives ; ex. l. 25 mars 1949, révisant certaines rentes viagères). Si bien que c'est réellement nover une obligation, en période d'instabilité monétaire, que de la contracter dans des conditions identiques, mais à une date postérieure. — Les conversions d'emprunts obligataires par réduction du taux d'intérêt (v. *supra*, n° 134) ont toujours été comprises comme des novations implicites (à preuve qu'elles ne sont effectives que du consentement de l'obligataire). — Pourrait-il y avoir des novations par changement de forme, ce qui évoquerait assez la conception d'où le droit romain est parti (la dette ancienne versée dans le moule de la stipulation : *prioris debiti in aliam obligationem transfusio*, Dig. 46, 2, 1) ? Il ne peut y en avoir, en général, parce que notre droit n'est pas formaliste. Ex. aucune novation quand les parties passent une vente devant notaire, après en avoir dressé un acte sous seing privé. On ne peut concevoir une novation par changement de forme que dans le secteur d'exception où le formalisme continue à régner (v. *infra*, n° 363, pour une interprétation de l'a. 2274).

d) *Combinaisons voisines*. — On s'éloigne du concept classique avec la conversion du métayage en fermage (a. L. 417-11 Nouveau C. Ru.) : c'est une novation du contrat, plutôt que d'obligation (cf. Hudault, *G.P.*, 84, 1, Doctr., 37). Et l'on sort franchement du concept avec la conversion de l'usufruit (du conjoint survivant) en rente viagère (a. 767, ult. al.) : le premier terme n'est pas ici une obligation, mais un droit réel. Outre que, dans les deux cas, le changement peut être imposé par une partie à l'autre. Cf. Couret, *Mélanges Vigreux*, 1981, 219.

#### PRATIQUE JUDICIAIRE

Beaucoup de procès portent sur l'*intention de nover*. Il n'y a pas de termes sacramentels pour l'exprimer ; il suffit que la volonté des parties soit certaine : Civ.<sup>3</sup> 15 janv. 1975, *Bull.*, n° 16. Les juges du fond apprécient souverainement si l'intention de nover résulte ou non des circonstances (Civ. 17 juin 1933, S. 33, 1, 190 ; Com. 25 sept. 1984, *Bull.*, n° 245 ; Civ.<sup>1</sup> 11 févr. 1986, *Bull.*, n° 26), à condition toutefois de relever ces circonstances (Soc. 16 mai 1990, *Bull.*, n° 226 ; Civ.<sup>1</sup> 28 nov. 1995, *R.T.*, 96, 618). Quant à la preuve, on admet qu'elle peut être faite par tous les moyens, sans qu'un écrit soit exigé (Req. 28 déc. 1908, D. 09, 1, 214 ; l'a. 1273 parle, pourtant, d'un *acte*). Bref, toutes les barrières que pouvait suggérer l'a. 1273 ont été abaissées devant l'autonomie de la volonté, non sans danger. — La question d'interprétation se retrouve en termes analogues quand il faut déterminer si la délégation a été parfaite ou imparfaite ; les arrêts, toutefois, semblent considérer que la « déclaration expresse » de l'a. 1275 est plus exigeante que la « claire volonté » de l'a. 1273 : Com. 17 juill. 1980, *G.P.*, 81, 1, 39, n. Dupichot ; Com. 26 oct. 1981, *Bull.*, n° 368 ; Com. 22 juin 1983, *R.T.*, 84, 720, n. Mestre. La présomption est, en effet, que la perfection n'est pas de ce monde. Qui voudrait, toutefois, plaider à contre-courant pourrait opposer un sophisme à la présomption : si les renonciations ne se présument pas, les libéralités pas davantage ; supposer deux débiteurs au lieu d'un, c'est supposer un cadeau du déléguant au créancier. — A en juger par les arrêts (ce n'est pas une statistique), la délégation (parfaite ou imparfaite) jouirait actuellement d'une vitalité nouvelle, en des emplois divers :

cession de dette, indication de paiement et, de façon plus occulte, donation indirecte du déléguant au délégataire, ou même du délégué au déléguant si l'on admet que le délégué puisse valablement s'engager envers le délégataire sans être lui-même débiteur du déléguant. Cette dernière solution a été consacrée par la Cour de cassation (Civ.<sup>1</sup> 9 déc. 1981, sol. impl., D. 82, 445 ; Com. 21 juin 1994, plus nettement, *R.T.*, 95, 113, n. J. Mestre), faisant ainsi de l'engagement du délégué une obligation abstraite.

### [352] 3 / La libération gratuite du débiteur

Dans la *remise de dette*, comme dans la *prescription*, le rapport d'obligation s'éteint sans que le créancier reçoive la satisfaction à laquelle il avait droit. Le débiteur est libéré sans contrepartie ; mais, dans la remise de dette, c'est de la volonté du créancier qu'il tient sa liberté ; dans la prescription, c'est de la loi.

#### 1 | LA REMISE DE DETTE

Sous cette rubrique, le C.C. (a. 1282 s.) a traité de deux questions (le mélange étant favorisé par les deux sens de « remettre » : « libérer » et « mettre en mains ») : la *remise de dette* au sens propre, c'est-à-dire la libération du débiteur par la renonciation du créancier (a. 1285-1287), et la *remise du titre constatant la dette* (a. 1282-1284), qui fait d'ailleurs présumer, sous certaines conditions, une remise de dette au sens propre.

#### ► La remise de dette

La créance n'existant que dans l'intérêt du créancier, celui-ci peut y renoncer, accepter de l'éteindre sans avoir reçu la prestation à laquelle il avait droit. Mais tandis qu'un droit réel, du moins un droit réel démembrement de la propriété, est susceptible d'être éteint par l'abandon unilatéral qu'en fait son titulaire, un droit de créance ne peut être éteint que par une convention entre créancier et débiteur. Il n'en est différemment que dans le legs de libération, qui est la décharge d'un débiteur par le testament, acte unilatéral, du créancier. En dehors de

ce cas, la remise de dette est conventionnelle (arg. a. 1285, 1287 : ... la remise ou décharge conventionnelle...).

1° *Nature de la remise de dette.* — C'est normalement un abandon sans contrepartie, donc un acte à titre gratuit, plus précisément une donation indirecte. Cependant, elle peut aussi, parfois, avoir une contrepartie dans des abandons en sens inverse que consent le débiteur : elle apparaît alors comme l'élément constitutif d'une transaction (a. 2044), partant comme un acte à titre onéreux. Il arrive encore que, tout en étant gratuite, non payée, elle ne soit point inspirée par une intention libérale, mais bien par une vue intéressée : les créanciers cherchent à faire la part du feu ; ils renoncent à une fraction de leurs créances pour sauver le reste en renflouant l'endetté ;

2° *Conditions de la remise de dette.* — Quant au fond — du moins à la supposer gratuite — il faut lui appliquer les règles des donations (capacité, révocation, réduction en cas d'atteinte à la réserve, etc.). Quant à la *forme*, il n'est pas besoin d'un acte notarié, malgré l'a. 931, car ce texte ne concerne pas les donations indirectes. La remise de dette peut être consentie par acte sous seing privé, quand bien même la dette aurait été contractée par acte authentique : il n'y a pas de symétrie obligatoire des formes. Bien souvent, c'est d'une simulation que résulte la remise, une quittance étant rédigée pour faire preuve du paiement sans que le paiement ait lieu en réalité. Les a. 1282-1283 confirment le caractère non formaliste de l'opération, en montrant qu'elle peut être tacite, s'induire d'un fait, la remise de l'*instrumentum* qui constatait la dette.

#### ► Remise du titre constatant la dette

La loi attache une présomption de libération à cette circonstance que le créancier a volontairement remis au débiteur la possession de son titre écrit. Il est, en effet, raisonnable de penser que, s'il a accepté de s'en dessaisir, c'est qu'il n'en avait plus besoin, parce que sa créance était éteinte.

a) *Conditions de la présomption.* — Il faut que le créancier se soit dessaisi du titre *volontairement*. Mais, dès lors que le débiteur l'a en sa possession, on doit présumer qu'il le tient de la volonté du créancier. Si la dette résultait d'un acte sous seing privé, le titre à considérer est l'exemplaire *original* qu'avait gardé le créancier et qui était sa seule preuve (a. 1282) ; si elle résultait d'un acte notarié, c'est la *grosse*, la copie *exécutoire* (a. 1283 ; la remise d'une simple expédition ne peut avoir la même signification libératoire, car il est toujours loisible au

créancier de s'en faire délivrer d'autres, tandis que la grosse n'est, en principe, délivrée qu'une fois) ;

b) *Effets de la présomption.* — La comparaison des a. 1282 et 1283 fait apparaître que la présomption légale de libération laisse place à la preuve contraire quand il s'agit de la remise de la grosse, tandis qu'elle est, *a contrario*, irréfragable dans le cas de l'acte sous seing privé. C'est que l'extinction de la dette n'est pas la seule explication possible de la remise de la grosse : le créancier a pu vouloir simplement tranquilliser le débiteur contre l'éventualité d'une saisie (que la copie exécutoire aurait permise), en se disant que la minute demeurait, en toute hypothèse, pour faire preuve de l'obligation.

Irréfragable ou susceptible de preuve contraire, la présomption de la loi est que le débiteur est libéré. Mais libéré par quelle cause ? Ce peut être par le paiement effectif aussi bien que par une remise de dette. Les deux interprétations sont mises sur le même pied par l'a. 1283. Dans le doute, on eût pu présumer le paiement comme plus normal (les renonciations ne se présument pas). Mais l'opinion dominante est qu'il appartiendra, dans chaque cas, à la partie intéressée d'établir le mode de libération dont elle prétend tirer des conséquences.

#### [353] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Radouant, VII, n° 1304 s., Beudant-Lagarde, IX, n° 1025 s.

Puisant son origine dans les deux institutions romaines de l'*acceptilatio* (dont le rituel supposait un échange de paroles) et du *pactum de non petendo* (cf. Monier, II, n° 198, 200), la remise de dette du droit moderne en a tiré son caractère de convention, qui sera toujours un sujet d'étonnement pour les profanes (si l'on peut dire). Un acte de grâce peut-il être une convention ? Dans le texte le plus célèbre où il en est parlé, la remise de dette (*Dimittimus debitoribus nostris*) ne paraît avoir besoin que d'être dans le cœur du créancier. Mais de ce que la loi a organisé en forme de convention, la renonciation aux droits de créance, s'ensuit-il qu'elle ait entendu exclure pour ces droits la renonciation unilatérale ? On discerne mal quels motifs d'ordre public justifieraient une telle exclusion (cf. Grammatikas, *Théorie générale de la renonciation en droit civil*, Th. Paris, 1971, n° 72 s.). D'autant qu'il est permis au créancier dans un procès, en acquiesçant à la négation du débiteur, de renoncer unilatéralement à sa créance (a. 408 C. Pr. C.).

La remise de dette par remise de l'écrit a été étendue avec le même caractère péremptoire à des titres commerciaux : Com. 30 juin 1980, D. 82, 53 ; 6 mai 1991, *Bull.*, n° 158 ; 17 déc. 1991, *Bull.*, n° 394. Il est intéressant de remarquer que l'opération juridique ainsi matérialisée se présente, selon les a. 1282-1283 eux-mêmes, avec la physionomie — rare dans le C.C. — d'un acte abstrait, non causé, susceptible indifféremment de recouvrir un paiement ou une remise de dette, et une remise à titre gratuit

aussi bien qu'à titre onéreux (cf. pour le droit allemand, où cette nature d'acte abstrait est peut-être inhérente à toute remise de dette, dans la tradition de l'*acceptilatio*, Saleilles, *Obligation*, n° 71 s. ; *contra*, pour le droit suisse, Engel, n° 234). Au demeurant, même dans le cas de l'a. 1282, les tribunaux utilisent volontiers la liberté que leur laissent les particularités de l'espèce pour rechercher s'il n'y avait pas, derrière la matérialité du geste, une intention différente de celle que la loi y attachait : ex. Civ.<sup>1</sup> 21 oct. 1975, *Bull.*, n° 284 ; Civ.<sup>1</sup> 23 févr. 1983, *G.P.*, 83, 2, *Panor.* 199 ; Civ.<sup>1</sup> 8 févr. 1984, *R.T.*, 85, 387, n. J. Mestre.

On conçoit une remise de dette par le bienfait de la loi, avec ou sans intervention du juge — mesure plus énergique que les moratoires et délais de grâce (cf. *supra*, n° 133), parce qu'elle atteint l'existence de la créance, et non pas seulement son exigibilité. Le C.C. en prévoit une hypothèse (a. 1769-1770), la décharge de la dette étant ici la contrepartie d'une perte par force majeure qu'a subie le débiteur. La disposition est permanente. Ce sont, au contraire, des textes temporaires qui sont venus, lors de la crise économique de 1935, réduire de 10 % les loyers, fermages, intérêts des créances hypothécaires (v. D. 1935, 4, 188 s.). Cette technique de *décharge* des dettes par l'autorité de l'Etat (la *seisachtheia* de Solon) est une des plus antiques, et, sans doute, des plus nécessaires, en certaines circonstances ; mais, à notre époque, elle n'a plus de sens qu'en période de déflation, car la dépréciation de la monnaie permet d'atteindre les mêmes fins à moindre bruit.

## [354] 2 | LA PRESCRIPTION

Le rapport d'obligation se dissout par l'*inaction* du créancier prolongée pendant un certain *temps* (a. 2219, où n'est pas assez mise en relief cette nécessité d'une inaction). C'est la prescription extinctive, plus précisément : *libératoire* (car il est d'autres prescriptions extinctives que celle qui éteint les créances, ainsi la prescription extinctive des droits réels). L'institution est comparable à la prescription acquisitive (v. t. III, n° 189) : du fait (l'inaction du créancier), le droit (la libération du débiteur) va sortir sous l'effet du temps.

Il n'existe pas de prescription libératoire unique, les prescriptions sont légion. Un premier classement est possible, qui est de nature, entre les *prescriptions ordinaires* et celles que l'on pourrait appeler *présomptives*, parce qu'elles reposent directement sur une présomption de paiement. Mais, à l'intérieur de chacune des deux classes, la loi a multiplié à plaisir les catégories, ne fût-ce qu'en mêlant des longues et des brèves sans critère bien défini. Et comble d'embarras, de toutes ces prescriptions qui sont *a priori* des prescriptions véritables, il restera encore à distinguer d'autres *délais qui ne sont pas des prescriptions* quoiqu'ils y ressemblent fort.

### I. — Les prescriptions ordinaires

Elles sont elles-mêmes fort nombreuses, différenciées quantitativement par leurs délais. La *computation des délais* et l'*effet de leur accomplissement* obéissent, cependant, à des règles communes, qui forment comme la théorie générale de la prescription libératoire.

#### ► Différents délais

Pour introduire un peu d'ordre dans l'extrême diversité légale, on peut essayer de ranger les différents délais de prescription d'après la vocation qu'ils ont à régir un plus ou moins grand nombre de cas. On peut ainsi distinguer la *prescription de droit commun*, des *prescriptions générales* et des *prescriptions particulières*.

a) *Prescription de droit commun*. — C'est la prescription trentenaire, à la fois principe et maximum (a. 2262). Elle est applicable à toutes les obligations pour lesquelles une prescription plus brève n'a pas été instituée par un texte. Il n'est d'obligation imprescriptible que l'obligation à réparation civile découlant d'un crime contre l'humanité (N.C.P. a. 213-5 ; C. Pr. P. a. 10).

b) *Prescriptions générales*. — Elles sont partout applicables *dans une catégorie donnée*, sauf texte particulier y dérogeant.

1° La prescription décennale fonctionne comme prescription générale dans deux domaines bien différents :

- pour toutes les actions en responsabilité civile extracontractuelle (a. 2270-1, al. 1<sup>er</sup>) et elle est même portée à 20 ans lorsque le dommage a été causé par des tortures et des actes de barbarie, des violences ou des agressions sexuelles commises contre un mineur (l. 17 juin 1998) ;
- pour toutes les obligations nées entre commerçants ou même entre commerçants et non-commerçants à l'occasion du commerce (a. 189 *bis* C. Com., l. 3 janv. 1977) ; pour le commerce, qui demande la rapidité, c'est l'équivalent du rôle de maximum joué par la prescription trentenaire en matière civile.

2° La prescription quinquennale est la prescription générale pour toutes les obligations payables par année, ou à des termes *périodiques* plus courts (a. 2277, *in fine* ; il faut en principe la périodicité, mais non plus, selon la jurisprudence actuelle, la fixité de la créance). Cette pres-

cription concerne pratiquement les loyers, fermages, intérêts des sommes prêtées, coupons des rentes sur l'Etat, des obligations et des actions (quoique la fixité du dividende d'une action ne soit nullement assurée) — et aussi, depuis la l. 16 juillet 1971 (cf. a. L. 143-14, C. Tr.), les salaires.

c) *Prescriptions particulières.* — Elles ne sont applicables que là où un texte particulier les prévoit, et seulement dans les limites de ce texte. On peut, usant d'un critère quantitatif purement empirique, les classer en *longues, moyennes, brèves, brévissimes.*

1° *Prescriptions longues* : ce sont celles de 10 ans : ex. l. 10 juill. 1965 sur la copropriété des immeubles bâtis, a. 42. Le délai de l'a. 2270 est un délai de garantie, non de prescription.

2° *Prescriptions moyennes* : ce sont celles de 5 ans, hormis l'a. 2277 (ex. a. 475, 2276). La prescription quinquennale de l'a. 1304 (*supra*, n° 105) doit, cependant, être mise à part, car elle éteint une action en nullité, non pas proprement une créance.

3° *Prescriptions brèves* : ce sont celles de moins de 5 ans (ex. a. L. 114-1 C. Ass. : 2 ans ; l. 5 avr. 1937, sur la responsabilité des instituteurs, a. 2 : 3 ans ; a. 1386-17 (responsabilité du fait des produits défectueux : 3 ans, cette responsabilité peut être extracontractuelle aussi bien que contractuelle)). Les prescriptions des a. 2271-2273 sont aussi de courtes prescriptions, mais d'une tout autre nature : ce sont des prescriptions présomptives.

4° *Prescription brévissime* : 3 mois pour l'action civile résultant d'un délit de presse (diffamation, injure ; l. 29 juill. 1881, a. 65). Ce sont des propos en l'air, bien qu'ils puissent faire mal, et puis la tranquillité publique est d'ordre public.

*N.B.* — Deux correctifs doivent être apportés à l'apparente rigidité du tableau.

— Dans la mesure où la prescription applicable est déterminée par une appartenance professionnelle, c'est une question préalable que de tracer les contours de la profession : ils peuvent être indécis. L'indécision concerne surtout les artisans. Même quand ils sont économiquement très dépendants, ce ne sont point des salariés, et leurs créances ne sont pas justiciables de l'a. 2277. Ils ne seront pas, pour autant, renvoyés toujours à la prescription trentenaire. Assez souvent, en effet, pour peu que leurs entreprises offrent une certaine surface économique, la jurisprudence les considère comme des commerçants. Auquel cas c'est la prescription de 10 ans de l'a. 189 *bis* qui régit leurs créances et leurs obligations. Enfin, s'ils sont entrepreneurs du bâtiment, leurs obligations de garantie relèvent des a. 2270 (10 ans) et 1792-3 (2 ans).

— Le système légal de délais n'est pas regardé comme étant entièrement d'ordre public. Sans doute, une stipulation (insérée dans le contrat originaire) qui tendrait à allonger le délai applicable serait nulle, parce qu'elle constituerait une renonciation anticipée à la prescription (a. 2220). Mais une stipulation qui tendrait à l'abrégé serait valable, l'intérêt social (affirme-t-on) n'ayant qu'à gagner à ce que les droits restent incertains moins longtemps.

### [355] ► *Computation des délais*

a) *Point de départ de la prescription.* — Elle ne commence à courir que du jour où le créancier a eu le droit d'agir (*actioni non natae non praescribitur* ; l'a. 2257, al. 2 et 4, fait application du principe à la créance sous condition suspensive et à la créance à terme). Dans le cas où un contrat doit donner lieu à plusieurs prestations à échéances différentes, le point de départ doit être fixé séparément pour chaque prestation (arg. a. 2274, ex. sans attendre la fin du bail, chaque terme de loyer est immédiatement prescriptible).

A l'impossibilité de droit, l'a. 2270-1 (l. 5 juill. 1985) assimile, dans un cas particulier, l'impossibilité de *fait* : la prescription de l'action en réparation ne commence pas à courir tant que le dommage, quoique déjà né, ne s'est pas encore clairement révélé.

b) *Interruption de la prescription.* — Il ne peut être question ici (opp. t. III, n° 193) que de l'interruption civile.

— Tantôt elle procède du créancier, qui manifeste solennellement son intention d'être payé (par une assignation en justice, fût-ce en référé, un commandement, une saisie, a. 2244, l. 91-650 du 9 juill. 1991, a. 29 ; exceptionnellement, si la loi le prévoit, par une lettre recommandée avec accusé de réception, a. L. 114-2 C. Ass.).

— Tantôt elle émane du débiteur, qui reconnaît sa dette, expressément ou tacitement (ex. en versant un acompte, en sollicitant des délais ; une reconnaissance partielle est interruptive pour le tout).

L'interruption anéantit la prescription qui avait déjà couru, mais une nouvelle prescription, de même nature, va pouvoir aussitôt commencer à courir.

c) *Suspension de la prescription.* — Elle se gouverne par les mêmes règles qu'en matière d'usucapion (notamment, la jurisprudence fait ici usage de la maxime *contra non valentem agere non currit praescriptio* ; cf. t. III, n° 194). Une particularité toutefois (a. 2278) : la suspension dont bénéficient les mineurs et les majeurs en tutelle selon l'a. 2252



est inapplicable aux prescriptions des a. 2271 à 2277, dont la brièveté doit être spécialement préservée, parce qu'elle tend à des fins d'intérêt public (a. 2271-2276 : empêcher le procès là où les preuves sont effacées — a. 2277 : empêcher l'écrasement du débiteur sous un arriéré trop considérable ; mais l'argument est moins fort depuis que le texte a été étendu à la créance du salarié contre l'employeur).

[356] ► *Effet de l'accomplissement des délais*

C'est un *effet extinctif*, mais *dépourvu d'automatisme*.

a) *Effet extinctif*. — Le rapport d'obligation est dissous. Le créancier, quoiqu'il n'ait pas obtenu satisfaction, n'a plus aucun moyen de recouvrer sa créance. Il faut, toutefois, tenir compte de deux atténuations :

1° Il est traditionnellement admis que c'est non pas la créance elle-même qui est éteinte, mais l'action en justice dont elle était munie (arg. a. 2262). La conséquence est que le débiteur de la dette prescrite, libéré de son obligation civile, reste tenu d'une *obligation naturelle* (*supra*, n° 2).

2° Si l'effet extinctif opère normalement au profit du débiteur, la *loi fiscale*, dans un cas (C. Domaines, a. L. 27), l'a dérivé au profit de l'État : les coupons d'intérêt ou de dividende (atteints par la prescription de l'a. 2277), les valeurs mobilières remboursables (atteintes par la prescription trentenaire), les dépôts d'argent et de titres en banque (non réclamés depuis trente ans), sont attribués au fisc, entre les mains de qui le débiteur devra s'acquitter. Dans ce domaine, la prescription a donc un effet translatif, non plus extinctif.

b) *Absence d'automatisme*. — La prescription accomplie n'opère pas de plein droit (cf. t. III, n° 195). Pour qu'elle produise ses effets, il faut : 1° *Que le débiteur l'invoque*, quand il est poursuivi en paiement devant un tribunal (a. 2223-2224 ; les juges ne sauraient la soulever d'office, lors même qu'elle aurait un caractère d'ordre public) ; 2° *Que le débiteur n'y renonce pas*, car il a le droit d'y renoncer, expressément ou tacitement, une fois qu'elle est accomplie (mais non par anticipation, a. 2220 s.).

[357] II. — Les prescriptions présumptives

On les appelle encore les courtes prescriptions des a. 2271 à 2273. Mais ce n'est pas la brièveté de leurs *délais* qui les caractérise, c'est le

*régime spécial* auquel elles sont soumises, et ce régime s'explique parce que les dettes qu'elles concernent sont de celles qu'on a coutume de régler rapidement, de sorte que, si le créancier est resté trop longtemps sans réclamer, la présomption légale est qu'il a dû recevoir son paiement, mais que le débiteur en a perdu la preuve.

► *Délais*

Si l'on néglige le cas très particulier de l'a. 2273 *in fine* (5 ans), ce sont des délais de deux ans (a. 2272, 2273), un an (a. 2272) et six mois (a. 2271) que l'on rencontre ici. Parmi les créances que visent ces textes, trois ont une importance pratique qui doit être soulignée :

1° Celle des hôteliers et restaurateurs (six mois, a. 2271) ;

2° Celle des médecins et pharmaciens (deux ans, a. 2272) ;

3° Celle des commerçants (« marchands ») pour leurs ventes de (« marchandises ») aux consommateurs (deux ans, a. 2272, *in fine*) ; il s'agit des ventes au détail ; les ventes en gros entre commerçants ou même de commerçant à particulier donnent lieu à la prescription de 10 ans de l'a. 189 *bis* ; entre deux particuliers, les ventes quelconques relèvent de l'a. 2262.

La l. 16 juill. 1971 a fait sortir de la catégorie des prescriptions présumptives la prescription des créances de salaire ; en outre, elle l'a portée de six mois à cinq ans (a. 2277).

► *Régime spécial*

a) *Point de départ*. — Quand la créance naît de prestations successives, la prescription commence à courir immédiatement pour chaque prestation, comme s'il y avait là une créance distincte (a. 2274). Ce rappel d'un principe qui vaut aussi pour les prescriptions ordinaires (v. *supra*, I, B, a) a une signification spéciale pour les prescriptions présumptives : en son absence, on aurait pu estimer que la présomption de paiement sur laquelle reposent ces présomptions se trouvait neutralisée par la continuation des fournitures et services. Malgré le texte, d'ailleurs, la jurisprudence décide que la créance du médecin ne commence à se prescrire que du jour où il a terminé la série de ses visites ;

b) *Interruption*. — Lorsqu'une obligation sujette à une prescription présumptive fait l'objet d'une reconnaissance écrite et chiffrée du débiteur, il se produit non seulement une interruption, mais une *interversion* de la prescription en cours. C'est-à-dire que la prescription qui

recommencera à courir ne sera plus la courte prescription originale, mais la prescription trentenaire de droit commun. Tel est le sens de l'a. 2274 (dans sa seconde phrase). Le motif de cette règle est que la reconnaissance du débiteur détruit la présomption de paiement sur laquelle reposait la courte prescription. Il s'est produit, peut-on expliquer encore, une novation (par changement de cause) ; une promesse de payer s'est substituée au contrat primitif visé dans les a. 2271-2273 ;

c) *Effet extinctif*. — Différence très marquée avec ce qui a lieu dans les prescriptions ordinaires, cet effet extinctif ne prive pas les créanciers de toute action. Le titulaire de la créance prescrite peut demander en justice au débiteur de confirmer la présomption légale en jurant que la dette a été réellement acquittée (a. 2275) : si celui-ci refuse de prêter ce serment (cf. a. 1358 s.), il ne peut plus opposer la prescription présumptive. Au refus de serment, la jurisprudence assimile tout aveu, exprès ou tacite, du non-paiement.

### [358] III. — Les délais qui ne sont pas des prescriptions

Plus ou moins lentement, mais toujours, le temps a un effet destructeur sur les droits qui ne sont pas exercés. Il coule, cependant, par plusieurs canaux, auxquels correspondent plusieurs types de délai. Des délais de prescription on distingue ainsi les *délais de procédure*, les *délais préfix* et les *délais de garantie*.

Les délais de procédure (ex. a. 538 C. Pr. C.) se reconnaissent aisément : ce sont des délais fixés pour l'exercice d'un acte du procès et qui se calculent à partir d'un autre acte procédural.

Les délais préfix, au contraire, ne s'insèrent pas dans la trame d'un procès, bien que ce soient des délais — délais de déchéance, dit-on encore — pour agir en justice. Mais les délais de la prescription extinctive sont eux aussi conçus à cette fin (cf. a. 2262). Les deux espèces de délai n'en suivent pas moins des régimes différents : notamment, en contraste avec la prescription, le délai préfix n'est susceptible ni d'interruption ni de suspension. Un intérêt pratique s'attache donc à la distinction. Le critère en est, pourtant, incertain. Si tous les délais préfix sont brefs (ex. a. 181, 183, 340-4, 1648, 1676, et même 2279, al. 2), tous les délais brefs ne sont pas des délais préfix (ex. a. 2271, 2272).

Les délais de garantie sont des délais au terme desquels les constructeurs ou producteurs sont déchargés des responsabilités et garanties qui pèsent sur eux (formule de l'a. 2270) du fait d'une exécution défectueuse de leurs obligations. Réciproquement, c'est un temps

d'épreuve des qualités de l'exécution, la présomption étant que le dommage qui se produit tardivement est plutôt imputable à l'usure naturelle de la chose ou à quelque autre cause étrangère à la construction ou production. Le C.C., par articles dispersés, a prévu un délai de garantie en matière immobilière au bénéfice des architectes, entrepreneurs et autres personnes qui leur sont assimilées (a. 1792-1), deux délais de garantie la garantie décennale, pour le gros œuvre, le vice du sol, les équipements essentiels (a. 1792) et une garantie de deux ans pour les autres équipements (a. 1792-3). Ces délais courent à compter de la réception des travaux. La loi sur la responsabilité du fait des produits défectueux (*supra*, n° 267) comporte aussi un délai de garantie (ou, si l'on préfère, de protection de la sécurité) : dix ans à partir de la mise en circulation du produit (a. 1386-16). Le bref délai de l'a. 1648, al. 1<sup>er</sup>, sur les vices rédhibitoires dans la vente condense un délai de garantie et un délai de prescription.

### [359] ÉTAT DES QUESTIONS

Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription* ; Planiol-Radouant, VII, n°s 1325 s. ; Beudant-Lagarde, IX, n°s 1083 s. — M. Bandrac, *La nature juridique de la prescription extinctive*, 1986, et Les tendances récentes, *R.I.D.C.*, 94, 359 ; F. Hage Chahine, *Contribution à la théorie générale de la prescription en droit civil*, 1988.

#### HISTOIRE

Notre a. 2262, avec son mélange des prescriptions acquisitive et libératoire, vient du droit byzantin (C. Just. 7, 39, 3). Mais la diversité de nos prescriptions particulières est un produit du droit coutumier et des ordonnances (ex. o. de Louis XII, à l'origine de l'a. 2277) ; de même la théorie des prescriptions présumptives (cf. Olivier-Martin, *Cout. de Paris*, II, p. 576 s.). — En réaction contre l'Ancien Droit, où, tantôt pour allonger, tantôt pour abrégier les délais, trop de tempéraments judiciaires, trop de solutions d'équité entretenaient l'incertitude des justiciables, le C. Nap. voulut instaurer un système de stricte légalité (arg. a. 2251). Mais l'évolution de la jurisprudence, depuis 1804, a consisté dans un retour partiel à l'équité, voire à l'arbitraire de l'Ancien Droit : appuyant tantôt dans un sens, tantôt dans l'autre partout où une question est controversée, les tribunaux soumettent *a posteriori* les prétentions au délai qu'elles leur paraissent mériter.

#### POLITIQUE LÉGISLATIVE

La réflexion philosophique qu'il y a trop de droit, à tout le moins trop de droit en action, trop de contentieux, justifierait une politique générale de réduction des délais. À l'inverse, la conviction que le mal est partout, ainsi que le mensonge qui le dissimule, conduirait à l'allongement, sinon à l'imprescriptibilité. Entre les deux tendances, les législateurs oscillent au gré de leurs préférences du moment. Substituer la déchéance

quadriennale à la déchéance quinquennale des créances contre l'Etat servait les intérêts du Trésor ; l'a. 2270-1, al. 2 (l. 17 juin 1998) a répondu à une émotion collective (*adversus hostem acterna auctoritas*, contre l'ennemi, la revendication est éternelle, ainsi parlaient les XII Tables). Le droit est capable d'un maniement arbitraire du temps (cf. *R.T.*, 52, 171).

Objectif plus technique, nos trop nombreuses coupes de délais pourraient être ramenées à trois (ex. 10, 5, 2 ans). La prescription trentenaire est généralement condamnée comme trop longue (v. Souty, *G.P.*, 1948, 1, Doctr. 43 ; cf. cep. *R.T.*, 1952, 172). Cela n'empêche qu'il n'y ait, à l'inverse, un scandale des prescriptions trop courtes — sans parler des prescriptions conventionnelles très captieuses que stipulent les contractants *potentiores* (les délais légaux devraient être d'ordre public dans les deux sens : ce qui résulte par ex., exemple à suivre, des a. 111-2 et 114 l C. Ass.). Si l'on fait abstraction de la législation fiscale qui, depuis 1920, attribue à l'Etat les coupons et les titres prescrits, la prescription extinctive s'est peu socialisée. Dans l'œuvre de protection des débiteurs et d'érosion des droits acquis, la dépréciation monétaire lui fait une rude concurrence (elle est graduelle, égale pour tous et ne dépend pas de l'inaction des créanciers). — Notre mécanisme de prescription a peut-être tort de confondre sous le même vocable deux institutions rationnellement distinctes : la prescription aux fins de constatation, de liquidation des créances ; puis, une fois la créance constatée, liquidée, fondée en titre, la prescription aux fins de paiement ; la première postulerait des délais brefs, parce que c'est le dépérissement des preuves non écrites qui l'impose ; la seconde pourrait s'accommoder de délais assez longs pour encourager le créancier à la patience.

## [360]

## THÉORIE JURIDIQUE

a) *Fondement de la prescription libératoire*. — Pour les prescriptions présomptives, il est hors de doute : c'est une présomption directe et précise de paiement. Pour la prescription de l'a. 2277, l'intention historique a été d'empêcher la ruine du débiteur par l'accumulation des arrérages (cf. a. 549) ; mais il s'y ajoutait une certaine hargne envers les créanciers, la haine canonique du prêt à intérêt déteignant sur des types plus catholiques de revenus et, du reste, l'inaction du créancier ne démontrait-elle pas qu'il n'avait pas besoin de ces ressources-là pour vivre ? Ailleurs, et en particulier pour la prescription trentenaire, on peut hésiter entre plusieurs fondements (ou les combiner) : la probabilité qu'il y a bien eu paiement ; la consolidation des situations de fait (comme dans l'usucapion) ; la sanction du créancier négligent ; la protection du débiteur tranquille (au bout d'un si long temps, la conscience de la dette s'efface) ; la nécessité d'un périodique effacement des droits (le jubilé individuel).

b) *Unité des deux prescriptions ?* — Zénati et S. Fournier, *R.T.*, 96, 339, la prescription extinctive est ramenée à la prescription acquisitive : le débiteur *acquiert* la créance par la prescription.

c) *Distinction des prescriptions extinctives et des délais préfix ou déchéances*. — Cf. Planiol-Radouant, n<sup>os</sup> 1402 s. ; Voirin, D. 1934, 2, 33. Les délais préfix sont des *délais pour agir* en justice (au sens de l'a. 2244), ce qui les sépare d'un autre genre de délais, impartis pour l'accomplissement de certaines formalités extrajudiciaires (ainsi pour l'inscription d'un privilège immobilier, a. 2108). Mais les prescriptions aussi sont des délais *ad agendum*. Où donc trouver le critère ? Quelquefois, les termes employés

par la loi peuvent y aider (ainsi, *forclusion*, a. 1648, al. 2). Personne ne propose de prendre en compte la durée du délai. Mais on avance parfois une opposition de but : la prescription sanctionne la négligence de l'ayant droit, tandis que les délais préfix, mesures de police juridique (Josserand, II, n<sup>o</sup> 1006), auraient pour but, d'un point de vue moralement neutre, simplement à des fins d'utilité publique, de rendre objectivement impossible l'accomplissement d'un acte. Seulement, on ne saurait affirmer que ces fins d'utilité publique soient indifférentes à la prescription, pas plus qu'aux délais préfix n'est étrangère l'idée de sanction, ainsi que le suggère le synonyme *déchéance*. Il peut sembler préférable de chercher le critère d'une différenciation dans la nature de l'objet éteint, plutôt que dans celle du délai d'extinction. On a vu le signe des délais préfix en ce que leur effet extinctif porterait seulement sur la mise en œuvre judiciaire des droits, non pas sur les droits eux-mêmes (Solus, *R.T.*, 1950, 203 ; Vasseur, Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure, *R.T.*, 1950, 439 s.). Mais la prescription elle aussi, selon la définition de l'a. 2262, éteint les actions et non les droits. Autre suggestion, persuasive (M. Bendrac, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 181) : il y a bien, ici et là, un délai pour agir, mais, tandis que, dans le délai préfix, le délai est donné à l'ayant droit pour agir en justice, dans la prescription, c'est au débiteur qu'il est donné pour agir — entendez agir en payant, car il a le devoir de payer dès l'échéance (n'est-ce pas, il est vrai, faire bon marché de la mise en demeure, obligation du créancier ?). Cherchons encore. On pourrait soutenir que les délais préfix ont pour objet propre des actions que le législateur n'a admises qu'à titre exceptionnel (et comme à regret) ; ex. l'action en recherche de paternité naturelle, exceptionnelle d'après l'a. 340 lui-même (du moins dans le climat de 1912, qui n'est plus celui de 1972, encore moins de 1993 ; cf. D. Huet-Weiller, D. 73, 451) ; l'action en révocation des donations pour cause d'ingratitude, laquelle met en mouvement une peine privée ; l'action en rescision pour lésion contraire aux postulats du libéralisme ; cf. *R.T.*, 1950, 515) — tandis que ce sont les droits bienvenus et pleinement épanouis qui se prescrivent. Les délais préfix, pourrait-on dire encore, sont faits pour les *jura singularia*, la prescription pour les droits naturels, auxquels elle retire la sanction du droit positif (ce qui expliquerait la survie de l'obligation naturelle). Les sceptiques noteront, toutefois, que l'a. 122 C. Pr. C. n'a pas l'air d'accorder une signification plus profonde aux délais de prescription qu'aux délais préfix : les uns et les autres sont qualifiés également de fins de non-recevoir.

## [361]

## PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Contra non valentem agere non currit praescriptio*. — Cf. *R. critique de législ. et de jurispr.*, 1937, 155. La jurisprudence rapproche elle-même de la théorie générale de la force majeure l'application qu'elle fait de la maxime : Civ. 28 juin 1870, S. 71, 1, 137 ; Civ.<sup>2</sup> 10 févr. 1966, D. 67, 315, n. Prévault. A notre époque, du reste, certaines forces majeures caractérisées sont sorties du champ de la maxime, parce que le législateur est intervenu, à chaque fois, pour en régler directement l'effet sur la prescription : ainsi, à l'occasion des *guerres*, des mesures ont été prises pour suspendre les délais, soit au profit de tous les ayants droit (1870, 1914), soit au profit des seuls mobilisés (1939 ; sans préjudice d'un système plus général de relèvement des forclusions, laissé à la faculté du tribunal). De l'*ignorance du droit*, un arrêt du 11 juin 1918 (S. 22, 1, 217) avait paru considérer qu'elle ne pouvait jamais constituer une impossibilité absolue

d'agir équivalant à la force majeure. Mais des décisions postérieures se sont montrées moins catégoriques, ne lui déniaient effet que parce qu'elle n'avait pas eu une cause raisonnable et légitime (Req. 27 janv. 1941, S. 41, 1, 7 ; Paris, 28 oct. 1969, *J.C.P.*, 70, 2, 16318 ; v. cep. Soc. 26 avr. 1984, *R.T.*, 85, 176 ; Soc. 29 avr. 1987, *R.T.*, 88, 144 ; Soc. 6 oct. 1994, *Bull.*, n° 263). Aujourd'hui, l'a. 2270-1 apporte un appui à cette thèse (encore qu'il paraisse prendre en compte une impossibilité objective de connaître, plutôt que l'ignorance personnelle du créancier), et, sans viser cet article, la Cour de cassation étend la règle à la responsabilité issue d'un contrat (Soc. 1<sup>er</sup> avr. 1997, *R.T.*, 97, 957). L'ignorance opérerait certainement si elle avait été l'oubli causé par un trouble mental, Civ. 19 nov. 1991, 18 févr. 1992, D. 93, 277 (cela revient à étendre au majeur non protégé la règle contenue dans l'a. 1304, al. 3). Comme sous l'a. 1348, l'impossibilité morale d'agir est quelquefois assimilée à l'impossibilité matérielle : ex. tant que le créancier est en pourparlers amiables avec le débiteur, tant qu'il est lanterné par l'attente d'un rapport d'expertise, il lui est moralement impossible d'engager le procès (Civ. 27 oct. 1982, D. 83, *I.R.*, 24 ; Civ. 28 oct. 1991, *R.T.*, 92, 563, n. J. Mestre ; cf. *R.T.*, 57, 141, et 89, 751). Il y a, toutefois, bien des nuances à observer (v. Choppin de Janvry, n. D. 89, 210). Car on aurait probablement tort de prêter à la jurisprudence des intentions systématiques. Elle ne garantit pas *a priori* une suspension de prescription à tous les créanciers qui se trouveront dans des situations déterminées (ex. pour la même hypothèse de l'expertise, Com. 21 mars 1984, *Bull.*, n° 116). Il est plus exact de dire qu'elle admet après coup, et en équité, que tel créancier mérite d'être relevé des conséquences de la prescription accomplie, compte tenu de toutes les circonstances qui l'ont empêché d'agir à temps. Si, notamment, entre la cessation de l'empêchement et l'expiration du délai légal de prescription, il restait encore au créancier assez de temps pour agir, il n'avait qu'à s'en servir, Com. 11 janv. 1994, *Bull.*, n° 22. Mais l'équité peut être maniée très large : ex. Civ. 4 févr. 1986, *J.C.P.*, 87, 2, 20818, n. L. Boyer, où la maxime paraît avoir été traitée comme une véritable cause de suspension.

On concevrait une réciprocité de la maxime, et que la prescription dût courir plus vite contre celui qui a de plus grandes possibilités d'agir. Mais, si disposée qu'elle soit à s'affranchir du légalisme de 1804, la Cour de cassation n'admet pas qu'un créancier puisse être déclaré forclos, pour des raisons d'équité, avant l'expiration du délai légal, ce qui reviendrait à lui appliquer une sorte de prescription de fait : Civ. 12 déc. 1933, S. 34, 1, 72 ; Com. 18 janv. 1984, *R.T.*, 85, 161 (v. cep. Civ. 10 mai 1961, D. 61, 456). Selon le droit allemand, ceux qui se sont abstenus pendant longtemps d'exercer leurs droits, et ont ainsi fait naître la conviction qu'ils ne les exerceraient plus, peuvent, s'ils s'avisent de réclamer, se voir opposer une déchéance, quoique la prescription ne soit pas encore légalement accomplie, parce que leur attitude contradictoire blesse la bonne foi. Dans le même esprit, ne pourrait-on traiter comme abus du droit un jeu d'interruptions à répétition par lequel le créancier taillerait le délai de la prescription à sa guise ? Cf. Soc. 6 oct. 1985, *Bull.*, n° 452.

b) *Point de départ*. — Il peut osciller au gré d'analyses différentes sur la genèse de l'obligation : le délai de prescription abstraitement inscrit dans la loi peut s'en trouver sensiblement modifié dans sa durée pratique (cf. Sargos, *J.C.P.*, 98, 1, 130).

[362] c) *Prescription de l'a. 2277*. — Cf. L. Topor, *R.T.*, 86, 1. Il faut une périodicité, un paiement par année ou par termes successifs — ce qui n'est pas le cas de la rémunération de l'a. 815-12, Civ. 19 déc. 1995, D. 98, 24, n. Malaurie, ni d'une indemnité

d'occupation globalement fixée, Civ. 5 mai et Civ. 16 déc. 1998, *J.C.P.*, 93, 2, 10214, et 99, 2, 10049, n. E. du Rusquée. Mais du même a. 2277, une jurisprudence solidement ancrée (Civ. 17 mars 1856, D. 56, 1, 99 ; Civ. 12 juill. 1928, D. 29, 1, 17 ; Soc. 18 janv. 1962, D. 62, 556 ; Soc. 15 juin 1972, D. 73, 253) avait fait sortir davantage une exigence de fixité (*périodiques* = réguliers, et la régularité se dédoublait : après le temps le quantum). L'Assemblée plénière (7 juill. 1978, *J.C.P.*, 78, 2, 18948, rapport Ponsard, concl. Baudouin) avait amorcé un revirement : elle n'exigeait plus que le montant de la créance fût fixe, pourvu qu'il ne dépendît pas d'éléments ignorés du créancier (cf. Civ. 24 mars 1987, D. 87, *I.R.*, 87). Le revirement s'est achevé avec deux arrêts, Civ. 29 avr. (pour une consommation d'électricité variant d'un relevé à l'autre) et 18 nov. 1981 (pour une rente indexée), *J.C.P.*, 82, 2, 19730 et 19772 : l'application de l'a. 2277 ne peut être subordonnée à une condition de fixité qui n'y est pas prévue. Dans le même sens, Civ. 18 juill. 1984, *R.T.*, 85, 584, n. J. Mestre ; Soc. 10 oct. 1985, *Bull.*, n° 455 ; Civ. 16 juin 1998 (pension alimentaire). A l'arrière-fond, l'instabilité de la monnaie et des prix, qui imprime aux créances périodiques une habitude de variabilité. Les arrêts de la Chambre sociale semblent s'attacher avant tout — plus concrètement — à la cause efficiente de la créance, à sa *nature salariale* : 4 janv., 7 mars 1990, *Bull.*, nos 2, 98 ; 29 mai 1991, *Bull.*, n° 274. Ce qui pourrait expliquer également une application inversée de l'a. 2277 : aussi bien que l'action en paiement des salaires émanant du salarié, serait sujette à l'a. 2277, l'action, émanant de l'employeur, en restitution de salaires indûment payés, Civ. 18 juin 1980, D. 80, 542. L'indu, pourtant, a-t-il encore nature de salaire ? Mais la réciprocité abstraite est une sorte de justice (cf. *supra*, n° 206 c). Un arrêt, néanmoins, a refusé d'appliquer l'a. 2277 à une action en répétition de loyers indûment perçus, Civ. 21 févr. 1996, *Rép. not.*, 96, 1436, *R.T.*, 97, 428.

[363] d) *Prescriptions présomptives*. — Cf. Holleaux, *De l'évolution des règles propres aux courtes prescriptions fondées sur la présomption du paiement*, Th. Paris, 1927. Cette évolution, dans l'ensemble, paraît tendre à un affaiblissement de leur « particularisme ». Ainsi l'interversion de l'a. 2274 a été rattachée à la théorie générale de la novation (la prescription applicable n'est plus la même parce que l'obligation n'est plus identique, ayant changé de nature, de cause, cf. Holleaux, D. 1928, 2, 172), avec cette conséquence pratique qu'il n'y aura pas intervention s'il n'y a pas eu vraiment novation : Civ. 7 mai 1906, S. 06, 1, 513 ; Civ. 5 mai 1914, S. 14, 1, 391. Pour produire l'effet interversif, il ne suffit donc pas, comme on aurait pu l'admettre en suivant dans sa pureté l'idée d'une présomption de paiement, de tout avoir rendant la présomption invraisemblable, de toute promesse de payer même conçue en termes vagues ; il faut une reconnaissance écrite avec fixation du chiffre de la dette (Civ. 5 févr. 1991, *R.T.*, 91, 744). Faute de satisfaire à cette double condition de forme, la reconnaissance du débiteur pourrait bien opérer interruption, mais non point intervention de la prescription (ce serait une courte prescription qui recommencerait à courir, non la prescription trentenaire) : Req. 28 avr. 1936, D.H. 1936, 281. Objection : s'il y a novation, on cherche l'*aliquid novi* ; il y a titre nouveau (cf. a. 2263), mais non point novation, fût-ce par changement de cause. Peut-être faut-il répondre que, dans notre droit, il existe, analogue à la stipulation romaine, un contrat unilatéral, semi-abstrait, formaliste, dont l'a. 2274 énumère précisément les formes usuelles : arrêté de compte (sur cette notion, cf. Civ. 24 juin 1986, *R.T.*, 87, 764, n. J. Mestre), cédule (billet sous seing privé), obligation (reconnaissance de dette par acte notarié) ; la substitution de ce contrat forma-

liste au contrat consensuel primitif est une novation par changement de *forme*. Cf. Viandier, Les modes d'intervention des prescriptions libératoires, *J.C.P.*, 78, 1, 2885. — L'a. 2275, permettant au créancier d'écarter l'effet extinctif des prescriptions présumptives, a été interprété assez largement par la jurisprudence (cf. Holleaux, D. 1930, 2, 107) : au refus de prêter serment, aveu tacite, elle a assimilé toute sorte d'aveu : Civ. 8 févr. 1932, D.H. 32, 202 ; Civ. 6 juill. 1938, D.H. 38, 548. L'aveu peut être implicite, résulter d'une contradiction dans l'attitude du défendeur, qui a commencé par nier la dette (ex. Soc. 16 juin 1945, D. 45, 338 ; Civ.<sup>1</sup> 8 janv. 1991, D. 91, *I.R.*, 47) ou par invoquer un autre mode d'extinction (ex. Civ. 31 oct. 1894, D. 94, 1, 536 ; Civ.<sup>1</sup> 21 juin 1989, *Bull.*, n° 251). L'aveu devait-il être spontané ? Soc. 10 déc. 1948, *J.C.P.*, 49, 2, 4843, a admis qu'il pouvait être provoqué au moyen d'une comparution personnelle (la jurisprudence ancienne y était plutôt opposée, Civ. 7 janv. 1861, D. 61, 1, 23). Cependant, aucun autre moyen de preuve que le refus de serment ou l'aveu ne peut être retenu pour renverser la présomption de paiement. Civ. 14 mars 1951, D. 51, 332 ; Soc. 28 oct. 1954, D. 55, 68 ; Soc. 15 nov. 1957, D. 58, 29.

[364] e) *Distinction des prescriptions et des délais préfix*. — Claire en certains cas (ex. Civ.<sup>1</sup> 13 nov. 1975, D. 76, 133, *J.C.P.*, 76, 2, 18288, pour l'a. 340-4, délai préfix), la distinction a toujours comporté des zones d'ombre. Et l'ombre a été épaissie par des brouillards qui sont montés de l'a. 2223. Il serait rationnel de supposer que les délais préfix, « mesures de police juridique », sont d'ordre public et que, dès lors, le moyen ne peut être soulevé d'office par le juge (ex. pour l'a. 1676, Civ.<sup>3</sup> 6 mars 1979, D. 79, *I.R.*, 396). Il y a, pourtant, des décisions en sens contraire (ex. pour le « bref délai » de l'a. 1648, Civ.<sup>1</sup> 26 oct. 1983, *Bull.*, n° 249 ; pour l'a. 316, trib. Fontainebleau, 14 avr. 1976, *J.C.P.*, 76, IV, 6613, p. 217). A l'inverse, le débiteur pouvant se faire scrupule d'invoquer la prescription, on conçoit que celle-ci soit de pur intérêt privé et l'on s'explique qu'en conséquence elle ne puisse être relevée d'office. Les arrêts paraissent s'en tenir généralement à cette application sans ambages de l'a. 2223 (ex. à propos de l'a. 1427, al. 2, Civ.<sup>1</sup> 11 janv. 1983, *Bull.*, n° 14). Mais il est arrivé à la Cour de cassation de considérer qu'une prescription pouvait être d'ordre public — par exception, sans doute, en raison de son objet — et de décider, pourtant, contre toute attente, que les juges n'avaient pu la soulever d'office : v. surtout Civ.<sup>1</sup> 9 déc. 1986, D. 87, *Somm.* 455, n. critique J.-L. Aubert, *J.C.P.*, 87, 2, 20862, n. J.-M. Bey ; *R.T.*, 87, 590, n. Normand).

Ce dernier arrêt était relatif à la loi 78-22 sur la protection des consommateurs, a. 27, aujourd'hui a. L. 311-37 C. Consom., qui soumet à un délai de deux ans les actions engagées devant le tribunal d'instance. Prescription ou délai préfix ? Dans les juridictions du fond, le délai préfix avait ses partisans (ne s'agit-il pas d'une loi de police des contrats de crédit ?). Cependant, la Cour de cassation s'était prononcée très nettement pour la prescription : Civ.<sup>1</sup> 16 juin 1987, *J.C.P.*, 87, 4, 295 ; 6 juill. 1988, *J.C.P.*, 89, 2, 21194 ; 11 oct. 1988, *J.C.P.*, 88, 4, 395. Et l'on pouvait croire que le débat était clos. Mais pas du tout : une loi 89-421 du 23 juin 1989 est venue subrepticement ajouter quatre mots au texte : *à peine de forclusion*. Du coup, la Cour de cassation est cassée, la balançoire renvoyée en direction du délai préfix.

Sur la nature de la garantie décennale de l'a. 2270, Civ.<sup>3</sup> 15 févr. 1989, *Bull.*, n° 35 : *délai d'épreuve* et non-délai de prescription.

## *Le pouvoir de contrainte*

Devoir, est-ce encore s'appartenir ? Le mot est de Balzac, qui savait ce que c'était. Le pouvoir de contrainte est là, à l'échéance, pour rappeler au débiteur qu'il est lié corps et biens (de nos jours, à la vérité, les biens plus souvent que le corps). Il ne s'agit pas, d'ailleurs, en général, d'une contrainte privée, que le créancier exercerait seul à seul (nul ne peut se faire justice à soi-même). C'est plutôt le pouvoir d'obtenir de l'Etat qu'il mette à la disposition de la créance un peu de cette force dont il a le monopole. La force contraignante dont l'obligation est ainsi assortie se manifeste normalement dans des *pouvoirs reconnus au créancier sur le patrimoine du débiteur* ; exceptionnellement, dans des *coercitions sur sa personne*.

### ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — *Travaux de l'Assoc. H. Capitant* (XXXVI), 1985, L'effectivité des décisions de justice, Bertin, L'insolvabilité organisée et sa répression pénale, *G.P.*, 85, 1, *Doctr.* 332. — Sur la loi 91-650 du 5 juillet 1991 portant réforme des procédures d'exécution (citée désormais *l. 91-650*) v. Coze, *J.C.P.*, 92 1, 358 ; Vincent/Prévault, *Voies d'exécution*, 1993 ; Des-devises, Equilibre et conciliation dans la réforme des procédures civiles d'exécution, *Mélanges Roger Perrot*, 1996, 99. Sur ce parcours cahoteux, le créancier a besoin d'être soutenu par l'humour, v. J. C. Woog, *La stratégie du créancier*, 1999, mais l'ouvrage est aussi très pratique. Cf. L'obligation entre la force et la grâce, *Flexible droit*, 1998, 299.

L'exécution sur la personne prédominait dans les sociétés anciennes, mais souvent l'engagement du débiteur se doublait de l'engagement d'un parent ou ami, dans un rôle qui tenait à la fois de la caution et de l'otage. La solidarité du clan était si forte que le créancier comptait plus encore sur la caution que sur le débiteur (cf. le registre grec de la caution, dont Schiller a fait une ballade). On pourrait interpréter comme un phénomène d'évolution régressive l'expansion prodigieuse qu'a connu, dans les milieux

d'affaires, depuis un demi-siècle bientôt, le cautionnement sous ses diverses formes (ainsi que, par ex., d'esprit analogue, l'assurance sur la vie dont l'emprunteur, dans le crédit immobilier, doit accompagner son obligation). Sans doute, toutes ces opérations sont commercialisées, lucratives, ne rappellent en rien les cautions héroïques. Reste, néanmoins, une régression, insidieuse et grave : celle de l'individualisme. A quoi bon exhorter les individus à être des « citoyens responsables », s'il ne leur est pas possible pratiquement d'assumer des obligations qui ne soient cautionnées par une banque, appuyées par une compagnie d'assurance ?

Le passage à l'exécution sur les biens a été un phénomène d'adoucissement du droit : il s'est répété à Rome (v. Monier, I, n° 135) et dans le haut Moyen Age (v. Brisaud, p. 513 s.). Cf. Sergenne, *L'exécution sur la personne*, Th. Paris, 1959. La contrainte par corps (emprisonnement du débiteur pour l'inciter à payer) fut, cependant, regardée pendant longtemps comme une institution toute naturelle, et le C.C. lui consacrait encore un titre entier (a. 2059 s.). Elle devait disparaître presque entièrement en 1867 ; et le peu qui en subsistait au profit de créanciers privés — pour le recouvrement des dommages-intérêts alloués aux parties civiles, quand la faute civile était en même temps une infraction pénale — le C. Pr. P. de 1958 (a. 759) l'a abolie par préterition (Crim. 16 févr. 1960, D. 50, 243). Humanitarisme, sans doute, mais aussi transformation dans la conception de l'obligation : si celle-ci est moins un lien entre deux personnes qu'un rapport entre deux patrimoines (cf. t. III, n° 43), il est logique qu'elle s'exécute exclusivement sur les biens. Ce qu'Emmanuel Lévy (*Vision socialiste du droit*, 1926) poussait au paroxysme, en enseignant que les insolubles sont irresponsables, qu'il n'est de responsabilité que d'argent. On a pu, pourtant, apercevoir un certain retour à l'exécution sur la personne dans le développement des incriminations pénales frappant d'emprisonnement le manquement à des obligations privées (cf. J. Hémard, *Les sanctions pénales en droit privé*, 1946), le prototype en étant l'abandon de famille, en tant que non-paiement des dettes alimentaires (a. 227-3 N.C.P.). Plus généralement, une loi du 8 juill. 1983 a érigé en infraction correctionnelle le fait, pour un débiteur, d'organiser ou d'aggraver son insolvabilité (a. 314-7 N.C.P.), mais le texte ne concerne que les débiteurs pour dettes résultant d'une condamnation pénale ou, en certaines matières seulement (délit, quasi-délit, aliments), d'une condamnation civile.

L'attitude du xx<sup>e</sup> s. à l'égard du pouvoir de contrainte n'en reste pas moins, dans sa ligne générale, une attitude d'*adoucissement*. Symptomatique avait été l'apparition (en marge de la légalité) d'une procédure administrative, sorte de *cognitio extra ordinem*, par laquelle l'autorité préfectorale décidait si elle accorderait ou non aux créanciers le concours de la force publique aux créanciers voulant réaliser leurs droits. Il y avait là une nouvelle dissociation entre le rapport d'obligation et le pouvoir de contrainte. La loi du 9 juillet 1991 (a. 16) a apporté une assise de légalité à la pratique. Elle pose en principe le devoir qu'a l'Etat de prêter son concours à l'exécution. Cette garantie des créances peut être regardée comme un prolongement quasi constitutionnel de la garantie des propriétés inscrite dans la Déclaration de 1789, car économiquement il y a une propriété des créances. Le corollaire suit immédiatement : le refus de l'Etat ouvre droit à réparation. Le créancier impayé est renvoyé aux tribunaux administratifs, ce qui ne lui promet ni un paiement rapide ni peut-être une réparation intégrale. Par subrogation aux droits du créancier, l'Etat pourrait se retourner contre le débiteur revenu à meilleure fortune, mais c'est bien utopique. Selon la première rédaction du

texte qui devait devenir la loi du 29 juillet 1998 de lutte contre l'exclusion le concours de la force publique à l'expulsion n'aurait pas été autorisé tant que le logement du débiteur et de sa famille n'aurait pas été assuré. Mais, sur ce point, le Conseil constitutionnel n'avait pas suivi.

La présence dans le C.C. (ancien a. 1268) d'une notion du débiteur malheureux et de bonne foi montre qu'à aucune époque l'insolvabilité n'a été traitée nécessairement comme une faute. La notion se retrouve dans le droit contemporain, et elle y produit assurément des effets plus étendus (ex. l. 31 déc. 1989 relative au surendettement, modifiée par l. 8 févr. 1995, C. Consom. a. L. 331-1 s.). Mais ce qui est moderne, c'est que maintenant elle s'accompagne souvent d'un reproche fait aux créanciers pour avoir consenti trop libéralement des crédits (cf. les reproches que font aux banques américaines les pays en voie de développement ; entre le phénomène international et le phénomène interne de l'endettement, en période de crise et de relative déflation, les réflexes sont réciproques). La responsabilité imputée aux créanciers sert à justifier moralement ou en équité l'échelonnement, voire la réduction de leurs créances. Mais, plus directement, elle a été mise en œuvre dans des actions en dommages-intérêts dirigées contre des établissements de crédit, car, en soutenant artificiellement une entreprise qu'elle sait en difficulté, une banque crée imprudemment une apparence trompeuse, qui peut être dommageable pour une nouvelle couche de créanciers (Com. 15 juill. 1982, D. 82, *I.R.*, 486, 1<sup>re</sup> esp., n. Derrida ; cf. la suspicion feutrée que l'a. L. 311-6, al. 2, C. Consom., laisse planer sur les prêteurs qui pouvaient connaître la situation d'endettement du débiteur).

LES POUVOIRS DU CRÉANCIER  
SUR LE PATRIMOINE DU DÉBITEUR

Des a. 2092-2093, on tire cette conséquence que tout créancier a un *droit de gage général* sur le patrimoine de son débiteur. Non pas un droit réel de gage au sens technique des a. 2073 s. Il faut seulement entendre que le créancier a sur les biens du débiteur une série de pouvoirs plus ou moins énergiques. Le plus essentiel de ces pouvoirs est celui de saisir les biens : c'est l'*exécution forcée*, qui donne à la créance son utilité finale. Mais, dès avant l'exécution, le créancier, exerçant un droit de regard sur le patrimoine obligé, peut avoir à prendre des *mesures conservatoires* (conservatoires de son gage). L'a. 1<sup>er</sup> de la loi 91-650 du 9 juill. 1991 reconnaît ces deux prérogatives au créancier.

[366] 1 | LES MESURES CONSERVATOIRES

Elles préparent les voies d'exécution ultérieures, en empêchant que certains éléments ne soient soustraits de l'actif saisissable. Il en est qui se trouvent réglées par le C.C. sous forme d'actions en justice traditionnelles, d'autres, qui avaient leur siège au C. Pr. C., ont été réorganisées par la loi 91-650.

I. — *Les actions conservatoires du C. C.*

► *L'action oblique (ou indirecte)*

L'a. 1166 permet au créancier d'exercer les actions en justice, plus généralement les droits que son débiteur néglige d'exercer (ex. un débiteur obéré a une action en revendication contre un tiers ; on peut craindre qu'il ne s'en désintéresse, sachant que le profit ne doit pas lui en revenir ; le créancier pourra l'intenter à sa place).

a) *Conditions de l'action oblique.* — 1° Quant aux *droits et actions à exercer* : l'a. 1166 écarte les droits et actions *exclusivement attachés à la personne du débiteur* ; ce ne sont pas seulement ceux qui ont un caractère extrapatrimonial (ex. demande en divorce), ce sont aussi ceux qui, bien qu'ayant un objet pécuniaire, impliquent l'appréciation d'un intérêt moral (ex. action en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude, a. 955).

2° Quant au *créancier* : sa créance doit être exigible (l'action oblique est refusée aux créanciers à terme ou sous condition ; ces mesures conservatoires du patrimoine du débiteur sont plus que des actes conservatoires de la créance au sens de l'a. 1180).

3° Quant au *débiteur* : il faut le supposer négligent, mais aussi insolvable (sinon le créancier n'aurait pas d'intérêt à se substituer à lui).

b) *Exercice de l'action oblique.* — Le créancier n'a pas besoin de se faire préalablement autoriser par les juges à remplacer le débiteur défaillant. Il en a le pouvoir *de plano*, dès lors que sa créance est certaine. Il est le représentant de son débiteur : l'action oblique n'est pas une action distincte qui lui appartiendrait en propre ; c'est l'action même du débiteur, exercée obliquement, indirectement — exercée par un autre, mais au nom et pour le compte du titulaire.

1° *Déroulement de l'action.* — Le tiers défendeur a le droit d'opposer au créancier tous les moyens de défense qu'il aurait pu opposer au débiteur lui-même. Réciproquement, il pourra être condamné même au-delà des droits du créancier agissant.

Le créancier n'est pas obligé de mettre en cause son débiteur dans l'action qu'il intente contre le tiers. Son intérêt est cependant de le faire, car ainsi il pourra, en économisant une nouvelle instance, faire reconnaître du même coup par le tribunal le droit qu'il a de se faire payer sur le montant des condamnations prononcées (sauf, il est vrai, à subir la concurrence d'autres créanciers, s'il s'en présente avant l'exécution).

2° *Profit de l'action.* — En effet, le droit que le créancier demandeur a fait valoir (ex. le bien qu'il a revendiqué) rentre dans le patrimoine du débiteur, où il est la proie de tous les créanciers, du créancier demandeur, mais aussi des autres. Le créancier demandeur par la voie oblique n'a, en tant que tel, aucun droit de préférence sur la valeur qu'il a conservée. Il en est autrement dans ce que l'on appelle les *actions directes*.

L'action directe est un renforcement de l'action oblique : un créancier reçoit le pouvoir d'agir contre le débiteur de son débiteur, non plus par représentation de celui-ci, mais en son nom personnel. Tandis que l'action oblique est ouverte en principe à tout créancier, l'action directe n'existe que dans quelques hypothèses spécifiées par la loi. Ainsi, selon l'a. 1753, le bailleur a une action directe contre le sous-locataire, débiteur de son débiteur le locataire (action directe qui se comprend d'autant mieux qu'il a d'ailleurs un privilège sur tous les meubles garnissant les lieux loués, quel qu'en soit le propriétaire, donc aussi bien sur ceux qui appartiennent au sous-locataire). Mais l'action directe la plus importante en pratique est celle qui est donnée à la victime d'un accident contre l'assureur de la responsabilité (a. L. 124-3 C. Ass.).

L'action directe est par certains côtés dépendante de celle qui appartenait au premier débiteur contre le second : le créancier ne pourra réclamer au second débiteur plus que celui-ci ne devait au premier. Elle en est, à d'autres égards, indépendante : les exceptions qui auraient paralysé l'action du premier débiteur contre le second ne sont pas opposables au créancier. Cette indépendance se remarque particulièrement dans l'assurance de responsabilité : l'assureur ne peut se prévaloir à l'égard de la victime des déchéances et fins de non-recevoir procédant du contrat d'assurance ; c'est un véritable

droit de créance propre que la victime a contre lui. Dans tous les cas, le profit de la condamnation revient au créancier, au seul créancier qui a agi. Il y a, dans l'action directe, l'équivalent pratique d'un privilège qui porterait sur la créance du débiteur contre le tiers défendeur.

### [367] ► *L'action paulienne (ou révocatoire)*

L'a. 1167 (héritage du droit romain) permet aux créanciers de faire déclarer nuls à leur égard les actes que le débiteur a passés avec un tiers en fraude de leurs droits (ex. le débiteur aux abois a fait des donations autour de lui, sachant, que, par là, il se mettait dans l'impossibilité de faire face à ses engagements ; un créancier pourra attaquer ces libéralités et faire rentrer dans son gage les biens qui avaient été ainsi aliénés).

a) *Conditions de l'action paulienne.* — Elle obéit à des conditions générales de recevabilité, qui calquent celles de l'action oblique :

— Quant aux *actes* susceptibles d'être attaqués : il doit s'agir d'actes juridiques de caractère patrimonial, qui ne portent pas sur des droits attachés à la personne.

Quant au *créancier* : l'action paulienne est refusée aux créanciers à terme ou sous condition.

— Quant au *débiteur* : il faut le supposer insolvable.

Mais à ces conditions générales s'ajoutent deux conditions propres à l'action paulienne (elles tendent à faire apparaître dans l'acte critiqué les caractères d'un délit civil, d'un fait illicite dommageable).

1° Un préjudice subi par le créancier (*eventus damni*). Aussi faut-il que l'acte critiqué ait créé ou aggravé l'insolvabilité du débiteur : ce doit être un *acte d'appauvrissement*. Pratiquement, l'action paulienne est ouverte non seulement contre les donations, mais contre les actes à titre onéreux faits à vil prix, ou pour un prix dont on ne retrouve plus les traces. En revanche, elle n'est pas admise contre des paiements (qui paie ses dettes s'enrichit), ni même contre de nouveaux engagements contractés par le débiteur (c'est bien, sans doute, une manière de s'appauvrir que de s'endetter, mais le principe de notre droit du crédit est l'égalité entre créanciers chirographaires, quelle que soit la date de leurs créances, a. 2093).

2° Chez le débiteur, l'intention de nuire au créancier (*consilium fraudis*), à tout le moins la connaissance du préjudice qu'il allait lui causer par l'aliénation. Mais faut-il que le tiers au profit de qui le débiteur s'est appauvri, le tiers acquéreur, se soit rendu complice de la fraude ? On fait une distinction. Peu importe la bonne foi d'un tiers acquéreur à titre gratuit : dans le conflit, il combat pour retenir un gain (*certat de lucro captando*), il mérite moins de ménagements que l'acquéreur à titre onéreux, qui cherche seulement à éviter une perte (*certat de damno vitando*). Celui-ci ne pourra être atteint par l'action paulienne que s'il a été conscient du dommage que l'opération devait causer aux créanciers de l'aliénateur (*consciis fraudis*).

b) *Effet de l'action paulienne.* — 1° L'acte frauduleux est rétroactivement révoqué, ce qui entraîne le retour du bien aliéné dans le patrimoine du débiteur où le créancier demandeur pourra le saisir.

2° Toutefois, la révocation ne se produit que dans l'intérêt de ce créancier et à la mesure de cet intérêt. C'est moins une annulation proprement dite qu'une inopposabilité. Cet *effet relatif* de l'action paulienne signifie :



— En faveur du tiers acquéreur, que l'aliénation subsistera à son profit, pour tout ce qui excède l'intérêt du créancier demandeur :

— En faveur du créancier demandeur lui-même, qu'il sera seul, à l'exclusion de tous autres créanciers, à pouvoir saisir le bien rentré dans le patrimoine du débiteur (ce qui contraste avec l'effet de l'action oblique).

### [368] II. — *Les mesures conservatoires dans la loi de 1991*

Elles sont subordonnées à des conditions générales d'application (a. 67 s.) : la probabilité qu'existe une créance (une fumée de bon droit, disait-on jadis, *fumus boni juris*) ; une situation d'urgence faisant craindre pour son recouvrement ; une autorisation du juge de l'exécution. Cela étant, la loi distingue deux types de mesures selon la nature des biens : les *saisies conservatoires* pour les biens meubles (a. 74), les *sûretés judiciaires* pour les immeubles, fonds de commerce, valeurs mobilières (a. 77). Les saisies conservatoires diffèrent des saisies véritables ou saisies d'exécution en ce qu'elles ne vont pas jusqu'à la vente forcée des biens et à leur transformation en argent.

### [369] 2 | L'EXÉCUTION FORCÉE

L'exécution forcée sur le patrimoine s'accomplit par des *saisies* (a. 2092-1 s.). Il en est *différentes sortes*, mais avec des traits communs, dans les *conditions générales* comme dans le *résultat*. La matière a été réformée par la loi 91-650.

#### ► *Conditions générales des saisies*

Le créancier saisissant doit avoir un *titre exécutoire* ; la procédure requiert l'*intervention de l'Etat*, mais elle garde un *caractère individualiste*.

a) *Le titre exécutoire*. — C'est un titre (*instrumentum*) constatant une créance liquide et exigible et revêtu de la formule exécutoire (on entend par là l'ordre donné par l'Etat à ses agents de coopérer à la réalisation des droits que le titre constate, cf. a. 502 C. Pr. C.). Pour s'en tenir aux hypothèses principales, il n'y a que deux officiers publics qui puissent revêtir un titre de la formule exécutoire : le notaire et le greffier. D'où deux catégories de titre exécutoire : l'acte notarié (sa « copie exécutoire », cf. *supra*, n° 98) et le jugement (en matière contractuelle, ce sera souvent, pour ses avantages de rapidité, une ordonnance d'*injonction de payer*, a. 1422 C. Pr. C., émanant du juge d'instance).

b) *L'intervention de l'Etat*. — Elle se manifeste de plusieurs manières : 1° L'ensemble des opérations est placé sous le contrôle d'un juge, le *juge de l'exécution*, le « jex » (qui est le président du tribunal de grande instance, sauf délégation) ; il a une compétence générale pour statuer sur le contentieux de l'exécution, même s'il lui faut pour cela apprécier le fond du droit (a. L. 311-12-1 C.O.J.) ; 2° Les différents actes d'exécution doivent être accomplis par des huissiers de justice, officiers publics soumis

à la surveillance de l'autorité judiciaire ; 3° Il est même une voie d'exécution, la saisie immobilière, qui se déroule sous la forme d'une instance en justice.

c) *Le caractère individualiste*. — A la différence du règlement judiciaire et de la liquidation de biens, procédures auxquelles le droit commercial appelle collectivement tous les créanciers du débiteur commerçant, les saisies ne sont pas organisées sur le mode collectif. Bénéficient seuls d'une saisie le créancier qui en a pris l'initiative et ceux des autres créanciers qui s'y seront associés à temps. C'est uniquement à l'intérieur de ce petit groupe que jouera le principe d'égalité inscrit à l'a. 2093. « Le droit aide ceux qui sont vigilants et ne laisse pas que les os à ceux qui arrivent en retard » (c'est un brocard : *Jura vigilantibus succurrunt, tarde venientibus ossa*). Cependant, pour les situations de surendettement, la loi *Neiertz* (31 déc. 1989, l. 8 févr. 1995, C. Consom. a. L. 331-1) a organisé, en deux phases, amiable et judiciaire, une procédure rudimentaire de règlement collectif.

#### ► *Différentes sortes de saisies*

Les saisies d'exécution se différencient suivant les biens qu'elles frappent. On distingue notamment : 1° *La saisie-attribution* (autrefois saisie-arrêt), qui est pratiquement la saisie d'une créance que le débiteur peut avoir contre un tiers. La loi en détache deux variétés : la saisie du solde d'un compte de dépôt (a. 47) et la saisie des rémunérations (a. L. 145-1 s. C. Tr.). La difficulté fréquente est de localiser les établissements détenteurs des valeurs saisissables : le ministère public est l'intermédiaire obligé dans cette recherche d'informations (a. 39) ; 2° *La saisie-vente* (autrefois saisie-exécution), qui est la saisie des meubles corporels. Ce fut longtemps la saisie par excellence, les meubles ayant été regardés dans le droit médiéval comme le siège des dettes. Elle reste la saisie la plus maniable ; néanmoins, l'a. 51 veut aujourd'hui éviter que, pour de petites dettes, une saisie (traumatisante) ne soit opérée dans l'habitation du débiteur ; 3° *La saisie immobilière* (a. 2204 s. C.C.), non encore réformée, qui demeure la plus formaliste, en vertu de l'idée ancienne que les immeubles doivent, autant que possible, être conservés dans les familles (le rendement est souvent très médiocre ; projet de réforme partielle en 1998).

#### ► *Résultat des saisies*

Il faut insister sur le résultat *monétaire* auquel tendent les saisies. L'exécution forcée n'est pas, pour le créancier, le pouvoir de s'emparer des biens du débiteur et d'en devenir propriétaire ; c'est le pouvoir de les faire mettre sous le contrôle de l'autorité judiciaire, puis de les faire vendre aux enchères publiques, afin de se payer sur le prix. Ce que le droit accorde en définitive au créancier, c'est donc une certaine somme d'argent extraite du patrimoine du débiteur. Les saisies d'exécution sont des procédures destinées à extraire de force ces sommes d'argent. C'est dire qu'elles sont conçues avant tout pour les obligations monétaires, où le créancier est ainsi assuré de recevoir une *satisfaction directe*. Les obligations en nature (v. *supra*, n° 10), au contraire, ne peuvent bénéficier des procédures de saisie qu'après avoir été converties en obligations de sommes d'argent (ce qui suppose un jugement). Cette conversion est de droit pour les obligations de faire ou de ne pas faire (a. 1142), et elle peut devenir accidentellement néces-

saire pour les autres obligations en nature (ex. obligation de donner), quand l'exécution directe en a été rendue impossible par la faute du débiteur : ce sont les hypothèses où le créancier ne reçoit *satisfaction que par équivalent*, sous forme de dommages-intérêts.

Cependant, les créanciers ne recevront jamais satisfaction qu'autant que le débiteur n'est pas insolvable. L'insolvabilité est un vice de la créance (vice caché, même quand l'insolvabilité est actuelle ; n'y a-t-il pas un secret du patrimoine ? ; cf. t. III, n° 8). A preuve que de ce vice, quand la créance est vendue, une garantie peut être stipulée (a. 1694 s.). Si la somme des créances dépasse le prix des biens saisis, il devra s'organiser entre créanciers une *contribution* à la perte (a. 55) : chacun ne recevra qu'un pourcentage de sa créance (il sera payé *au marc le franc*), du moins s'il est simple créancier chirographaire, s'il ne peut se prévaloir d'un droit de préférence (a. 2094 ; cf. t. III, n° 40). Si l'actif ne peut décidément plus faire face au passif, le débiteur est dit en *déconfiture* : c'est l'insolvabilité rendue notoire par des saisies infructueuses. Elle ne donne pas lieu à une procédure organisée comme le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises, mais elle entraîne quelques conséquences (a. 1276, 1613, 2003, 2032 ; non plus cependant déchéance du terme depuis la l. 25 janv. 1985, a. 1188 ; cf. *supra*, n° 134). Version moderne de la déconfiture, le *surendettement*, auquel la loi *Neiertz* (31 déc. 1989, l. 8 févr. 1995, l. 23 janv. 1998, C. consom., a. L. 331-1) a attaché des effets juridiques en faveur des débiteurs de bonne foi. C'est une situation moins irrémédiable. Par un étalement, peut-être un allègement des échéances, la loi espère remettre le débiteur sur les rails et en tirer finalement plus que n'aurait produit une liquidation immédiate.

### [370] ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Pour une étude approfondie du *droit de gage général* des créanciers (a. 2092-2094), v. Witz, *Rép. civ. Jurisclasseurs*, 1997.

#### I. — *Action oblique et action paulienne*

B.G. — Planiol-Radouant, VII, 893 s. ; Bisson, *Comparaison des effets de l'action oblique et de l'action paulienne*, Th. Bordeaux, 1911 ; Cozian, *L'action directe*, 1967 ; Jamin, *La notion d'action directe*, 1991 ; Ghestin, *La fraude paulienne*, *Mélanges Marty*, 1978, 569.

#### HISTOIRE

Non seulement l'origine de l'action paulienne est romaine, mais sa construction, aujourd'hui encore, en raison du laconisme de l'a. 1167, est celle que lui avaient donnée les textes du *Digeste* (42, 8) et les romanistes du Moyen Age (cf. Pirano, *L'azione revocatoria nella giurisprudenza medievale*, Catane, 1962).

#### SOCIOLOGIE

Les deux actions reposent sur une observation psychologique élémentaire : le débiteur sur le point de sombrer a tendance soit à tout laisser aller par découragement (action oblique), soit (dans une phase légèrement postérieure) à se constituer des résér-

ves (action paulienne), avec quoi il espère remonter un jour à la surface, à moins qu'il ne veuille tout simplement mettre à l'abri sa famille. En fait, l'action paulienne n'est pas d'une application très fréquente, et l'action oblique encore moins. Leur rôle comminatoire, cependant, n'est pas négligeable. Une action paulienne renforcée se retrouve en droit commercial dans la procédure du redressement et de la liquidation judiciaire. La loi pénale est aussi intervenue : en quelques cas (*supra*, n° 365), un débiteur encourt des peines correctionnelles pour avoir, même avant toute décision judiciaire, organisé ou aggravé son insolvabilité (N.C.P. a. 314-7).

#### THÉORIE JURIDIQUE

L'action oblique apparaît comme un cas de substitution processuelle : il y a représentation forcée à l'égard du débiteur ; pour le créancier, acquisition d'une *qualité* au sens procédural du terme (une des conditions requises pour agir en justice). Mais il faut bien voir que souvent l'action oblique intervient moins comme une mesure tendant à conserver le gage du créancier que comme un procédé technique destiné à élargir utilitairement une institution. Ainsi, quand un fils de famille majeur vivant avec ses parents fait à crédit des achats de subsistances, les fournisseurs pourront par voie oblique exercer une action alimentaire contre le père. Par cette construction artificielle, on obtiendra le résultat rationnellement désirable : que ces dépenses de la famille soient payées par la caisse familiale, quoique celle-ci n'ait pas de personnalité.

On s'interroge sur la nature de l'action paulienne : action en nullité ou, plus exactement, en inopposabilité ou bien action en réparation sur le fondement d'une responsabilité délictuelle du débiteur (Grouber, *L'action paulienne en droit civil français contemporain*, Th. Paris, 1913) ? Cf. Sinay, *R.T.*, 1948, 183.

#### PRATIQUE JUDICIAIRE

a) Sur les droits et actions qui ne peuvent être exercés par voie *oblique*, v. par ex. Civ.<sup>1</sup> 22 janv. 1980, D. 80, *I.R.*, 400 ; Civ.<sup>1</sup> 20 oct. 1982 (qui va loin), D. 83, 120 ; Civ.<sup>1</sup> 19 avr. 1988, *Bull.*, n° 101 ; cf. J.-F. Vouin, note D. 75, 32. — Civ.<sup>1</sup> 27 mai 1970, *J.C.P.*, 71, 2, 16675, précise que le créancier peut, dans la même instance où il exerce les droits de son débiteur, réclamer le paiement de ce qui lui est dû sur les sommes qui seront ainsi recouvrées ; mais c'est à condition d'avoir mis en cause son débiteur dans cette instance.

b) Après avoir considéré que l'intention de nuire était essentielle à la *fraude paulienne* (Civ.<sup>1</sup>, 18 févr. 1971, D. 72, 53, n. Agostini), la jurisprudence paraît maintenant s'être ralliée à une analyse moins exigeante : il suffit que le débiteur (ainsi que son cocontractant dans les actes à titre onéreux) ait eu connaissance du préjudice qui allait être causé au créancier par l'opération envisagée : Civ.<sup>1</sup> 13 mars 1973 et 17 oct. 1979, *J.C.P.*, 74, 2, 17782 et 81, 2, 19627 ; Civ.<sup>1</sup> 4 nov. 1973, *R.T.*, 84, 719 ; Civ.<sup>1</sup> 13 avr. 1988, *Bull.*, n° 91 ; 13 janv. 1993, *J.C.P.*, 93, 2, 22027.

Sur la notion d'acte d'appauvrissement, Civ.<sup>1</sup> 21 nov. 1967, D. 68, 317, n. Lambert-Faivre ; Com. 1<sup>er</sup> mars 1994, *Rép. not.*, 94, 1118. En contraste avec le droit commercial des « faillites », le droit civil n'admet pas qu'il puisse y avoir fraude paulienne à payer un créancier au détriment des autres : c'est un acte nécessaire (Civ.

17 juill. 1945, D. 46, Somm. 2 ; cf. Colombet, *R.T.*, 1965, 5). — Il ne peut non plus y avoir fraude paulienne à contracter de nouvelles dettes, bien que par là soient diminuées les chances des créanciers antérieurs (Toulouse, 20 juin 1966, D. 66, 560) : le postulat de la solution est l'égalité entre tous les créanciers (a. 2093), sans considération de la date à laquelle est née chaque créance (il en résulte, d'ailleurs, pour les créanciers les plus anciens, une injustice qu'aggrave la dépréciation de la monnaie). — Sur la fraude à un créancier futur, v. par ex. Civ.<sup>1</sup> 27 juin 1972, D. 73, Somm. 17 ; Civ.<sup>1</sup> 17 janv. 1984, D. 84, 437 ; plus précisément, Civ.<sup>1</sup> 17 déc. 1996, D. 98, Somm. 116.

Le privilège du créancier agissant a été reconnu par Civ. 4 déc. 1923, S. 23, 1, 254, D. 23, 1, 222 (on peut y voir une conséquence de l'autorité relative de la chose jugée : le jugement de révocation ne saurait avoir effet au bénéfice de créanciers qui n'ont pas été parties à l'instance) ; cf. Civ.<sup>1</sup> 3 déc. 1985 (il y a inopposabilité, non pas nullité), *Bull.*, n° 334.

## [371]

II. — *L'insolvabilité*

B.G. — Reymond de Gentile, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires*, Th. Paris, 1973 ; Bellamy, *Malaise et déséquilibre du droit du crédit en France*, *J.C.P.*, 74, 1, 2650 ; Perrot, *R.T.*, 90, 151 ; Cabrillac, *Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers*, *Mélanges Breton-Derrida*, 1991, 31, et Oppetit, *L'endettement*, *ibid.*, 295 ; *Travaux de l'Assoc. H.-Capitant*, *L'endettement*, 1995, spéc. D. Mazeaud, 127 s. ; Mozas, *La notion de dette en droit privé*, Th. ronéo. Bordeaux IV, 1996.

## PSYCHOLOGIE

Le sujet des *saisies* prête au romantisme : v. le roman de H. Raczymow, *La saisie*, 1973, sur les états d'âme d'un homme saisi quasiment jusqu'aux quatre murs (*Kahlpfändung*, disent les Allemands, ce qu'interdit précisément la l. 91-650, a. 14). Notre droit est manichéen en opposant l'insolvabilité innocente (de bonne foi) à l'insolvabilité par vice (celle qui vient de l'inconduite, de la paresse ou de l'ivrognerie n'est jamais excusable, disait l'a. 357-2 [abrogé] du C.P.). Sur la notion de capacité financière qui émerge en jurisprudence, v. J. Mestre, *R.T.*, 88, 105. Mais la *capacité de paiement* dépend souvent de la volonté de payer... ou de ne pas payer.

## SOCIOLOGIE

Sous les oscillations du droit entre la rigueur et la mansuétude, on devine une vieille lutte de classes (l'Antiquité grecque l'a déjà connue), qui ne coïncide que partiellement avec celle que décrit le marxisme : l'antagonisme entre créanciers et débiteurs ; prêteurs d'argent, usuriers d'un côté ; de l'autre, bien souvent, déclassés plutôt que prolétaires de naissance. L'inflation, rendant l'argent facile et l'insolvabilité plus rare, avait estompé le conflit. Il a ressurgi avec la récession, d'où la loi *Neiertz* (31 déc. 1989). Comme de toutes les lois faites en faveur des débiteurs malheureux, les effets cliniques de celle-ci, qui peuvent être bons, ne doivent pas masquer, à l'échelle de la société, des effets « pervers » (dans les immeubles en copropriété, les solvables paient pour les insolubles ; les banques, préventivement, stoppent leurs prêts, etc.). Il est vrai que, si le législateur moderne penche plutôt en faveur des débiteurs, c'est par préoccupation

d'économie nationale autant que par humanité : il lui paraît moins urgent de les faire payer que de les renflouer, pour peu qu'ils soient entrepreneurs, donc créateurs d'emplois. La même politique conduit à protéger parfois des créanciers, mais seulement par catégories sociales : tels précisément les salariés qui ont été dotés de *privilèges* étendus (a. 2101-4°, 2104-2°). Une autre évolution se dessine, la socialisation de l'insolvabilité : le risque de tomber sur un débiteur insolvable (ou en fuite, ce qui revient au même) est reporté sur la collectivité, soit par un mécanisme d'assurance (l. 31 déc. 1951, fonds de garantie automobile ; a. L. 143-11-1, C. Tr., assurance de non-paiement des salaires), soit par une intervention de l'Etat (l. 11 juill. 1975, 22 déc. 1984, les caisses de prestations familiales peuvent faire des avances sur les pensions alimentaires impayées).

Le degré zéro de l'insolvabilité se situe dans le phénomène plus général de l'*exclusion* et la lutte contre l'exclusion a été engagée par une loi d'orientation du 29 juillet 1998.

## POLITIQUE LÉGISLATIVE

Question récurrente, *la faillite civile* : faut-il organiser, pour les débiteurs non commerçants, une procédure globale et collective, saisissant l'ensemble des biens au bénéfice de l'ensemble des créanciers ? Deux pas ont été esquissés dans cette direction : 1° la procédure de redressement judiciaire a été rendue applicable à toutes les personnes morales de droit privé, donc aux sociétés civiles, ainsi qu'aux artisans (l. 25 janv. 1985, a. 2) ; 2° une procédure de règlement judiciaire, imitant de loin celle de la loi du 25 janv. 1985, a été créée à l'intention des personnes physiques non commerçantes en état de surendettement (l. 31 déc. 1989).

## THÉORIE JURIDIQUE

La situation de *surendettement* qui peut déclencher une procédure de règlement amiable, puis judiciaire selon la loi *Neiertz*, est différente de l'insolvabilité. La notion est plus étroite (elle ne concerne que les personnes physiques et seulement leurs dettes non professionnelles), mais, d'un autre côté, plus vague : elle est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur (de bonne foi) de faire face à l'ensemble de son passif exigible et à échoir (il n'est pas nécessaire que soit préalablement constaté un fait révélateur tel que cessation des paiements, comme dans les « faillites », ou saisie infructueuse, comme dans la déconfiture). — En amont de l'insolvabilité *l'incident de paiement*, concept de droit bancaire (essai de définition dans le règlement du 11 avr. 1990, a. 3, homologué par arrêté du 11 mai 1990, *J.O.* 16 mai).

## PRATIQUE JUDICIAIRE

Chatain et Ferrière, *Le surendettement*, D. 96, Somm. 77, 97, Somm. 197, et 99, Somm. 203 ; R. Martin, D. 99, chr. 205 ; A. Sinay-Cytermann, *J.C.P.*, 99, 1, 106.

LES COERCITIONS  
SUR LA PERSONNE DU DÉBITEUR

L'obligation, depuis fort longtemps, n'entraîne plus un assujettissement corporel du débiteur au créancier. Le débiteur en est quitte avec de l'argent, et s'il est insolvable, n'ayant pas de biens, ou n'en ayant que d'insaisissables (tel l'ouvrier, qui n'a que son salaire), l'obligation tend à se dissoudre en liberté. La règle excluant la coercition du créancier sur la personne du débiteur est formulée, dans un de ses aspects, par l'a. 1142. Il est, cependant, des *coercitions permises*.

## 1 | LA RÈGLE DE L'ARTICLE 1142

Une maxime traditionnelle dit que nul ne peut être contraint directement à faire quelque chose : *nemo praecise potest cogi ad factum*. Le corollaire, exprimé dans l'a. 1142, est que le débiteur d'une obligation de faire (ou de ne pas faire) peut seulement être contraint à fournir l'équivalent pécuniaire de son engagement sous forme de dommages-intérêts. A la base de cette règle, il faut mettre le respect de la personne, l'intangibilité du corps humain, mais aussi des considérations pratiques : que le travail forcé serait d'un rendement médiocre pour le créancier lui-même, que l'emploi de la violence entre particuliers serait un trouble à la paix publique.

Le C.C. paraît opposer ici les *obligations de faire ou de ne pas faire* aux *obligations de donner*. De part et d'autre, cependant, une interprétation est nécessaire.

► *Obligations de faire ou de ne pas faire*

Quoique l'a. 1142, littéralement, ne distingue pas, il convient de faire une distinction, que suggèrent les a. 1143 et 1144.

a) Les obligations de faire ou de ne pas faire *présentant un caractère purement personnel* sont seules soumises à la règle de l'a. 1142. Elles se résolvent en argent en cas d'inexécution — des dommages-intérêts qui ne sanctionnent pas ici une inexécution fautive, mais compensent une inexécution imposée par la loi. Une obligation de faire a un caractère personnel quand l'activité qui en est l'objet doit mettre en jeu des *qualités* irréductiblement *individuelles* du débiteur (cf. a. 1237) : c'est ainsi que l'artiste qui s'est engagé à faire un portrait ne peut être condamné à achever la toile, mais seulement à payer des dommages-intérêts. Même en dehors de là, une obligation de faire ou de ne pas faire doit être traitée comme personnelle si elle implique une action ou une abstention *prolongée* (ex. l'obligation de l'ouvrier, fût-il interchangeable, dans le contrat de travail ; l'obligation du figurant qui s'est engagé envers un directeur de théâtre à ne pas monter sur une scène concurrente), car le débiteur n'y pourrait être contraint par la force qu'au prix d'une véritable captivité de sa personne ;

b) Les obligations de faire ou de ne pas faire *sans caractère personnel* ne sont pas visées par l'a. 1142 lui-même : le créancier d'une telle obligation ne doit pas nécessairement se contenter d'une indemnité pécuniaire en cas d'inexécution. C'est pour ce type d'obligation qu'a été instituée la procédure d'*injonction de faire* (a. 1425-1 s. C. Pr. C.), portée comme la procédure d'injonction de payer devant le juge d'instance. L'exécution en nature est au bout, l'exécution directe, par le débiteur lui-même, du moins on l'espère. Mais il existe, en certains cas, d'autres possibilités.

1° S'il s'agit d'une obligation de ne pas faire et qu'elle ait été violée (ex. le bailleur a procédé sur l'immeuble à des innovations qui troublent la jouissance du locataire ; cf. a. 1723), le créancier pourra demander au tribunal l'autorisation de faire rétablir le *statu quo ante* aux frais du débiteur (a. 1143 ; ex. de faire démolir les nouveaux aménagements). Si l'on se place du côté du débiteur, on peut dire qu'il n'y a pas là une dérogation véritable à l'a. 1142, puisque tout se ramènera pour lui à payer, donc à verser de l'argent ; mais, du côté du créancier, c'est bien une dérogation, et en sa faveur, puisqu'il obtiendra la satisfaction directe à laquelle il avait droit. La Cour de cassation estime, du reste, que le tribunal saisi a un pouvoir discrétionnaire pour ordonner la des-

truction, ou se borner à une condamnation pécuniaire, suivant les circonstances ;

2° S'il s'agit d'une obligation de faire où la personne de l'exécutant soit indifférente (ex. l'obligation de procéder aux réparations devenues nécessaires sur l'immeuble loué ; cf. a. 1720 ; autre ex. a. 1264), le créancier pourra demander au tribunal l'autorisation de la faire exécuter lui-même aux dépens du débiteur, celui-ci pouvant être, par précaution, condamné à faire l'avance des sommes nécessaires (a. 1144, mod. par l. 9 juill. 1991). Ici encore, il n'y a pas dérogation véritable à l'a. 1142, du côté du débiteur, simplement tenu de régler la facture ; mais dérogation au profit du créancier, qui n'est plus réduit à se contenter d'un équivalent pécuniaire. Le créancier ne pourrait, d'ailleurs, agir d'office : sauf urgence justifiée, il lui faut l'autorisation préalable du tribunal ;

3° Très exceptionnellement — et la rupture avec l'a. 1142 semble alors complète — le débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire susceptible d'être accomplie en un trait de temps (ex. vider des lieux indûment occupés) pourrait être condamné à l'exécution directe, et y être contraint au besoin *manu militari*, ce qui suppose, à l'arrière-plan, un appel à la force publique spécialisée, gendarmerie ou police, pour faire ouvrir les portes à l'huissier qui saisira le mobilier, non point pour empoigner le débiteur (cf. a. 16-1).

► *Obligations de donner*

L'obligation de donner (*dare*) un corps certain (c'est-à-dire d'en transférer la propriété) ne pose pas de problème : elle est exécutée par le seul échange des consentements (t. III, n° 108). Mais elle se prolonge en une obligation de *livrer* (a. 1136), qui est une obligation de faire. Il y a également une obligation de faire (individualiser et livrer) dans toute vente de *choses de genre*. Il arrive, enfin, que, pour achever ses engagements, un aliénateur (ex. l'auteur d'une promesse de vente) ait le devoir de se prêter à la rédaction d'un acte instrumentaire, qui servira à l'acquéreur de titre de propriété : c'est une obligation de faire, et éminemment personnelle, que de *signer* cet acte.

1° *Obligation de livrer un corps certain*. — Le créancier a le droit d'être mis par la force en possession de son bien (c'est le respect de la propriété plutôt que de la créance) : en matière mobilière, il dispose d'une mesure d'*appréhension* à cette fin (l. 91-650 du 9 juill. 1991, a. 56 ; antérieurement, ancien a. 826, C. Pr. C. ; cf. t. III, n° 238) ;

2° *Obligation de livrer des choses de genre.* — Le créancier a la faculté de « se remplacer », c'est-à-dire de se procurer les marchandises dans le commerce aux frais du débiteur, ce qui est une transposition de l'a. 1144 ;

3° *Obligation de signer l'acte.* — La pratique a organisé un procédé d'exécution directe par le jugement lui-même : une clause de la condamnation prévoit que, faute par le débiteur de signer l'acte de vente, le jugement en tiendra lieu (c'est lui qui fera l'objet de la publicité foncière et servira à l'acquéreur de titre de propriété).

## [373] 2 | LES COERCITIONS PERMISES

Ces coercitions, même quand elles paraissent s'attaquer aux biens, s'adressent en réalité à la personne : il s'agit de faire pression sur la volonté du débiteur pour le déterminer à s'acquitter.

### ► *Coercitions de droit privé*

Elles ont été organisées par la coutume en marge de l'a. 1142, dont elles limitent la portée.

a) *L'expulsion.* — L'obligation de partir d'un local indûment occupé est une obligation de faire, dont l'a. 1142 ne suffit pas à assurer la sanction, car permettre à l'occupant de rester dans les lieux au prix de dommages-intérêts, ce serait imposer au propriétaire une situation de bailleur malgré lui. Il faut une exécution forcée directe : c'est l'expulsion. Il y a lieu à expulsion, notamment, du vendeur qui s'obstine à ne pas faire délivrance de l'immeuble, ou du locataire dont le bail est résilié ou expiré (s'il ne bénéficie pas du droit légal au maintien dans les lieux). Or, le plus souvent, l'expulsion, telle que la pratique l'a organisée, n'est pas une expulsion corporelle, c'est une expulsion par pression psychologique : l'huissier, opérant dans les formes prescrites par la l. 91-650 (a. 61-66), met dehors le mobilier et les effets du débiteur (à tout le moins, il les fait mettre dans une voiture de déménagement, qui les conduira au garde-meubles ou à tout autre endroit indiqué par l'intéressé) ; le postulat est que l'homme suit ses meubles.

b) *Les astreintes.* — Le débiteur d'une obligation, spécialement d'une obligation de faire présentant un caractère personnel, peut être condamné, pour le cas où il ne s'exécute pas volontairement, à payer au créancier une somme assez forte par jour (semaine, mois) de retard. C'est l'astreinte. L'esprit de l'institution n'est pas de réparer le préjudice causé par le défaut d'exécution ponctuelle ; elle ne se confond pas, en principe, avec les dommages-intérêts moratoires. Son but est d'amener le débiteur à s'exécuter par crainte d'être écrasé sous une condamnation pécuniaire indéfiniment croissante.

Il est dans la nature de l'astreinte d'être une condamnation *arbitraire* : le taux en est délibérément excessif, sans rapport avec le dommage subi par le créancier ; c'est sur les ressources du débiteur et sa capacité de résistance que le quantum doit en être mesuré. C'est un moyen de coercition, non pas d'exécution forcée (on frappe le porteur, mais pour ébranler la volonté). Aussi son emploi est-il surtout fréquent là où une coaction directe serait impossible comme attentatoire à la liberté (ex. contre un mandataire tenu de rendre compte, un agent d'affaires obligé de restituer des documents, un artiste qui s'est engagé à ne pas jouer sur une scène concurrente).

Issue d'une pratique jurisprudentielle dont la légalité avait d'abord été contestée, l'astreinte avait été consacrée par une loi du 5 juill. 1972, dont l'essentiel a été repris par la loi 91-650, a. 33-37. Le texte reconnaît aux tribunaux le pouvoir de prononcer des astreintes, même d'office, afin d'assurer l'exécution de leurs décisions. Toutes les condamnations semblent pouvoir être assorties de cette mesure. On peut se demander, néanmoins, si, pour des condamnations à des sommes liquides, lorsque des textes spéciaux ont déjà prévu des majorations forfaitaires de l'intérêt légal (ex. C. Ass. L. 211-13, 17, 18), ces majorations ne sont pas les seules sanctions admissibles et n'excluent pas le recours à l'astreinte.

Comme le faisait d'ailleurs la jurisprudence dans son dernier état, les textes distinguent deux variétés de l'institution : l'astreinte *provisoire* et l'astreinte *définitive*.

1° *L'astreinte provisoire.* — C'est la variété originaire, et qui demeure la plus typique, celle qu'il convient de présumer lorsque le jugement ordonne une astreinte sans en préciser le caractère. Le trait dominant de cette astreinte est qu'elle est *comminatoire*, c'est-à-dire qu'elle n'est qu'une menace, qu'elle est prononcée non pas nécessairement à titre irrévocable, mais sous réserve d'une révision toujours possible par le juge. Le créancier pourra demander qu'elle soit augmentée si le débiteur s'obstine dans sa résistance. Et surtout le débiteur pourra demander qu'elle soit réduite, ramenée à un chiffre raisonnable, une fois que sa résistance a cessé, s'il exécute — et même s'il n'exécute pas, quand l'inexécution apparaît comme irrémédiable. Toutefois, cette réduction n'est qu'une faculté, qui dépendra de l'appréciation du juge, compte tenu du comportement du débiteur et des difficultés qu'il a rencontrées. C'est là une inconnue persistante, qui laisse à l'astreinte son pouvoir d'intimidation.

2° *L'astreinte définitive.* — Cette variété s'était manifestée plus tardivement dans la pratique judiciaire, comme un renforcement de l'astreinte provisoire. Pour ôter au débiteur l'espoir que les choses finiront par s'arranger, le juge, en ordonnant une astreinte, s'interdit de réduire ultérieurement le montant qui sera encouru. Le débiteur conserve, néanmoins, le droit de faire valoir que l'inexécution ne lui est pas imputable à faute (l. 5 juill. 1972, a. 8, al. 1).

### [374] ► *Coercitions de droit public*

Le droit public met parfois à la disposition d'une créance privée ses moyens coercitifs plus énergiques.

a) *Répression pénale.* — L'inexécution frauduleuse de certaines obligations est érigée en infraction pénale (ex. le manquement à l'obligation alimentaire peut constituer l'abandon de famille, a. 227-3 N.C.P. ; la violation de l'obligation de restitution

du dépositaire, mandataire, emprunteur, etc., peut constituer l'abus de confiance, a. 314-1 N.C.P.).

b) *Mesures de police*. — Elles jouent un rôle pratiquement considérable, introduisant une coercition psychologique et même physique dans l'exécution de beaucoup d'obligations contractuelles. C'est ainsi que le contrôleur de la S.N.C.F., pour faire exécuter les obligations du voyageur dans le contrat de transport, est un personnage plus important que le juge. Le refus de charger opposé sans motif légitime par un chauffeur de taxi pourra être brisé par l'intervention d'un policier. L'appel aux agents fera de même, dans un marché, procéder à la réhabilitation immédiate des denrées avariées. Ce qui justifie cette sorte de coercition administrative, c'est qu'il faut prévenir les infractions pénales que constitueraient, s'ils étaient consommés, les manquements dont il s'agit — manquement entre particuliers, mais risquant d'affecter la tranquillité publique.

### [375] ÉTAT DES QUESTIONS

#### I. — *L'a. 1142*

B. G. — Planiol-Radouant, VII, n<sup>os</sup> 780 s. ; Demogue, VI, n<sup>os</sup> 136 s. — Génicon, *De la règle Nemo praecise potest cogi ad factum*, Th. Bordeaux, 1910 ; Jeandidier, *L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire*, R.T., 1976, 700 s.

#### HISTOIRE

V. Meynial, *R. prat. droit français*, 1884, 385 s. Sur un texte de Celse (Dig. 42, 1, 13, 1), Bartole le premier mit en opposition l'obligation de faire et les autres : forcer le débiteur à l'exécution d'un fait, ce serait une sorte de servitude. Publius Syrus n'avait-il pas dit, du temps de Cicéron : *Aes alienum, acerba servitus*, « l'endettement servitude cruelle » ? C'était un affranchi, il savait de quoi il parlait. Le président Favre (1557-1624) donna la formule *Nemo praecise potest cogi ad factum*, ajoutant le motif : parce que cela ne pourrait se faire sans violence et oppression. Aux XVII<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> s. se produisit une réaction contre la maxime : on tendit à la limiter aux purs faits (*mera facta*), faits strictement personnels (ex. Pothier, *Vente*, n<sup>o</sup> 68 ; *Louage*, n<sup>o</sup> 66). On a soutenu que le C.C. avait dû s'approprier les hésitations dont l'Ancien Droit, dans son dernier état, portait trace. Mais l'a. 1142 a plutôt rajeuni la règle en l'exprimant dans une formule plus énergique que celle d'aucun bartoliste. Et pourtant la Révolution était passée par là.

#### POLITIQUE LÉGISLATIVE

Le droit anglais est souvent cité en modèle : ces grands spécialistes de la liberté individuelle admettent tout de même (à titre de remède d'*equity*) la *specific performance*, l'exécution en nature, *in specie*, quant aux obligations de faire, et l'*injunction* quant aux obligations de ne pas faire, avec à la clef les sanctions sévères du *contempt of court* pour le cas où le débiteur n'obtempérerait pas aux ordres du juge (cf. Barda,

Th. Paris, 1928 ; Arminjon-Wolff, III, n<sup>o</sup> 831). Il semble, cependant, que, par un jeu de restrictions au principe, les solutions anglaises ne soient pas tellement éloignées des nôtres : exclusion de la *specific performance* quand le faire dépend de la personnalité (artistique) du débiteur ; quand l'exécution directe impliquerait une rigueur excessive ; quand l'obligation a un caractère successif, ce qui rendrait difficile au tribunal de surveiller l'accomplissement de ses ordres. Et c'est d'Angleterre que vient le proverbe, d'une insondable philosophie juridique : *one can bring a horse to the water, but nobody can make him drink*.

Toujours est-il que l'idéal de l'exécution en nature a marqué chez nous des points contre l'a. 1142. L'astreinte s'étant sans doute émoussée, deux décrets sont sortis coup sur coup, l'un (85-1330, du 17 décembre 1985) qui donne compétence au président du tribunal de grande instance pour ordonner l'exécution « même s'il s'agit d'une obligation de faire » (C. Pr. C. a. 809, 849, 873, 894), l'autre (88-209, du 4 mars 1988) qui, au niveau plus modeste du tribunal d'instance, organise l'« injonction de faire » (C. Pr. C. a. 1425-1 s. ; en 1991, 5 245 cas). Cf. Le Ninivin, *J.C.P.*, 86, 1, 3226 ; Estoup, *G.P.*, 88, 1, Doctr., 280. Quoique les textes ne distinguent pas, il est probable que l'application se limite aux obligations de faire sans caractère personnel. On peut, au demeurant, s'interroger (cf. Perrot, *R.T.*, 90, 567) : 1<sup>o</sup> sur l'efficacité finale de ces armes nouvelles : passé l'effet comminatoire, ne tombent-elles pas dans le vide d'une inaction (qui est une liberté) ; 2<sup>o</sup> sur la légalité des décrets qui les ont créées : à supposer que le C.C. n'ait pas tout entier valeur de loi, l'a. 1142 fait certainement partie des dispositions de principe auxquelles on ne saurait dénier cette valeur.

### [376]

#### THÉORIE JURIDIQUE

En doctrine, deux attitudes opposées. 1<sup>o</sup> La première porte à son maximum la signification de l'a. 1142. C'est le libéralisme radical : éparses chez quelques commentateurs au XIX<sup>e</sup> s. (Toullier, VI, n<sup>o</sup> 8 ; Larombière, a. 1142, n<sup>o</sup> 3 ; Acollas, II, p. 724), elle eût peut-être, en se sophistiquant, rejoint la théorie anglo-saxonne de la violation efficace (de l'inexécution économiquement utile ; cf. *supra*, n<sup>o</sup> 153). L'homme, affirme-t-on dans la conception radicale, ne peut pas obliger son activité, car ce serait aliéner sa liberté. L'obligation de faire, ayant un objet impossible, n'est pas juridiquement obligatoire ; à l'instar de l'obligation naturelle, elle n'est susceptible que d'exécution volontaire. On peut, néanmoins, la rendre efficace (selon une technique que pratiqua souvent le droit romain) en lui adjoignant une clause pénale pécuniaire pour le cas où elle ne serait pas exécutée volontairement ; l'a. 1142 ne fait que sous-entendre une telle clause. De là des conséquences quant à la nature de l'obligation de faire : il n'y a pas ici, comme il a parfois été soutenu, une obligation alternative (le fait ou les dommages-intérêts) ; mais une obligation facultative (le débiteur doit l'estimation pécuniaire à titre principal, et il a la faculté de s'en libérer en accomplissant le fait). 2<sup>o</sup> Cependant, la doctrine dominante cherche plutôt à édulcorer l'a. 1142 pour le ramener dans le giron de l'a. 1134 : le droit est fait pour se réaliser (formule pragmatique de Jhering), l'obligation pour s'exécuter ; il faut donc poser en principe que tous les engagements sont susceptibles d'exécution forcée en nature, l'a. 1142 n'étant qu'un tempérament d'opportunité pour le cas où cette exécution risquerait de troubler l'ordre social. Ainsi s'expriment les Classiques (Josserand, II, n<sup>o</sup> 591 ; Demogue, VI,

n° 136 ; Planiol-Esmein, n° 780), mais aussi les Modernes (Jeandidier, *R.T.*, 76, 723 ; J. Mestre, *R.T.*, 90, 70). Ils ont dû être écoutés par le législateur dans ces lois de procédure qui ont voulu donner — hors surendettement du moins — plus d'énergie et d'efficacité à l'exécution, donc à l'obligation (ex. l'astreinte, l'injonction de faire, le référé-obligation de faire). Que conclure au plan théorique ? A l'inverse des libéraux : l'obligation de faire n'est ni alternative ni facultative ; elle a pour unique objet le fait promis, ce qui implique que le tribunal doit condamner le débiteur en premier lieu à l'exécution directe, sauf à y ajouter subsidiairement, pour le cas d'inexécution, une condamnation à d.-i.

[377]

## PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *L'a. 1142.* — L'application la plus voyante de l'a. 1142 a concerné les artistes, auteurs et acteurs : leur volonté contractuelle est particulièrement capricante ; leur exécution n'a de valeur que dans une totale spontanéité. Ex. Paris, 3 mars 1855 (*Rachel*, S. 55, 2, 410) ; Paris, 4 juill. 1865 (*Rosa Bonheur*, S. 65, 2, 233 ; D. 65, 2, 201) ; Paris, 21 avril 1896 (*Coquelin aîné*, S. 97, 2, 9) ; et surtout Civ. 14 mars 1900 (S. 00, 1, 489, D. 00, 1, 497 ; cf. Planiol, D. 98, 2, 465 : le refus de *Whistler*, qui n'avait pas voulu se dessaisir du portrait de lady Eden, a été jugé invincible, et, pourtant, il est probable que ses scrupules affichés d'artiste insatisfait de son œuvre masquaient ici un regret moins avouable du prix qu'il avait d'abord accepté ; l'arrêt suppose que le contrat de commande d'œuvre d'art n'est pas une vente de chose future, où la propriété serait transférée à l'acheteur dès l'achèvement ; c'est une convention comportant une obligation de faire, soumise à l'a. 1142. Aujourd'hui, la liberté des auteurs, sans recours à l'a. 1142, trouve une protection avancée dans des dispositions spéciales du C. Pr. Intell., a. L. 121-2, 121-4.

A l'opposé, dans le monde prosaïque où se meut le commun des mortels, il est rare de rencontrer des obligations de faire qui engagent aussi intimement la personne. Il se peut que le caractère éminemment religieux de la prestation attendue (ce qui est très exceptionnel) inhibe l'exécution en nature. Ainsi, en refusant de délivrer le gueth sans lequel la femme juive ne pourra se remarier selon le rite mosaïque, le mari divorcé use d'une liberté spirituelle : aussi, sans s'interroger sur la possibilité d'un abus, a-t-on jugé qu'il ne pourrait être contraint, fût-ce par voie d'astreinte, Civ.<sup>2</sup> 21 nov. 1990, D. 91, 434, et que la femme devrait se contenter de d.-i. Manque d'imagination de nos juges laïcs peut-être : les parlements jansénistes avaient parfois décidé que leurs arrêts, transcrits de force sur les registres paroissiaux, tiendraient lieu des sacrements qu'avaient refusés des curés trop romains. On aurait pu songer à l'obligation de vider les lieux, revers du droit d'un autre à l'expulsion (cf. Aix, 22 déc. 1987, D. 89, 45, et la note Putman). Il est vrai que c'est une obligation qui n'a de sens que par l'exécution en nature ; mais l'expulsion, telle que l'envisage la loi du 9 juillet 1991 sur l'exécution forcée, a. 65, suivant la coutume, se ramène à une appréhension du mobilier : il n'y a pas de coercition corporelle. En fait, les tribunaux paraissent mieux aimer l'exécution en nature, l'exécution directe, qui est dans la logique du contrat, et ils ne recourent à la conversion en argent que si l'autre parti présente des inconvénients graves. C'est à rechercher chaque fois selon le contenu du *faire*. L'obligation de livrer des choses de genre peut s'exécuter facilement ; si le débiteur en manque, il en empruntera au marché ; l'a. 1142 est inutile : Civ.<sup>1</sup>

[378]

20 janv. 1953, D. 53, 222, *J.C.P.*, 53, 2, 7677. Que si, d'aventure, l'exécution directe était devenue impossible, le vendeur serait condamné à payer, non pas des d.-i., mais (on aperçoit la nuance) une somme représentative de la valeur de la chose vendue : Com. 5 oct. 1993, *Bull.*, n° 313. — Un nœud important de contentieux se rapporte à l'inobservation de pactes de préférence (cf. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, 1997, n°s 676 s.). Le bénéficiaire indûment évincé demande à être substitué à l'intrus. Ce serait une exécution en nature. Mais la Cour de cassation s'en tient à l'a. 1142, et l'oblige à se contenter de dommages-intérêts : Com. 27 mai 1986, *R.T.*, 87, 89 ; Com. 7 mars 1989 (préférence entre actionnaires, D. 89, 231, *J.C.P.*, 89, 2, 21316, concl. Jeol, n. Reinhard, *Rép. not.*, 89, 1271, *R.T.*, 90, 70 ; Civ.<sup>3</sup> 30 avr. 1997 (vente d'immeuble), D. *Aff.*, 97, 730. Il faut reconnaître que la substitution de contractant est une solution lourde à mettre en œuvre : c'est un remue-ménage, l'argent est fluide. — Le droit du travail, mais il a son particularisme, a été l'occasion d'un refluxement, au moins apparent, de l'a. 1142. Un représentant du personnel, illégalement licencié, a le droit d'obtenir sa réintégration dans l'entreprise, non pas simplement des dommages-intérêts : Ch. mixte, 25 oct. 1968, D. 68, 706 ; Soc. 14 juin 1972, *J.C.P.*, 72, 2, 17275, n. Lyon-Caen ; Ch. mixte, 21 juin 1974 (arrêt *Perrier*), D. 74, 593, concl. Touffait, et Sinay, D. 74, chr. 235. Il est vrai que l'obligation est ici moins de *faire* que de *laisser faire* : laisser s'exécuter le contrat de travail du salarié délégué. On reste dans la brume, toutefois, quant aux mesures pratiques qu'il conviendrait d'appliquer si le patron condamné s'obstinait à fermer la porte de son atelier : pression des astreintes ? *manus militaris* ?

b) *L'a. 1144.* — L'immeuble ayant besoin de réparations, le locataire, qui en est créancier (a. 1720), au lieu de demander au bailleur d'y procéder, peut y procéder lui-même *omnisso medio*, sauf à exiger ensuite le remboursement de la dépense. Ce pourrait être compris comme un acte de justice privée, licite par exception. Privée, pas tout à fait, cependant, car il y faut d'abord une autorisation du juge. Malgré une tendance, chez les intéressés, à s'affranchir de ce préalable sous couleur d'urgence (comme si nous n'avions pas une justice d'urgence), la Cour de cassation ne semble pas encline aux accommodements : Soc. 5 juin 1953, D. 53, 601 ; Civ.<sup>3</sup> 29 nov. 1972, *Bull.*, n° 648, et 20 mars 1991, *R.T.*, 91, 735. On s'est interrogé sur le fondement du recours exercé ensuite contre le propriétaire : impenses ? enrichissement sans cause ? On a plutôt conclu à la gestion d'affaire. Il ne faut pas objecter que la présence d'un contrat exclut le quasi-contrat. Car, en prenant son initiative, le locataire s'est placé hors du bail : il a agi comme un voisin, le plus proche assurément. Ce qui explique qu'il ne pourra faire valoir ses factures qu'autant que les travaux ont été menés de la façon la plus économique (ce sont les critères de l'a. 1375, bonne administration, dépenses utiles ou nécessaires) : Civ. 2 juill. 1945, D. 46, 4, *R.T.*, 46, 39. — Sur un emploi moderne de l'a. 1144 dans les rapports entre entrepreneur et clients, cf. Atias et Debeaurain, L'abandon du chantier de construction, D. 90, chr. 291.

[378]

II. — *Les astreintes*

B.G. — Planiol-Radouant, VII, n°s 787 s. ; Demogue, VI, n°s 507 s. ; P. Raynaud, *Mélanges Secrétan*, Lausanne, 1964, 249 s. ; Tunc, *Festschrift, O. Riese*, Karlsruhe, 1964, 397 s. ; Boré, *Mélanges Ancel*, 1975, I, 273 s. ; Y. Lobin, *Mélanges Kayser*, 1979, II, 132 s.



## HISTOIRE

Cf. A. Esmein, L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes, *R.T.*, 1903, 5. Un argument douteux de continuité historique avait été invoqué à l'appui de la jurisprudence : elle n'aurait fait qu'emprunter aux Parlements leur pratique des *injonctions*, dont l'a. 1036 C. Pr. C. avait prévu le maintien. Les astreintes ont eu leur vogue au début du siècle : l'efficience était regardée sans conteste comme une qualité du droit, et il fallait, régnant la morale des affaires, assurer coûte que coûte satisfaction au créancier. Puis il y eut un refroidissement, le vent était plutôt à la charité (cf. Fréjaville, D.H. 1949, chr. 1, *J.C.P.*, 1951, 1, 910), témoin la loi lénitive du 21 juill. 1949 (cf. *R. loyers*, 1949, 477). Cependant, l'astreinte ne devait pas tarder à retrouver faveur, selon un important arrêt (Civ.<sup>2</sup> 20 oct. 1959, D. 59, 537, n. Holleaux, *J.C.P.*, 60, 2, 11449), proclamant son excellence. Enfin, avec les lois de 1972 et de 1991, c'est la consécration. Perrot, *G.P.*, 91, 2, doct. 801 ; Chabas, D. 92, chr. 299.

## POLITIQUE LÉGISLATIVE

Le problème de principe ayant été vidé par la loi, peut-être faudrait-il se préoccuper des *abus* de l'astreinte, car il y en a. S'il s'agit d'assurer le respect des décisions de justice, comme le suggère la loi de 1991 (a. 33), il semblerait rationnel de dériver vers l'Etat le profit de l'astreinte, d'en faire une amende civile sanctionnant le *contempt of court*.

## THÉORIE JURIDIQUE

La loi de 1991, après celle de 1972, a apporté deux éléments de définition (cf. Chabas, D. 72, chr. 271, et 92, chr. 299) :

1° L'astreinte est une mesure d'*exécution des décisions de justice* (a. 33). Le législateur a certainement accentué la nature procédurale de l'institution, et ce n'est peut-être pas assez dire : il semble l'avoir conçue comme une institution relevant de l'*imperium* (des attributions administratives du juge), plutôt que de la *jurisdictio* (de ses attributions juridictionnelles), ce qui expliquerait notamment la faculté de révision, à l'encontre de l'autorité de la chose jugée. Dans le système actuel, l'astreinte est, d'ailleurs, ouvertement employée à des fins de bonne administration de la justice (v. l'a. 10 C.C. ; les a. 139, 142 C. Pr. C.). Il n'en reste pas moins qu'elle profitera privativement à une partie. La liquidation de l'astreinte fait naître une dette de somme d'argent productive d'intérêts légaux (Civ.<sup>1</sup> 18 oct. 1983, *Bull.*, n° 234).

2° L'astreinte est *indépendante des dommages-intérêts* (a. 34). Avant 1972, il était courant de dire que l'astreinte ne se confondait pas avec les dommages-intérêts. Toutefois, faute d'un support légal qui fût autonome, il fallait bien essayer de la relier d'une manière ou d'une autre aux dommages-intérêts, afin de mieux l'ancrer dans le droit positif. D'où diverses analyses. On aurait pu parler d'une *clause pénale judiciaire*, mais la construction eût été délicate. Fréjaville (*loc. cit.*) avait proposé de voir dans l'astreinte une *menace chiffrée d'appréciation rigoureuse des dommages-intérêts* : le juge, qui a le pouvoir de les évaluer plus ou moins sévèrement, fait connaître d'avance qu'il les évaluera très sévèrement. Seulement, cette menace judiciaire, cette condamnation

*in terrorem* était-elle compatible avec une conception libérale du procès civil ? Pierre Kayser (*R.T.*, 1953, 241) suggérait de distinguer deux phases : la phase comminatoire où l'astreinte est un procédé de contrainte en vue d'assurer une meilleure exécution de l'obligation ; la phase de liquidation où elle se résorbe en une condamnation à dommages-intérêts, étant entendu que le juge, suivant l'habitude, y tiendra compte en fait non seulement de l'étendue du préjudice, mais de la gravité de la faute, faute initiale et faute par résistance injuste. Finalement, la formule de l'a. 34 a rendu caduques ces explications : elle laisse à imaginer que l'astreinte est une espèce d'amende civile, peine privée, par laquelle le débiteur est puni tout à la fois pour avoir manqué à son créancier et désobéi à son juge.

## INDEX

- Absents (contrat entre), 26, 30.  
Abstention fautive, 221.  
Abstraite (promesse), 60, 63, 66.  
Abus de fonctions, 243 ; — du droit (en général), 141, 232, 233 ; — dans le contrat, 80 ; — de position dominante, de puissance économique, 46, 79, 81, 182.  
Acceptation (dans la formation du contrat), 26.  
Acceptation des risques, 234, 279.  
Accident de la circulation, 270 ; — du travail, 200 ; — scolaire, 239.  
Accord (de volontés), 26 ; — collectif de location, 115 ; — de principe, 30.  
Acquéreur à titre particulier, 128.  
Acte instrumentaire, 94 ; — juridique, 11, 13, 14 ; — notarié, 98 ; — sous seing privé, 97 ; — unilatéral, 14.  
Action civile, 284 ; — *de in rem verso*, 307.  
Adaptation (clause d'), 152.  
Adhésion (contrat d'), 35, 39.  
Affaires (morale des), 22 ; — (rapports d'), 112.  
Affiche, 40, 344.  
Aléatoire (contrat), 15.  
Aliéné (responsabilité), 225, 229.  
Alternative (obligation), 56.  
Animal (responsabilité du fait d'un), 250.  
Annulation, 106.  
Apparent (acte), 84.  
Apprenti (responsabilité du fait de l'), 238.  
Aquilienne (responsabilité), 220.  
Arrhes, 28, 113.  
Artisan, 238.  
Astreinte, 373.  
Auteur (de l'ayant cause), 128.  
Authenticité, 98.  
Autonomie de la volonté, 16.  
Avant-contrat, 27, 29.  
Aveu, 14.  
Ayant cause, 128.  
Bail, 118, 128, 323.  
Bâtiment (responsabilité de la ruine d'un), 251.  
Bibliographies, 4, 199.  
Billet non causé, 60 ; — à ordre, 317.  
Bon pour, 97.  
Bonne foi, 112, 114.  
Cadre (contrat-), 39, 111, 112, 139.  
Capacité contractuelle, 53 ; — délictuelle, 224, 229 ; — (du gardien), 264.  
Cas fortuit, v. *Force majeure*.

*N.B.* — Les nombres renvoient aux numéros gras entre crochets [1], [2], ... du volume et non aux pages.

- Casuelle (condition), 135.  
 Causalité, 158, 213, 216, 217.  
 Cause (dans les contrats), 58 ; — (dans la responsabilité), 213 ; — étrangère non imputable, 162, 214.  
 Cautionnement, 79, 102, 345 ; — (excès de), 78 ; — (moral), 8, 17.  
 Cession de contrat, 324 ; — de créance, 315, — de dette, 322.  
 Chance (perte d'une), 205, 211.  
 Chèque, 331.  
 Chirographaire (créancier), 129.  
 Choses (responsabilité du fait des), 249, 264.  
 Chronopost (arrêt), 113, 183.  
 Circulation (accident de la), 270 ; — (mise en) d'un produit, 267.  
 Clause, 15 ; — de non-responsabilité, 156, 175, 182, 284 ; — limitative de responsabilité, 179 ; — abusive, 79, 83, 177 ; — pénale, 178 ; — résolutoire expresse, 113, 188 ; — de style, 142.  
 Collectif (contrat), 115.  
 Collision de véhicules, 279.  
 Commencement de preuve par écrit, 96.  
 Commettant, 243.  
 Commercial (droit), 51.  
 Commission (contrat de), 116.  
 Communautaire (droit), 2.  
 Commutatif (contrat), 15.  
 Comparé (droit), 13.  
 Compensation, 337.  
 Complice (tiers) de la violation d'une obligation contractuelle, 122.  
 Comportement (garde du), 263.  
 Compromis de vente, 30.  
 Concubine, 207.  
 Condition, 135.  
 Confiance interpersonnelle dans les rapports d'affaires, 21, 111 ; confiance (principe de la), comme ressort du consentement, 27, 30.  
 Confirmation, 105.  
 Confusion, 327.  
 Congé, 14.  
 Connexité, 111, 343.  
 Consensualisme, 16.  
 Consentement, 26 ; — de la victime, 232.  
 Conservatoires (actes), 136, — (mesures), 366.  
 Consignation, 329.  
 Consommateurs (protection des), 46, 75, 125, 255.  
 Consommation (droit de la), 4, 6.  
 Contrainte (sur le débiteur), 372.  
 Contrat, 15 ; — avec soi-même, 120 ; — type, 39.  
 Contre-lettre, 84.  
 Contribution, 346.  
 Convention, 15 ; — collective de travail, 115.  
 Copie exécutoire, 98, 369.  
 Corporel (dommage), 207, 209, 270.  
 Correspondance (contrat par), 26, 30.  
 Créancier, 365 ; — chirographaire, 129.  
*Culpa in contrahendo*, 24, 28.  
 Cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, 292, 294.  
 Date certaine, 97, 98, 129.  
 Dation en paiement, 328.  
 Déchéance, 358 ; — du terme, 134.  
 Décision, 14.  
 Déclaration de simulation (action en), 85 ; — de volonté, 14, 32, 146.  
 Déconfiture, 369.  
 Dédit (clause de), 28, 113, 114, 178, 180.  
 Défaut du produit, 266, 268.  
 Déguisement, 84.  
 Délai (d'épreuve, de garantie, de protection), 267, 358 ; — (de grâce), 133, 187 ; — préfix, 358, 364.  
 Délégation, 322, 348.  
 Délit, 11, 220, 226.  
 Demeure (mise en) du débiteur, 168, 284, 291 ; — du créancier, 329, 333.  
 Demogue, 4.  
 Dénaturation du contrat, 143.  
 Déréglementation, 75.  
 Développement (risque de), 203.  
 Devoir, 7.  
 Dévouement (acte de), 250, 302.  
 Directe (action), 366.  
 Discrimination, 34.  
 Division des obligations, 344.  
 Dol (vice du consentement), 42 ; — dans l'exécution du contrat, 156.  
 Domat, 62, 114, 159.  
 Dommage dans l'inexécution du contrat, 154, 155 ; — dans la responsabilité extra-contractuelle, 205 ; — corporel, 207, 209, 270 ; — direct et indirect, 157 ; — moral, 206 ; — prévisible et imprévisible, 157.  
 Dommages-intérêts contractuels, 155, 168 ; — en matière délictuelle, 285.  
 Double (formalité du), 97.  
 Douleur, 208.  
 Durée (des contrats), 138, 139.  
 Economie, 12, 21, 71.  
 Écrit, 95.  
 Effet de l'obligation, du contrat, 113.  
 Emission (système de l'), 26, 30.  
 Endossement, 317.  
 Enfant, 223, 237, 271.  
 Enregistrement, 92.  
 Enrichissement sans cause, 307.  
 Ensemble contractuel, 111.  
 Équité, 34.  
 Erreur, 41 ; — (dans le paiement de l'indu), 303.  
*Essentialia*, 113.  
 État (responsabilité de l'— du fait des accidents scolaires), 239.  
 Euro, 331.  
 Européenne (Union), 2.  
 Évaluation des dommages-intérêts contractuels, 169 ; — des dommages-intérêts délictuels, 285.  
 Eventuel (dommage), 211 ; — (droit), 136.  
 Exception (*non adimpleti contractus*, d'inexécution), 194 ; opposabilité ou inopposabilité des —s, 317.  
 Exécution forcée, 365, 369.  
 Exécutoire (copie), 98.  
 Expédition (d'un acte notarié), 98.  
 Expresse (volonté), 32, 38.  
 Expromission, 348.  
 Expulsion, 365, 373.  
 Extinction des obligations, 327.  
 Fabricant (responsabilité du), 267, 269.  
 Facultative (obligation), 56.  
 Fait d'autrui, 235 ; — de la chose, 256, 263 ; — dommageable, 220 ; — juridique, 10, 198.  
 Famille (effets du contrat à l'égard de la), 118.  
 Faute contractuelle, 156 ; — délictuelle, 221 ; — lourde, 156, 223 ; — (non intentionnelle, quasi-délit), 223 ; — (qui profite), 153, 160.  
 Faux (inscription de), 98.  
 Foi (bonne) contractuelle, 113, 114 ; débiteur de mauvaise —, 169, 174.  
 Fondation (acte de), 14.  
 Force majeure, 162, 219, 258.  
 Formalités, 92.  
 Forme, 89.  
 Fortuit (cas), v. *Force majeure*.  
 Fraude à la loi, 73 ; — paulienne, 367.  
 Futur (objet), 54.  
 Gage (droit de), des créanciers, 366.  
 Garantie (dans la cession de créance) 315.  
 Garde (dans l'a. 1384, al. 1), 257, 264.  
 Gardien, 263.  
 Genre (choses de), 162.  
 Gestion d'affaires, 298.  
 Gibier, 250.  
 Grâce (terme de), 133.  
 Gratuit (contrat à titre), 15.  
 Grève, 167.  
 Grosse, 98.  
 Groupe de contrats, 111, 112, 127, 326.  
 Guerre, 167.  
 Habitude contractuelle, 111, 112.  
 Handicapé, 271, 281.

- Héritiers (effets des contrats), 118 ; division des obligations entre les —s, 344.  
 Homme, 222.  
 Honneur (dette d'), 8 ; — (engagement d'), 17.
- Illicite (cause), 61 ; — (objet), 55 — (dans la faute), 231, 233.  
 Impératives (lois), 37, 69.  
 Implication (du véhicule), 272.  
 Impossibilité, 7.  
 Imprévision, 144.  
 Imprudence, 226.  
 Imputabilité, 214, 226, 229, 280.  
 Imputation des paiements, 328, 332.  
 Incapacité contractuelle, 53 ; — délictuelle, 224.  
 Incendie (communication d'), 259.  
 Indemnisation, 199, 270.  
 Indemnité délictuelle, 285.  
 Indication de paiement, 328.  
 Indivisibilité, 111, 344.  
 Indu, 303.  
 Inexcusable (faute), 226, 271.  
 Inexécution du contrat, 153.  
 Inexistence, 104.  
*Infans*, 224.  
 Information (système de l'), 26, 30.  
 Informer (obligation d'), 40, 46, 82-83.  
 Initiative contractuelle, 28.  
 Injonction (de faire), 372, 375 ; — (de payer), 154, 369.  
 Inopposabilité, 109, 115, 124 ; — des exceptions, 317.  
 Insolvabilité, 371.  
 Instantanée (contrat à exécution), 138.  
 Instituteurs (responsabilité des), 239.  
 Instrumentaire (acte), 94.  
 Intention (dans la faute), 226.  
 Intérêt (taux d'), 78, 169.  
 Intérêts moratoires, 168, 172.  
 Interposition de personne, 84.  
 Interprétation du contrat, 142, 146.  
 Interprétatives de volonté (lois), 37, 69.  
 Interruption de la prescription, 355.  
 Interventionnisme, 70.
- Interversion de la prescription, 357.  
*Intuitus personae*, 41, 324.  
 Irresponsabilité (convention d') ; — en matière contractuelle, 182 ; — délictuelle, 284.
- Justice commutative, 78.  
 Justificatif (fait), 232.
- Langage, 21, 36.  
 Légère (faute), 156, 226.  
 Léonin (contrat), 78.  
 Lésion, 44, 53, 78.  
 Lettre missive (dans la formation du contrat), 26, 30 ; — (comme preuve), 96.  
 Libéralisme économique, 75.  
 Lieu du contrat, 26, 30 ; — du paiement, 328.  
 Liquidité, 337.  
 Loi contractuelle, 112 ; — interprétative, supplétive de volonté, 37, 69.  
 Lourde (faute), 156, 160, 226.
- Majeur protégé, 225, 271, 281.  
 Maladie, 167.  
 Manifestation de volonté, 14, 32.  
*Maxime Contra non valentem agere*, 361 ; — *Genera non pereunt*, 162 ; — *Malitiis non est indulgendum*, 226 ; — *Nemo auditur...*, 107, 110 ; — *Quae temporalia sunt ad agendum...*, 105, 110.  
 Médecin, 38, 70, 156, 159, 167, 204, 211, 233, 291.  
 Mensonge, 42, 82, 84.  
 Microfilm, 96.  
 Mineurs (responsabilité des), 225, 229 ; responsabilité du fait des —, 236, 240.  
 Minute, 98.  
 Mise en demeure, 168.  
 Mobiles, 61.  
 Modalités de l'obligation, 133.  
 Modération des dommages-intérêts, 286.  
 Mœurs (bonnes), 8, 17, 68, 74, 231.
- Monnaie, 10, 12, 71, 331.  
*Mora creditoris*, 333.  
 Morale, 8, 17, 22, 110, 224.  
 Moratoire, 133 ; — (dommages-intérêts), 168.  
 Mort (d'un contractant), 118 ; — (comme dommage), 207.  
 Moyens (obligation de), 156, 159.  
*Mutuus dissensus*, 113.
- Naturelle (obligation), 7, 9, 17.  
 Nécessité (état de), dans la responsabilité civile, 232.  
 Négligence, 226.  
 Négociable (titre), 317.  
 Négociation, 19, 27, 28.  
 Nominatif (titre), 317.  
 Non écrite (clause réputée), 104.  
 Notarié (acte), 98.  
 Novation, 348 ; — de l'obligation naturelle, 7.  
 Nuire (droit de), 232, 233.  
 Nullité, 104.
- Objet du contrat, 54.  
 Obligation (en général), 313 ; — en nature, 10 ; — de faire ou de ne pas faire, 372 ; — de moyens et obligation de résultat, 156 ; — *in solidum*, 345 ; — pécuniaire, 10, 55, 331 ; — de valeur, 12.  
 Oblique (action), 366.  
 Offre, 25, 28 ; — d'indemnité, 273 ; — réelles, 329.  
 Omission (faute par), 221, 228, 230.  
 Onéreux (contrat à titre), 15.  
 Opposabilité, 115, 124, 127, 296, 315.  
 Ordre (public), 16, 69, 75 ; titre à —, 317.
- Pacte, 19 ; — (commissaire), 188.  
 Paiement, 327 ; — de l'indu, 303.  
 Partie, 116.  
 Passif (rôle) de la chose, 265.  
 Paulienne, 367.
- Peine privée, 178, 206.  
 Pénale (clause), 178.  
 Père et mère (responsabilité des), 236, 240.  
 Perpétuels (contrats), 140.  
 Personne morale, 229.  
 Photocopie, 99.  
 Police administrative, 374.  
 Pollicitation, 25.  
 Porte-fort, 123.  
 Porteur (titre au), 317.  
 Possession de la créance, 328.  
 Possible, 7.  
 Potestative (condition), 135, 137.  
 Pothier, 4, 8, 9, 137, 157, 158.  
 Pourparlers, 27, 29.  
 Poursuite, 346.  
 Pratique extrajudiciaire, 103.  
 Précaution (principe de), 203.  
 Précontractuelle (période), 25.  
 Préjudice, v. *Dommage*.  
 Préposé, 243.  
 Prescription de l'action en nullité, 105 ; — extinctive, 354.  
 Présomption de paiement, 357.  
 Prestation, 10.  
 Prête-nom, 84.  
 Preuve préconstituée, 94 ; — en matière contractuelle, 94 ; — en matière de responsabilité, 284.  
 Prix, 55 ; — illicite, 70.  
 Procès en responsabilité civile, 284.  
 Producteur, 267.  
 Produits (responsabilité du fait des), 266.  
 Promesse de contracter, 15 ; — de payer, 15 ; — de vente, 111 ; — pour autrui, 123.  
 Protection, 70.  
 Publicité foncière, 92, 128.  
 Publicité mensongère, 45.  
 Punctuation, 30.
- Qualification, 19, 64.  
 Quasi-contrat, 10, 297.  
 Quasi-délict, 11, 220, 226.  
 Quittance, 330.

- Raisonné, 21, 146, 216, 266.  
 Rapport d'affaires, 111.  
 Rapport d'obligation, 314.  
 Ratification, 14, 109 ; — de la gestion d'affaires, 299.  
*Rebus sic stantibus* (clause), 145.  
 Reconduction (tacite), 141.  
 Réel (contrat), 91, 93.  
 Refus de contracter, 33, 38.  
 Règlement d'atelier, règlement intérieur d'entreprise, 39.  
 Régularisation, 109.  
 Relatif (effet) des conventions, 112, 115, 122, 127, 326.  
 Relation de fait, 109.  
 Remise de dette, 352.  
 Renonciation, 14, 18 ; — (à prescription), 356.  
 Renseignements (obligation de), 40, 46, 82, 83.  
 Rentes indexées, 289.  
 Réparation, 285.  
 Repentir (droit de), 113, 114.  
 Répétition de l'indu, 303.  
 Représentation, 116, 299.  
*Res nullius*, 250.  
 Rescision, 78.  
 Réserves (dans les actes juridiques), 21, 25, 330.  
 Résiliation, 187.  
 Résoluble (propriété), 106.  
 Résolution des contrats, 185.  
 Responsabilité contractuelle, 154 ; — contractuelle du fait d'autrui, 156 ; — délictuelle, 220 ; — du fait d'autrui, 235 ; — du fait des choses, 249 ; combinaison de —, 290 ; — délictuelle et contractuelle (parallèle, concours), 291, 294 ; — médicale, 204.  
 Restitution (contrats de), 15 ; — après annulation, 107.  
 Résultat (obligation de), 156, 159.  
 Retard du débiteur, 168.  
 Rétention (droit de), 194.  
 Réticence, 42, 51.  
 Rétractation, 113, 114.  
 Retrait litigieux, 318.  
 Rétroactivité (de la condition), 137.  
 Révision du contrat, 144 ; — des dommages-intérêts, 285.  
 Révocation du contrat, 112.  
 Révocatoire (action), 367.  
 Ricochet (dommage par), 207.  
 Ripert (*Règle morale*), 9, 22.  
 Risque (théorie du), dans la responsabilité, 200, 203 ; acceptation des —s, 234, 279 ; — dans les contrats, 191.  
 Ruine d'un bâtiment, 251.  
 Sacré, 55.  
 Saisies, 369.  
 Saleilles, 4, 39.  
 Santé (droit de la), 204.  
 Scolaire (accident), 239.  
 Sécurité (des consommateurs), 266, — (obligation contractuelle de), 25, 29, 56, 292, 295.  
 Sida, 204.  
 Signature, 97.  
 Silence, 27, 32, 38, 230.  
 Simulation, 84.  
 Sincérité contractuelle, 82.  
 Solennel (acte), 90.  
 Solidarisme, 20.  
 Solidarité, 289, 344.  
*Solidum* (obligation *in*), 289, 345.  
 Sources des obligations, 11.  
 Sous-contrat, 325.  
 Sous-traitant, 326.  
 Spéciaux (contrats), 19.  
 Sport (responsabilité), 234.  
 Stipulation, 27 ; — pour autrui, 124.  
 Structure (garde de la), 263.  
 Subrogation personnelle, 334.  
 Substitution (dans le contrat), 325.  
 Successif (contrat), 114, 138.  
 Succession (de la victime), 207.  
 Supplétives de volonté (lois), 37, 38, 69.  
 Surendettement, 97, 365, 369, 371.  
 Sûreté personnelle, 345.  
 Suspension du contrat, 195 ; — de la prescription, 355.  
 Synallagmatique (contrat), 15, 97.  
 Tacite (volonté), 32, 38, 141.  
 Téléphone (contrat par), 26.  
 Terme, 133.  
 Testament, 14.  
 Tiers (*penitus extraneus*), 122 ; — (ayant cause), 128.  
 Titre (acte instrumentaire), 94 ; — exécutoire, 98, 369 ; — négociable, 317.  
 Transfert des titres nominatifs, 317.  
 Transfusion sanguine, 204.  
 Transparence, 82, 83.  
 Transport bénévole, 279.  
 Ultra-risque, 203.  
 Unilatéral (acte), 14 ; contrat —, 15, 97 ; déclaration —, 27.  
 Usages conventionnels, 34.  
 Usure, 78, 81.  
 Valeur (dette de), 12.  
 Véhicule à moteur, 270.  
 Vendeur (responsabilité du), 269.  
 Vente (forme, preuve), 90, 92.  
 Vérification d'écriture, 97.  
 Vice de la chose, 262 ; — du consentement, 41.  
 Victime (droit constitutionnel), 199 ; — (consentement de la), 225 ; — (faute, fait de la), 163, 225, 232, 258, 264, 271.  
 Vide, 269.  
 Violence, 43.  
 Vol : automobile volée, 257, 267 ; — force majeure, 167.  
 Volonté (dans l'acte juridique), 37 ; — (dans la faute), 223.

# T H É M I S

Collection fondée et dirigée par Maurice Duverger

---

## DROIT PRIVÉ

Direction : Catherine Labrusse-Riou

- ATIAS Christian *Philosophie du droit*. 1999, 1<sup>re</sup> éd.  
BEAUCHARD Jean *Droit de la distribution et de la consommation*. 1996, 1<sup>re</sup> éd.  
CARBONNIER Jean *Droit civil*  
*Introduction*. 1999, 26<sup>e</sup> éd. refondue  
T. 1 : *Les Personnes*. 2000, 21<sup>e</sup> éd. refondue  
T. 2 : *La Famille. L'enfant, le couple*. 1999, 20<sup>e</sup> éd. refondue  
T. 3 : *Les Biens*. 2000, 19<sup>e</sup> éd. refondue  
T. 4 : *Les Obligations*. 2000, 22<sup>e</sup> éd. refondue  
CHARTIER Yves *Droit des affaires*  
T. 1 : *L'Entreprise commerciale*. 1993, 4<sup>e</sup> éd. refondue  
T. 2 : *Sociétés commerciales*. 1992, 3<sup>e</sup> éd. mise à jour  
T. 3 : *Entreprises en difficulté*. 1990, 1<sup>re</sup> éd.  
CORNU Gérard *Les Régimes matrimoniaux*. 1997, 9<sup>e</sup> éd. refondue  
CORNU Gérard, FOYER Jean *Procédure civile*. 1996, 3<sup>e</sup> éd. refondue  
DELMAS-MARTY Mireille *Droit pénal des affaires*  
T. 1 : *Responsabilité, procédure, sanctions*. 1990, 1<sup>re</sup> éd.  
T. 2 : *Infractions*. 1990, 1<sup>re</sup> éd.  
DELMAS-MARTY Mireille *Les Grands Systèmes de politique criminelle*. 1992, 1<sup>re</sup> éd.  
DELMAS-MARTY Mireille (sous la direction de) *Procédures pénales d'Europe*. 1995, 1<sup>re</sup> éd.  
DIDIER Paul *Droit commercial*  
T. 1 : *Introduction. L'entreprise. L'entreprise individuelle*. 1999, 3<sup>e</sup> éd. mise à jour  
T. 2 : *L'Entreprise en société. Les groupes de sociétés*. 1999, 3<sup>e</sup> éd. mise à jour  
T. 3 : *La monnaie. Les valeurs mobilières. Les effets de commerce*. 1999, 1<sup>re</sup> éd.  
T. 4 : *L'entreprise en difficulté*. 1999, 2<sup>e</sup> éd.  
DIJON Xavier *Droit naturel*  
T. 1 : *Les questions du droit*, 1998, 1<sup>re</sup> éd.  
FOYER Jean, VIVANT Michel *Droit des brevets*. 1991, 1<sup>re</sup> éd.  
GROSS Bernard, BIHR Philippe *Contrats civils et commerciaux*  
T. 1 : *Vente civile et commerciale. Baux d'habitation, baux commerciaux*. 1993, 1<sup>re</sup> éd.  
HUET André, KOERING-JOULIN Renée *Droit pénal international*. 1994, 1<sup>re</sup> éd.  
LUCAS André *Droit de l'informatique*. 1987, 1<sup>re</sup> éd.  
PONCELA Pierrette *Droit de la peine*. 1995, 1<sup>re</sup> éd.  
PUTMAN Emmanuel *Droit des affaires*, t. 4 : *Moyens de paiement et de crédit*. 1995, 1<sup>re</sup> éd.

PUTMAN Emmanuel *Contentieux économique*. 1998, 1<sup>re</sup> éd.  
RIVERO Jean et SAVATIER Jean *Droit du travail*. 1993, 13<sup>e</sup> éd. mise à jour  
ROBERT Jacques-Henri *Droit pénal général*. 1999, 4<sup>e</sup> éd. mise à jour  
SCHAPIRA Jean, LE TALLEC Georges, BLAISE Jean-Bernard, IDOT Laurence *Droit européen des affaires*. 1999, 5<sup>e</sup> éd. mise à jour

### Ouvrages en préparation

BERGEL Jean-Louis *Méthodologie juridique*  
CADIET Loïc *Introduction au droit processuel*  
DIJON Xavier *Droit naturel*, t. 2 : *Les réponses de l'histoire*  
EDELMAN Bernard *Propriété littéraire et artistique*, 2 tomes  
GAUDU François *Droit du travail*  
GROSS Bernard, BIHR Philippe, BALESTRIERO Véronique *Contrats civils et commerciaux*, t. 2  
IDOT Laurence *Introduction au droit communautaire*  
LUCAS DE LEYSSAC Claude, PARLÉANI Michel-Gilbert *Droit du marché*  
MARTIN Gilles G. *Droit des assurances*  
MUIR-WATT Horatia, BUREAU Dominique *Droit international privé*  
RODIÈRE Pierre, MOREAU Marie-Ange *Migrations internationales : étrangers et nationaux*  
VAREILLE Bernard, MARGUENAUD Jean-Pierre *Les Libéralités*  
*Les Successions*

## DROIT PUBLIC

Direction : Didier Truchet

AUBY Jean-Bernard, Jean-François *Droit des collectivités locales*. 1998, 2<sup>e</sup> éd.  
BELTRAME Pierre, MEHL Lucien *Techniques, politiques et institutions fiscales comparées*. 1997, 2<sup>e</sup> éd. refondue  
BOURDON Jacques, PONTIER Jean-Marie, RICCI Jean-Claude *Droit des collectivités territoriales*. 1998, 2<sup>e</sup> éd. mise à jour  
BURDEAU François *Histoire du droit administratif*. 1995, 1<sup>re</sup> éd.  
CHARLES Hubert *Droit de l'urbanisme*. 1997, 1<sup>re</sup> éd.  
DEBBASCH Charles *Institutions et droit administratifs*  
T. 1 : *Les Structures administratives*. 1999, 5<sup>e</sup> éd. mise à jour  
T. 2 : *L'Action et le contrôle de l'administration*. 1998, 4<sup>e</sup> éd. refondue  
DEBBASCH Charles, BOURDON Jacques, PONTIER Jean-Marie, RICCI Jean-Claude *Droit administratif des biens*. 1999, 3<sup>e</sup> éd.  
DOUAT Étienne *Finances publiques*. 1999, 1<sup>re</sup> éd.  
DRAGO Guillaume *Contentieux constitutionnel français*. 1998, 1<sup>re</sup> éd.  
DUVERGER Maurice *Éléments de droit public*. 1995, 13<sup>e</sup> éd. mise à jour  
GLEIZAL Jean-Jacques, GATTI-DOMENACH Jacqueline, JOURNÈS Claude *La Police. Le cas des démocraties occidentales*. 1993, 1<sup>re</sup> éd.

RIVERO Jean *Les Libertés publiques*  
T. 1 : *Les Droits de l'homme*. 1995, 7<sup>e</sup> éd. mise à jour  
T. 2 : *Le Régime des principales libertés*. 1996, 5<sup>e</sup> éd. mise à jour  
SUEUR Philippe *Histoire du droit public français*  
T. 1 : *Constitution monarchique*. 1993, 2<sup>e</sup> éd.  
T. 2 : *Affirmation et crise de l'État*. 1994, 2<sup>e</sup> éd.  
TOUSCOZ Jean *Droit international*. 1993, 1<sup>re</sup> éd.  
VEDEL Georges, DELVOLVÉ Pierre *Droit administratif*  
T. I. 1992, 12<sup>e</sup> éd.  
T. II. 1992, 12<sup>e</sup> éd.

### Ouvrages en préparation

BURDEAU Geneviève *Droit des organisations internationales*  
DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline *Droit communautaire et politiques communes*  
LABORDE Jean-Pierre *Sécurité sociale*  
MAILLARD Dominique *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*  
MOLINIER Joël, TOURNIÉ Gérard *Procédure fiscale*, 2<sup>e</sup> éd. refondue  
PICARD Étienne *Droits fondamentaux. Théorie générale*  
RAINAUD Jean-Marie *Les grandes conclusions des commissaires du gouvernement*  
VAN LANG Agathe *Droit de l'environnement*

Imprimé en France  
Imprimerie des Presses Universitaires de France  
73, avenue Ronsard, 41100 Vendôme  
Janvier 2000 — N° 46 810