

INTRODUCTION

1. - Certains des principes de morale sociale qui irradiant l'ordre juridique restent informulés par les sources positives. Ces principes n'appartiennent pas seulement aux juristes, mais suggèrent au Droit les règles de conduite qu'il énonce. Au sein de ces principes fondamentaux doit être distingué " le principe de cohérence ". Le principe de cohérence exige de l'individu qu'il adopte, dans l'action, un comportement ordonné, qu'une cohésion rassemble ses actes, que l'on puisse discerner dans son comportement les signes de sa " personnalité ", " cette continuité de l'individu dans le temps " ¹.

A dire le vrai, que l'individu conduise ses affaires d'une manière absurde n'appelle pas l'intervention du Droit ². En revanche, qu'il nuise aux intérêts d'autrui en trahissant sa confiance par son inconséquence, et le principe de cohérence réclame du Droit sa sanction. Celle-ci sera d'autant plus vigoureuse que l'individu aura promis à autrui la continuité de son comportement, qu'il aura contracté l'obligation d'être demain, ce qu'il est aujourd'hui. Aussi est-ce dans le droit du contrat que la doctrine a pu déceler les traces les plus évidentes du principe de cohérence ³. Afin que la confiance règne dans le contrat, le principe de cohérence suggère aux articles 1134 et 1174 du Code civil d'interdire à celui qui a dit, de se dédire de sa seule initiative. Le contrat devient, par là, l'expression d'une " confiance juridicisée " ⁴, et c'est avec la plus grande réserve que le Code civil sacrifie le principe de cohérence au bénéfice d'intérêts supérieurs ⁵.

¹ D'après la définition de W.JAMES, citée par CÉLICE (B) *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, th.1965, Paris, Bdp. t.84, LGDJ 1968, n°177.

² A moins que l'absurdité ne confine à la pathologie. Le droit des incapacités reportera sur un autre que lui les exigences du principe de cohérence.

³ Voir FAGES (B) *Le comportement du contractant*, PUAM 1997, n°592 et s.; STOFFEL-MUNCK (Ph) *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, th.Aix-Marseille 1999, n°99 et s..

⁴ TERRÉ (F) *Le doute et le droit: synthèse*, in *Le doute et le droit*, Ouvr.coll.,Dalloz 1994, Coll.Philo du Droit, p.1: " Immense a été le progrès du droit lorsqu'on a admis que, par le contrat, l'on puisse anticiper, insérer le futur dans l'accord par l'effet de la confiance juridicisée " (p.7).

⁵ La liberté en premier lieu pour la faculté de résiliation unilatérale prévue dans les contrats à durée indéterminée. Lorsque le Code dispose que " toutes donations faites entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre vifs, seront toujours révocables " (article 1096 c.civ.alinéa 1), l'intérêt supérieur protégé serait... l'amour, le Code entendant éviter que le consentement du plus aimant ne soit surpris dans un contrat irrévocable. La confiance elle-même, dans certains contrats à durée déterminée reposant sur l'*intuitu personae* tels que le dépôt (article 1944 c.civ.) et le mandat (article 2003 c.civ.).

Le législateur contemporain semble, quant à lui, prendre plus de liberté avec les sages prescriptions du principe de cohérence, en attribuant au contractant, dans des hypothèses de plus en plus nombreuses, un droit de rétractation du contrat.

2. - Les auteurs se sont intéressés à cette singulière prérogative ⁶, qui autorise le contractant à substituer une volonté contraire à sa volonté initiale en vue de se dégager du contrat. M.CORNU définit la faculté de rétractation comme “le fait de revenir, en vue d’en détruire les effets juridiques, sur un acte qu’on avait volontairement accompli”⁷, M.BARRERE définit la rétractation comme la “substitution de l’expression d’une volonté actuelle différente de la déclaration antérieure que le sujet avait lui-même formulée”⁸. L’auteur d’une thèse récente ⁹ distingue, quant à lui, trois éléments pour caractériser la volonté qui se rétracte. Tout d’abord, “l’unilatéralité” de la déclaration de volonté. Expression d’une volonté unique, la rétractation du contrat se réalise au moyen d’un acte juridique unilatéral et s’oppose ainsi au *mutuus dissensus*. Ensuite “l’incompatibilité” de cette manifestation unilatérale de volonté, avec la volition exprimée initialement. L’antagonisme sera tel qu’une coexistence des deux volontés est impossible. Enfin, “la substitution” pure et simple qu’opère la rétractation, au terme de laquelle la première manifestation de volonté est “effacée” par celle qui lui succède.

Ces définitions convergent pour mettre en évidence l’originalité du droit de rétractation, qui est de permettre au contractant, dans l’action, d’exprimer successivement deux volitions contraires et, au préjudice de son vis-à-vis, d’être semble-t-il incohérent.

3. - Malgré la singularité de la prérogative au regard des principes classiques, le domaine du droit de rétractation n’a pas cessé de s’étendre. Le droit de rétractation fait son apparition dans le droit du contrat avec la loi du 30 juin 1926 sur la propriété commerciale, où les parties au

⁶ Essentiellement étudié à l’occasion de textes particuliers consacrant la technique, le droit de rétractation a fait l’objet de peu d’étude de synthèse. Voir toutefois BAILLOD (R) *Le droit de repentir*, RTDCiv.1984, p.227; BRUN (PH) *Le droit de revenir sur son engagement*, Revue Droit & patrimoine 1998 n°60, p.78; une thèse récente étudie la rétractation en général en droit privé français, voir MIRABAIL (S) *La rétractation en droit privé français*, th.1991, Bdp.t.284, LGDJ 1997.

⁷ *Vocabulaire juridique Association H.Capitant*, sous la dir. de G.Cornu, PUF 1996, 6ème éd.; dans la deuxième édition de cet ouvrage, la définition de la rétractation donnée est plus explicite: “*manifestation de volonté contraire par laquelle l’auteur d’un acte ou d’une manifestation unilatérale de volonté entend revenir sur sa volonté et la retirer comme si elle était non avenue afin de la priver de tout effet passé et à venir*”.

⁸ *La rétractation du juge civil*, Mélanges en hommage à P.Hébraud, 1981, p.1.

⁹ MIRABAIL (S) *La rétractation en droit privé français*, th.1991, Bdp.t.284, LGDJ 1997, p.2 et s..

contrat de bail commercial se voient reconnaître un droit de repentir réciproque ¹⁰. Ensuite, en droit du travail, la loi du 8 octobre 1946 autorise le salarié à dénoncer le reçu pour solde de tout compte dans les deux mois de sa signature ¹¹. La loi du 11 juillet 1957 sur la propriété littéraire et artistique consacre à nouveau le mécanisme en permettant à l'artiste de se rétracter du contrat par lequel il cède son droit d'exploitation ¹².

C'est toutefois dans les relations contractuelles entre un professionnel et un consommateur que la technique du droit de rétractation a connu un essor particulier. La loi du 12 juillet 1971 en premier lieu, a permis au consommateur de se dégager d'un contrat d'enseignement à distance dans les trois mois de son entrée en vigueur, moyennant le paiement d'une indemnité plafonnée ¹³. Ensuite, les lois du 3 janvier et du 22 décembre 1972, autorisent le consommateur démarché à son domicile à dénoncer l'engagement souscrit ¹⁴. L'une des lois SCRIVENER du 10 janvier 1978 prévoiera, en outre, une "faculté de rétractation" au bénéfice du consommateur de crédit en matière mobilière ¹⁵. C'est encore le consommateur d'assurance qui se voit octroyé un droit de rétractation, d'une part, par la loi du 7 janvier 1981 en matière de contrat d'assurance sur la vie ¹⁶, et par la loi du 5 juillet 1985 d'autre part, dans le cadre du contrat de transaction conclu entre la victime d'un accident de la circulation et sa compagnie d'assurance ¹⁷. Pareillement, la loi du 6 janvier 1988 permet au consommateur qui achète à distance de se dégager de la vente conclue ¹⁸, et celle du 23 juin 1989 précise que le

¹⁰ Le droit de repentir (dont la réglementation a été précisée par l'article 32 du décret du 30/09/1953, et par la loi du 16/07/1971) en la matière, ne permet pas véritablement de se dégager du contrat. Le législateur a voulu que le locataire ou le bailleur ne soient pas liés irrévocablement par les positions prises par eux à la fin du bail. Le droit de repentir permet seulement de se dédire de la décision de renouveler ou de ne pas renouveler le bail commercial arrivé à son terme. Voir GUÉRIN (G) *L'exercice du droit de repentir*, Loyers 1980, n°8-9, Chr., p.2.

¹¹ Voir aujourd'hui l'article L.122-17 du Code du travail.

¹² Voir l'article 32 de la loi n°57-298 du 11/03/1957, codifié à l'article L.121-4 du Code de la propriété intellectuelle.

¹³ Voir l'article 9 de la loi n°71-556 du 12/07/1971 *relative à la création et au fonctionnement des organismes privés dispensant un enseignement à distance, ainsi qu'à la publicité et au démarchage faits par les établissements d'enseignement* (J.O du 13/07/1971).

¹⁴ Voir l'article 21 de la loi n°72-6 du 3/01/1972 *relative au démarchage financier et à des opérations de placement et d'assurance* (J.O du 5/01/1972) et l'article 3 de la loi n°72-1137 du 22/12/1972 *relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile*, devenu l'article L.121-25 c.conso..

¹⁵ Voir l'article 7 de la loi n°78-22 du 10/01/1978 *relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit*, codifié aux articles L.311-15, L.311-16 et L.311-17 c.conso..

¹⁶ Voir l'article L.132-5-1 du Code des assurances, intégrant les dispositions de la loi n°81-5 du 7/01/1981 *relative au contrat d'assurance et opérations de capitalisation*.

¹⁷ Voir l'article 19 de la loi n°85-677 du 5/07/1985 *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, devenu l'article L.211-16 du Code des assurances.

¹⁸ Voir l'article 1er de la loi n°88-21 du 6/01/1988 *relative aux opérations de télépromotion avec offre de vente dites de "télé-achat"*, codifié à l'article L.121-16 c.conso..

consommateur partie à un contrat de courtage matrimonial peut revenir sur son engagement¹⁹. Enfin, en matière immobilière, la loi du 31 décembre 1989 prévoit un droit de rétractation au bénéfice de l'acquéreur d'un droit relatif à un immeuble d'habitation neuf ou à construire²⁰, et dernièrement, la loi du 8 juillet 1998 octroi une prérogative identique au consommateur partie à un contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé²¹.

Le développement, spécialement dans les relations entre professionnels et consommateurs, de l'utilisation de la technique du droit de rétractation atteste d'une certaine continuité dans les choix législatifs. La communauté d'esprit de ces différents textes légaux s'accomplit dans l'idée de protection du consommateur qui contracte avec un professionnel. Dans une perspective plus large, il s'en évince le souci d'aménager un corps de règles cohérent à la faveur du consommateur, un droit de la consommation.

4. - Ces lois qui se sont succédées jalonnent, en effet, l'histoire de l'affirmation progressive d'une branche nouvelle du droit du privé, et la codification à droit constant de certaines d'entre elles²² a renforcé le sentiment d'une cohérence en la matière²³.

Le droit de la consommation se caractérise par son caractère disciplinaire²⁴, mais c'est en matière contractuelle que son affirmation éveille l'intérêt des juristes. Les rapports du droit de la consommation et du droit commun des contrats²⁵ ont suscité, en première analyse, de

¹⁹ Voir l'article 6-II de la loi n°89-421 du 23/06/1989, *relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales*.

²⁰ Voir l'article 20 de la loi n°89-1010 du 31/12/1989 *relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles*, devenu l'article L.271-1 du Code de la construction.

²¹ Voir l'article 1er de la loi n°98-566 du 8/07/1998 *portant transposition de la directive 94/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 26/10/1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers*, devenu l'article L.121-64 c.conso..

²² Loi n°93-949 du 26/07/1993 *relative au Code de la consommation*, J.O. du 27/07/1993; pour la partie réglementaire, décret n°97-298 du 27/03/1997 *relatif au Code de la consommation*, J.O. du 3/07/1997, p.5123; voir BUREAU (D) *Remarques sur la codification du droit de la consommation*, D.1994, Chr., p.291.

²³ Voir CALAIS-AULOY (J) *Un code, un droit*, in "Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis", Actes du colloque du 24/02/1994 de l'Université de Reims, Litec 1995, p.13 et s..

²⁴ Voir CALAIS-AULOY (J) et STEINMETZ (F) *Droit de la consommation*, Dalloz 1996, 4ème éd., coll. Précis, n°15.

²⁵ Sur lesquels on consultera surtout BERLIOZ (G) *Droit de la consommation et droit des contrats*, JCP 1979, éd.G, I, 2954; BORYSEWICZ (M) *Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats in Etudes offertes à P.Kayser*, PUAM.1979, t.I, p.91; CADIET (L) *Interrogations sur le droit contemporain des contrats in Le droit contemporain des contrats (Bilan et perspectives)*, Economica 1987, p.7; RÉMY (Ph) *Droit des contrats: questions, positions, propositions*, *ibid.* p.271; CALAIS-AULOY (J) *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, RTDCiv. 1994, p.239, *L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats*, RTDCom.1998, p.115; CARBONNIER (J) *Introduction*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R.Savatier 1985, PUF 1986, p.29, MESTRE (J) *L'évolution du contrat en droit privé français*, *ibid.* p.41; CORNU (G) *L'évolution du droit des contrats en France*, in Journées de la société de

nombreuses mises en garde. D'un point de vue quantitatif, l'expansion du droit de la consommation aboutirait à un amenuisement du domaine du droit commun, "condamné à n'intervenir que dans les espaces que lui concède ce nouveau droit spécial dont l'essor est constant"²⁶. Surtout, d'un point de vue qualitatif, on a estimé que le droit de la consommation conduit à "une remise en cause de toutes les règles"²⁷, à une "déstabilisation du contrat"²⁸ et qu'en définitive, "le droit commun n'apparaît plus que comme le reflet d'une ombre naguère prestigieuse"²⁹.

L'observation du droit positif invite aujourd'hui à des positions plus nuancées. Ces mesures qui, de prime abord, semblaient en rupture avec les principes classiques, trouvent un écho manifeste dans la jurisprudence qui se développe en droit commun. Ainsi, les dispositions "consumentistes" de lutte contre les clauses abusives que l'on avait présenté comme manifestement contraires au Code civil³⁰, ont inspiré au droit commun des contrats une nouvelle perspective, et la jurisprudence a pu trouver dans la théorie de la cause, les moyens de suivre la voie tracée par le droit de la consommation³¹. Pareillement, et sur le même fondement, la Cour de cassation a pu lier le sort du contrat de crédit à celui du contrat principal, suivant en-cela la solution du Code de la consommation³². Encore faudrait-il évoquer le développement en droit contemporain de l'obligation de sécurité, dont les lois "consumentistes" ont rationalisé les contours³³. Les exemples abondent, en définitive, de ces interactions entre le droit commun des contrats et le droit spécial de la consommation qui

législation comparée 1979, RID.Comp.1979, p.447; MAZEAUD (D) *L'attraction du droit de la consommation*, RTD Com.1998, p.95 ; PIZZIO (J-P) *La protection des consommateurs par le droit commun des obligations*, *ibid.*, p.53; ROUHETTE (G) " *Droit de la consommation* " et *théorie générale du contrat* in *Etudes offertes à René Rodière*, Dalloz 1982, p.247; THIBIERGE-GUELFUCCI (C) *Libres propos sur la transformation des droit des contrats*, RTDCiv.1997, p.357.

²⁶ PIZZIO (J-P) *La protection des consommateurs par le droit commun des obligations*, art.préc.n°2; voir aussi sur cette aspect COLLART-DUTILLEUL (F) et DELEBECQUE (Ph) *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz 1998, 4ème éd, coll.Précis, n°5 et les réf.citées.

²⁷ BERLIOZ (G) *Droit de la consommation et droit des contrats*, art.préc.n°22.

²⁸ ARMAND-PREVOST (M) et RICHARD (D) *Le contrat déstabilisé*, JCP.1979, éd.G., I, 2952.

²⁹ BUREAU (D) *Remarques sur la codification du droit de la consommation*, art.préc.n°28.

³⁰ En ce sens, notamment, BORYSEWICZ (M) *Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats*, art.préc..

³¹ Voir Com.22/10/1996, *Aff.Chronopost*, RTDCiv.1997, p.418, obs.J.MESTRE; D.1997, Jur., p.121, note A.SÉRIAUX; Civ.1ère 3/07/1996, RTDCiv.1997, p.308, obs.J.MESTRE. Sur la question, voir MAZEAUD (D) *La protection par le droit commun*, in "Les clauses abusives entre professionnels", *Économica* 1998, coll.Études juridiques, sous la dir.de D.Mazeaud et Ch.Jamin, p.33 et s.; MESTRE (J) *Vingt ans de lutte contre les clauses abusives*, Mélanges en hommage à F.Terré, "L'avenir du droit", Dalloz, PUF, Ed. du J-CI 1999, p.677 et s..

³² Voir Civ.1ère 1/07/1997, D.1998, Som., p.110, obs.D.MAZEAUD; Jur., p.32, note L.AYNÈS. Pour le c.conso., voir l'article L.311-21.

³³ Sur ce point en particulier CALAIS-AULOY (J) *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, RTDCiv.1994, p.251 et s..

laissent à penser que “les lois de protection du consommateur sont une sorte de laboratoire d’expérimentation de techniques nouvelles à partir desquelles doit s’élaborer un droit général nouveau ayant vocation à figurer dans le Code civil”³⁴.

A propos du droit de rétractation, toutefois, l’optimisme des auteurs se fait plus discret. Si certains remarquent que l’idée de protection du consentement du contractant se rapproche, dans une certaine mesure, de l’esprit du Code civil, ils s’accordent pour estimer que le domaine de la prérogative doit rester confiné aux relations entre professionnels et consommateurs, pour certains types particuliers de contrats³⁵. Le principe de cohérence n’est sans doute pas loin.

5. - Pour autant, la persistance, sinon l’obstination du législateur français, comme des législateurs européens, dans l’utilisation de la technique du droit de rétractation³⁶, la perspective d’une prochaine transposition en droit français de la directive européenne du 20/05/1997 relative aux contrats à distance qui assigne au droit de rétractation un domaine particulièrement large, mériterait en droit commun un supplément d’analyse. Il semble que, s’agissant du droit de rétractation, le même mouvement dialectique que celui qui a pu traverser le droit des clauses abusives puisse être suggéré; qu’une technique *a priori* dérogoratoire aux principes classiques suscite une nouvelle réflexion sur le droit commun des contrats, dans la perspective d’une nouvelle cohérence d’ensemble.

L’objet de cette étude sera de le démontrer.

6. - La technique du droit de rétractation, telle qu’elle est aujourd’hui utilisée en droit positif, apparaît largement spécifique, elle semble être une technique typiquement consumériste. L’objectif de protection du consommateur fixe, *de lege lata*, le principe et la mesure de son apparition dans le contrat. Le droit de la consommation serait, en-cela, une sorte de vase clos à l’intérieur duquel sont mis en œuvre des “subterfuges juridiques”³⁷ tels que le droit de rétractation, à la faveur d’un contractant préférable. La technique du droit de rétractation ne pourrait s’expliquer et être justifiée que par la spécificité de son domaine, et l’ordre des principes classiques n’en serait troublé que dans ce champ restreint.

³⁴ J-L AUBERT *Le contrat*, Dalloz 1996, coll. Connaissance du droit, p.70.

³⁵ Voir par exemple en ce sens CALAIS-AULOY (J) *L’influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, art.préc., p.244.

³⁶ Pour une approche comparative, LE TAVERNIER (B) *Comparaison internationale des délais de rétractation et de réflexion prévus par les réglementations relatives à la protection du consommateur*, Rev.conc.conso.1995, n°87 p.72.

Il semble pourtant, qu'à l'heure où la doctrine affirme la nécessité de "restaurer le droit du contrat"³⁸, où d'aucuns pensent que le "titre III du Livre III gagnerait beaucoup à ce que soit comblée sa lacune sur la formation du contrat"³⁹, la technique du droit de rétractation puisse apporter sa contribution. Son mécanisme suggère, à l'analyse, les perspectives au moyen desquelles le droit commun des contrats pourrait évoluer vers une nouvelle cohérence. Ce droit nouveau de la formation du contrat, recevant en-cela l'apport du droit spécial de la consommation, envisagerait le rôle de la volonté dans l'acte juridique d'une façon plus affinée, et plus réaliste. La technique du droit de rétractation pourrait y apporter les services qu'elle rend aujourd'hui dans un "domaine réservé".

En définitive, l'objet de cette étude sera de démontrer que si, *de lege lata*, le droit de rétractation est une technique de droit spécial (PARTIE I), une nouvelle approche pourra, de *lege ferenda*, faire jouer au droit de rétractation le rôle d'une technique de droit commun (PARTIE II).

³⁷ BIGNON (Ch) *Intervention devant l'Assemblée Nationale*, J.O Débats, Ass.Nat., 6/10/1977, p.5925.

³⁸ ATIAS (Ch) *Restaurer le droit du contrat*, D.1998, Chr., p.137.

³⁹ RÉMY (Ph) *Droit des contrats: questions, positions, propositions in Le droit contemporain des contrats (Bilan et perspectives)*, Economica 1987, p.271, spéc.n°39.

- PREMIERE PARTIE -

LE DROIT DE RÉTRACTATION COMME TECHNIQUE DE DROIT SPÉCIAL.

7. - Le droit commun devrait jouer dans le droit des contrats un rôle fédérateur. On peut, tout d'abord, le définir comme un ensemble de règles ayant vocation à régir toutes les espèces de conventions, à moins qu'une règle spéciale n'en dispose autrement⁴⁰. Le droit commun est aussi et surtout un système cohérent, un esprit, "*une présentation synthétique et méthodique du droit des contrats*"⁴¹ qui donne à ce corps de règles générales une certaine cohésion. Lorsque l'on observe le droit de rétractation tel qu'il est utilisé dans la technique législative contemporaine, il apparaît qu'il se fonde dans une autre cohérence que celle établie par les principes du droit commun. Cette cohérence concurrente est propre au droit de la consommation.

Cela se constate, d'une part, à l'étude du domaine de la prérogative. Celui-ci a été désigné par le législateur dans la seule perspective du droit de la consommation, selon un esprit et une méthode qui semblent en rupture avec ceux sur lesquels raisonne le droit commun.

Cette intuition se confirme lorsque l'on étudie, d'autre part, le droit de rétractation en tant que prérogative. Le système contractuel du droit commun est incapable de fournir des repères fiables pour analyser la technique mise en œuvre.

Le particularisme du domaine de la prérogative serait la cause de son caractère *sui generis*.

Dans une perspective générale, est-il satisfaisant que le droit commun ne puisse pas expliquer les instruments utilisés par ses droits spéciaux ? L'apparition en droit positif d'une prérogative *sui generis* ne devrait-elle pas inviter à un certain retour sur la technique contractuelle du droit commun ?

⁴⁰ Sous cet angle, les définitions doctrinales du droit commun sont fort diverses, voir pour une synthèse SAVAUX (E) *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, Bdp. t.264, LGDJ 1997, préf. J-L Aubert, n°I et s., l'auteur cite (p.25, note 1) la définition de M.SAINTOURENS qui semble satisfaisante: "droit commun": "*toute disposition dont l'objet ou le domaine d'application est soit indéfini soit défini mais servant de texte de référence à des dispositions à objet plus restreint*", "droit spécial": "*toute disposition dont l'objet ou le domaine d'application, matériel ou géographique, est défini et en même temps soustrait à la règle d'application plus large portant sur la même matière, dans laquelle elle est susceptible de s'intégrer*".

⁴¹ Selon la définition que donne E.SAVAUX (*La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, th.préc.n°73) de la notion de théorie générale du contrat.

Ces interrogations nous seront suggérées par l'étude du droit de rétractation qui semble bien être une technique de droit spécial, une technique typiquement consumériste, au regard de son domaine (CHAPITRE I) et en tant que prérogative (CHAPITRE II).

CHAPITRE I - UN DOMAINE DE DROIT SPÉCIAL.

8. - Le critère de déclenchement des règles spéciales du droit de la consommation est essentiellement lié à la qualité des parties contractantes. L'objectif de protection du consommateur suscite un traitement différencié des parties au rapport contractuel, et l'attribution au bénéfice d'un contractant en particulier en témoigne. Cette approche des relations contractuelles s'oppose aux postulats du droit commun, et l'étude du domaine *ratione personæ* du droit de rétractation aura pour objet de distinguer le sens et la portée de cette opposition entre le droit commun des contrats et le droit de la consommation (SECTION II).

Au préalable, il conviendra de remarquer que le caractère spécial du domaine du droit de rétractation n'est pas uniquement lié à la prise en considération par la loi des qualités de son attributaire. *Ratione materiæ*, le domaine de la prérogative se place encore sous le signe du particularisme. Le droit de rétractation n'est pas attribué au consommateur pour n'importe quel contrat, à la différence d'autres mesures "consuméristes"⁴². Nous devons donc tenter de définir quels critères déclenchent, *ratione materiæ*, le jeu du droit de rétractation. Ces critères originaux feront apparaître, d'une seconde part, le caractère spécial du domaine de la prérogative (SECTION I)

SECTION I - LE DOMAINE *RATIONE MATERIÆ* DU DROIT DE RÉTRACTATION.

9. - L'hétérogénéité du domaine du droit de rétractation rend difficile une présentation ordonnée. Le droit de rétractation concerne les matières les plus variées (assurance, courtage matrimonial, crédit, logement, enseignement à distance...) et tous les types de contrats sont sollicités (autant ceux relatifs aux biens que ceux relatifs à un service). On peut toutefois trouver une cohérence dans la désignation, par le législateur, du domaine de la prérogative, et cette cohérence se caractérise par une méthode originale.

D'une part, pour délimiter le domaine de la prérogative, le législatif suit une méthode pragmatique. Elle se dévoile dans le présupposé de la règle de droit⁴³: la prise en considération de certaines situations concrètes est le premier critère de désignation du domaine *ratione materiæ* de la prérogative.

D'autre part, et ce deuxième critère est déterminé par le premier, c'est dans la fonction de protection assignée à la prérogative que se découvre le deuxième élément commun à tous les droits de rétractation.

Le domaine *ratione materiæ* du droit de rétractation est donc désigné, d'une part, par des situations concrètes (PARAGRAPHE I), et d'autre part par la fonction assignée à la prérogative (PARAGRAPHE II).

PARAGRAPHE I - UN DOMAINE DÉSIGNÉ PAR DES SITUATIONS CONCRÈTES.

10. - En droit commun, quelle est la méthode d'élaboration d'une règle spéciale ? Une réponse nous est fournie par les divisions du code civil: après avoir édicté quelques règles communes à tous les contrats (Titre III du Livre III), il précise les droits et obligations qui découlent de la nature de certains d'entre eux (Titre VI et suivants). La règle spéciale est donc déterminée par la

⁴² Nous pensons en premier lieu aux mesures de lutte contre les clauses abusives, qui s'appliquent à tous les types de contrats conclus par les consommateurs (articles L.132-1 et s. c.conso.).

⁴³ Sur la distinction du présupposé (les cas de figure factuel) et de l'imputation (la solution juridique qu'appelle la situation de fait) chez MOTULSKY, voir JESTAZ (PH) *Essai de synthèse in* Les standards juridiques, Cahiers de méthodologie juridique n°3, RRJ Droit prospectif 1988-3, p.1181

nature particulière d'un certain contrat: de la nature du contrat sort un traitement juridique approprié.

11. - Telle n'est pas la méthode des lois "consoméristes": l'attribution d'un droit de rétractation est déterminée, non pas par la nature du contrat conclu, mais par les circonstances de fait dans lesquelles le contrat est conclu: le droit contemporain place les contractants "en situation". Sur le plan juridique, dans les mots de la loi, la rupture est sensible. Elle se traduit par *un dépassement du cadre du contrat*, en ce sens que la nature du contrat conclu n'est pas déterminante dans l'attribution de la prérogative ⁴⁴.

Ce "dépassement" se manifeste à un double titre: tantôt le législateur a pris en considération une opération économique, envisagée indépendamment de sa forme juridique (A), tantôt le législateur a entendu réglementer une méthode commerciale plutôt que l'instrument juridique qui en est le support (B).

A - LA PRISE EN CONSIDÉRATION DE L'OPÉRATION ÉCONOMIQUE.

12. - Le législateur contemporain a souvent considéré la finalité économique poursuivie au travers de la passation d'un ou de plusieurs contrats. C'est moins une certaine forme de contrat qu'une certaine "opération", envisagée sous l'angle de sa finalité économique, qui est visée ⁴⁵. Il en résulte que, dans ces hypothèses, l'objet du droit de rétractation dépasse le cadre contractuel, soit que l'unité de la finalité économique transcende la pluralité des instruments juridiques mis en œuvre pour la réaliser (c'est l'hypothèse du groupe de contrats) (a), soit que la

⁴⁴ C'est pourquoi la qualification de "contrats de consommation" a quelque chose de fallacieux et qu'en tout cas, elle n'est pas une *summa divisio* déclenchant certaines règles spécifiques. Pour une tentative de définition du contrat de consommation, voir en particulier CAS (G) et FERRIER (D) *Traité de droit de la consommation*, PUF 1986, n°380, p.371. *Adde* RAYMOND (G) *Les contrats de consommation in* Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis, Actes du colloque du 24/02/1994 de l'Université de Reims, Litec 1995, p.35.

Cela s'inscrit dans une perspective plus large de mise en ordre des contrats spéciaux au sein d'une théorie générale, en les regroupant par famille. On distinguerait ainsi les contrats ruraux, les contrats de la famille, les contrats de l'informatique... L'article 1107 du Code civil, suggérant une distinction entre les contrats civils et commerciaux, en serait le fondement textuel. Voir CADIET (L) *Interrogations sur le droit contemporain des contrats in* Le droit contemporain des contrats (Bilan et perspectives), Economica 1987, p.30. Pour une appréciation critique de cette méthode, voir SAVAUX (E) *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?* LGDJ, Bibl. dr. priv. t.264, n°68 et s., n°74 et s..

⁴⁵ Voir à ce sujet CORNU (G) *L'évolution du droit des contrats en France in* Journées de la société de législation comparée 1979, RID Comp.1979, p.447, spéc.n°51.

désignation de l'opération économique choisie prévale sur la recherche d'une qualification juridique des contrats à régir (b).

a - Droit de rétractation et groupe de contrats.

13. - L'objet du droit de rétractation est ici une pluralité de contrats juridiquement distincts, mais unis par une finalité économique commune.

Un exemple nous est fourni par la loi du 8/07/1998 relative au contrat de jouissance d'immeubles à temps partagé: au terme de l'article L.121-60 c.conso. qui en est issu, le droit de rétractation porte sur "*tout groupe de contrat*".

Surtout on doit évoquer l'interdépendance créée par la loi du 10/01/1978 entre le contrat de prêt et le contrat de vente⁴⁶. Certes, le droit de rétractation n'est accordé au consommateur qu'à l'occasion du contrat de crédit⁴⁷ que l'on dit "affecté"⁴⁸, mais il est bien évident que son domaine s'étend au-delà. Le législateur a raisonné sur l'hypothèse d'un prêt lié à un autre contrat, spécialement le contrat de vente⁴⁹. Permettre au consommateur de se rétracter du premier, c'était lui permettre de se rétracter du second⁵⁰.

La raison de l'extension du domaine du droit de rétractation se trouve dans le fondement du lien unissant les deux contrats, c'est à dire la finalité économique commune aux deux contrats, peu important leur indépendance juridique⁵¹.

b - Droit de rétractation et qualification du contrat.

⁴⁶ Le contrat de crédit suit le sort du contrat principal (art. L.311-21 c. conso.), de même que le contrat principal est résolu de plein droit si le consommateur se rétracte du contrat de crédit (art. L.311-25).

⁴⁷ Art. L.311-15 et L.311-16 c. conso .

⁴⁸ Les art. L.311-21 et L.311-25 c. conso. se trouvent dans une Section V: *Les crédits affectés*.

⁴⁹ Aussi, au cours des travaux préparatoires, a-t-on craint de favoriser exagérément la vente à crédit par rapport à la vente au comptant. N'était-il pas paradoxal qu'une loi ayant pour objet de réglementer restrictivement la vente à crédit n'ait l'effet inverse de la favoriser ? voir sur ces points J.Cl BURCKEL *Rapport à l'Assemblée Nationale*, J.O Débats, Ass.Nat., 6/10/1977, p.5919. On s'est aussi interrogé sur l'opportunité d'un droit de rétractation dans la vente au comptant: Ch.BIGNON, *Intervention devant l'Assemblée Nationale*, *ibid.*, p.5926.

⁵⁰ L'hypothèse inverse reçoit une solution semblable: un contrat de vente avait été conclu à la suite d'un démarchage. La Cour de cassation a considéré que la rétractation du contrat de vente emportait annulation du contrat de crédit: Civ.1ère 8/11/1994, D.1995, Som., p.313, obs. J.P. PIZZIO.

⁵¹ Le fondement *juridique* de l'interdépendance des contrats est discuté. Plusieurs théories sont disponibles: la théorie de l'indivisibilité objective (voir en particulier GHESTIN (J) *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 2ème éd. avec le concours de Ch.JAMIN et M.BILLAU, LGDJ 1994, n°92 qui évoque une "*nouvelle qualification unitaire*"), la théorie de l'accessoire ou celle de la cause. Voir M-T CALAIS-AULOY *Fondement*

14. - Dans cette seconde série de cas, la définition du domaine du droit de rétractation passe par une délimitation fonctionnelle. Le législateur ne qualifie pas juridiquement le contrat concerné mais désigne en des termes économiques le résultat auquel son objet répond: la finalité économique de l'opération prévaut sur la formule contractuelle employée pour sa mise en œuvre. Une définition juridique du domaine du droit de rétractation en devient improbable.

Les exemples abondent:

- Ainsi de la *loi du 3/01/1972 relative au démarchage financier et à des opérations de placement d'assurance* qui délimite son domaine au regard du but économique des opérations réalisées⁵²,

- de la *loi du 10/01/1978* qui définit son domaine d'application sans avoir égard à la nature juridique du contrat réalisant un crédit à la consommation⁵³,

- de la *loi du 8/07/1998 relative à l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers*⁵⁴, dont le domaine d'application néglige le montage juridique employé pour parvenir au résultat économique visé par la loi⁵⁵, une remarque semblable pouvant être faite au sujet de la *loi du 19/12/1990 relative à l'acquisition ou la construction d'un logement neuf*⁵⁶.

du lien juridique unissant vente et prêt dans le "prêt lié", JCP 1984, I, n°3144, pour qui le fondement se trouve dans l'attente légitime du consommateur (n°18 et s.).

⁵² L'article 2 de cette loi évoque "le démarchage en vue d'opérations sur valeurs mobilières", l'article 6 "les opérations de démarchage en vue de faire souscrire ou acheter des valeurs mobilières".

⁵³ L'article L.311-2 alinéa 1 évoque "toute opération de crédit" et l'alinéa 2 y assimile "la location-vente et la location avec option d'achat, ainsi que les ventes ou prestations de services dont le paiement est échelonné, différé, ou fractionné". Voir à ce sujet les observations de CALAIS-AULOY (J) et STEINMETZ (F) *Droit de la consommation*, Dalloz 1996, 4ème éd., coll. Précis, n°317.

⁵⁴ Cette loi est intégrée dans le code de la consommation aux articles L.121-61 à L.121-76 sous un Chapitre I: *Des pratiques commerciales réglementées*.

⁵⁵ A l'article L.121-60, le code de la consommation vise "tout contrat ou groupe de contrat, conclu à titre onéreux, par lequel un professionnel confère au consommateur, directement ou indirectement, la jouissance d'un ou plusieurs biens immobiliers à usage d'habitation (...)" La formule utilisée en France est la souscription de parts de "sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé", créées par la loi n°86-18 du 6/01/1986. En marge de la loi on a recensé 23 montages contractuels différents: SAINT-ALARY (R) *La jouissance de biens immobiliers à temps partiel et la loi n°98-566 du 8/07/1998*, D.1999, Chr., p.147, n°1.

⁵⁶ Sur la diversité de contrats susceptibles d'être régis et les difficultés de déterminer le contrat visé par le texte: VION (M) *Faculté de rétractation en cas d'acquisition ou de construction d'un logement neuf*, Rép.Def.1990, art.34723 p.257, spéc.n°11 et s..

La combinaison de cette loi avec la précédente citée au texte posera problème: la loi de 1990 prévoit que le droit de rétractation affecte, le cas échéant, le contrat préliminaire et non le contrat principal (art.7 al.3, devenu l'art. L.271-1 c. construction). Or, la souscription de parts de société d'attribution est souvent précédée d'une promesse de cession. Le consommateur bénéficierait donc d'un premier délai de 7 jours dès la conclusion de la promesse (loi de 1990), et d'un second de 10 jours dès l'acceptation de l'offre du contrat principal (loi de 1998). Toutefois, dans la réglementation nouvelle, l'avant-contrat semble être une étape solidaire de l'opération définitive: voir SAINT-ALARY (R) *La jouissance de biens immobiliers à temps partiel et la loi n°98-566 du 8/07/1998*, préc.*supra*, spéc.n°13 et 17 note (12).

Notons encore que la *summa divisio* entre les contrats relatifs aux biens et ceux relatifs aux services utilisés par divers textes attribuant un droit de rétractation⁵⁷ est de nature économique, négligeant par là une qualification juridique des contrats concernés.

15. - Un premier constat s'impose: le législateur, en délimitant le domaine du droit de rétractation, a dépassé une approche strictement juridique du contrat, fondée sur ses caractéristiques objectives, pour embrasser une conception économique de l'échange: c'est le premier signe de ce que la loi prend en considération la situation concrète, économiquement sensible, unissant les parties. Cela est plus flagrant encore, lorsque l'on remarque que le législateur n'a pas entendu réglementer des contrats proprement dits mais plutôt des méthodes commerciales qui se réalisent "à l'occasion" du contrat.

B - LA PRISE EN CONSIDÉRATION DE MÉTHODES COMMERCIALES.

16. - Le législateur édicte des règles applicables à certaines méthodes commerciales sans qu'importe le type de contrat à l'occasion duquel elles sont pratiquées. Il s'agit de policer une pratique plutôt que l'instrument juridique qui en est le support. Il est, à cet égard significatif que le code de la consommation place la plupart des droits de rétractation sous un chapitre intitulé *Pratiques commerciales réglementées*⁵⁸.

Deux méthodes commerciales ont suscité l'intervention de la loi: la conclusion d'un contrat à distance (a) et le démarchage (b).

a - La conclusion d'un contrat à distance.

17. - La "pratique commerciale réglementée" est celle qui consiste à proposer de contracter à distance.

⁵⁷ Voir par exemple en matière de crédit à la consommation, l'article L.311-25 code consommation, ou la directive du 20/05/1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance qui prévoit un régime différent selon que le contrat concerne un bien ou un service (directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, JOCE 4/06/1997 N°L 144/19). Quand elle implique le jeu de régimes juridiques différents, la distinction est-elle opportune ? Que l'on songe au contrat de bail: la directive s'y applique (article 3 §1): la fourniture attendue du bailleur concerne-t-elle un bien (la chose) ou un service (assurer la jouissance paisible)? Une intuition incline à la première solution, mais le critère économique montre ses limites. Sur cette problématique de la classification des contrats spéciaux voir COLLART-DUTILLEUL (F) DELEBECQUE (Ph) *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz 1998, 4ème éd, coll.Précis, n°21 et s.

⁵⁸ Il s'agit du Chapitre I du Titre II *Pratiques commerciales*.

Il avait déjà paru légitime au législateur d'instituer un régime particulier pour le contrat d'enseignement (loi du 12/07/1991) et pour les contrats de vente (loi du 6/01/1988, articles L.121-16 et s. c. conso.) lorsqu'ils sont conclus à distance.

La prochaine transposition de la directive européenne du 20/05/1997 intégrera en droit français une véritable "charte" des contrats à distance. Son domaine est particulièrement large: il s'étend à "tout contrat concernant des biens ou services"⁵⁹. On le comprend: la nature ou l'objet du contrat compte moins que la méthode commerciale employée.

Il faut, d'une part, "*un système de vente ou de prestations de services organisé par le fournisseur*", et d'autre part, que "*le fournisseur, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance*" (article 2). L'esprit de la directive est donc bien d'organiser une méthode commerciale⁶⁰.

b - Le démarchage.

18. - Le démarchage est la pratique commerciale qui fixe, dans de nombreuses hypothèses, le domaine du droit de rétractation. On l'a défini, comme "*consistant à aller au-devant de la clientèle pour lui proposer des biens ou des services*"⁶¹. Les aspects de cette méthode ont justifié l'adoption de deux lois intéressant le domaine de la rétractation du consommateur⁶²:

Tout d'abord, la loi du 3/01/1972 relative au démarchage financier dont le domaine est fixé par "*l'activité de démarchage*", qu'elle définit⁶³.

Ensuite, la loi du 22/12/1972 relative au démarchage et la vente à domicile: son domaine, encore déterminé par "*le fait*" du démarchage, embrasse de nombreux contrats, sans que leur nature révèle une autre cohérence que celle qui leur vient de la façon dont ils sont conclus⁶⁴.

19. - Que le législateur ait visé une opération économique ou une méthode commerciale révèle doublement le dépassement du cadre contractuel dans la définition du domaine du droit de

⁵⁹ article 2, 1) du texte. Les "exemptions" prévues à l'article 3 sont fort limitées, la seule significative concerne les contrats relatifs aux immeubles (article 3 § 1, une exception étant prévue pour la location).

⁶⁰ Le considérant n°5 évoque une nécessaire protection contre des "*méthodes de vente*"; et selon le considérant n°9, il s'est agi de définir des "*principes valables pour toutes les techniques de communication à distance utilisées*".

⁶¹ CALAIS-AULOY (J) et STEINMETZ (F) *Droit de la consommation*, Dalloz 1996, 4ème éd., coll. Précis, n°98.

⁶² Il faut mentionner, en outre, que le démarchage est interdit en matière d'enseignement à distance par l'article 13 de la loi du 12/07/1971.

⁶³ L'article 2 de la loi propose une définition assez heureuse: c'est "*le fait de se rendre habituellement au domicile ou à la résidence des personnes, ou sur leur lieu de travail, ou dans des lieux publics*".

⁶⁴ L'article L.121-21 code consommation énonce (limitativement semble-t-il), l'achat, la vente, la location, la location-vente, la location avec option d'achat de biens et la fourniture de service.

rétractation. La nature du contrat passé est, juridiquement, indifférente: ce qui fixe le domaine du droit de rétractation, ce sont les situations concrètes. Une présentation ordonnée du domaine de la rétractation du consommateur devra se passer d'un critère juridique, et rechercher la cohérence de la loi dans la fonction qu'elle assigne au droit qu'elle octroie.

PARAGRAPHE II - UN DOMAINE FIXÉ PAR LA FONCTION DE LA PRÉROGATIVE.

20. - A l'instar d'autres techniques, le droit de rétractation se voit assigner une fonction en droit positif: celle de "protéger" le consommateur. Elle présume que l'intégrité de son consentement est menacée par les situations concrètes qu'elle a définies.

Cela appelle, à titre liminaire, deux observations:

- d'une part, la règle de droit poursuit un objectif, et son *imputation*⁶⁵ assume la fonction de l'atteindre. Cela n'est pas l'esprit des règles de droit commun qui sont plutôt des *règles d'organisation*⁶⁶, dont la nature est plutôt conceptuelle que fonctionnelle⁶⁷.

- d'autre part, c'est la fonction du droit de rétractation qui délimite, en réalité, son domaine. En d'autres termes, ce sont les utilités que l'on y recherche: le domaine du droit de rétractation est un domaine fonctionnel, fixé par l'idée de protection du consommateur.

Cette méthode singulière appelle un supplément d'analyse, elle révèle l'un des aspects des différences entre le droit commun des contrats et le droit de la consommation. Ainsi, faut-il approfondir ce qui représente le fondement de la protection recherchée au moyen du droit de rétractation, et ce qui en constitue l'objet.

A - LE FONDEMENT DE LA PROTECTION.

⁶⁵ Sur cette notion, voir *supra* note 43.

⁶⁶ Sur la distinction des règles d'organisation et des règles dotées d'un objectif, voir l'opposition entre "Nomos" et "Thésis" proposée par F.A.HAYEK *Règles et ordre in Droit, législation, et liberté*, t.1, PUF 1995, coll. Quadrige, p.113 et s..

⁶⁷ Toutes les règles de droit revêtent un aspect conceptuel (une nature abstraitement déterminable) et un aspect fonctionnel (une utilité). L'élément fonctionnel du droit de rétractation nous semble primordial pour le définir, alors que "dans une branche du droit ancienne et hautement élaborée comme le droit civil, l'élément conceptuel de chaque notion l'emporte le plus souvent sur l'élément fonctionnel", DEROUIN (Ph) *Pour une analyse "fonctionnelle" de la condition*, RTDCiv.1976 p.66, spéc.n°4.

21. - La plupart des lois prévoyant un droit de rétractation annoncent comme objectif *la protection* du consommateur⁶⁸. La formulation d'un objectif dans la loi est fréquente⁶⁹, elle a ici une fonction symbolique⁷⁰, et plus incidemment une fonction interprétative⁷¹.

22. - Le droit de rétractation est une technique dont la finalité est la protection de son attributaire. Ce qui justifie cette protection, c'est un élément subjectif de la situation contractuelle: tantôt la protection vise à prémunir le consentement du consommateur du comportement du professionnel (a), tantôt la nécessité d'une protection découle des qualités de l'attributaire de la prérogative, c'est alors une protection contre soi-même qui est établie(b).

a - La protection contre autrui.

23. - Le législateur, suivant en cela un certain courant jurisprudentiel qui comprit extensivement les règles relatives au dol et à la violence⁷², est intervenu pour réglementer des pratiques de commercialisation agressives⁷³. Ainsi la plupart des lois prévoyant un droit de rétractation, affichaient clairement un souci de "moralisation" des pratiques, suite à des scandales qui avaient sensibilisé l'opinion publique.

Ainsi la loi du 12/07/1971 relative à l'enseignement à distance visait-elle à "*faire cesser le scandale du démarchage et des annonces mensongères, à protéger les élèves vulnérables d'une exploitation éhontée de leur bonne foi*"⁷⁴. Pareillement, la loi du 3/01/1972 relative au démarchage financier comptait "*protéger les épargnants vulnérables de la multiplication des efforts de publicité, des méthodes nouvelles des réseaux de démarchage*"⁷⁵. De même la loi du 22/12/1972 relative au démarchage et à la vente à domicile entendait protéger le consommateur

⁶⁸ Voir *supra* notes 14,15, 17, 19, 21, et *infra* n°81.

⁶⁹ Voir *Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs*, Cahiers de méthodologie juridique n°4, RRJ Droit prospectif 1989-4, et particulièrement BERGEL (J-L) *Essai de synthèse*, p.975 et s., PUTMAN (E) et PRIETO (C) *Typologie matérielle et formelle des formulations d'objectifs dans les textes législatifs*, p.879 et s..

⁷⁰ Le législateur "*recherche alors un effet d' "affichage" d'une politique déterminée ou de la finalité des textes*", J-L BERGEL *Essai de synthèse*, *op.cit.* note précédente, spéc.p.920 et 921.

⁷¹ Voir *infra* n°81.

⁷² Voir MESTRE (J) *L'évolution du contrat en droit privé français in L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées R.Savatier 1985, P.U.F.1986, p.41, spéc.p.46; MAGNIN (F) *Réflexions critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques: l'abus de situation*, JCP 1976, éd.G, I, 2780.

⁷³ Pour une sociologie de ces méthodes "agressives", voir CAS (G) *La défense du consommateur*, PUF 1975, coll. Que sais-je ?, p.37 et s..

⁷⁴ GISSINGER(A) *Rapport devant l'Assemblée nationale*, J.O. Débats, Ass.Nat., 11/12/1969, p.4832.

⁷⁵ BAS (P) *Intervention devant l'Assemblée nationale*, J.O. Débats, Sénat, 2/12/1971, p.6351.

moyen des démarcheurs qui “*savent forcer les portes et les consentements*”⁷⁶. On peut encore évoquer la loi du 6/01/1988 relative à la vente à distance et au “ télé-achat ” (article L.121-16 c.conso.) qui vise à prémunir l’acheteur d’une présentation exagérément avantageuse sur le catalogue ou l’écran de sa télévision, de la chose qu’il a commandé⁷⁷. Enfin, on a présenté la loi du 8/07/1998 relative à la jouissance d’immeubles à temps partagé comme visant exclusivement à “*porter remède aux conséquences de la mise en œuvre, par certains professionnels, de méthodes contestables de commercialisation*”⁷⁸.

24. - Le droit de rétractation est alors le moyen de soustraire le consommateur à la contrainte morale exercée sur lui par le professionnel: la méthode est libératoire. Elle évite par ailleurs les inconvénients qui résulteraient, pour la stabilité du contrat, d’une conception trop extensive de la théorie des vices du consentement⁷⁹; à plus forte raison lorsque, le risque de vice du consentement ne vient pas du professionnel, mais du consommateur lui-même.

b - La protection contre soi-même.

25. - “*Le Code civil avait admis que le consentement servant de base à un contrat puisse être vicié par le dol ou la violence. Il existe de notre temps un autre vice du consentement plus subtil: la séduction (...), il est du devoir de l’Etat de protéger le consommateur contre ses propres emballements, contre des décisions qui seraient insuffisamment réfléchies et le conduiraient à un achat inutile ou sans rapport avec ses ressources*”⁸⁰. Ainsi pourrait se résumer la volonté de la loi lorsqu’elle octroie un droit de rétractation au consommateur. Le législateur, sur le fondement de cette présomption d’inexpérience⁸¹, regarde avec méfiance les actes d’impulsion du consommateur, en lui permettant de s’en dégager.

26. - Cette idée a présidé à l’octroi d’un droit de rétractation en matière d’enseignement à distance: la loi du 12/07/1971 prévoit une faculté de résiliation pendant un délai de trois mois à

⁷⁶ CALAIS-AULOY (J) *La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs*, D.1973, Chr., p.266; pour les travaux préparatoires, voir par ex. CHAVANAC (A) *Rapport devant le Sénat*, J.O. Débats, Sénat, 4/05/1972, p.289 et s.

⁷⁷ Voir PAISANT (G) *La loi du 6/01/1988 sur les opérations de vente à distance et le “ télé-achat ”*, J.C.P.1988 éd.G., II, 3350, spéc.n°2.

⁷⁸ GUIGOU (E) *Intervention devant le Sénat*, J.O Débats, Sénat, 23/10/1997, p.2991.

⁷⁹ Sur ce point, voir en particulier PIZZIO (J-P) *Un apport législatif en matière de protection du consentement : la loi du 22/12/1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile*, RTDCiv.1976, p.66, spéc. n°9.

⁸⁰ THYRAUD (J) *Rapport devant le Sénat*, J.O. Débats, Sénat, 12/10/1976, p.2695, spéc.p.2696.

compter de la signature du contrat pour “*ceux qui auraient présumé de leurs facultés intellectuelles, de leurs capacités de travail ou de leur disponibilité*”⁸². Aussi en matière de démarchage à domicile, où l’on présume que le consentement du consommateur a été donné hâtivement au démarcheur. De même en matière de crédit à la consommation⁸³: c’est des séductions du crédit que la loi n°78-22 du 10/01/1978 protège le consommateur. Encore, et de façon plus surprenante s’agissant d’un contrat relatif à un bien immobilier, la loi du 31/12/1990 présume-t-elle que l’acquisition d’une maison individuelle est “*un acte d’impulsion*”⁸⁴. Enfin évoquera-t-on l’article 6 de la loi du 23/06/1989 relative au courtage matrimonial qui répond à une préoccupation semblable⁸⁵.

B - L’OBJET DE LA PROTECTION.

27. - S’interroger sur l’objet de la protection assurée par le droit de rétractation, c’est rechercher l’utilité de cette technique: quels sont les services qu’en attend le législateur. Or, il est manifeste que la loi a voulu protéger *l’intégrité du consentement* donné par le consommateur. Cela appellera quelques remarques car, si ce souci n’est pas étranger au droit commun, son traitement juridique en diffère notablement (a).

L’objet de la protection assurée par le droit de rétractation est donc l’intégrité du consentement. Dans cette perspective, plusieurs techniques sont mises en œuvre par le droit de la consommation: l’obligation d’information, le formalisme informatif, l’offre préalable..., de sorte qu’il est difficile de cerner l’utilité spécifique du droit de rétractation par rapport aux autres techniques, surtout lorsqu’elles sont employées concurremment. Il faudra donc rechercher *la spécificité du droit de rétractation*, afin de cerner la fonction qu’il assure (b).

a - L’intégrité du consentement.

I - Signification de l’intégrité du consentement.

⁸¹ En ce sens PIZZIO (J-P) *Un apport législatif en matière de protection du consentement : la loi du 22/12/1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile*, préc.supra, n° 14 et 15.

⁸² BIARDEAUD (G) et FLORES (Ph) *Le contentieux du droit de la consommation*, Documents pratiques AER, ENM, 1997, p.310 n°303.

⁸³ Au rapport Thyraud préc., Adde SCRIVENER (Ch) *Intervention devant le Sénat*, J.O. Débats, Sénat, 12/10/1976, p.2699: “*Rendre le consommateur plus conscient de ses choix, plus responsable dans ses achats et dans l’appréciation de ses besoins, c’est l’objectif visé par le texte*”.

⁸⁴ En ce sens SCRIVENER (Ch) *Intervention devant le Sénat*, J.O. Déb., Sénat, 14/11/1989, p.3224.

⁸⁵ Voir HEIDSIECK (G) *Le marché de la solitude et le droit (Commentaire de l’article 6 de la loi du 23/06/1989 relatif au courtage matrimonial)*, JCP 1990, éd.G, I, 3432, spéc.n°18 et 19.

28. - “*Libre et éclairé, le consentement de chaque partie atteste très probablement que le contrat est conforme à son intérêt*”⁸⁶. Veiller à ce que le consentement donné soit intègre, c’est déjà protéger les intérêts des contractants. Aussi, lorsque le code civil prescrit la nullité du contrat conclu par une volonté viciée, il s’en dégage la même idée de protection que celle que véhicule le droit de la consommation⁸⁷.

29. - Au-delà, il y a un double sens dans l’exigence d’un consentement intègre⁸⁸.

Une lecture volontariste laisse deviner le premier: la volonté viciée n’est pas autonome, elle ne peut plus jouer ce rôle de “faire la loi des parties”. Cette perspective se retrouve autant en droit commun qu’en droit de la consommation, qui, paraît-il, restaure les conditions d’un règne serein de l’autonomie de la volonté⁸⁹. Dans cette perspective, le contrôle de l’intégrité du consentement est “*une fin en soi*”, dans la mesure où le consentement au contrat, cristallisation de la volonté contractuelle des parties, constitue le principe et la mesure de la justice du contrat⁹⁰.

30. - L’autre lecture, plus morale et qui était celle du droit romain, invite à se placer du côté de celui qui a reçu le consentement vicié: l’annulation joue le rôle de la sanction de son délit⁹¹. Et précisément, le droit de rétractation est présenté comme une mesure de “moralisation” des relations contractuelles, lorsque sa fonction est de protéger le consommateur contre autrui⁹².

II - Traitement juridique de l’intégrité du consentement.

⁸⁶ ATIAS (Ch) *Le droit civil*, PUF 1996, 5ème éd., coll. Que sais-je ? p.117.

⁸⁷ Au sujet de la protection du consentement du professionnel en droit commun, voir MESTRE (J) *Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine*, Mélanges en hommage à A.Breton et F.Derrida, Dalloz 1991, p.259 et s.

⁸⁸ CARBONNIER (J) *Les obligations*, PUF 1998, 21ème éd., coll.Thémis, n°47.

⁸⁹ Telle est la thèse soutenue par Mme N.CHARDIN, à propos de la réglementation du crédit à la consommation. La loi de 1978 calquerait son dispositif sur les étapes du processus de la décision économique (conception/délibération/décision/exécution) pour que le consommateur exprime une volonté rationnelle, donc autonome. *Le contrat de consommation de crédit et l’autonomie de la volonté*, Bdp.t.199, LGDJ 1988. Pour une critique de cette thèse, voir SAVAUX (E) *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, Bdp. t.264, LGDJ 1997, n°224 et s..

⁹⁰ Sur cette idée, J.GHESTIN *L’utile et le juste dans les contrats*, D.1982,Chr., p.1, spéc.p.9.

⁹¹ Sur le caractère moral de la théorie des vices du consentement, RIPERT (G) *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ème éd., LGDJ 1949, n°41 et s..

⁹² Voir *supra* n°23 et s..

31. - Si l'inspiration est identique, on doit relever d'une part que c'est le consentement d'un seul contractant qui est protégé, l'accord des volontés est dès lors conçu comme l'adjonction de deux consentements dont le traitement est différencié⁹³.

32. - D'autre part, force sera de constater la différence des moyens juridiques mis en œuvre. On a pu reprocher aux dispositions du code civil un "*faible rendement social*"⁹⁴. Elles exposent les consommateurs, parce qu'elles sont des mesures "curatives", à emprunter la voie judiciaire et laissent passer entre leurs mailles nombre de vices du consentement contemporains⁹⁵.

Le droit de la consommation s'inscrit donc en faux, avec son cortège de techniques nouvelles. Leur caractère préventif aboutit à une sorte de "déjudiciarisation" des vices du consentement (le droit de rétractation en est le meilleur exemple). Surtout, le droit contemporain se fait plus exigeant quant au consentement qu'il sanctionne: l'obligation d'information, le formalisme informatif, le maintien de l'offre préalable, sont autant de techniques que la loi utilise pour enrichir le consentement donné.

b - La spécificité du droit de rétractation.

33. - C'est sur ce dernier point que se dessine l'originalité du droit de rétractation. Lorsque la loi impose un formalisme obligatoire, ou une obligation d'information, c'est la règle objective elle-même qui "façonne" le consentement sanctionné. Pour le formalisme légal, c'est bien la loi qui définit les mentions obligatoires qui suffisent à donner un consentement rationnel; pour l'obligation d'information, c'est la loi qui, d'autorité, impose au professionnel de communiquer les informations qui lui semblent déterminantes pour un consommateur moyen. La règle objective définit le consentement-type que doit donner une personne abstraitement déterminable.

Pour le droit de rétractation, la perspective est différente. Tantôt la technique est libératoire lorsqu'il s'agit de soustraire le consommateur à l'influence d'un professionnel habile (démarchage, contrat de jouissance d'immeubles à temps partagé), tantôt elle retarde le

⁹³ Sur le "*dédoublé du concept de consentement*" en droit de la consommation, voir G.CORNU *L'évolution du droit des contrats en France* in Journées de la société de législation comparée 1979, RID.Comp.1979, p.447, spéc.n°49. Dans le même ordre d'idées, le droit de la consommation attribue systématiquement au professionnel la qualité d'offrant; voir sur ce point DELEBECQUE (Ph) *La formation de la vente entre professionnel et consommateur* in R.J.Com.1997 n°spéc., p.21 (colloque de Deauville organisé les 7 et 8 juin 1997 par l'Association Droit et commerce), spéc.n°7.

⁹⁴ CARBONNIER (J) *Les obligations*, PUF 1998, 21ème éd., coll.Thémis, n°45.

moment de l'engagement jusqu'à ce qu'il ait connaissance des caractéristiques de la chose (vente à distance), tantôt elle a pour unique objet de favoriser sa réflexion (crédit à la consommation)⁹⁶; mais dans tous les cas, le consommateur est livré aux seules lumières de sa volonté. En d'autres termes, la technique du droit de rétractation n'a pas pour objet d'enrichir la connaissance du consommateur, ni d'éclairer directement son consentement. Il s'agit simplement de le placer dans des conditions susceptibles de lui permettre d'exprimer un consentement libre. La protection est médiate.

Ainsi se comprendrait la jurisprudence qui considère que l'existence d'un droit de rétractation s'évince pas le jeu des vices du consentement⁹⁷, mais qui estime, à l'inverse, que le respect du formalisme légal exclut le recours aux règles du droit commun⁹⁸. Dans le premier cas, la volonté se détermine selon ses propres forces (ou faiblesses...); dans le second, c'est la loi qui modèle le consentement qu'elle exige.

34. L'analyse de la désignation, par le législateur, du domaine *ratione materiae* du droit de rétractation appelle deux conclusions. La première est relative à la méthode suivie par la loi. On a pu relever une indifférence de la nature objective du contrat, au bénéfice d'une approche factuelle. Cette perspective réaliste, concrète, a pour objet de désigner des situations de fait qui réclament un traitement juridique particulier. Ce traitement amène la seconde conclusion: l'idée de protection, l'objectif du législateur, prime dans l'élaboration de la règle spéciale. La personnalité des parties contractantes est déterminante à cet égard. Cela suggère déjà que la différence de méthode se double d'une différence de postulats dans la délimitation du domaine *ratione personæ* de la prérogative.

⁹⁵ Que l'on pense au *dolus bonus*, ou à l'erreur sur des qualités non substantielles que les articles 1109 et s. ignorent.

⁹⁶ Dans ce dernier cas, il est difficile de distinguer le délai de *réflexion* (précontractuel) du délai de *rétractation* (postcontractuel). La loi a-t-elle considéré le second comme plus moralisateur, présument que le professionnel se fera plus timide une fois le contrat conclu ? Ou bien, du côté du consommateur, s'est-elle dit qu'il réfléchira plus sérieusement une fois l'engagement souscrit ?

⁹⁷ Voir par exemple Versailles 8/07/1994, RTDCiv.1995, p.97, obs.J.MESTRE; Versailles 15/09/1995, RTDCiv.1996, p.147, obs.J.MESTRE.

SECTION II - LE DOMAINE *RATIONE PERSONÆ* DU DROIT DE RÉTRACTATION.

35. - Le souci de protection qui justifie et délimite le domaine du droit de rétractation révèle la “force de direction” qui donne sa cohérence au droit de la consommation. Cette cohérence a cela de caractéristique qu’elle institue une *protection sélective*, les faveurs du législateur ne bénéficiant qu’à l’un des contractants, le consommateur. Dès lors, l’étude du domaine *ratione personæ* se présente sous une double optique.

D’une part, il révèle, semble-t-il, une opposition entre le droit commun et le droit de la consommation dans leur acception respective de l’idée d’*égalité entre les contractants* (PARAGRAPHE I).

D’autre part, la volonté législative de sélectionner un contractant préférable implique nécessairement de fixer des “frontières”, des critères de délimitation. C’est sur la *notion de consommateur*, notion dont dépend le bénéfice du droit de rétractation, que se cristallise donc l’opposition entre le domaine du droit commun des contrats et celui du droit de la consommation (PARAGRAPHE II).

PARAGRAPHE I - L’ÉGALITÉ DES CONTRACTANTS.

36. - L’idée d’égalité irradie le droit civil⁹⁹. Il serait fallacieux de rechercher un sens unique dans un concept chargé de tant d’histoire. L’égalité revêt, conceptuellement, plusieurs significations, et en-cela, elle est l’une de ces notions que l’on doit appréhender sous l’angle

⁹⁸ En matière de crédit à la consommation, en ce sens que le respect du formalisme légal exclut l’invocation de la réticence dolosive : Civ.1ère 14/06/1989, D.1989, Som., p.338, obs.J-L AUBERT.

⁹⁹ MAYAUX (L) *L’égalité en droit civil*, JCP 1992, I, 3611, pour une perspective générale. Voir en particulier, le renouvellement de l’analyse de l’idée d’égalité en droit de la famille: JESTAZ (Ph) *L’égalité et l’avenir du droit de la famille*, Mélanges en hommage à F.Terré, “L’avenir du droit”, Dalloz, PUF, Editions du Juris-classeur 1999, p.417.

d'une "sédimentation juridique"¹⁰⁰. En d'autres termes, la notion est composée de plusieurs sens superposées, chacun s'étant agrégé dans le concept au fil du temps.

Le droit commun des contrats (A) et le droit de la consommation (B) véhiculent chacun une signification disponible de l'idée d'égalité. La question qui est au cœur de leurs relations se trouve dans une éventuelle combinaison de ces sens, ou au contraire d'une incompatibilité entre eux.

A - L'ÉGALITÉ AU SENS DU DROIT COMMUN.

37. - *"On a posé comme règle que le contrat est la discussion entre égaux. Pendant longtemps on s'est contenté de l'égalité théorique et abstraite, révélée par l'échange des consentements. Puis l'idée égalitaire s'est plus fortement réalisée et, sous l'égalité juridique, on a vu l'inégalité de fait"*¹⁰¹.

a - L'égalité "juridique".

38. - Les rédacteurs du Code civil n'ignoraient pas les déséquilibres de puissance économique ou intellectuelle entre les contractants, et la domination qu'un contractant pourrait exercer sur l'autre. La conception pessimiste de la nature humaine qui semble les avoir animés les aura d'ailleurs conduits à voir dans ces déséquilibres une occurrence inéluctable¹⁰².

Aussi les contrats les plus douteux furent interdits par l'édiction d'incapacités relatives: vente ou donation irrévocable entre époux, achat par le tuteur des biens du pupille, par exemple¹⁰³. Pour le reste, l'égalité entre les parties n'est qu'une fiction, mais une *fiction dynamique*, faisant de (et présumant) chacun le gardien de ses intérêts. L'inégalité des parties n'est d'ailleurs pas reçue comme néfaste en soi, elle ne compromet pas la justice contractuelle; RIPERT résumait parfaitement la philosophie du code civil lorsqu'il écrivait: *"l'inégalité est fatale et il est juste que les qualités manifestées dans le commerce juridique soient source d'avantages"*¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Au sens où l'entend M.ATIAS in *Théorie contre arbitraire*, PUF 1987, coll. Les voies du droit, p.171 et s., et sur la "sédimentation" de l'idée d'égalité, spéc.n°46, p.173.

¹⁰¹ RIPERT (G) *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4ème éd.1949, n°57 p.100.

¹⁰² Sur ce point, voir ROUHETTE (G) *La force obligatoire du contrat* in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, Bibliothèque de droit privé t.196, LGDJ 1987, p.27; HALPÉRIN (J-L) *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF 1996, coll.Droit Fondamental, n°9 et s., spéc.n°18 à 20; MARTIN (X) *Nature humaine et Code Napoléon*, Droits 1985/2, p.117.

¹⁰³ Voir sur ce point RIPERT (G) *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., n°57.

¹⁰⁴ *La règle morale dans les obligations civiles*, préc. n°40. Il écrit aussi que "l'inégalité des contractants ne saurait être par elle-même suspecte, parce que cette inégalité est fatale et qu'elle existe dans tous les contrats(...)",

Ainsi, la puissance de l'un des contractants ne trouvera-t-elle sa sanction que dans la règle morale, pour que sa domination ne se traduise pas par une exploitation. Ce sera donc sur le terrain de la loyauté que les tribunaux sanctionneront les abus de puissance économique, par une analyse de la valeur du consentement donné ¹⁰⁵.

39. - Fondamentalement, l'égalité, dans la perspective du Code civil, demeure une égalité fictive, une égalité abstraite. Le sens Révolutionnaire de l'égalité, égalité de nature entre les hommes, ne semble pas loin.

b - L'inégalité de fait.

40. - L'approche abstraite du Code civil, telle que l'on a pu la décrire, semble refoulée par le législateur contemporain. Jusqu'alors flouée par la fiction égalitaire du Code, le déséquilibre dans les relations contractuelles rentre dans les préoccupations législatives d'aujourd'hui. Le contrat qui est autoritairement "rééquilibré" unit dans l'esprit du législateur, une partie faible, et une partie qui ne l'est pas. Le contrat n'unit plus deux "contractants", mais un salarié et un employeur ¹⁰⁶, un bailleur et un locataire ¹⁰⁷, un assureur et un assuré ¹⁰⁸, un consommateur et un professionnel...

La raison de la loi doit s'en trouver dans la prise en considération d'une "cause structurelle d'inégalité" ¹⁰⁹, dans ce que l'on a pu appeler une "faiblesse inhérente" au contractant ¹¹⁰. Dans un sens, la présomption civiliste s'est inversée, un contractant est présumé, d'autorité, en situation de faiblesse. Une abstraction s'est ainsi substituée à une autre, et le danger serait d'abandonner le fondement de la protection à l'arbitraire du législateur. L'ordre public, serait-il

"On sacrifie à une pensée de basse démocratie quand on soutient les faibles à cause de leur faiblesse même" (n°58, p.101).

¹⁰⁵ Sur le caractère moral de la théorie des vices du consentement, RIPERT (G) *La règle morale dans les obligations civiles*, préc.n°41 et s.. C'est ainsi que dès le XIXème siècle, les tribunaux développeront une conception "psychologique" de l'erreur: voir ROUHETTE (G) *La force obligatoire du contrat*, préc.spéc.n°6.

¹⁰⁶ Voir COUTURIER (G) *Les relations entre employeur et salarié en droit français in* La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges, Bdp t.261, LGDJ 1996, p.151 et s..

¹⁰⁷ Voir J-L AUBERT *Les relations entre bailleur et locataire in* La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, préc., p.165 et s..

¹⁰⁸ Voir KULLMANN (J) *Les relations entre assureurs et assurés en droit français in* La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, préc., p.349 et s.

¹⁰⁹ LEQUETTE (Y) *L'évolution des sources nationales et conventionnelles du droit des contrats internationaux in* L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées R.Savatier 1985, PUF 1986, p.185, spéc.n°15.

¹¹⁰ FONTAINE (M) *Rapport de synthèse in* La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, préc., p.615, spéc.n°2. Adde le rapport de Mme SINAY-CYTERMANN *Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français, ibid.p.241.*

qualifié de protection ¹¹¹, reste une notion fort maléable, qui abandonne à la loi la logique de ses choix.

Il faut donc s'interroger sur cette égalité qui s'est substituée à celle sur laquelle raisonnait le Code civil, il faut définir le fondement théorique des choix législatifs contemporains, afin de pouvoir les apprécier, plutôt que de les constater. Le droit de la consommation semble véhiculer ce nouveau sens de l'idée d'égalité, il convient à présent d'en définir la nature.

B - L'ÉGALITÉ AU SENS DU DROIT DE LA CONSOMMATION.

41. - Il y a une exigence égalitaire dans le fondement du droit de la consommation. Pas seulement celle d'une égalité de fait, mais celle d'une égalité fondamentalement "juridique". S'interroger sur sa nature, c'est fournir une assise théorique à cet "*ordre public général qui veut que les contrats "d'inégaux" soient autoritairement équilibrés*" ¹¹².

La qualité des parties, négligée par le Code civil ¹¹³, est au centre de ce sens de l'égalité: c'est la signification que véhicule le droit naturel classique (a). Le droit de la consommation reposerait sur ce fondement, à condition d'en respecter les exigences (b).

a - L'égalité selon le droit naturel classique.

42. - ARISTOTE distinguait, au sein de la "justice particulière" ¹¹⁴, deux types de Droit, c'est-à-dire deux types d'égalité: une *égalité arithmétique* dans les commutations par laquelle s'accomplit ce que les scolastiques diront être la justice commutative, et une *égalité géométrique* dans les distributions, par laquelle se réalise la justice distributive.

¹¹¹ M.MESTRE évoque un "*ordre privé impératif*": *L'ordre public dans les relations économiques in L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Dalloz 1996, p.33.

¹¹² STOFFEL-MUNCK (Ph) *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, th.Aix-Marseille 1999, n°479; sur l'incertitude des fondements du droit de la consommation dans sa lutte contre les clauses abusives et l'incidence à ce titre du principe d'égalité contractuelle, voir la démonstration n°470 et s..

¹¹³ Dans une certaine mesure, l'affirmation doit être nuancée. La qualité des parties est déterminante, dans le Code civil, lorsque l'on appréhende les contrats spéciaux en considération de leur structure. Par exemple, le vendeur voit ses obligations délimitées sur le fondement de la structure du contrat de vente (voir par ex. l'article 1602). Pour un essai de classifications des contrats spéciaux dans cette perspective, OVERSTAKE (M) *Essai de classification des contrats spéciaux*, Bdp.t.91, LGDJ 1969. Ne s'évince-t-il pas, d'ailleurs, de l'article 1174, outre cette réticence envers les engagements inexistantes, la conscience de ces inégalités dans la négociation qui permettent au puissant de se ménager un engagement révocable ?

¹¹⁴ VILLEY (M) *Une découverte d'Aristote*, in *Le droit et les droits de l'homme*, PUF 1998, 3ème éd. coll.Questions, p.36, spéc. p.41.

L'égalité géométrique sera atteinte si la répartition d'un bien commun entre les membres de la communauté, prend en considération les mérites de chacun, “*les apports personnels de chacun à la réalisation du bien commun*”¹¹⁵. La fonction de chacun dans l'ordre social général doit donc être prise en considération.

Dans les commutations, à l'inverse, le “juste milieu”, la mesure (*meson*), serait un rapport d'égalité simple: dans les commutations volontaires, chacun doit retrouver la valeur qu'il a donnée.

Le contrat, instrument des commutations volontaires, serait le domaine de prédilection de l'égalité arithmétique, de l'égalité simple des valeurs échangées, et la qualité des parties contractantes n'y jouerait aucun rôle, puisqu'un bien commun n'est pas en cause.

43. - Des solutions positives ne doivent pas, cependant, être tirées *ex abrupto* de l'*Ethique à Nicomaques*. ARISTOTE n'y donne pas de réponses, il traite seulement de la nature des problèmes posés aux juristes¹¹⁶, et leur suggère une méthode pour les résoudre.

Un paradigme qu'il cite illustre la méthode proposée: soit une commutation entre un cordonnier et un laboureur, le droit (*dikaion*) serait un rapport d'égalité simple, “arithmétique”; ARISTOTE ne s'en tient pas à cette conclusion. Le juge (*dikastês*), par lequel le juste se réalise, devra évaluer les choses échangées *au regard des qualités de leur métier respectif*, et ce qui justifie ce qu'ARISTOTE appelle cette “réciprocité proportionnelle”, c'est la fonction qu'occupe chacun dans l'ordre social général¹¹⁷.

b - Egalité aristotélicienne et fondement du droit de la consommation.

¹¹⁵ SÉRIAUX (A) *Le droit naturel*, PUF 1993, coll. Que sais-je ?, p.25 ; *Le droit, une introduction*, Ellipses, 1997, p.33 et s.

¹¹⁶ M.VILLEY met en garde les juristes en ce sens: “*La justice “ commutative ” prête à de lourds contresens. On en a tiré le principe de l'égalité des contractants, le système du libéralisme, qui traitant les pauvres à l'égal des riches, en fait les écraser*”, *Philosophie du droit, I. Les définitions et fins du droit*, Dalloz 1986, 4ème éd., coll.Précis, n°44 p.74.

¹¹⁷ Voir sur ce point VILLEY (M) *Une découverte d'Aristote*, in *Le droit et les droits de l'homme*, préc. p.51. ARISTOTE utilise autre part l'exemple de la transaction entre un médecin et un agriculteur: “*Il y a possibilité de relations communes (réciprocité proportionnelle) d'un médecin, par exemple, à un agriculteur; et en général, entre des gens qui sont différents, qui ne sont pas égaux, et qu'il faut égaliser entre eux avant qu'ils ne puissent traiter*” (*Ethiques à Nicomaque, Livre V, Chap.V, §7, Livre de Poche 1992, trad.A.Gomez-Muller*); Voir aussi *eod.loc.* §10: “*Il n'y a donc réciprocité véritable que quand on a égalisé les choses à l'avance, et que la relation du laboureur, par exemple, au cordonnier, est aussi la relation de l'ouvrage de l'un à l'ouvrage de l'autre*”.

44. - Les fondements du droit de la consommation semblent pouvoir être trouvés dans l'un des sens de l'idée d'égalité proposé par ARISTOTE, celui d'une égalité géométrique. L'attribution du droit de rétractation illustrera notre propos.

Tout d'abord, que le droit de la consommation prenne en considération la qualité des parties et leur fonction dans l'ordre social n'est guère douteux. Il s'agit de la distinction entre professionnel et consommateur.

Ensuite, que la fonction assurée par le consommateur dans l'ordre social, la fonction de consommation, constitue un mérite, "un apport personnel à la réalisation du bien commun", les préoccupations consuméristes de la société contemporaine rendent l'hypothèse vraisemblable.

En outre, que sur le fondement de ce mérite, le législateur accorde une prérogative, un droit subjectif, nous semble bien constituer, de la part de la règle objective, une distribution¹¹⁸.

Enfin, que l'intervention de l'autorité publique tende à assurer une "réciprocité proportionnelle", et nous distinguons la méthode concrète d'ARISTOTE au moyen de laquelle la relation contractuelle est géométriquement juste: avant qu'ils ne traitent, les contractants sont "égalisés".

45. - Le droit de la consommation jouerait le rôle d'un aiguillon du droit commun, au sein duquel d'aucuns ont pu déceler l'émergence d'un nouveau principe: "*le principe d'égalité contractuelle*"¹¹⁹, "*une égalité vraie, même si seulement relative au contrat conclu*"¹²⁰.

L'idée d'égalité revêt ici un sens distinct de l'égalité Révolutionnaire, égalité abstraite fondée sur l'égalité de nature entre les hommes. L'égalité n'est pas ici dans le sujet de droit, mais dans les choses à répartir telles qu'appréciées au regard de la fonction des contractants.

¹¹⁸ Sur cette conception contemporaine des rapports entre le droit objectif et les droits subjectifs selon laquelle les seconds n'existent qu'en vertu du premier, voir GHESTIN (J), GOUBEUX (G) *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4ème éd. avec le concours de M.Fabre-Magnan, LGDJ 1994, p.134 et s..

¹¹⁹ THIBIERGE-GUELFUCCI (C) *Libres propos sur la transformation des droit des contrats*, RTDCiv.1997, p.357, spéc.n°28: "*Le principe d'égalité contractuelle permet de sanctionner l'inégalité ou de rétablir l'égalité entre les parties dans la formation et dans l'exécution du contrat conclu, afin que la partie en situation d'infériorité - technique, économique... - puisse contracter et exécuter en connaissance de cause et que l'autre ne puisse pas abuser de sa position de force*".

¹²⁰ THIBIERGE-GUELFUCCI (C) *Libres propos sur la transformation des droit des contrats*, préc., *ibid.*: "*Le droit de la consommation a ainsi élargi la voie de la quête d'une égalité vraie même si seulement relative au contrat conclu; en induire un principe général, c'est, comme y invite un auteur, "débuser le général de demain sous le spécial d'aujourd'hui"*". Selon cet auteur, grâce au délai de rétractation, "*l'égalité est restaurée*" (*ibid.*). Adde MALINVAUD (Ph) *La protection des consommateurs*, D.1981, Chr., p.49, n°3: "*L'objectif (est) de rétablir dans les rapports contractuels l'égalité lorsqu'elle est menacée au détriment de l'une des parties*".

46. - Reste que cette approche renouvelée à un fondement qu'il faut respecter pour que la justice contractuelle soit accomplie: que les mesures "protectrices" soient justifiées par la prise en considération de la fonction des agents dans l'ordre social. En d'autres termes, *ce n'est pas dans la faiblesse inhérente à l'un des contractants que se trouve la justification de l'intervention du droit, c'est la fonction respective de chacun dans l'ordre social.*

C'est sous cet angle qu'il convient d'évaluer la pertinence des critères proposés pour une définition de la notion de consommateur, notion qui circonscrit le domaine du droit de rétractation.

PARAGRAPHE II - LA NOTION DE CONSOMMATEUR.

47. - Le législateur prend soin de n'attribuer le droit de rétractation qu'aux "consommateurs", destinataires privilégiés de ses faveurs ¹²¹. Le bénéfice de la protection légale dépend de la qualité de consommateur, il est donc important de cerner la notion, c'est elle qui définit *ratione personæ*, le domaine du droit de rétractation.

La difficulté réside dans le fait que la protection du consommateur "*s'est édifiée par strates successives*" ¹²²: chacun des textes qui se sont succédé a adopté une définition du "consommateur", sans qu'une cohérence d'ensemble soit recherchée. Ainsi, plusieurs définitions du consommateur coexistent en droit positif. Cette confusion ne doit pas étonner, elle est le reflet des diverses façons d'envisager les rapports du droit commun et du droit de la consommation, or il est évident qu'en la matière, le droit français n'a pas choisi de solution définitive.

Le domaine du droit de rétractation illustre cette confusion du droit positif: après avoir évoqué la diversité des critères de définition du "consommateur" (A), il sera envisagé si une définition unitaire du consommateur peut être distinguée (B).

A - LES DÉFINITIONS DU CONSOMMATEUR.

¹²¹ A titre d'exemple, pour la loi du 8/07/1998, les parlementaires ont tenu à remplacer les mots "acquéreur" et "vendeur" employés par la directive de 1994, par ceux de "consommateur" et "professionnel": J.O.Débats, Sénat, 23/10/1997, p.2998.

¹²² J. MESTRE *Des notions de consommateur*, RTDCiv.1989, p.62.

48. - La nature de l'opération peut exclure tout problème de délimitation. Ainsi en est-il en matière de courtage matrimonial, d'enseignement à distance, d'acquisition d'un logement neuf¹²³, de contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé¹²⁴. Il est évident, ici, que seul un particulier, personne physique, peut bénéficier de la protection légale.

La notion de consommateur est incertaine dans trois domaines où elle semble recevoir des définitions différentes: en matière de vente à distance, de crédit à la consommation, de démarchage à domicile.

a - En matière de vente à distance.

Aux incertitudes actuelles pourraient se substituer celles résultant de la transposition de la directive du 20/05/1997.

I - L'article L.121-16 c.conso.

49. - Ce texte prévoit que *“pour toutes les opérations de vente à distance, l'acheteur d'un produit dispose d'un délai de sept jours francs à compter de la livraison de sa commande pour faire retour de ce produit au vendeur (..)”*. Il en résulte des difficultés d'interprétation: interprétations littérale et téléologique s'affrontent.

Littéralement, le texte vise tout “acheteur”, ce qui n'exclut ni les personnes morales, ni les acheteurs professionnels. La plupart des commentateurs observent ainsi qu'il n'y a pas lieu de distinguer là où une loi, au demeurant récente et claire, ne le fait pas¹²⁵.

Le texte serait aussi justiciable d'une interprétation téléologique: la volonté du législateur a été, au cours des débats parlementaires de protéger les consommateurs¹²⁶, et l'intégration du texte dans le code de la consommation serait une deuxième manifestation de sa volonté.

¹²³ L'article L.271-1 du code de la construction prévoit le jeu du droit de rétractation pour les contrats ayant pour objet une “habitation”.

¹²⁴ L'article L.121-60 c.conso. évoque “la jouissance d'un ou plusieurs biens immobiliers à usage d'habitation”.

¹²⁵ PIZZIO (J-P) *Code de la consommation*, Monchrestien 1995, p.125, PAISANT (G) *La loi du 6/01/1988 sur les opérations de vente à distance et le “ télé-achat ”*, préc.*supra* spéc.n°13 et 14.

¹²⁶ J.O. Débats, Ass.Nat., 22/12/1987, p.7983, J.O. Débats, Sénat, 23/12/1987, p.5975.

D'aucuns invoquent aussi cet argument d'opportunité que “*le monde des affaires s'accommoderait bien mal d'un tel droit de repentir*”¹²⁷.

Les tribunaux ne semblent pas avoir eu à connaître de la difficulté, mais s'il était décidé de restreindre le bénéfice du texte aux consommateurs, la question se poserait de savoir ce que recouvre la notion. Une réponse serait peut-être donnée par la transposition de la directive 97/7/CE du 20/05/1997.

II - La directive 97/7/CE du 20/05/1997.

50. - La directive réserve ses dispositions aux relations entre un “consommateur” et “un fournisseur”, notions définies par son article 2. Le consommateur est défini comme “*toute personne physique qui (...) agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle*”, le fournisseur comme “*toute personne physique ou morale qui (...) agit dans le cadre de son activité professionnelle*” .

51. - Ces définitions s'inscrivent dans le cadre d'une conception restrictive du “consommateur”. C'est le “noyau dur” de la notion: le consommateur est la personne qui se procure ou qui utilise des biens ou des services pour un usage non-professionnel¹²⁸. Telle est la conception adoptée par certains auteurs¹²⁹, par les instances communautaires¹³⁰, par la Commission des clauses abusives¹³¹. La Cour de cassation a consacré cette définition stricte dans certains de ses arrêts¹³². La définition se rapproche ici du sens que la notion revêt en économie où prévaut l'idée de consommation finale, d'aboutissement du cycle économique¹³³.

¹²⁷ BIARDEAUD (G) et FLORES (Ph) *Le contentieux du droit de la consommation*, Documents pratiques AER, ENM, 1997, p.279, n°268.

¹²⁸ C'est la définition que donne J.CALAIS-AULOY *Propositions pour un code de la consommation*, Documentation française, 1990, article 3. Voir aussi la définition de M.CORNU: “*Tout acquéreur non professionnel de biens de consommation destinés à son usage personnel*” in *Vocabulaire juridique*, op.cit., V° consommateur.

¹²⁹ Adde aux réf.citées *supra*, la définition de M.GHESTIN: le consommateur est la “*personne qui, pour ses besoins personnels, non professionnels, devient partie à un contrat de fourniture de biens ou de services*” (Traité de droit civil, *La formation du contrat*, 3ème éd., LGDJ 1993, n°77 p.54). En ce sens aussi PAISANT (G) *Essai sur la notion de consommateur en droit positif*, JCP 1993, éd.G., I, 3655.

¹³⁰ Voir par exemple la directive du 5/04/1993 sur les clauses abusives, article 2, celle du 20/05/1997 sur les contrats à distance, art. 2.

¹³¹ Voir Avis 14/09/1993 Société la Téléphonie centrale et Société SADAC, Cont., conc., conso. 1992, n°92, note L.LEVENEUR.

¹³² Voir, en matière de clauses abusives, Civ.1ère 24/11/1993, D.1994, Som., p.236, observ. G.PAISANT; Com.10/05/1994, D.1995, Som. p.89, obs. D.MAZEAUD ; Civ.1ère 21/02/1995, J.C.P.1995, II, n°22502, note G.PAISANT.

¹³³ Sur cette approche économique, voir CHAZAL (J-P) *Le consommateur existe-t-il ?* D.1997, Chr., p.260, n°11 et s.

52. - Dans la mesure où, à l'occasion de la transposition de la directive, le législateur définirait la notion de consommateur en ces termes, la définition s'harmoniserait difficilement avec celles données dans d'autres textes plus compréhensifs.

b - En matière de crédit à la consommation.

La loi n°78-22 du 10/01/1978 ne donne pas de définition du consommateur, mais elle exclut du bénéfice de ses dispositions “(les prêts, contrats et opérations de crédit) *qui sont destinés à financer les besoins d'une activité professionnelle, ainsi que les prêts aux personnes morales de droit public*” (article L.311-3 c.conso.).

53. - La première remarque devant être faite, est que seules les personnes morales *de droit public* sont exclues par le texte. La jurisprudence a pu décider que les personnes morales de droit privé ayant recours au crédit dans les conditions de la loi de 1978 bénéficient des dispositions protectrices et notamment du droit de rétractation ¹³⁴, à moins que leur forme implique nécessairement une activité professionnelle ¹³⁵.

En second lieu, le texte exclut les opérations “qui sont *destinées à financer les besoins d'une activité professionnelle*”. Le critère semble clair, la jurisprudence a pu en consacrer un autre en marge de la loi.

I - Le critère de délimitation du texte.

54. - Le domaine *ratione personæ* du texte est défini par l'affectation économique de l'opération de crédit (les civilistes diront la cause subjective du prêt). Le professionnel n'est pas exclu, sur le fondement de cette seule qualité, du bénéfice de la protection légale: il pourra s'en prévaloir si le crédit ne répond pas à une nécessité de l'exercice de son activité professionnelle

¹³⁴ Par ex.: un *parti politique* pour l'achat d'une machine d'impression (Paris 5/07/1991, JCP 1991, éd.E, Pan. p.338; Cont., conc., conso.1992, n°16, obs.G.RAYMOND); un *comité d'établissement* à propos d'un distributeur de boissons (Paris 22/10/1991, Cont., conc., conso. 1992 n°63); un *syndicat de copropriétaires* pour une ouverture de crédit (Paris 2/12/1994, JCP 1995, éd. E, IV, n°17 p.22).

¹³⁵ La forme sociétaire en premier lieu: Com.4/02/1992, D.1992, IR, p.90. Par exemple, dès lors que le prêt consenti à l'associé d'une S.A.R.L.doit être réinvesti dans la société, le bénéfice de la loi de 1978 est exclu: Com.20/11/1990, RTDCom.1991, p.429, obs. B.BOULOC.

¹³⁶. C'est de l'affectation du prêt que dépend l'exclusion du domaine de la loi, et non de la qualité de professionnel ¹³⁷. La formule de la Cour de cassation semble univoque: "*L'application de la loi est déterminée par l'objet du prêt et non par la personnalité de ceux qui s'y engagent*" ¹³⁸.

Dans bien des cas, le lien entre le crédit et les besoins de l'activité est évident ¹³⁹. Lorsque l'usage du bien financé est mixte, il s'évince de certaines décisions que le magistrat devra apprécier la finalité prépondérante ¹⁴⁰.

II - L'apparition du critère de la compétence.

55. - Un commerçant sollicite un crédit pour l'achat d'un système d'alarme afin de protéger son magasin. La Cour de cassation a pu statuer en ce sens qu'il devait bénéficier de la protection légale au motif qu' "*il se trouve placé dans le même état d'ignorance que n'importe quel consommateur*". Rendue sous le visa de l'article 3 de la loi n°78-22 du 10/01/1978 (article L.311-3 c.conso.), cette décision, abondamment commentée ¹⁴¹, se voulait de principe.

Si la décision surprend, c'est qu'il ne s'évince nullement du texte visé qu'une appréciation subjective doive être menée. On l'a dit, la personnalité de l'emprunteur est indifférente, seule l'affectation du crédit est déterminante selon la loi.

Le critère proposé par la Cour de cassation est lié à la *compétence* de l'agent économique: dès lors que le professionnel agit hors de sa spécialité, le juge sera habilité à rechercher si, *intellectuellement*, la situation reste équilibrée. A défaut, le fondement de la protection du

¹³⁶ Définie comme toute activité commerciale, artisanale, libérale, agricole ou industrielle *habituellement exercée par une personne pour se procurer les revenus nécessaires à son existence*: *Vocabulaire juridique* Association H.Capitant, sous la dir. de G.Cornu, PUF 1996, 6ème éd.

¹³⁷ Les parties, professionnelles, pourraient aussi volontairement soumettre leur convention à l'empire du c.conso.: Civ. 1ère 6/07/1988, JCP 1989, II, 21194, note J-J TAISNE ; en dernier lieu Civ.1ère 1er/06/1999, D.1999, I.R., p.176: cette soumission doit "*résulter d'une manifestation de volonté dépourvue d'équivoque et dont la réalité est soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond*".

¹³⁸ Civ. 1ère 8/07/1997, D.Aff.1997, p.1319. En l'espèce, un prêt avait été souscrit pour les besoins de l'activité d'une commerçante. Son conjoint coemprunteur voulait faire valoir sa qualité de consommateur pour faire dire que la loi de 1978 aurait dû être respectée.

¹³⁹ Par ex.: Le prêt souscrit par un agriculteur pour l'achat d'un tracteur n'est pas justiciable de la loi de 1978 (TI Loudun 7/05/1987, Gaz. Pal. 1988, I, Som. p.204), pas plus que celui destiné au financement d'une pompe à chaleur pour un hôtel (Nancy 15/04/1993, JCP 1993, IV, p.296).

¹⁴⁰ Voir Paris 9/11/1994, Cont., conc., conso. 1995, n°40, obs. G.RAYMOND, Comp. Versailles 9/05/1997, D.Aff.1997, p.828 selon lequel un prêt ayant servi à satisfaire les besoins personnels et professionnels d'un avocat n'est pas soumis au code de la consommation. Selon Paris 29/10/1996, RJDA 1997, n°238, la destination s'apprécie au regard de la volonté des parties lors de la conclusion du contrat.

¹⁴¹ Civ.1ère 25/05/1992, D.1992, Som., p.401 obs. J.KULLMANN ; RTDCom. 1993, p.154, obs. B.BOULOC ; D.1993, Jur., p.87, note G.NICOLAU ; PAISANT (G) *Essai sur la notion de consommateur en droit positif*

consommateur existe, ce qui justifie l'application des règles protectrices. Et la doctrine de constater la mort du consommateur, contre l'avènement du profane...¹⁴²

Cette décision se place dans la lignée d'autres, d'une même inspiration, rendues en matière de démarchage.

c - En matière de démarchage à domicile.

Les solutions diffèrent de celles retenues en matière de crédit à la consommation pour ce qui concerne la question des personnes morales, quant aux personnes physiques, le critère utilisé est sensiblement différent: c'est celui du rapport direct.

I - Le consommateur personne morale.

56. - L'article L.121-1 c.conso. réserve expressément aux personnes physiques le bénéfice des dispositions légales sur le démarchage. La jurisprudence a tôt fait d'en tirer toutes les conséquences¹⁴³. Pourtant les solutions retenues en matière de crédit à la consommation¹⁴⁴, et de lutte contre les clauses abusives¹⁴⁵, l'opinion de la meilleure doctrine¹⁴⁶, et une appréciation bienveillante de l'administration¹⁴⁷, ont incliné la Cour de cassation à plus de nuance. Elle a pu admettre qu'un G.A.E.C. bénéficie des dispositions sur le démarchage à domicile¹⁴⁸. La solution reste isolée et la Cour de cassation a récemment eu l'occasion de se dédire¹⁴⁹.

II - Le critère du rapport direct.

(Réflexions sur un arrêt du 25 mai 1992 de la première chambre civile de la Cour de cassation), JCP 1993, éd.G, I, 3655.

¹⁴² KULLMANN (J) obs. sous Civ.1ère 25/05/1992, préc.. La solution nous semble avoir été abandonnée par des arrêts postérieurs, voir en particulier Civ. 1ère 8/07/1997, D.Aff.1997, p.1319, préc..

¹⁴³ En ce sens qu'une société ne dispose pas, sur ce fondement, de la faculté de rétractation prévue en la matière, Com.8/03/1977, RTDCom.1977, p.573, obs. J.HÉMARD.

¹⁴⁴ Voir *supra* n°53.

¹⁴⁵ Voir en particulier, pour une agence immobilière Civ.1ère 28/02/1987, D.1988, Jur., p.1, note Ph.DELEBECQUE, RTDCiv.1987, p.537, obs.J.MESTRE.

¹⁴⁶ Voir CALAIS-AULOY (J) et STEINMETZ (F) *Droit de la consommation*, Dalloz 1996,4ème éd., coll. Précis, n°4, pour les personnes morales ayant une activité non-professionnelle.

¹⁴⁷ Avis D.G.C.C.R.F. n°95-343, 27/10/1995, B.I.D., n°12, p.8, Bull. d'actualité Lamy droit économique, 02/1996, n°81, p.6, approuvant la décision citée à la prochaine note et en ce sens d'une extension de la solution aux associations.

¹⁴⁸ Civ.1ère 6/01/1993, Cont.conc.conso. 1993, n°62.

57. - La loi du 22/12/1972 excluait de son domaine les objets ou les services proposés “*pour les besoins d’une exploitation agricole, industrielle ou commerciale ou d’une activité professionnelle*”. Le critère de délimitation du domaine *ratione personae* était donc semblable à celui utilisé en matière de crédit à la consommation.

58. - Malgré cette formule claire, la Cour de cassation a pu consacrer un critère fondé, ici encore, sur la *compétence* du professionnel: lorsqu’il agit en dehors de sa spécialité, le professionnel se trouve dans le même état d’ignorance que n’importe quel autre consommateur¹⁵⁰, ce qui justifie qu’il bénéficie des dispositions protectrices.

59. - La loi Doubin du 31/12/1989 est venue modifier la loi de 1972: sont désormais exclues les “opérations qui ont un *rapport direct* avec les activités exercées dans le cadre d’une exploitation agricole, industrielle, commerciale ou artisanale ou de toute autre profession” (article L.121-22 4°).

Ce critère, d’origine doctrinale¹⁵¹, est aussi celui consacré en matière de lutte contre les clauses abusives¹⁵². Il n’est pas sûr, qu’en matière de démarchage, il ait pour effet de justifier les décisions rendues sous l’empire des textes précédents. La jurisprudence s’oriente aujourd’hui vers une pente plutôt restrictive de la notion de consommateur¹⁵³, encore qu’il soit difficile de distinguer sa ligne de conduite: l’évaluation du rapport direct relève de l’appréciation souveraine des juges du fond¹⁵⁴.

60. - Sont donc théoriquement disponibles en droit positif, plusieurs conceptions du “consommateur”. Une *conception restrictive*, au terme de laquelle le consommateur est celui

¹⁴⁹ Civ.1ère 15/12/1998, D.Aff.1999, n°152, obs. C.R.

¹⁵⁰ Civ.1ère 15/04/1982, D.1984, Jur., p.439, note J-P PIZZIO (contrat passé par un agriculteur pour l’expertise d’un sinistre); Civ.25/05/1992, préc.; Civ.1ère 20/10/1992, JCP 1993, éd.G., II, 22007, obs.G.PAISANT (contrat d’assurance juridique conclu par un artisan plombier chauffagiste); Civ.1ère 6/01/1993, *ibid.* (achat d’un extincteur par un agriculteur).

¹⁵¹ CARMET (O) *Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n°78-23 du 10/01/1978*, RTDCom.1982, p.10, selon qui la distinction s’établit en fonction de la nature du lien unissant l’acte et la profession exercée.

¹⁵² En particulier Civ.1ère 3/01/1996, 30/01/1996, D.1996, Jur., p.228, note G.PAISANT (1ère esp.); JCP 1996, éd.G, II, 22654, note L.LEVENEUR; Rép.Def.1996, p.766, obs.D.MAZEAUD; RTDCiv.1996, p.609, obs.J.MESTRE, selon qui la Cour a “*manifestement arrêté sa position*”.

¹⁵³ Voir en dernier lieu, un arrêt particulièrement sévère mais qui peut s’expliquer par le contrôle restreint de la Cour de cassation: Civ.1ère 1/12/1998, Droit & Patrimoine, Mai 1999, n°71, p.108, obs.P.CHAUVEL: existence d’un rapport direct entre l’achat d’un logiciel de gestion et l’activité de kinésithérapeute.

¹⁵⁴ Civ.1ère 17/07/1996, D.Aff.1996, p.1025; JCP 1996, éd.G, II, 22747, note G.PAISANT. Pour une critique de cette solution CHAZAL (J-P) note sous Paris 3/07/1998, D.1999 n°17, Jur., p.249.

qui contracte pour ses besoins privés ; une *conception extensive* selon laquelle le consommateur est un profane, qu'il soit commerçant ou particulier ; une *voie médiane* qui invite le juge à apprécier l'affectation de l'acte conclu. Faut-il faire un choix, et adopter une définition du consommateur ?

B - UNE DÉFINITION DU CONSOMMATEUR.

61. - Les définitions proposées, dans leur diversité, ont un point commun: elles n'utilisent pas le langage du droit. Avant de les opposer, on devrait s'interroger sur les sens qu'il faut en tirer. Bien sûr, l'on dira que le terme de "consommateur" n'est point un terme juridique, mais justement, quelle signification les juristes doivent-ils en déduire au niveau de la texture de l'ordre juridique ? Une définition "juridique" est-elle nécessaire ?

Avant d'essayer de définir cette notion, il faut répondre à ces questions. Il apparaîtra que la notion de consommateur est un standard juridique, que son origine économique a un sens. Alors seulement pourra-t-on évaluer la pertinence des définitions proposées.

a - La notion de consommateur est un standard.

I - Les standards juridiques en droit positif.

62. - Le droit romain connaissait quelques standards: celui de la bonne foi dans les *negotia bonae fidei*, celui du *bonus pater familias* pour apprécier la diligence requise de diverses personnes; le droit anglo-américain a considérablement développé ce procédé ¹⁵⁵.

Le droit français compose avec la même méthode ¹⁵⁶: le standard est une notion floue ayant pour objet d'assouplir la règle de droit au bénéfice de l'appréciation judiciaire.

1 . Une notion " floue " .

63. - M.CORNU définit le standard comme "une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé, une notion cadre" ¹⁵⁷. Le doyen ROUBIER parlait de "règles

¹⁵⁵ ROUBIER (P) *Théorie générale du droit*, Sirey 2ème éd., 1951, spéc.p.112.

¹⁵⁶ Le droit de la famille, par exemple, fourmille de standards: Voir CARBONNIER (J) *Les notions à contenu variable dans le droit de la famille*, in *Les notions à contenu variable en droit*, Etudes publiées par Ch.Perelman et R. Vander Elst, éd.Bruyant, Bruxelles 1984, p.99.

souples et qualitatives”¹⁵⁸. Elles procéderaient de cette “logique floue” qui habite le droit¹⁵⁹ et concurrence la logique linéaire des “*normes immédiatement opérationnelles*”¹⁶⁰.

La souplesse de ces notions “à contenu variable” sert leur fonction en droit positif: celle de laisser au juge le soin d’en définir les contours, au gré des circonstances de la cause. Cette “délégation” de pouvoir normatif de la loi au juge est voulue, et contribue à une meilleure adéquation du droit aux faits¹⁶¹. C’est un souci de justice qui justifierait l’existence de ces standards¹⁶², c’est aussi que la technique juridique ne saurait se passer de ces normes qui soulagent le droit des rigueurs de la généralité de la loi.

2. L’office du juge.

64. - M. JESTAZ nous éclaire sur l’attitude du juge lorsque la loi lui indique d’appliquer un standard: *le standard est l’instrument par lequel le système juridique renvoie à un autre système déjà existant*. La méthode évoque la technique du conflit de lois, avec cette différence que le droit renvoie non pas à une loi étrangère, mais à *un système normatif extra ou para-juridique*¹⁶³. Le droit emprunterait ainsi certains éléments de sa décision à un autre ordre normatif.

Ainsi, le standard de l’obligation de moyens du médecin renvoie le juge au monde de la médecine et de ses “règles de l’art”, celui des bonnes mœurs à l’état de la morale sociale...

II - Le standard du consommateur.

65. - La notion de consommateur est bien une notion “floue”, en ce sens qu’elle n’a pas de définition juridique en droit positif. Une définition juridique serait même nuisible car elle empêcherait le standard du consommateur de jouer son rôle dans l’ordre juridique. Ce rôle est

¹⁵⁷ *Vocabulaire juridique* Association H.Capitant, sous la dir. de G.Cornu, PUF 1996, 6ème éd., V°standard.

¹⁵⁸ ROUBIER (P) *Théorie générale du droit*, préc. p.110.

¹⁵⁹ Voir DELMAS-MARTY (M) *Le flou du droit*, PUF 1986, coll. Les voies du droit, Paris.

¹⁶⁰ JESTAZ (Ph) *Essai de synthèse in* Les standards juridiques, Cahiers de méthodologie juridique n°3, RRJ Droit prospectif 1988-3, p.1181.

¹⁶¹ “*De telles lacunes “intra legem”, volontaires de la part du législateur, se traduisent dans la loi par des notions intentionnellement vagues et ont pour objet de reporter sur le juge, en fonction des faits qui lui sont soumis, le soin de les préciser en appréciant si ceux-ci sont conformes aux “standards” légaux. Ils doivent permettre ainsi, avec beaucoup de souplesse, une bonne application du droit aux faits.* BERGEL (J-L) *Avant propos in* Les standards juridiques, Cahiers de méthodologie juridique n°3, RRJ Droit prospectif 1988-3, p.805, spéc.p.807.

¹⁶² “*A la vérité, il est bien possible que, abandonnant un système de règles ayant des contours trop arrêtés, on donnerait une plus large satisfaction aux besoins de la justice*”: ROUBIER (P) *Théorie générale du droit*, préc. p.110.

de permettre au juge de prendre des éléments de sa décision dans un autre ordre normatif - celui de l'économie - sans lier son appréciation à une prescription juridique. Remarquons que la notion de consommateur est bien une notion juridique, mais seulement en ce qu'elle est un standard.

66. - L'indécision du droit positif, quant à la conception à adopter, vient du fait que l'ordre juridique ne semble pas consentir à abandonner à l'économie le soin de choisir ses définitions. Toute la controverse concerne donc la mesure du "renvoi" de l'ordre juridique à cet autre ordre normatif qu'est l'économie. A tout le moins pourrait-on dire que l'ordre juridique, au moyen du standard du consommateur, invite seulement le juge à inscrire son appréciation dans la réalité des relations économiques. Au-delà, un supplément d'analyse des définitions proposées s'avère nécessaire pour mesurer la fonction du standard du consommateur.

b - Évaluation des critères de définition proposés.

I - Le critère restrictif.

67. - Telle est l'hypothèse du "renvoi" pur et simple de l'ordre juridique aux sciences économiques. La notion de consommateur revêt le sens économique du consommateur final, de l'agent qui se trouve au terme du cycle économique.

La protection légale se trouverait en outre justifiée, au regard d'une "égalité géométrique". En effet, c'est bien la fonction distincte des contractants dans l'ordre social qui justifie que le droit objectif prenne en considération la qualité des parties, pour assurer une "réciprocité proportionnelle". Dans son principe donc, le critère semble juste ¹⁶⁴.

Il n'est contesté par personne que celui qui contracte pour ses besoins privés doit bénéficier des dispositions du droit de la consommation. En ce sens, la conception restrictive constitue le "noyau dur" de la notion de consommateur. La controverse porte plutôt sur le point de savoir s'il faut aller au-delà et admettre que les professionnels bénéficient aussi de la protection légale.

¹⁶³ JESTAZ (Ph) *Essai de synthèse in* Les standards juridiques, préc.p.1186 et s.

¹⁶⁴ Que l'on conteste ensuite les moyens mis en œuvre, notamment l'excessive rigidité des règles du droit de la consommation, nous semble pleinement justifié. Notamment, l'éviction de l'appréciation judiciaire, dans de nombreux domaines semble constituer une erreur dont le droit de la consommation devra se défaire pour atteindre la justice contractuelle vers laquelle il tend. L'exemple du droit des clauses abusives est à ce titre significatif, pour une synthèse, voir J.MESTRE *Vingt ans de lutte contre les clauses abusives*, Mélanges en hommage à F.Terré, "L'avenir du droit", Dalloz, PUF, Editions du Juris-classeur 1999, p.677. Le droit des clauses abusives pourrait à ce titre aiguillonner le droit de la consommation.

II - Les critères compréhensifs.

68. - Signe que l'ordre juridique revendique le droit de désigner ses sujets, deux critères sont proposés pour étendre aux professionnels le bénéfice de la protection légale: celui de la compétence, celui du rapport direct.

1. Le critère de la compétence.

69. - Il suffirait que le professionnel se trouve “ dans le même état d'ignorance que n'importe quel consommateur ”, pour bénéficier des dispositions protectrices. Le juge devrait donc apprécier la *puissance intellectuelle* des parties.

Ce critère ne laisse pas entièrement satisfait. Tout d'abord, il contrarie la lettre de la loi qui consacre souvent un critère objectif ¹⁶⁵. Ensuite, il n'est pas logique que le critère ne joue que dans un sens: le consommateur expérimenté est protégé par les tribunaux, autant que le profane ¹⁶⁶. Enfin, est-il raisonnable de présumer qu'un professionnel ne connaît que les techniques étroitement liées à l'acte de sa profession: dira-t-on “ *que le métier d'un médecin est d'ausculter et non pas d'acheter un stéthoscope fabriqué par des ingénieurs* ” ¹⁶⁷ ?

Sans doute y a-t-il là l'une des amigüités des fondements du droit de la consommation, mais il semble que la cause de la protection se trouve davantage dans la différence des fonctions qu'assurent les personnes dans l'ordre social, que dans l'ignorance de l'une d'entre elles, qui n'en est qu'une conséquence d'ailleurs non nécessaire ¹⁶⁸. La puissance intellectuelle du professionnel est peut-être un indice de la nécessité d'une protection, elle ne saurait en constituer le critère.

¹⁶⁵ Voir *supra*, n°54 en matière de démarchage, n°57 en matière de crédit à la consommation.

¹⁶⁶ Civ.1ère 3/05/1988, D.1988, Som., p.407, obs. J-L AUBERT. Dans le droit du surendettement, une tendance inverse se fait jour, qui exclut de la protection légale ceux qui, en raison de leur expérience professionnelle, ont acquis une compétence suffisante pour se rendre compte de la portée de leurs engagements, voir PAISANT (G) *Essai sur la notion de consommateur en droit positif*, JCP 1993, éd.G., I, 3655, n°23.

¹⁶⁷ CAUSSE (H) *De la notion de consommateur in* Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis, Actes du colloque du 24/02/1994 de l'Université de Reims, Litec 1995 p.21 et s., spéc. n°28.

2. Le critère du rapport direct.

70. - La définition du critère du “ rapport direct ” par la loi et la jurisprudence, semblerait, *a priori*, être guidée par le respect de l'égalité entre les parties, dans le sens renouvelé que cette notion pourrait recevoir : le sens d'une “ égalité géométrique ”¹⁶⁹. En effet, le critère invite le juge à apprécier l'adéquation entre la nature de l'acte et la fonction qu'occupe le professionnel dans l'ordre social. Si ce rapport est direct, rien ne justifie la protection de la loi car les deux agents économiques sont dans une position “égale”, nous sommes dans le domaine de l'“ égalité arithmétique ”. Si le juge décide que le rapport n'est pas direct, c'est qu'il aura constaté l'inadéquation entre la nature de l'opération et la fonction du professionnel, qu'il aura estimé que la qualité des parties justifie la “réciprocité proportionnelle” que le déclenchement des règles du droit de la consommation a pour objet d'assurer.

71. - On pourrait cependant reprocher à un telle perspective de manquer de cohérence. La fonction qui détermine le fondement du droit de la consommation est la fonction de consommation. Le renvoi que suggère le standard du consommateur aux sciences économiques devrait être pur et simple.

Le droit revendiquerait-il la possibilité de désigner lui-même ses sujets ? La loi a pu inviter le juge a plus de souplesse au moyen de la notion de “ rapport direct ”. Il semble cependant que le juge, par l'appréciation stricte qu'il mène de la notion, entende consacrer des distinctions tranchées. Il nous semble que le droit de la consommation y gagne en cohérence, en même temps que le domaine *ratione personæ* du droit de rétractation s'oriente vers le particularisme.

72. - A ceux qui appellent de leur vœux une définition unitaire du consommateur¹⁷⁰, on pourrait suggérer de considérer la notion de consommateur autrement. La notion de consommateur est une notion floue, un standard qui, lorsqu'il est invoqué devant le juge, l'invite à inscrire sa décision dans la réalité économique pour en déduire la fonction que chacun y occupe. Elle serait le véhicule d'un raisonnement différent, d'une méthode originale, au moins en apparence, par rapport à celle du droit commun.

¹⁶⁸ Voir les critiques adressées à ce critère, dans un autre ordre d'idées, par CHAZAL (J-P) *Le consommateur existe-t-il ?*, D.1997, Chr., p.260, spéc.n°7.

¹⁶⁹ Voir, sur cette notion, *supra* n°42 et s..

¹⁷⁰ Voir, par ex., en ce sens PAISANT (G) *Essai sur la notion de consommateur en droit positif (Réflexions sur un arrêt du 25/05/1992 de la première chambre civile de la Cour de cassation)*, JCP 1993, éd.G., I, 3655, spéc. n°17

- CONCLUSION DU CHAPITRE I -

73. - Le domaine du droit de rétractation semble tout entier défini par les critères propres au droit de la consommation. En cela, l'hypothèse que la prérogative est "typiquement consumériste" semble accréditée.

Ratione materiae, l'élaboration de la règle spéciale ne repose plus sur les critères juridiques traditionnels tirés de la nature du contrat, mais sur une approche factuelle que justifie le souci de protection du consommateur.

C'est ensuite à l'étude du domaine *ratione personae* de la prérogative que se constate l'opposition d'esprit entre le droit commun et son droit spécial. La définition stricte de la notion de consommateur, fixée et justifiée par une conception nouvelle de l'idée d'égalité entre les contractants, invite à penser que la vocation du droit de rétractation n'a rien de générale et reste limitée au cadre étroit des relations entre professionnel et consommateur.

Le droit commun des contrats, à défaut d'inspirer la définition du domaine de la prérogative, pourrait au moins fournir au droit de la consommation la richesse de sa technique contractuelle. C'est ce qu'il convient de vérifier à l'étude du *droit de rétractation en tant que prérogative*.

et s., plus nuancé sur l'opportunité d'une définition unitaire J.MESTRE *Des notions de consommateur*, RTDCiv.1989, p.62.

CHAPITRE II - UNE PRÉROGATIVE DE DROIT SPÉCIAL.

74. - “*Les auteurs qui ont étudié la toute nouvelle protection du consommateur n’ont certainement pas eu le sentiment de travailler au-dessus d’un gouffre béant sans aucune théorie pour les retenir*”¹⁷¹. Il resterait à savoir quelles utilités ils ont pu retirer des théories du droit commun. Leur ont-elles fourni le cadre conceptuel adéquat pour donner une cohérence à ces techniques nouvelles qu’utilise le droit de la consommation ? C’est ce qu’il faut évaluer dans cette étude du droit de rétractation en tant que prérogative: la nature (SECTION I) et le régime (SECTION II) de cette technique se fondent-ils de manière satisfaisante dans le cadre du droit commun ?

SECTION I - LA NATURE JURIDIQUE DU DROIT DE

¹⁷¹ ATIAS (Ch) *Théorie contre arbitraire*, PUF 1987, coll. Les voies du droit, p.67, n°29.

RÉTRACTATION.

75. - Rechercher la nature juridique d'une prérogative invite à procéder à un certain nombre de qualifications, pour en déduire un régime juridique en raisonnant par analogie avec des catégories juridiques connues¹⁷².

Dans cet objet, les instruments de raisonnement de la théorie générale du droit nous seront d'un utile secours (PARAGRAPHE I). En revanche, les qualifications proposées par la théorie générale des obligations semblent insuffisantes, cela accréditant l'hypothèse d'une prérogative *sui generis* (PARAGRAPHE II).

PARAGRAPHE I - QUALIFICATION DU DROIT DE RÉTRACTATION AU REGARD DE LA THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT.

76. - On peut raisonnablement ranger le droit de rétractation dans la catégorie des droits subjectifs (A). La structure originale de la prérogative appelle cependant un supplément d'analyse: les catégories juridiques traditionnelles ne semblent pas convenir pour la qualifier plus précisément (B).

A - LE DROIT DE RÉTRACTATION EST UN DROIT SUBJECTIF.

Il n'est naturellement pas question ici d'ajouter à la controverse sur la notion de droit subjectif. Un rappel succinct de l'évolution de la notion (a) montrera en quoi le droit de rétractation illustre la notion contemporaine du droit subjectif (b).

a - Evolution de la notion de droit subjectif.¹⁷³

¹⁷² Voir BERGEL (J-L) *Différence de nature (égale) différence de régime*, RTDCiv.1984, p.255 et s..

¹⁷³ Sur l'ensemble de la question: GHESTIN (J) et GOUBEAUX (G) *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4ème éd. avec le concours de M.Fabre-Magnan, LGDJ 1994, n°172 et s.

77. - Les historiens du droit s'accordent pour dire que le droit romain ignorait la notion de droit subjectif ¹⁷⁴. “ *Jus* ” ne désigne pas un pouvoir de l'individu mais une création juridique objective, le lot qui revient à chacun, le résultat du partage; la justice ayant pour objet d'attribuer à chacun son droit: *suum jus cuique tribuere*. Ainsi le droit de créance n'était pas le pouvoir du créancier sur le débiteur mais l'*obligatio* elle-même, le *vinculum juris*, ce rapport liant objectivement les personnes ¹⁷⁵. Le “ pouvoir ” sera la conséquence pratique du “ jus ” ¹⁷⁶, il ne s'y identifie pas.

Ce rapport inter-individuel n'est pas créé par la loi, mais par la recherche du bien commun, de la mise en conformité de la société humaine avec l'ordre de la nature ¹⁷⁷. C'est le droit naturel classique d'ARISTOTE qui imprègne la méthode du droit romain.

78. - La conception moderne du droit subjectif est exposée de manière cohérente au XIVème siècle par Guillaume d'Occam ¹⁷⁸. Il donne au mot *jus* la signification de *pouvoir*: la notion cesse de désigner le bien qui revient à chacun selon la justice, pour représenter le pouvoir (*potestas*) sur le bien, ce pouvoir est attribué par une concession de la loi positive ¹⁷⁹, il est assorti d'une sanction qui est le pouvoir d'agir en justice.

L'idée a fait fortune, les juristes présentent presque unanimement la notion de droit subjectif comme désignant un pouvoir concédé par le droit objectif, chaque droit étant spécifié par le contenu du pouvoir que la loi positive a octroyé aux sujets de droit ¹⁸⁰.

b - Le droit de rétractation au regard de la définition moderne du droit subjectif.

¹⁷⁴ Voir en particulier VILLEY (M) *Les institutes de Gaius et l'idée du droit subjectif*, Rev.hist.droit 1946, p.201 et s.. ; *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, APD 1964, Le droit subjectif en question, t.IX p.97 et s.

¹⁷⁵ Voir VILLEY (M) *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, préc. p.106.

¹⁷⁶ Les textes législatifs romains parlent de *jus ac potestas* VILLEY(M) *La genèse du droit subjectif...*, préc. p.109, note 1.

¹⁷⁷ VILLEY (M) *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, préc. p.104.

¹⁷⁸ En ce sens VILLEY (M) *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, préc. *passim*. ; SÉRIAUX (A) *Le droit naturel*, PUF 1993, coll. Que sais-je, p.77 et s.

¹⁷⁹ De la même façon, la loi est considérée, à la suite d'Occam, par Suarez, Grotius et Pufendorf comme l'expression d'un pouvoir : “ *La loi est ainsi passée brusquement du domaine de l'auctoritas (ou savoir socialement reconnu) à celui de la potestas (ou pouvoir socialement reconnu)* ” SÉRIAUX (A) *Le droit naturel*, préc.p.71. Pour ces auteurs, le droit subjectif n'existe que dans la mesure où il est consacré par le droit objectif (p.78).

¹⁸⁰ Voir par exemple, car il serait difficile d'être exhaustif, la définition de M.GHESTIN: “ *le droit subjectif est une restriction légitime à la liberté d'autrui, établie par la norme objective en faveur du sujet qui bénéficie ainsi d'un domaine réservé pour exercer ses pouvoirs*”, GHESTIN (J) et GOUBEUX (G) *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc.n°203 p.155. Pour d'autres perspectives voir les articles parus aux A.P.D. 1964, t.IX “ *Le droit subjectif en question* ”, en particulier ROUBIER (P) *Délimitation et intérêts pratiques de la catégories des droits subjectifs*, p.89. Voir aussi la synthèse et les propositions de NAJJAR (I) *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, th. Paris 1966, L.G.D.J.1967, p.73 et s..

79. - Le droit de rétractation semble être l'exemple-type du droit subjectif, il illustre parfaitement l'esprit du droit contemporain: tout d'abord, quant à sa source, le droit de rétractation est une prérogative accordée par le droit objectif. Ensuite, l'idée d'*appartenance*¹⁸¹ de cette prérogative au sujet de droit, se retrouve dans les mots de la loi: les textes attribuant un droit de rétractation utilisent une formule éloquente, le consommateur “*a le droit de*” se rétracter¹⁸². Enfin le contenu du “pouvoir” représenté par le droit de rétractation évoque bien un empiétement sur la sphère juridique d'autrui.

80. - Parce que le droit de rétractation est un droit subjectif¹⁸³, il emprunte aux droits subjectifs leur source et leur essence. Deux types de remarques doivent être faites dès maintenant à ce propos: les premières relatives à la source du droit de rétractation, les secondes relatives au type de pouvoir concédé par la loi au consommateur.

I - La source objective du droit de rétractation.

81. - Lorsque la doctrine affirme que la source des droits subjectifs se trouve dans le droit objectif, c'est pour marquer qu'ils ne préexistent pas au droit objectif, qu'ils n'existent que par la sanction que la norme objective leur assure¹⁸⁴. A ce titre, le cas du droit de rétractation n'appelle pas de remarque particulière.

¹⁸¹ Sur l'idée d'appartenance DABIN (J) *Le droit subjectif*, Dalloz 1952, Paris, p.80 et s.

¹⁸² Par exemple: articles L.121-21 (“*a la faculté*”), L.121-16 (“*dispose de*”).

¹⁸³ Une objection pourra retenir l'attention : le droit de rétractation est un droit indisponible, on ne peut y renoncer (voir *infra* n°134.), il en résulterait qu'une des conditions de la notion de droit subjectif fait défaut selon les deux théories du droit subjectif les plus accomplies: dans la théorie de DABIN, l'aspect *maîtrise* du droit subjectif semble manquer car la *maîtrise* emporte la *libre disposition* du droit (*Le droit subjectif*, préc.p.90) ; de même ROUBIER faisait de la renonciation l'un des critères du droit subjectif; (voir not. *Délimitation et intérêts pratiques de la catégories des droits subjectifs*, APD 1964, t.IX, Le droit subjectif en question, p.89, spéc.p.91). Pour la théorie de DABIN, d'ailleurs plus philosophique que juridique, le reproche qui lui a été fait d'avoir raisonné sur le droit de propriété nous semble fondé (en ce sens par ex.GHESTIN (J) et GOUBEUX (G) *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc.n°192). Comment envisager une *libre disposition* du “*droit à la vie*” qu'il assimile pourtant à un droit subjectif (voir les critiques sur ce point d'INAJJAR *Le droit d'option...*, préc. p.86) ? Quant à la théorie de ROUBIER, il faut remarquer que l'auteur n'a raisonné, en matière contractuelle, que sur des droits subjectifs d'origine volontaire (pour constater d'ailleurs que le critère qu'il propose s'y intègre mal (*op.cit.* p.91)). Nous ne voyons pas de motif valable, dans l'esprit de sa théorie, pour exclure des droits subjectifs les droits légaux d'ordre public, dès lors que l'auteur admet qu'il y a des droits subjectifs légaux (*op.cit.*p.88) et que selon lui “*ce qui constitue l'essence même du droit subjectif, c'est qu'il s'agit d'une prérogative qui a été concédée aux particuliers dans leurs intérêt, parce que tel est aussi l'avantage de la société*”(ibid.p.89).

¹⁸⁴ Sur ce point GHESTIN (J) et GOUBEUX (G) *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc.n°182 et s..

En revanche, que la loi prévoit le jeu d'un droit subjectif dans le cadre du contrat n'est pas si fréquent. Ce n'est pas tant l'immixtion de l'ordre public dans le contrat qui est originale, c'est l'influence qu'exerce la source objective de la prérogative, sur l'analyse de sa technique.

Parce que le droit de rétractation est d'origine légale ¹⁸⁵, l'interprète du contrat, que ce soit le juge ou tout autre juriste, consultera à son sujet non plus la volonté des parties mais celle du législateur. Une interprétation téléologique sera le plus souvent de mise, l'esprit de la loi en devançant souvent la lettre. Ainsi se découvre en droit positif l'influence de la formulation de l'objectif légal sur l'interprétation des textes ¹⁸⁶, du sens de l'emploi de mots évocateurs tels que "protection", "faculté", "rétractation"...¹⁸⁷ Dans de nombreux cas on pourra constater que l'intention du législateur amène les juristes à des solutions qui ne résultent pas des textes mais de leur esprit, ou de l'idée que les juristes s'en font. Ainsi, bien qu'aucun texte ne le dise ou le suggère, la plupart des auteurs estiment que la responsabilité du consommateur du fait de son repentir ne pourra pas être recherchée ¹⁸⁸. Encore, on pourra considérer qu'un professionnel pourra bénéficier d'un droit de rétractation prévu par un texte qui ne l'en exclut pas ¹⁸⁹. On a d'ailleurs pu considérer que les normes du droit de la consommation ont "*une force intérieure*" qui justifie la création prétorienne de sanctions civiles là où la loi n'en a pas prévu ¹⁹⁰.

II - Le "pouvoir" octroyé au consommateur.

82. - Le consommateur est bien investi d'un pouvoir par l'attribution du droit de rétractation. Il consiste en la possibilité, pendant un certain délai, de modifier par une activité unilatérale le réseau des droits et des obligations créé par le contrat conclu.

Avant une analyse plus précise du contenu de ce pouvoir, on peut en remarquer le particularisme au regard du droit commun: - quant au contenu du droit, le droit de rétractation

¹⁸⁵ Le fait que le droit de rétractation est une résonance du droit objectif est parfaitement mis en évidence par CHRISTIANOS (V) *Délai de réflexion: théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs*, D.1993, Chr., p.28.

¹⁸⁶ Sur la formulation d'objectifs dans la loi voir *supra* n°21.

¹⁸⁷ Sur la "vertu d'évocation" des mots et de son incidence sur le succès d'une théorie: ATIAS (Ch) *Théorie contre arbitraire*, PUF 1987, coll. Les voies du droit, p.193.

¹⁸⁸ Sur ce point, *infra* n°134.

¹⁸⁹ C'est l'exemple de l'article L.121-16 c.conso., cf.*supra* n°49.

¹⁹⁰ "*la nullité du contrat peut très bien être encourue dans le silence de la norme impérative violée dès que celle-ci a une force intérieure qui le justifie, au regard du fort souci de protection de l'un des contractants qui l'anime*": J.MESTRE, obs. sous Civ.1ère 7/10/1998, RTDCiv.1999 n°2, p.384, il s'agissait de savoir en l'espèce si la sanction civile de la nullité du contrat pouvait être encourue par un professionnel qui a reçu un acompte lors du

offre une alternative dans l'exécution du contrat là où le respect de la parole donnée imposerait un consentement mutuel (article 1134 al.2 c.civ.), comment qualifier ce " pouvoir de choix " qui est reconnu au consommateur ?

- Quant à l'objet du droit, il semble que les classifications des différents droits subjectifs sont insuffisantes: peut-on parler de droit de créance ? On distingue alors mal quelle prestation est attendue du professionnel pendant délai de rétractation. La qualification de droit réel ne semble pas non plus satisfaisante puisque ce n'est pas véritablement sur la chose que porte la prérogative.

Le droit de rétractation semble donc insaisissable par les catégories de droits subjectifs. Un effort de qualification est néanmoins nécessaire pour préciser sa nature.

B - QUALIFICATION DU DROIT SUBJECTIF DE RÉTRACTATION.

83. - Concrètement, l'attribution du droit de rétractation se traduit par le fait que, pendant un délai déterminé, le consommateur a une *alternative*: exécuter le contrat au terme du délai, ou bien s'en dégager. Il en résulte que pendant ce délai, le sort du contrat échappe à son cocontractant: *la maîtrise du sort du contrat* appartient au consommateur.

Ces deux caractères (l'octroi d'une alternative, la maîtrise du contrat) guideront nos investigations.

a - L'alternative du consommateur.

84. - Le législateur utilise de nombreuses formules pour prescrire l'octroi d'un droit de rétractation au bénéfice du consommateur: dans le code de la consommation, on trouve "*faculté de renonciation*", (article L.121-23 7°c.conso.) "*faculté de dénoncer*", "*droit de dénoncer*" (article L.121-25 c.conso.), "*faculté de rétractation*" (articles L.121-63, L.311-15 et L.311-16 c.conso.), "*droit de rétractation*" (article L.311-25 2°c.conso.) ; quant aux textes non codifiés, on y parle de "*faculté de dénonciation*" (article 16 de la loi du 3/01/1972 sur le démarchage financier), de possibilité de "*revenir sur son engagement*" (article 6 de la loi du 23/06/1989 sur le courtage matrimonial).

De cette polysémie naissent des incertitudes quant à la qualification du droit de rétractation. Celui-ci est-il un " droit ", une " faculté ", il y a-t-il une différence entre les deux notions ?

délai de rétractation, sachant que les textes sur le démarchage ne prévoient que des sanctions pénales dans ce cas ;

Il faut prendre le problème sous ses deux angles.

I - La notion de faculté.

85. - Il faut tout d'abord distinguer les facultés des “ actes de pure faculté ” de l'article 2232 c.civ. qui sont des actes matériels liés à la qualité de propriétaire et non des prérogatives juridiques.

La doctrine classique assimilait la notion de faculté à des possibilités de fait, de simples pouvoirs de fait ¹⁹¹. Pour donner un contenu à la notion en tant que prérogative juridique, d'autres auteurs opposèrent les facultés, imprescriptibles, aux droits ¹⁹². C'est ensuite P.ROUBIER¹⁹³ qui qualifia les facultés de prérogatives juridiques en les définissant comme “*une sorte de possibilité légale d'option en vue de la création d'une situation juridique*”¹⁹⁴. Elles sont des prérogatives *conditionnées* par la loi (quant à leur bénéficiaire, aux branches de l'alternative, à leur délai) et dont l'exercice est libre, discrétionnaire ¹⁹⁵, à l'intérieur des conditions légales. La définition paraît rendre compte de la nature du droit de rétractation. Toutefois il semble qu'à ne considérer les facultés que comme des possibilités légales d'option, la définition soit trop restrictive au regard du droit positif.

86. - Le Code civil utilise le terme de faculté dans de nombreux articles, sans qu'un sens précis en puisse être dégagé: tantôt il désigne les ressources financières ¹⁹⁶, tantôt l'exercice d'une liberté ¹⁹⁷, ou bien il évoque une possibilité offerte au sujet de droit ¹⁹⁸. La source d'une faculté n'y est pas nécessairement légale ¹⁹⁹, et les termes de l'alternative ne sont pas nécessairement spécifiés par la loi, celle-ci ne conditionnant pas toujours l'exercice de la faculté ²⁰⁰. Il semble

Adde. infra n°145.

¹⁹¹ Voir sur la doctrine classique I.NAJJAR *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, th. Paris 1966, LGDJ 1967, n°53 et s., n°60 et s.; LECOMPTE (H) *La notion de faculté en droit civil*, th. Paris 1930, p.20 et s. Ce sens se retrouve dans les articles 214 et 1448 du c.civ..

¹⁹² Voir LECOMPTE (H) *La notion de faculté en droit civil*, préc. p.109 et s.

¹⁹³ *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz 1963, Paris, p.160 et s..

¹⁹⁴ *Droits subjectifs et situations juridiques*, préc.p.163.

¹⁹⁵ *Ibid.* p.167.

¹⁹⁶ Articles 214 al.1, 1448.

¹⁹⁷ Par ex. celle de tester: articles 981,1048.

¹⁹⁸ ex.: de répudier la nationalité française (articles 18-1, 19-4, 20-2, 20-4, 20-5, 22-3, 23-3, 32-4), de prélèvement dans un partage (articles 1475,1497), d'attribution dans le contrat de mariage (articles 1390 et s., 1511 et s.), de rachat dans la vente (article 1658 et s.)...

¹⁹⁹ Exemple de la faculté de réméré: articles 1658 et s.c.civ..

²⁰⁰ Exemple des cas où faculté a le sens de liberté, *supra* note 197.

donc que la définition proposée doit être conservée mais seulement pour une catégorie particulière de droits: les droits d'option ²⁰¹.

Se contenter de qualifier la rétractation du consommateur comme l'exercice d'une faculté est insuffisant car cette catégorie n'a pas de contours et de régime juridique défini. La qualification de " droit d'option " semble plus appropriée car elle peut revendiquer une certaine autonomie.

II - La notion de droit d'option.

87. - Le droit d'option peut être défini comme "*la prérogative juridique reconnue par la loi ou la convention à une personne de prendre tel ou tel des partis qui lui sont proposés*" ²⁰², son existence implique donc "*une situation en voie de transformation et un acte unilatéral de volonté suffisant à influencer sur cette transformation selon une alternative prédéterminée*" ²⁰³.

De nombreuses prérogatives répondent à cette définition, ce qui atteste d'une certaine cohérence voire d'une autonomie de la notion: option successorale, droit du bénéficiaire dans la promesse unilatérale de contrat, option de nationalité, auxquels on peut ajouter le droit de préemption, le droit de retrait, le droit de préférence... ²⁰⁴

Le droit de rétractation correspond aussi à la définition du droit d'option. Contentons-nous, pour l'instant, de constater qu'il en réunit les caractères tant au cours du délai de rétractation, que lors de l'exercice du droit.

1. Au cours du délai de rétractation.

88. - De la conclusion du contrat à l'exercice (ou au non-exercice) du droit de rétractation s'étend une période d'incertitude, d'attente, une période en voie de transformation et nous

²⁰¹ M.CORNU définit la faculté comme "*le droit qui n'est pas susceptible de s'éteindre par prescription parce que, consistant dans l'exercice d'une liberté fondamentale ou du droit de propriété, le titre sur lequel il est fondé se renouvelle sans cesse*" *Vocabulaire juridique* Association H.Capitant, sous la dir. de G.Cornu, PUF 1996, 6ème éd., V° faculté; ce qui est la définition habituellement retenue en doctrine: voir aussi en ce sens I. NAJJAR *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, th. Paris 1966, LGDJ 1967, n°68.

²⁰² I.NAJJAR *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, th. Paris 1966, LGDJ 1967, n°3 p.4.

²⁰³ I.NAJJAR *Le droit d'option...*, préc. n°155, p.170.

²⁰⁴ Pour un recensement des droits d'option en droit positif, voir I.NAJJAR *Le droit d'option...*, préc.p.115 et s., en particulier n°143 et s..

verrons que le législateur prend toutes les précautions nécessaires pour qu'il en soit ainsi²⁰⁵. Ce trait est commun à toutes les situations précédant l'exercice d'une option par son titulaire: ainsi en droit successoral avant la renonciation ou l'acceptation de la succession, en matière de pacte d'option au cours du délai d'option...

Parce qu'elle est nuisible à l'ordre social, l'incertitude résultant des droits d'option est encadrée, ROUBIER parlait de “*prérogatives conditionnées*”²⁰⁶. Ainsi un délai de rétractation est prévu, connu à l'avance, pour fixer un terme extinctif à l'incertitude, et les branches de l'option sont en nombre limité. Ces mesures, comparables à celles encadrant tous les droits d'option²⁰⁷, expriment la *nécessité d'opter*, qui permet de distinguer l'exercice d'une option et l'exercice d'une liberté civile (par exemple la liberté de conclure ou pas un contrat)²⁰⁸.

2. L'exercice du droit de rétractation.

89. - L'option de l'attributaire du droit de rétractation n'a que deux branches: soit l'exercice du droit qui aura l'effet extinctif d'une renonciation²⁰⁹ et qui se réalise au moyen d'une manifestation de volonté unilatérale, soit le non-exercice du droit qui aura l'effet, au terme du délai, d'une consolidation de la qualité acquise en vertu du contrat conclu²¹⁰.

On remarquera aussi le caractère suffisant de la manifestation de volonté (déclarée en cas d'exercice du droit, tacite en cas de non-exercice) pour transformer la situation juridique en une situation nouvelle, caractère qui se retrouve pour les autres droits d'option (ex. de la levée d'option dans la promesse de contrat).

²⁰⁵ Voir *infra* n°143 et s..

²⁰⁶ Voir *supra* n°85.

²⁰⁷ Par exemple le délai d'option dans la promesse unilatérale de contrat, la possibilité d'une mise en demeure si celle-ci est conclue à durée indéterminée, voir COLLART-DUTILLEUL (F) et DELEBECQUE (Ph) *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz 1998, 4ème éd, coll.Précis, n°61.

²⁰⁸ Voir sur ce point I.NAJJAR *Le droit d'option...*, préc. n°31 à 34.

²⁰⁹ Qu'il ne faut pas confondre avec un simple refus ou avec l'effet abdicatif d'une répudiation: ici il y a renonciation à une qualité ancienne dont l'attributaire de l'option était titulaire, sa situation est comparable à celle de l'héritier renonçant ou à celle du bénéficiaire d'une promesse de vente.

²¹⁰ La théorie de certains auteurs qui considèrent que le contrat n'est formé qu'au terme du délai de rétractation aboutira à y voir plutôt une acceptation d'une qualité nouvelle, voir *infra* n°115.

Il en résulte une véritable maîtrise du contrat par le titulaire de l'option, ce qui nous indique le deuxième élément de qualification du droit de rétractation.

b - La maîtrise du contrat.

90. - A l'intérieur des conditions légales (quant au délai, quant aux termes de l'alternative), le consommateur dispose d'une grande latitude de décision quant à l'avenir de son engagement. Le professionnel, quant à lui, ne peut au cours du délai, que subir cette liberté d'initiative, sans pouvoir s'y opposer de quelque façon que ce soit. C'est cette *maîtrise du contrat par le titulaire du droit de rétractation* qu'il faut qualifier.

En effet, qualifier le droit de rétractation de "droit d'option" a seulement permis de qualifier le pouvoir de choix, l'"origine de la maîtrise"; et l'on ne saurait se contenter de la qualification de "droit subjectif" car, si elle évoque le pouvoir du sujet actif sur la sphère juridique de son contractant, elle ne rend pas suffisamment compte de la situation du sujet passif du droit.

Au sein des droits subjectifs, une catégorie juridique est disponible pour recevoir la technique du droit de rétractation: celle des *droits potestatifs*. Il faut envisager la notion avant d'évaluer si le droit de rétractation peut y être assimilé.

I - La notion de droit potestatif.

91. - La théorie des droits potestatifs a été importée d'Allemagne et d'Italie²¹¹ de manière tardive²¹². Elle est née d'un constat que la *summa divisio* entre les droits réels et les droits personnels ne suffit pas à rendre compte d'hypothèses où le pouvoir d'une partie ne porte ni sur une chose, ni sur une personne mais sur une *situation juridique*²¹³ qu'elle peut modifier par son

²¹¹ Voir les réf.citées par BOYER (L) *Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à la théorie des avants-contrats*, RTDCiv.1949, p.26 note (3).

²¹² En premier lieu en France, semble-t-il L.BOYER *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, th.Toulouse, 1947

²¹³ La doctrine moderne a estimé devoir "substituer la notion de situation juridique à celle de droit subjectif, comme base de toute la science juridique" (ROUBIER (P) *Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs*, APD 1957, Le rôle de la volonté dans le droit, p.1, spéc.n°3 p.8). Nous conserverons la définition qu'en a donné ROUBIER: la situation juridique est "un complexe de droits et de devoirs" (*ibid*.p.7; *Adde Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz 1963, Paris, *passim*.) ; *Adde* la définition de cette notion par F.TERRÉ *Introduction générale au droit*, Dalloz 1996, 3ème éd., coll.Precis, n°259: "celle à laquelle sont attachées des conséquences juridiques".

activité unilatérale. C'est l'immatérialité de leur objet qui fait le particularisme de ces " droits mixtes ", " droits moyens ", à la frontière des droits réels et personnels ²¹⁴.

Aussi définit-on les droits potestatifs comme " *des pouvoirs par lesquels leurs titulaires peuvent agir sur les situations juridiques préexistantes, en les modifiant, les éteignant ou en en créant de nouvelles, au moyen d'une activité propre unilatérale* " ²¹⁵.

Plusieurs prérogatives ont pu être qualifiées de " droit potestatif " : en matière contractuelle, on a identifié notamment les réserves stipulées dans un contrat ²¹⁶, les droits d'option en général ²¹⁷ et plus récemment la clause de dédit ²¹⁸ et la clause résolutoire ²¹⁹. ²²⁰

92. - Au succès qu'elle connaît en doctrine ²²¹ s'oppose un accueil nuancé du droit positif. L'exemple du droit du bénéficiaire dans la promesse unilatérale de contrat est topique à cet égard: lorsque le promettant viole sa promesse, la Cour de cassation estime qu'il se rend coupable d'une inexécution de son obligation contractuelle de faire ²²². La théorie des droits potestatifs impliquerait de raisonner en termes de *sujétion*, ce qui conduirait à déclarer les actes contraires à la promesse simplement inefficaces.

La théorie des droits potestatifs, si elle doit être précisée ²²³, reste séduisante et d'une construction logique rigoureuse. Elle est susceptible d'accueillir de nombreuses prérogatives

²¹⁴ SAINT-HALARY-HOUIN (C) *Le droit de préemption*, Bdp.t.164, LGDJ 1979, p.461.

²¹⁵ Définition de l'auteur italien MESSINA, largement répandue en doctrine, voir L.BOYER *Les promesses synallagmatiques de vente...* article. préc. p.26 note 5.

²¹⁶ Voir la thèse de M. B.CÉLICE *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, th.1965, Paris, Bdp.t.84, LGDJ 1968, qui définit le droit potestatif comme " *la faculté de mettre autrui dans l' "inefficacité de vouloir" "* "(n° 209) et la réserve dans le contrat comme " *la création synallagmatique de droits potestatifs qui assurent à leur bénéficiaire la maîtrise de la durée de l'acte* " (n°412).

²¹⁷ NAJJAR (I) *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, th. Paris 1966, LGDJ 1967, n°97 et s., sur le droit de préemption, en particulier SAINT-HALARY-HOUIN (C) *Le droit de préemption*, Bdp.t.164, LGDJ 1979, n°479 et s., sur le droit du bénéficiaire d'un pacte d'option, on citera deux études en particulier: BÉNAC-SCHMIDT (F) *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, Bdp.t.177, LGDJ 1983, spéc.n°137 et s., et, COLLART-DUTILLEUL (F) *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey 1988, coll.Immobilière Droit et gestion, spéc.n°252 et s..

²¹⁸ BOYER (L) *La clause de dédit* in Mélanges P.Raynaud, Dalloz Sirey, 1985, p.41.

²¹⁹ PAULIN (Ch) *La clause résolutoire*, Bdp t.258, LGDJ 1996, n°163.

²²⁰ Pour un recensement des droits potestatifs, voir en dernier lieu VALORY (S) *La potestativité dans les relations contractuelles*, th.Aix-Marseille, 1999, n°51 et s..

²²¹ Aux références citées *supra*, Adde HAGE-CHAHINE (F) *Essai d'une nouvelle classification des droits privés*, RTDCiv.1982, p.705.

²²² Voir *infra* n° 186 et 191.

²²³ Notamment en matière de promesse unilatérale de contrat, il faudrait se garder de toute conclusion hâtive ! La théorie des droits potestatifs doit être précisée à propos de la situation du sujet passif: on avait fait, dès l'origine, ce reproche à Messina de rester un peu évasif quant au contenu de la notion de sujétion (voir I.NAJJAR, th. préc. n°101). Il ne semble pas que l'élément de *sujétion* exclut une combinaison avec des obligations à la charge du sujet passif (obligation de ne pas faire dans le pacte d'option) ou du sujet actif (obligation de payer une somme d'argent: dédit ou indemnité d'immobilisation). Bien au contraire, les qualifications traditionnelles sont d'un utile secours

qui semblent insaisissables par les qualifications de droit personnel et de droit réel. Tel semble être le cas du droit de rétractation.

II - L'assimilation du droit de rétractation à un droit potestatif.

93. - Plusieurs auteurs assimilent le droit de rétractation à un droit potestatif ²²⁴. Tant sous l'angle actif que sous l'angle passif, le droit de rétractation répond à la définition de ces prérogatives.

1. Sous l'angle actif du droit.

94. - Tout d'abord, il est manifeste que le titulaire du droit de rétractation est investi d' "*un pouvoir qui lui permet de modifier ou d'éteindre une situation juridique préexistante*"²²⁵. En effet, quel que soit le terme de l'alternative pour lequel il opte, le réseau des droits et obligations engendrés par la conclusion du contrat se trouvera transformé par son initiative: s'il ne se rétracte pas, les droits et obligations jusqu'alors "*gelés*" deviendront exigibles, s'il se rétracte, ils seront éteints.

Dans les deux cas, le droit de rétractation aura épuisé son objet qui porte justement sur ce pouvoir de transformer la situation juridique ancienne ²²⁶. C'est en ce sens qu'il paraît insaisissable par les qualifications traditionnelles: on ne saurait y voir ni un droit réel puisqu'il ne porte pas directement sur la chose, ne confère pas de pouvoir immédiat sur la chose, ni un droit personnel car au cours du délai de rétractation, le professionnel n'a aucune prestation à fournir ²²⁷: il doit juste subir l'activité unilatérale du titulaire du droit, ce qui caractérise sa *sujétion*.

pour préciser les relations patrimoniales des parties, c'est-à-dire là où la théorie des droits potestatifs est en défaut: voir par ex. COLLART-DUTILLEUL (F) *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, préc., n°254 qui estime que la situation du promettant dans la promesse unilatérale se compose d'une sujétion et d'une obligation de ne pas faire; Adde l'opinion de VALORY (S) *La potestativité dans les relations contractuelles*, th préc.n°47.

²²⁴ BAILLOD (R) *Le droit de repentir*, RTDCiv. 1984, p.227, spéc.n°20 ; BOYER (L) *La clause de dédit in Mélanges P.Raynaud, Dalloz Sirey, 1985, p.41; MIRABAIL (S) La rétractation en droit privé français*, th.Toulouse 1991, Bdp.t.284, LGDJ 1997, spéc.n°177; VALORY (S) *La potestativité dans les relations contractuelles*, th préc.n°55.

²²⁵ Voir *supra* n°91.

²²⁶ I.NAJJAR parle d' "*acte à caractère normatif*", *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, préc. n°43.

2. Sous l'angle passif du droit .

95. - La maîtrise du contrat par le titulaire du droit de rétractation est assurée par la complète passivité de son cocontractant. Le législateur a veillé à ce qu'il lui soit impossible d'y faire obstacle: par l'interdiction dans de nombreux cas de tout début d'exécution ²²⁸, par l'impossibilité d'obtenir du consommateur une renonciation anticipée ²²⁹, par diverses mesures d'ordre pratique visant à faciliter sa rétractation ²³⁰. Le législateur a donc bien organisé la *sujétion* du professionnel à l'exercice par le consommateur de son droit potestatif de rétractation.

La théorie générale du droit nous a fourni les premiers éléments de qualification du droit de rétractation en tant que prérogative. Se pose alors la question de savoir si le droit commun des contrats et sa théorie générale permettent de préciser cette qualification davantage.

A l'analyse se révélera l'insuffisance de la théorie générale du contrat pour recevoir la technique du droit de rétractation.

PARAGRAPHE II - L'INSUFFISANCE DE LA THÉORIE GÉNÉRALE DU CONTRAT POUR QUALIFIER LE DROIT DE RÉTRACTATION.

96. - Un trait commun à toutes les prérogatives de nature potestative aura été de susciter les plus vives controverses dans la communauté des juristes. Les mécanismes du droit commun semblent, à chaque fois, incapables de fournir une assise satisfaisante à leurs particularités: il

²²⁷ On pourra estimer que le sujet passif est débiteur d'une obligation de ne pas faire. Elle se juxtaposerait alors à la sujétion qui lui est imposée. Comp. en matière de promesse unilatérale la position de M. COLLART-DUTILLEUL évoquée *supra* note 223.

²²⁸ Voir *infra* n°144 et s..

²²⁹ Voir *infra* n°134 et s..

suffit d'évoquer les querelles relatives à la nature du droit de préemption, de la promesse unilatérale, de la faculté de dédit: n'a-t-on pas conclu à l'existence de mécanismes *sui generis*²³¹?

L'analyse du droit de rétractation au regard des mécanismes du droit commun suscite encore la controverse²³². La recherche d'une conciliation avec les principes classiques du droit des contrats (consensualisme, force obligatoire du contrat...) est au cœur des débats.

Au regard de la structure de la prérogative, le mécanisme conditionnel (articles 1168 à 1184 c.civ.) exerce une forte attraction. Une analyse approfondie démontrera cependant les insuffisances de cette qualification (A). Au regard de l'objet du droit de rétractation, plusieurs analyses sont suggérées en doctrine. Certains estiment que le droit de rétractation porte sur un contrat conclu, d'autres pensent que la prérogative diffère le moment de la formation du contrat, d'autres encore que la technique relève de l'avant-contrat (B).

A - DROIT DE RÉTRACTATION ET MÉCANISME CONDITIONNEL.

97. - Certains auteurs ont vu dans le droit de rétractation une application du mécanisme conditionnel²³³. D'un point de vue simplement descriptif, l'analogie se ferait d'elle-même: tout d'abord, lors du délai de rétractation, on peut observer la même incertitude quant au sort de l'opération définitive que celle qui est minutieusement organisée par les articles 1168 et suivants du code civil. Ensuite, le *distinguo* condition suspensive/condition résolutoire permettrait de rendre compte de la diversité des effets du droit de rétractation qui tantôt suspend (par exemple en matière de démarchage), tantôt résout (par exemple en matière de contrat à distance) les effets du contrat. Enfin, à l'expiration du délai de rétractation, ne peut-on apercevoir une rétroactivité semblable à celle prévue par l'article 1179 c.civ.?

En précisant l'analyse, il semble que l'analogie exerce un règne des plus discrets. La nature potestative du droit de rétractation impose de distinguer les deux mécanismes: d'une part, le

²³⁰ Notamment l'obligation de fournir un bordereau de rétractation au consommateur, voir *infra* n°143.

²³¹ Sur le droit de préemption: droit de substitution ou droit d'acquisition prioritaire ?, voir sur la controverse COLLART-DUTILLEUL (F) et DELEBECQUE (Ph) *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz 1998, 4ème éd, coll.Precis, n°72; sur la promesse unilatérale: avant-contrat ou contrat sous condition ? voir BÉNAC-SCHMIDT (F) *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, Bdp.t.177, LGDJ 1983, spéc.n°105 et s. ; sur la faculté de dédit: avant-contrat, contrat conditionnel, droit *sui generis* ?, voir COLLART-DUTILLEUL (F) *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey 1988, coll.Immobilier Droit et gestion, spéc.p.111 et s.

²³² Pour un compte rendu, voir not. CAS (G) et FERRIER (D) *Traité de droit de la consommation*, PUF 1986, n°467 et s.; BEAUCHARD (J) *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF 1996, coll.Thémis, p.360.

²³³ En ce sens CAS (G) et FERRIER (D) *Traité de droit de la consommation*, PUF 1986, n°474; FERRIER (D) *Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants*, D.1980, Chr., p.177, spéc.n°49 et s.; MARTIN (D) *La défense du consommateur à crédit*, RTDCom.1977, p.619, n°43.

droit de rétractation se réalise par une manifestation de volonté unilatérale, or la condition est analysée comme une modalité de l'obligation, un élément extérieur aux conditions de validité du contrat (a). D'autre part, le pouvoir que confère le droit de rétractation à son titulaire, donne à la condition un caractère potestatif (b).

a - La condition-modalité.

98. - L'événement érigé en condition doit, selon la doctrine dominante²³⁴, n'être qu'un élément adventice au rapport de droit, qui devrait pouvoir exister valablement sans lui. La condition, simple technique d'aménagement du rapport d'obligation, ne peut donc porter sur un élément essentiel à sa validité, ce qui implique notamment que la condition n'a pour effet que de suspendre l'efficacité de l'obligation et non son existence²³⁵. En outre, de ce que la condition est analysée comme une modalité de l'obligation, on déduit traditionnellement qu'elle ne peut concerner le consentement, et qu'il n'y a pas de condition légale.

I - La condition ne peut porter sur le consentement.

99. - Certes, on a pu remarquer le manque de rigueur de la jurisprudence sur ce principe²³⁶. Il est cependant acquis que la condition ne peut porter sur le consentement de la partie qui s'oblige²³⁷. Or considérer le droit de rétractation comme une condition, c'est faire du consentement de son titulaire l'événement suspensif ou résolutoire des effets du contrat. Le caractère accessoire de la condition y fait théoriquement obstacle.

²³⁴ Voir MALAURIE (Ph) et AYNÈS (L) Droit civil, *Les obligations*, Cujas 1999, par L.Aynès, n°1105; J-J TAISNE *Obligations conditionnelles, caractères de la condition* J.Cl.civ., art.1168 à 1174, fasc.40 à 43, 1995, n°65 et les réf. citées; noter que la notion de "modalité" est purement doctrinale: voir sur ce point DEROUIN (Ph) *Pour une analyse "fonctionnelle" de la condition*, RTDCiv.1978 p.1, spéc.n°3, p.3.

²³⁵ La controverse sur ce point est classique: voir TAISNE (J-J) *Obligations conditionnelles, caractères de la condition*, préc., n°88.

²³⁶ L'article 1174 c.civ. a pu, en effet, être sollicité en matière de clause de prix, or, comme le remarque Mme FRISON-ROCHE, "l'appréciation de la potestativité s'opère au regard d'une condition et non d'un élément essentiel du contrat", in *L'indétermination du prix*, RTDCiv.1992, p.269, n°31. Adde GHESTIN (J) *L'indétermination du prix de vente et la condition potestative (de la réalité du consentement à la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre)*, D.1973, Chr., p.293.

²³⁷ Voir MALAURIE (Ph) et AYNÈS (L) Droit civil, *Les obligations*, préc.n°1105; la jurisprudence décide que la condition est nulle si l'évènement retenu est la réitération ultérieure du consentement de l'une des parties: Com.23/07/1982, Bull.,IV, n°284.

II - La question des conditions légales.²³⁸

100. - La doctrine classique répugne à reconnaître l'existence de conditions légales, il n'y aurait de condition dans le contrat qu'en vertu d'une stipulation en ce sens. Lorsque la loi qualifie de "condition" l'une de ses dispositions²³⁹, les auteurs relèvent le caractère abusif de l'emploi de la notion. Le raisonnement suivi se développe en trois étapes: la condition est une modalité de l'obligation, donc la condition ne peut porter sur un élément essentiel dont dépend la validité d'un rapport de droit, en conséquence la condition ne peut être d'origine légale²⁴⁰.

101. - A supposer que la condition ne puisse être envisagée que comme une modalité, n'y a-t-il pas quelque dogmatisme dans le raisonnement tenu: il implique de considérer que la loi ne définit que des éléments essentiels aux rapports de droit²⁴¹. Or il arrive que la loi prescrive une formalité sans que son inobservation entraîne la nullité du contrat. La loi vient dans ces cas retarder les effets de la convention, qui pourra survivre sans l'avoir observée²⁴².

Refuser d'admettre l'existence de conditions légales *a priori*, amène à des raisonnements qui confinent à la logomachie et à une recherche artificielle de volontés tacites²⁴³. C'est, semble-t-il, une lecture exagérément volontariste du mécanisme de la condition qui amène la doctrine à de telles conclusions, mais "*la question est moins de savoir si la notion de condition*

²³⁸ Peu d'auteurs qui analysent le droit de rétractation s'attardent sur la difficulté, voir toutefois BRUN (Ph) *Le droit de revenir sur son engagement*, Droit & patrimoine 1998, n°60, p.78, spéc.p.82.

²³⁹ Les exemples abondent: en premier lieu doit-on citer l'article 1184 c.civ., mais c'est surtout dans le droit des libéralités que le mécanisme de la condition résolutoire est sollicité: articles 954, 963, 1096 ... Pour la condition suspensive, le paradigme incontournable est celui du contrat de mariage, parfait *si nuptiae sequantur*; surtout en matière immobilière lorsqu'une autorisation administrative doit être obtenue ou un droit de préemption purgé, pour ce dernier cas, la loi répute non-écrite la condition du non-exercice par les SAFER de leur droit de préemption (L.n°77-1459 du 29/12/1977).

²⁴⁰ Voir en ce sens J-J TAISNE *Obligations conditionnelles, caractères de la condition* J.Cl.civ., art.1168 à 1174, fasc.40 à 43, 1995, n°68 et les réf. citées.

²⁴¹ Voir sur ce point DEROUIN (Ph) *Pour une analyse "fonctionnelle" de la condition*, RTDCiv.1978 p.1, spéc.n°23.

²⁴² Selon l'article L.312-16 c.conso.(article 17 de la loi du 13/07/1979), la condition d'obtention d'un prêt est sous-entendue dans certains contrats immobiliers. L'article L.312-17 permet à l'acquéreur d'y renoncer par une mention manuscrite sans que la validité du contrat n'en soit affectée pour autant. La jurisprudence a d'ailleurs estimé que cette condition légale relevait bien des articles 1168 et s. du c.civ: Civ.3ème 4/02/1987, Rép.Def.1988, art.34202, n°23, obs.H.SOULEAU. Voir aussi Civ.3ème 9/07/1980, D.1981, I.R., p.312: maintien d'un contrat en cas de défaut d'une autorisation administrative, *Adde* dans le même sens Civ.1ère 13/07/1982, Bull.n°262. Il est remarquable que dans ces hypothèses où la mauvaise foi d'un des contractants était établie, les juges n'aient pas eu recours à l'article 1178 c.civ.

MM.MALAUZIE et AYNÈS expliquent ces cas où l'autorisation administrative n'est nécessaire que pour que l'acte produise ses effets, par le mécanisme de la promesse synallagmatique: Droit civil, *Les obligations*, Cujas, éd. 1999, par L.Aynès, n°1108.

²⁴³ Lorsque l'évènement prévu par la loi est une cause supplétive de résolution, les auteurs admettent que la loi présume l'existence d'une condition tacite: la condition est conventionnelle mais la présomption est légale (ex.de

légale est admissible ou non que celle de déterminer les circonstances dans lesquelles on peut la reconnaître»,²⁴⁴.

S'agissant de l'analyse du droit de rétractation, il semble que si le mécanisme de la condition doit être écarté, c'est davantage au regard du pouvoir conféré par la loi au consommateur qu'à celui de la source de la condition qu'il faut l'admettre.

b - La prohibition des conditions potestatives.

102. - Le Code civil définit la condition potestative comme celle *“qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher”* (article 1170), pour préciser que *“toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige”* (article 1174).

Le droit positif a pu consacrer deux lectures différentes de ces textes. Le modèle classique fonde la prohibition des conditions sur le *pouvoir* du débiteur sur la réalisation de événement: sera potestative la condition dont il dépend du débiteur qu'elle se réalise ou pas.

L'approche contemporaine considère plutôt que ce qui fonde la nullité de la condition potestative, c'est l'*arbitraire* du débiteur quant à l'exécution de son engagement ²⁴⁵.

Deux conceptions de la condition potestative sont donc possibles et il serait abusif de dire que l'une a supplanté l'autre: il semble qu'elles coexistent en droit positif. Les deux conceptions éclairent la nature du droit de rétractation. Chacune sur un fondement différent, elles interdisent de l'assimiler à une condition. ²⁴⁶

I - L'approche classique.

l'article 1184 c.civ.), voir en ce sens J-J TAISNE *Obligations conditionnelles, caractères de la condition, op.et loc.cit.*

²⁴⁴ DEROUIN (Ph) *Pour une analyse “fonctionnelle” de la condition*, préc., *ibid.*.

²⁴⁵ Selon M.J.CARBONNIER, en effet, *“Le vrai est que l'on peut se faire de la condition potestative des conceptions: l'une purement technique (potestas = volonté), l'autre sociale (potestas = puissance). Suivant cette dernière conception, ce qu'il faudrait rechercher, pour appliquer l'article 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”*, *Les obligations*, PUF 1998, 21ème éd., coll.Thémis, n°137.

²⁴⁶ La question de la condition potestative au bénéfice du créancier sera seulement évoquée ici (au sujet du sort des conditions potestatives dans les contrats synallagmatiques), car elle déborde du cadre de notre étude. Précisons simplement qu'il est traditionnellement admis qu'elle est valable (le texte de l'article 1174 est suffisamment éloquent). Voir toutefois l'opinion contraire de certains auteurs: VALORY (S) *La potestativité dans les relations contractuelles*, th.Aix-Marseille, 1999, n°80 à 88.

1. Le principe de prohibition des conditions potestatives.

103. - Le Code civil opère une classification des différents types de conditions significative de l'esprit qui l'anime. Il distingue la condition casuelle²⁴⁷, la condition mixte²⁴⁸ et la condition potestative, dans le seul but d'annuler cette dernière. Le critère de prohibition est donc *la maîtrise* qu'a le contractant sur la réalisation de l'événement: la condition sera valable s'il dépend du sort (condition casuelle) ou du fait d'un tiers (condition mixte) qu'elle se réalise, elle sera nulle si le débiteur en maîtrise la réalisation.

Le fondement de ce critère est l'absence de consentement à la dette: il n'y a pas de véritable engagement, pas d'obligation valable²⁴⁹, si l'on s'engage en retenant son consentement.

Le droit de rétractation confère à son titulaire une maîtrise de son engagement identique à celle que prohibe le code civil. En cela la qualification de condition n'est pas satisfaisante, malgré les assouplissements et exceptions au principe de prohibition.

2. Les assouplissements de la règle.

La prohibition des conditions potestatives passe par un certain nombre de nuances et de distinctions.

104. - Tout d'abord, on distingue généralement la condition *simplement* potestative de la condition *purement* potestative. La première porte *in facto a voluntate pendente*: la volonté du débiteur est influencée par des circonstances extérieures, de sorte que le contrat n'est pas livré à l'entière discrétion de celui qui s'oblige²⁵⁰, l'obligation est donc valable. Seule la seconde, portant *in ipsa et mera voluntate*, mérite d'être annulée car l'engagement du débiteur est livré à sa seule volonté.

La distinction a pour unique objet de restreindre la prohibition des conditions potestatives aux actes de pure volition, véritablement contraires à l'idée d'obligation, c'est-à-dire au défaut manifeste de consentement. Elle n'est d'aucune utilité pour fonder un rapprochement entre le

²⁴⁷ “celle qui dépend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ou du débiteur” (article 1169).

²⁴⁸ “celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes, et de la volonté d'un tiers” (article 1170).

²⁴⁹ Il est important de souligner à cet égard, que l'annulation ne porte pas sur la condition mais sur l'obligation elle-même: voir en ce sens, très explicitement Com.9/12/1980, RTDCom.1981, obs.J.HÉMARD.

²⁵⁰ Voir CARBONNIER (J) *Les obligations*, PUF 1998, 21^{ème} éd., coll.Thémis, n°135.

droit de rétractation et le mécanisme conditionnel, car la prétendue condition serait purement potestative: la volonté agit directement sur l'obligation.

105. - Il est traditionnel d'admettre, ensuite, que les contrats synallagmatiques échappent à la prohibition de l'article 1174 c.civ.. Le code civil ne prohibe les conditions potestatives que si elles sont au bénéfice du débiteur, or, dans ces contrats, chaque contractant a nécessairement la qualité de créancier²⁵¹.

Les droits de rétractation légaux sont tous insérés dans des contrats synallagmatiques²⁵², mais il ne semble pas pour autant que la prétendue condition serait valable.

En effet, la solution ne semble plus consacrée par le droit positif²⁵³, elle se heurte à des critiques théoriques sérieuses. Dans les contrats synallagmatiques, l'obligation d'une partie représente la cause (objective) de celle de l'autre partie. Si l'une des obligations est soumise à une condition potestative, l'obligation corrélatrice est privée de cause et mérite d'être annulée²⁵⁴. C'est donc l'article 1131 c.civ.²⁵⁵ qui interdit la condition potestative dans les contrats synallagmatiques²⁵⁶.

106. - L'on estime, enfin, que seules les conditions suspensives étaient prohibées par le code civil. Plusieurs arguments ont été avancés: tout d'abord, POTHIER, dont les travaux ont inspiré l'article 1174, n'avait raisonné qu'à propos des conditions suspensives. Ensuite, l'article 1174 annule l'obligation "*contractée sous une condition potestative*", ce qui évoque une condition

²⁵¹ Voir sur ce point CARBONNIER (J) *Les obligations, ibid.*; TAISNE (J-J) *Obligations conditionnelles, caractères de la condition*, préc., n°33. En jurisprudence, voir Civ.3ème 21/01/1971, RTDCiv.1971, p.632, obs.Y.LOUSSOUARN, Rép.Def.1971, art.29861, obs.J-L AUBERT.

²⁵² Avec sans doute une exception pour le contrat de crédit à la consommation. Toutefois, la doctrine contemporaine remarque que le caractère unilatéral de ce contrat peut sérieusement être mis en doute, sous l'influence des obligations légales pesant sur le prêteur (le devoir de bonne foi particulièrement). Voir à ce sujet E.PUTMAN *Compte rendu de la thèse de J.Attard "Le contrat de prêt d'argent, contrat unilatéral ou synallagmatique ?"*, PUAM, 1999, RTDCiv.1999 n°2, p.519.

²⁵³ La solution est abandonnée, explicitement, depuis Civ.3ème 7/06/1983, RTDCiv.1984, p.713, obs.J.MESTRE, Rép.Def.1984, art.33326, n°14 obs.J-L AUBERT.

²⁵⁴ En ce sens notamment, GHESTIN (J) *L'indétermination du prix de vente et la condition potestative (de la réalité du consentement à la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre)*, : "*lorsque l'une des obligations est soumise à une condition potestative, c'est bien son débiteur qui n'a pris aucun engagement réel et dont l'obligation est de ce fait, à proprement parler, inexistante. Quant à l'obligation corrélatrice, elle doit alors être annulée, elle aussi pour défaut de cause, afin que l'autre partie ne puisse être liée par un contrat dont la contrepartie serait illusoire, puisqu'elle dépendrait de la seule volonté de son cocontractant*", D.1973, Chr., p.293, spéc.n°14 p.295.

²⁵⁵ "*L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet*".

²⁵⁶ M.MESTRE ajoute que la solution antérieure reposait "*sur une vision statique du contrat synallagmatique*" (...). "*Une prestation unique, à exécution immédiate, peut parfaitement être mise à la charge d'une partie tandis que les obligations du cocontractant sont échelonnées dans le temps. La partie qui a épuisé ses obligations par*

suspensive²⁵⁷. Enfin et surtout, les auteurs classiques remarquaient que l'arbitraire du débiteur n'était pas à craindre puisque, pour un temps au moins, il était engagé dans les liens du contrat. Se dessine ici le critère contemporain de la prohibition des conditions potestatives, aussi poursuivrons-nous la question sous cette rubrique.

II - L'approche contemporaine.

107. - Des travaux doctrinaux importants²⁵⁸ soulignent qu'aujourd'hui, le fondement de la prohibition des conditions potestatives est moins à rechercher dans l'exigence d'un engagement réel et sérieux du débiteur que dans le souci de protection du créancier. L'obligation sera nulle si le débiteur maîtrise discrétionnairement le sort de son obligation et si, corrélativement, le créancier est soumis à son arbitraire.

Le critère permet, d'une part, de comprendre pourquoi l'appréciation du caractère potestatif était plus souple pour les contrats synallagmatiques: le débiteur, dans ces contrats, ne peut se soustraire à son engagement sans consentir au sacrifice de la prestation de son cocontractant.

D'autre part, le critère invite à plus de souplesse lorsque la condition est résolutoire: en effet, l'effet résolutoire de la condition impose au débiteur de restituer la prestation reçue, ce qui est un frein à son arbitraire. Cela n'implique cependant pas que toutes les conditions résolutoires seront valables: le critère implique que le juge apprécie *in concreto* les relations contractuelles pour sanctionner les situations dans lesquelles le débiteur tient le créancier sous le joug de son arbitraire²⁵⁹.

Surtout, le critère de l'arbitraire permet de comprendre en quoi le droit de rétractation se distingue de deux mécanismes conditionnels avec lesquels on le rapproche en doctrine.

1. Le contrat à l'essai.

l'accomplissement de sa prestation unique est alors à la merci de son cocontractant si ce dernier se dispense ultérieurement d'exécuter les siennes à la faveur d'une clause potestative'', obs.sous Civ.3ème 7/06/1983, préc.

²⁵⁷ Sur ces deux arguments voir VALORY (S) *La potestativité dans les relations contractuelles*, th préc.n° 102.

²⁵⁸ GHESTIN (J) *La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du code civil*, Etudes dédiées à A.Weill, Dalloz/Litec 1983, p.243 et s.; GOUBEUX (G) *Remarques sur la condition potestative stipulée dans l'intérêt exclusif de l'une des parties*, Rép.Def. 1979, art.31987, p.753 et s..

²⁵⁹ Ainsi en jurisprudence, les conditions résolutoires sont sanctionnées, mais seulement dans les cas où le débiteur exerçait une maîtrise arbitraire de la situation contractuelle: par exemple Com.6/03/1984 selon lequel une condition résolutoire ne peut dépendre de la seule volonté du débiteur de l'obligation, mais qu'elle peut être mise en jeu par la survenance d'un élément objectif, inédit cité par J.MESTRE et *alii* Lamy *Sociétés commerciales*, 1998, n°914.

108. - L'article 1588 c.civ. dispose que "*la vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive*". L'événement érigé en condition est un "essai satisfaisant" par l'acheteur. La tentation serait grande d'assimiler le droit de rétractation prévu en matière de vente à distance (article L.121-16 c.conso.) et de vente à domicile (article L.121-25), à cette disposition qui semble bien consacrer une condition potestative. En effet, dans ces cas comme dans celui prévu par le code civil, il ne semble dépendre que de la volonté de l'acheteur que la condition défaille ou se réalise.

109. - En réalité, l'article 1588 c.civ. ne déroge pas à la prohibition de l'article 1174: la condition d'un essai satisfaisant n'est valable que dans la mesure où l'appréciation du caractère satisfaisant de l'essai n'est pas soumise à la discrétion de l'acheteur, il doit dépendre de considérations objectives contrôlées par les tribunaux ²⁶⁰. Or, ce qui caractérise les droits de rétractation, c'est l'absence de contrôle de l'appréciation de son attributaire. Le rapprochement est donc fallacieux.

2. La faculté de réméré.

110. - L'article 1659 c.civ. définit la faculté de réméré ou de rachat comme "*un pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal et le remboursement dont il est parlé à l'article 1673* ²⁶¹". Le mécanisme est traditionnellement regardé comme une condition résolutoire ²⁶².

Selon M.FERRIER, "*le précédent du réméré, peut rendre acceptable l'idée d'une faculté légale de rétractation laissant le maintien du contrat à la discrétion d'une partie pendant un*

²⁶⁰ Voir en ce sens TAISNE (J-J) *Obligations conditionnelles, caractères de la condition*, préc., n°51 et les réf. Lorsque l'appréciation du caractère satisfaisant est totalement subjective (donc possiblement arbitraire), la qualification de condition ne convient plus. Les auteurs sont alors plutôt en ce sens, et cela est significatif de la différence entre les deux mécanismes, qu'il s'agit d'un droit de repentir: LORVELLEC (L) *L'essai dans les contrats*, th.Rennes 1972, Ronéo.n°147 et s.; *Vente à l'essai*, J.Cl.civ., art.1588, fasc.G, 1985, n°22; COLLART-DUTILLEUL (F) et DELEBECQUE (Ph) *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz 1998, 4ème éd, coll.Précis, n°88. Le critère de distinction des deux mécanismes (condition et droit de rétractation) est donc bien l'arbitraire.

²⁶¹ C'est-à-dire les "*frais et loyaux coûts de la vente, réparations nécessaires et celles qui ont augmenté la valeur du fonds*" (article 1673).

²⁶² En ce sens COLLART-DUTILLEUL (F) et DELEBECQUE (Ph) *Contrats civils et commerciaux*, préc.n°196; GHESTIN (J) et DESCHÉ (B) *Traité des contrats, La vente*, LGDJ 1990, n°570 et s..

certain délai »²⁶³. Comme l'admet l'auteur lui-même, «*on ne peut pousser la comparaison plus loin*»²⁶⁴.

111. - En effet, si la faculté de réméré permet de remettre en cause, unilatéralement, un contrat conclu valablement, il faut toutefois observer qu'elle a un caractère conventionnel et non légal. En outre, elle ne profite jamais qu'au vendeur ou à l'échangiste, or le droit de rétractation a un domaine plus large, l'explication ne serait que partiellement valable. Enfin, envisagée sous le critère de l'arbitraire, le caractère potestatif de la faculté de réméré est douteux puisque l'article 1673 c.civ. impose de lourdes charges à celui qui l'exerce²⁶⁵, alors que le droit de rétractation n'expose son titulaire à aucune charge financière²⁶⁶.

112. - En conclusion, la faculté de rétractation semble insaisissable par le mécanisme conditionnel tel qu'il est reçu par le droit positif. Sa nature potestative lui donne une structure qui ne répond pas aux aspects du mécanisme conditionnel: non seulement parce qu'il se réalise au moyen d'une manifestation de volonté, mais encore parce que son exercice est arbitraire²⁶⁷.

En tant que droit potestatif, le droit de rétractation modifie une situation juridique préexistante: mais de quelle situation juridique s'agit-il ? L'étude de l'objet du droit de rétractation aura pour but de le préciser, afin de distinguer cette prérogative d'autres mécanismes de droit commun.

B - L'OBJET DU DROIT DE RÉTRACTATION.

²⁶³ *Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants*, D.1980, Chr., p.177, spéc.n°49.

²⁶⁴ *ibid.*

²⁶⁵ Voir les doutes, sur le caractère potestatif de cette prérogative de TAISNE (J-J) *Obligations conditionnelles, caractères de la condition*, préc., n°48.

²⁶⁶ Sur ce point, *infra* n°147.

²⁶⁷ On a pu tourner la difficulté en alléguant que «*ce qui est parfois interdit est de stipuler une condition potestative. Cette prohibition s'applique aux contractants et ne saurait interdire au législateur d'instaurer une telle condition*» PETIT (B) *La formation successive du contrat de crédit* in *Le droit du crédit au consommateur*, ouvrage sous la direction d'I.Fadlallah, Litec 1982, p.93, spéc.n°56. En clair, il s'agirait de dire que la condition est bien potestative, mais qu'elle est tout de même valable parce que la loi en a voulu ainsi. L'argument ne convainc pas. Qualifier de potestative une condition ne veut pas seulement dire qu'elle est illicite. Il faut admettre en plus que, *conceptuellement*, la potestativité est incompatible avec le mécanisme conditionnel qui suppose une incertitude et un élément extérieur au rapport de droit. La permission de la loi ne saurait couvrir cette incompatibilité. C'est en ce sens que l'on a pu qualifier la condition potestative de «*notion fautive*», de «*corps étranger dans la théorie de la condition véritable*»: J-J TAISNE *La notion de condition dans les actes juridiques*.

113. - Sans doute parce que le législateur n'a pas raisonné en ces termes ²⁶⁸, la définition juridique de l'objet du droit de rétractation fait difficulté. Cette prérogative affecte-t-elle un contrat conclu ou un contrat dont la perfection est douteuse ? On a parlé de contrat parfait mais pas définitif, de contrat à formation par étapes, de contrat qui n'est pas encore formé... Ces notions ont-elles un sens susceptible d'éclairer l'analyse des juristes ?

Un intérêt pratique s'ajoute à l'intérêt théorique de la question: que l'on pense à la question de la charge des risques ou du transfert de propriété lors du délai de rétractation.

L'analyse de cette situation que vient modifier le droit potestatif de rétractation révèle que l'on est en présence d'un contrat conclu (a) mais d'un contrat " précaire " (b).

a - Un contrat conclu.

114. - Lorsqu'il donne son consentement au contrat proposé par le professionnel, le consommateur est-il engagé dans les liens d'un contrat ? Le législateur invite celui qui tente d'y répondre, à une délicate exégèse: ainsi, par exemple, selon l'article L.271-1 du code de la construction, le contrat "*ne devient définitif qu'au terme d'un délai de sept jours pendant lequel l'acquéreur non professionnel a la faculté de se rétracter*", et selon l'article L.311-15 c.conso., "*le contrat devient parfait dès l'acceptation de l'offre par l'emprunteur*" et que ce dernier peut revenir sur son engagement dans un délai de sept jours, mais l'article L.311-17 interdit tout versement "*tant que l'opération n'est pas définitive*".

Plusieurs opinions ont été avancées. Selon certains, le contrat n'est pas encore formé, selon d'autres il s'agit en réalité du mécanisme d'un avant-contrat.

I - Le contrat n'est pas formé.

115. - Certains auteurs ont pu considérer que jusqu'à l'expiration du délai de rétractation, le contrat n'est pas encore formé ²⁶⁹. Un argument de texte pourrait, au demeurant, être trouvé

Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle, th.1977, Lille, n°181. Adde sur ce point VALORY (S) *La potestativité dans les relations contractuelles*, th préc.n°155 et s..

²⁶⁸ Voir *supra* n°10 et s., sur le dépassement du critère traditionnel de la nautr du contrat.

²⁶⁹ CALAIS-AULOY (J) *La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs*, D.1973, Chr., p.266, 2ème col.: "*la faculté de renonciation ne porte donc pas atteinte à la force obligatoire des contrats, elle se place à un moment où le contrat n'est pas encore formé*"; en matière de crédit à la consommation: CALAIS-AULOY (J) et STEINMETZ (F) *Droit de la consommation*, Dalloz 1996, 4ème éd., coll. Précis, n0324

dans les dispositions de l'article L.311-16 c.conso.. Mais outre que l'argument peut être discuté²⁷⁰, cette interprétation n'est cependant pas conforme à la lettre de nombreux autres textes, qui évoquent la possibilité de revenir sur l'engagement souscrit²⁷¹: celui-ci a donc bien existé, au moins provisoirement. Elle est, en outre, contraire à l'intention du législateur²⁷². Surtout la Cour de cassation décide que l'existence d'un droit de rétractation ne fait nullement obstacle à la formation du contrat²⁷³.

116. - En réalité, cette opinion tend simplement à souligner que le contrat ne devient véritablement définitif qu'à l'expiration du délai, parce qu'il se forme successivement. Mais il n'est nullement nécessaire, dans ce cas, de prétendre que le contrat n'est pas formé. Il suffit de dire que le contrat, valablement conclu, n'est pas encore définitif: il est, depuis la conclusion du contrat, *en voie de formation*^{274, 275}.

p.330: “*Dans tous les cas, le contrat de crédit n'est conclu, à notre avis, qu'à l'expiration du délai de réflexion. C'est à ce moment que l'offre devient contrat, par rencontre de deux volontés réfléchies*”.

²⁷⁰ “*Lorsque l'offre préalable stipule que le prêteur se réserve le droit d'agrèer la personne de l'emprunteur, le contrat accepté par l'emprunteur ne devient parfait qu'à la double condition que, dans ce même délai de sept jours, ledit emprunteur n'ait pas usé de la faculté de rétractation (...) et que le prêteur ait fait connaître à l'emprunteur sa décision d'accorder le crédit.*” A comparer le texte avec l'article précédant, il est manifeste que c'est la faculté d'agrément et non celle de rétractation qui suspend la perfection du contrat. L'on pourrait donc retourner l'argument en sens inverse.

²⁷¹ Voir, notamment, dans le Code de la consommation: articles L.121-25 (qui évoque la renonciation à son “engagement d'achat”), L.311-15 (“revenir sur son engagement”); textes non codifiés: article 14 loi du 3/01/1972 (“dénoncer cet engagement”), article 6 loi du 23/06/1989 (“revenir sur son engagement”).

²⁷² Voir par ex. en matière de démarchage financier: MARIE (B) *Intervention devant l'Assemblée nationale*, J.O.Débats, Ass.Nat., 2/12/1971, p.6359: “*l'effet du contrat est seulement suspendu pendant ce délai (de renonciation)*”; en matière de crédit à la consommation BURCKEL (J.Cl) *Rapport devant l'Assemblée Nationale*, J.O.Débats, Ass.Nat., 6/10/1977, p.5918: “*La faculté de renonciation prévue par le projet de loi, n'est que la consécration d'un droit de rétractation ou de reniement. Contrairement à ce qu'indique l'exposé des motifs, ce n'est pas un délai de réflexion qu'institue l'article 4, mais un délai de repentir. Le consommateur s'engage d'abord; il réfléchit ensuite*”.

²⁷³ Voir Civ.1ère 10/06/1992, Cont., conc., conso., 10/1992, p.17, n°195, obs.G.RAYMOND: “*Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que le contrat était formé dès la commande et que la faculté de renonciation était limitée à sept jours à compter de celle-ci, le tribunal a violé le texte susvisé (article 3 de la loi n°72-1137 du 22/12/1972 relative au démarchage à domicile, aujourd'hui article L.121-25 c.conso)*”. Rapp. Civ.1ère 6/10/1965, Bull.I, n°516, en ce sens que “*la faculté de dédit, qui permet aux parties de se repentir, est compatible avec la perfection du contrat de vente*”

²⁷⁴ En ce sens, il semble que l'affirmation que le contrat est bien conclu ne contredit nullement l'idée de formation successive du contrat. *Contra*: BRUN (PH) *Le droit de revenir sur son engagement*, Revue Droit & patrimoine 1998, n°60, p.78 spéc.p.81. On ajoutera que c'est bien plus *dans la nature de l'engagement souscrit* qu'il faut rechercher le sens de l'idée de formation successive du contrat: voir *infra* n°206.

²⁷⁵ Nous n'étudierons pas à ce stade l'idée de “formation successive du contrat”. En effet, bien qu'elle soit souvent présentée à ce propos, la question n'intéresse pas l'étude de la nature du droit de rétractation: tout au plus pourrait-on dire que le droit de rétractation illustre cette idée, mais cette idée ne permet en rien de caractériser la nature de la prérogative. Sur la question, avant de l'approfondir plus loin (*infra* n°175), MOUSSERON (J-M) *La durée dans la formation des contrats in Etudes A.Jauffret*, Faculté de droit d'Aix-en-Provence, 1974, p.510; CORNU (G) *Rapport sur la protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français in Travaux de l'Association Henri Capitant*, La protection du consommateur, Montréal 1973 t.XXIV, p.131, spéc.p.144; PIZZIO (J-P) *Un apport législatif en matière de protection du consentement: la loi du 22/12/1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile*, RTDCiv. 1976, p.66 spéc.n°20 et s.

II - L'avant - contrat ²⁷⁶.

117. - L'idée que le titulaire du droit de rétractation n'est pas véritablement engagé pourrait aussi aboutir à l'assimiler à une promesse unilatérale de contrat. D'ailleurs, la situation du titulaire du droit de rétractation semble identique à celle du bénéficiaire de la promesse: dans le délai de rétractation (représentant le délai de levée d'option), la perfection du contrat définitif dépend de l'attributaire du droit.

L'attraction du mécanisme de la promesse unilatérale vient du fait que dans les deux cas, le droit concédé est un droit d'option de nature potestative ²⁷⁷. Les deux mécanismes sont toutefois distincts: dans la promesse unilatérale, le bénéficiaire peut, par la levée d'option, former le contrat et non l'anéantir; l'effet du silence gardé sera d'ailleurs à l'opposé dans les deux mécanismes ²⁷⁸. A la différence de la promesse unilatérale, le droit de rétractation confère un droit d'option négative ²⁷⁹.

118. - De plus, l'organisation des relations patrimoniales entre les parties pendant le délai d'option diffère dans les deux mécanismes. La promesse unilatérale n'engendre au profit du bénéficiaire aucune prérogative actuelle sur la chose ²⁸⁰; de plus il semble que, dans l'esprit de la Cour de cassation, le promettant n'est pas obligé à *vendre*, à proprement parler, mais plutôt à *maintenir son offre* ²⁸¹. A l'inverse, les contrats affectés d'un droit de rétractation confèrent au titulaire du droit des prérogatives actuelles: par exemple en matière de vente à distance où le consommateur réunit sur sa tête tous les attributs du droit de propriété pendant le délai de rétractation. De même, le professionnel est, dès la conclusion du contrat, engagé dans les liens d'un contrat définitif: à l'inverse du promettant, toute rétractation n'est pas envisageable. Ces différences s'expliquent par le caractère autonome de l'avant-contrat, par rapport au contrat définitif ²⁸².

²⁷⁶ En ce sens que le droit de rétractation “*relève de l'avant-contrat*”, MALAURIE (Ph) et AYNÈS (L) Droit civil, Les obligations, Cujas 1999, par L.Aynès, n°426, 353.

²⁷⁷ Voir *supra* n°91.

²⁷⁸ Voir la démonstration de FERRIER (D) *Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants*, D.1980, Chr., p.177, n°44.

²⁷⁹ En ce sens, GÉNINET (M) *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th.Paris, 1985, t.I, n°519 et s..

²⁸⁰ Voir toutefois, COLLART-DUTILLEUL (F) *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey 1988, coll.Immobilier Droit et gestion, n°256, qui reconnaît au bénéficiaire les droits d'un propriétaire “*éventuel*”.

²⁸¹ Sur ce dernier point, voir *infra* n°188.

²⁸² Sur ce point, voir *infra* n°184 et s..

Le droit de rétractation porte donc bien sur un contrat conclu. La spécificité de l'objet du droit de rétractation est à rechercher dans le fait que ce contrat est un " contrat précaire ".

b - Un contrat " précaire ".

119. - Le droit de rétractation donne au contrat un certain aspect d'inachèvement. Que cet inachèvement réside dans la probable disparition du consentement de l'une des parties en dévoile le particularisme.

Un mécanisme présente de nombreuses ressemblances avec le droit de rétractation: il s'agit de la faculté de dédit qui, comme le droit de rétractation rend le contrat inachevé. Si l'on peut reconnaître que les deux mécanismes partagent la même nature, les spécificités de chacun invite à procéder à quelques distinctions.

I - La nature d'une faculté de dédit.

120. - Tout d'abord, on doit reconnaître aux deux mécanismes une **identité de fonction**: la faculté de dédit, comme le droit de rétractation, est utilisée par les parties lorsque celles-ci veulent se ménager un temps supplémentaire de réflexion. De ce point de vue, parce qu'elle assure la plénitude du consentement, on a reconnu que la faculté de dédit est, à l'instar du droit de rétractation, un " *facteur de moralisation du contrat* " ²⁸³.

Ensuite, force serait de reconnaître entre les deux mécanismes, une **identité d'objet**. Comme le droit de rétractation, la faculté de dédit porte sur un contrat conclu, mais qui n'a pas encore été exécuté: on ne saurait se délier de ce qui a déjà été accompli ²⁸⁴.

Enfin, il est remarquable que, tout comme le droit de rétractation, la faculté de dédit ait longtemps été assimilée à un avant-contrat ou au mécanisme de la condition, avant d'affirmer son autonomie ²⁸⁵. Aussi, que les deux prérogatives se réalisent pareillement par une manifestation de volonté unilatérale, qu'elles confèrent à leur titulaire une option quant à l'exécution de son obligation pendant un délai déterminé, qu'elles aient le même effet

²⁸³ En ce sens BOYER (L) *La clause de dédit* in Mélanges P.Raynaud, Dalloz Sirey, 1985, p.41, spéc. n°2; sur la fonction de la clause de dédit, voir aussi dans le même sens HUMANN (C) *La spécificité de la clause de dédit*, Revue de droit immobilier 1997, p.169, n°1.

²⁸⁴ En ce sens BOYER (L) *La clause de dédit*, préc.n°5, p.47.

²⁸⁵ Sur les controverses relatives à la nature de la faculté de dédit, voir COLLART-DUTILLEUL (F) *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey 1988, coll.Immobilier Droit et gestion, n°204 à 208.

résolutoire lorsqu'elles se réalisent, doit amener à considérer qu'elles ont une **identité de nature**.

121. - Les deux prérogatives confèrent à leur titulaire un droit potestatif d'option. Toutefois, si les deux prérogatives partagent la même nature, elles ne doivent pas être assimilées purement et simplement ²⁸⁶.

II - Distinction du droit de rétractation et de la faculté de dédit.

122. - D'une part, la faculté de dédit se distingue du droit de rétractation par son caractère onéreux. La contrepartie due lors de l'exercice de la faculté de dédit ne doit pas être négligée. C'est elle qui permet de rattacher la clause de dédit à la convention d'arrhes de l'article 1590 c.civ. ²⁸⁷, lui fournissant un fondement textuel et une justification à l'atteinte qu'elle porte au principe de l'article 1134 al.1 c.civ.. De même, l'obligation au dédit permet d'éviter la prohibition des conditions potestatives, car le sacrifice pécuniaire qu'elle implique lui ôte de son caractère arbitraire ²⁸⁸.

123. - Les deux mécanismes se distinguent précisément par le caractère arbitraire du droit de rétractation. A l'inverse, l'exercice de la faculté de dédit a pu être contrôlé par les tribunaux. On peut citer en ce sens un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation rendu le 11/05/1976 ²⁸⁹, dans lequel la Cour approuve les juges du fond d'avoir privé d'effet le dédit d'un vendeur de mauvaise foi. Certes, la portée de cet arrêt reste incertaine ²⁹⁰, mais la valeur du précédent ne doit pas être ignorée.

²⁸⁶ Selon L.BOYER, au contraire, seule la source légale des droits de rétractation les distingue de la faculté de dédit (*La clause de dédit*, préc.n°2 et 3).

²⁸⁷ Seules deux modalités accessoires distinguent les deux mécanismes: d'une part, les arrhes sont versées à la conclusion du contrat et non lors du repentir, d'autre part, la stipulation d'arrhes confère une faculté réciproque de dédit, ce qui n'est pas nécessairement le cas dans la clause de dédit, voir COLLART-DUTILLEUL (F) *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, préc. n°203.

²⁸⁸ On ne verrait pas, sinon, comment échapper à l'article 1174 c.civ.. En ce sens Req.21/01/1878, S.1878, I, p.269 cité par J-J TAISNE, note sous Civ 3ème 11/05/1976, D.1976, Jur., p.270. Selon L.BOYER, l'obligation au dédit "*se rencontre souvent mais non nécessairement*" (*La clause de dédit*, préc.n°3) et il cite comme seul exemple le droit de rétractation en matière de vente à distance (n°13 note (54)). Mme CI.HUMANN considère que "*la gratuité de la clause de dédit est rare voire inexistante*" puis "*qu'il est possible de considérer que le mécanisme de la clause de dédit repose sur son caractère onéreux*" (*La spécificité de la clause de dédit*, préc. n°11).

²⁸⁹ D.1976, Jur., p.270, note J-J TAISNE, Rép.Def. 1977, p.456, n°37, obs.J-L AUBERT.

²⁹⁰ Plusieurs arguments pourraient être invoqués. Tout d'abord, l'arrêt reste isolé, encore aujourd'hui. Ensuite, il est de rejet, et la Cour de cassation ne fait qu'y approuver l'appréciation des juges du fait. Enfin, les circonstances de l'arrêt se prêtaient particulièrement au jeu de l'abus de droit: le vendeur s'était dédit au motif (il l'a dit lui-même) que les acquéreurs ne voulaient pas lui racheter le mobilier garnissant. Les parties n'avaient pas prévu une telle

Resterait à établir le caractère discrétionnaire de l'exercice de ce droit potestatif spécifique que semble bien être, en conclusion, le droit de rétractation. La question relève de l'étude de son régime ce qui relève de l'étude de son régime.

SECTION II - LE RÉGIME JURIDIQUE DU DROIT DE RÉTRACTATION.

124. - De l'identification de la nature juridique du droit de rétractation, devrait pouvoir être logiquement déduit un régime juridique²⁹¹. Pourtant, le caractère *sui generis* de la prérogative laisse plusieurs questions incertaines. A plusieurs reprises pourront nous constater que l'exercice du droit de rétractation accuse un particularisme certain.

Le droit de rétractation épuise son objet au moyen d'un acte juridique unilatéral. Il sera question ici d'en relever les spécificités²⁹², or celles-ci se constatent essentiellement dans les conditions (PARAGRAPHE I) et dans les modalités (PARAGRAPHE II) de l'exercice du droit de rétractation.

PARAGRAPHE I - CONDITIONS D'EXERCICE DU DROIT DE RÉTRACTATION.

Les conditions d'exercice du droit de rétractation déterminent la validité de la rétractation du consommateur. Aussi, la loi se montre plutôt libérale à l'égard des conditions de fond (A), et surtout à l'égard des conditions de forme (B) de la rétractation.

A - CONDITIONS DE FOND.

cause de dédit, aussi les juges du fond reprochent au vendeur, par une interprétation du contrat, d'avoir invoqué sa prérogative en dehors du champ contractuel. Si le vendeur n'avait pas révélé la cause de son dédit, la décision aurait-elle été la même ? En tout cas, si abus du droit il y a eu, ce n'est peut-être pas celui que l'on croit ! Sur les formes de l'abus de droit STOFFEL-MUNCK (Ph) *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, th. Aix-Marseille 1999.

²⁹¹ Voir BERGEL (J-L) *Différence de nature (égale) différence de régime*, RTDCiv.1984, p.255.

²⁹² Pour une "théorie générale" de l'acte juridique unilatéral, voir MARTIN DE LA MOUTTE (J) *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, th. Toulouse 1951.

Plusieurs questions méritent d'être seulement évoquées.

125. - D'une part, celles relatives à la capacité. Il n'est pas évident que la capacité requise pour conclure l'acte duquel on se rétracte soit la même que celle exigée pour l'acte juridique de rétractation. Par exemple, un emprunt est analysé en un acte de disposition, alors que l'acte juridique de rétractation doit s'analyser en un acte conservatoire. Pour autant, la brièveté des délais de rétractation rend l'intérêt de cette distinction assez académique ²⁹³.

126. - D'autre part, et pour la même raison, il semble inutile d'approfondir les questions relatives à l'exercice du droit de rétractation par une autre personne que son titulaire. Tout d'abord, l'action des créanciers par la voie oblique semble exclue *de facto*: la brièveté des délais est un obstacle matériel à l'action oblique "qui ne doit pas être engagée prématurément ni avec précipitation" ²⁹⁴. Ensuite, une transmission de la situation juridique, à titre universel ou à titre particulier, devrait relever de l'hypothèse d'école pour la même raison. D'ailleurs, l'objectif de protection du consentement du titulaire du droit devrait s'opposer à une éventuelle cession à un tiers ²⁹⁵.

Ce sont donc pour l'essentiel les questions relatives au délai de rétractation qui méritent un examen approfondi ²⁹⁶. A ce sujet, il convient d'étudier la *computation* du délai (a) et la question délicate de sa *renonciation* (b).

a - Computation du délai de rétractation.

127. - Le délai de rétractation doit s'analyser en un terme extinctif du droit. *Le mode de calcul* de l'écoulement du délai est réalisé de telle façon que la *durée* prévue soit effective pour le consommateur.

²⁹³ Pour une étude plus fouillée MIRABAIL (S) *La rétractation en droit privé français*, th.1991, Bdp.t.284, LGDJ 1997, p.229 et s..

²⁹⁴ LÉGIER (G) J.Cl.civ., art.1166, *Contrats et obligations, Effets des conventions à l'égard des tiers, Action oblique*. Il serait d'ailleurs paradoxal de reprocher ici une "négligence" au consommateur, alors que le délai a pour objet une décision plus réfléchie, voir, MIRABAIL (S) *La rétractation en droit privé français*, préc. p.212.

²⁹⁵ Sur le même fondement, la caution ne bénéficie pas du droit de rétractation, voir en matière de crédit à la consommation Douai 15/07/1994, Gaz.Pal.1996, I, Som. p.150.

I - La durée du délai de rétractation. ²⁹⁷

128. - La question de la durée du droit de rétractation est celle qui, lors des débats parlementaires, a le plus divisé: les parlementaires ont alors dû mesurer l'opportunité économique du droit de rétractation. Un délai trop long aurait été insupportable pour le commerce juridique, alors qu'un délai trop court n'aurait pas permis d'atteindre les objectifs recherchés ²⁹⁸.

129. - Le délai généralement retenu est de sept jours. Ainsi en est-il en matière de vente à distance (article L.121-16 c.conso.), de démarchage à domicile (article L.121-25), de crédit à la consommation (article L.311-15), de courtage matrimonial (article 6 II, loi du 23/06/1989), de contrat relatif à un immeuble neuf d'habitation (article L.271-1 code de la construction).

La raison la plus souvent avancée pour justifier cette durée est qu'elle comporte nécessairement un samedi et un dimanche, au cours desquels le consommateur pourra mûrir sa réflexion et demander conseil à ses proches ²⁹⁹.

130. - Le délai de rétractation est de dix jours en matière de contrat de jouissance d'immeubles à temps partagé (article L.121-64 c.conso.), de quinze jours en matière de démarchage financier (article 21 loi du 3/01/1972), et de trente jours en matière d'assurance sur la vie (article L.132-5-1 code des assurances) et de contrats relatifs à un avantage individuel de prévoyance (article L.932-14 code de la sécurité sociale).

²⁹⁶ Nous plaçons les questions de délai au rang des conditions de fond au motif que le délai est une condition de validité de l'acte de rétractation qui délimite au surplus le cadre de l'obligation du titulaire.

²⁹⁷ Pour une approche comparée de la question LE TAVERNIER (B) *Comparaison internationale des délais de rétractation et de réflexion prévus par les réglementations relatives à la protection du consommateur*, Rev. conc.conso. 1995, n°87 p.72.

²⁹⁸ Voir surtout, à cet égard, les travaux préparatoires des textes relatifs au *démarchage à domicile*: J.O. Débats, Assemblée nationale, 2/10/1972, p.4215, J.O.Débats, Sénat, 4/05/1972, p.299 ; au *crédit à la consommation*: J.O. Débats, Sénat, 12/10/1976, p.2705 et s., J.O. Débats, Assemblée nationale, 6/10/1977, p.5918 et s..

Un texte récent fait jouer à la durée du délai de rétractation, un rôle comminatoire assez singulier. La directive 97/7/CE du 20/05/1997 relative aux contrats conclus à distance (J.O.C.E. du 4/06/1997 N° L144/19) prévoit en effet une obligation de confirmation écrite des informations préalables délivrées par le professionnel (article 4 et 5). Si cette obligation n'est pas exécutée, le délai de rétractation passe de sept jours à trois mois. La durée de ce délai est donc le moyen de contraindre le professionnel à s'exécuter, tant il est vrai qu'un délai trop long gêne le professionnel.

²⁹⁹ A ce sujet, voir les saillantes observations de M. ROUHETTE (G) " *Droit de la consommation* " et théorie

II - Calcul du délai de rétractation.

1. Dies a quo.

131. - En règle générale, le *dies a quo* correspond au jour où le droit de rétractation prend naissance, c'est-à-dire au jour de l'échange des consentements. Telle est la solution retenue en matière de démarchage ³⁰⁰, de crédit à la consommation ³⁰¹, de contrat de jouissance d'immeubles à temps partagé ³⁰², de courtage matrimonial ³⁰³, de contrat de service conclu à distance ³⁰⁴. Dans ces cas, la jurisprudence décide que le délai commence à courir le lendemain du jour de la conclusion de l'acte ³⁰⁵, s'il s'agit d'un jour ouvrable.

132. - Certains textes dissocient néanmoins le jour de la naissance du droit de rétractation et celui du point de départ du délai: en matière d'assurance sur la vie où le droit de rétractation prend naissance au jour de la conclusion du contrat mais où le délai court à compter du premier versement ³⁰⁶, en matière de vente à distance où le délai de rétractation ne court qu'à compter de la livraison ³⁰⁷. Dans ces hypothèses, le législateur a voulu éviter que le consommateur ne se trouve forclos avant d'avoir disposé de toutes les informations nécessaires à sa réflexion ³⁰⁸.

générale du contrat in Etudes offertes à René Rodière, Dalloz 1982, p.247, spéc. n°11 p.257 et 258.

³⁰⁰ Démarchage à domicile: article L.121-25 c.conso.: “à compter de la commande ou de l’engagement d’achat”, démarchage financier: article 21 loi du 3/01/1972: “à compter de la souscription”.

³⁰¹ Article L.311-15 c.conso.: “à compter de l’acceptation de l’offre”.

³⁰² Article L.121- 64 c.conso.: “à compter de l’envoi au professionnel de l’offre acceptée”.

³⁰³ Article 6 II, loi du 23/06/1989 : “à compter de la signature du contrat”.

³⁰⁴ Solution qui résulte de l’article 6§1 de la directive 97/7/CE du 20/05/1997: “à compter du jour de la conclusion du contrat”, si l’obligation de confirmation écrite (article 5) a été exécutée.

³⁰⁵ Crim.5/10/1987, Bull.crim. n°334: “Attendu que, sauf disposition législative contraire, lorsqu’un délai est exprimé en jours, celui de l’acte qui le fait courir ne compte pas”, rendu à propos de l’article 3 de la loi du 22/12/1972 (article L121-25 c.conso.). Pour une application de ce principe en matière de courtage matrimonial: Civ.1ère 6/02/1996, Bull., I, n°69.

³⁰⁶ Article L.132-5-1 c.des assurances.

³⁰⁷ Article L.121-16 c.conso.; Comp. article 6§1 de la directive du 20/07/1997 qui parle de “réception”. Il n’est pas sûr que les deux notions soient synonymes. La jurisprudence développée à propos du contrat de transport (article 105 code de commerce) donne au mot “réception” le sens d’une livraison effective, d’une prise de possession de la chose (Voir Civ.3/02/1913, D.P.1914, I, p.63). Imaginons le cas du consommateur parti en vacances lorsque la livraison est effectuée. Ne pourra-t-on prétendre, sur le fondement de la formule adoptée par la directive, que le délai de rétractation ne commence à courir qu’à compter du jour où il en a été mis en possession réelle ?

³⁰⁸ En ce sens MIRABAIL (S) *La rétractation en droit privé français*, th. préc. p.224.

2. Dies ad quem.

133. - La volonté du législateur a été d'assurer un délai de réflexion effective, ainsi plusieurs textes précisent que les délais se comptent en jours "ouvrables" : si le délai expire un samedi, un dimanche, un jour férié ou chômé, le délai est prorogé jusqu'au prochain jour ouvrable. Ainsi en sera-t-il en matière de contrat à distance, de démarchage à domicile, de crédit à la consommation, de contrat de jouissance d'immeubles à temps partagé³⁰⁹.

Dans le même ordre d'idée, l'article L.121-16 c.conso. précise qu'en matière de vente à distance le délai de rétractation est un délai franc: la rétractation pourra intervenir le lendemain du *dies ad quem*.

b - Renonciation au délai de rétractation.

134. - Il faut apporter à la question de la renonciation au délai de rétractation, une réponse nuancée. Si le droit de rétractation est un droit indisponible, une renonciation anticipée à son bénéfice semble exclue. Le droit de rétractation une fois acquis, sera-t-il possible à son attributaire d'y renoncer ?

I - La renonciation au droit de rétractation.

135. - Le consommateur pourrait-il, lors de la conclusion du contrat, renoncer au bénéfice du droit de rétractation; en d'autres termes, le droit de rétractation d'origine légale est-il un droit disponible ?

Certains des textes prévoyant un droit de rétractation sont déclarés d'ordre public, et par là, interdisent toute dérogation à leur disposition: la prérogative est de ce fait indisponible³¹⁰.

³⁰⁹ Les articles L.121-16, L.121-25, L.311-19 c.conso. ont été modifiés en ce sens par la loi n°89-421 du 3/06/1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales. *Adde* directive 97/7/CE du 20/07/1997, article 6. Pour les contrats de jouissance d'immeubles à temps partagé: article L.121-65 c.conso.. Comp., en général, pour les délais de procédure, article 642 NCPC.

³¹⁰ En matière de démarchage à domicile, toute clause de renonciation est déclarée "*nulle et non-avenue*" (article L.121-25 al.2 c.conso.), en matière de démarchage financier, "*la renonciation au bénéfice du délai est nulle*", (article 21 loi du 3/01/1972), en matière de crédit à la consommation, les dispositions du c.conso. sont déclarées d'ordre public (article L.313-16), en matière de contrat à distance, l'article 12 de la directive du 20/05/1997

S'agissant d'un "ordre public de protection"³¹¹ dont la finalité est la sauvegarde du consentement du consommateur, on incline généralement à penser que la solution doit être identique lorsque les textes n'ont rien prévu³¹².

Mais justement, de cette analyse que le droit de la consommation est une "*nouvelle branche de l'ordre public de protection*"³¹³, ne doit-on pas déduire que celui au bénéfice duquel la règle est tournée peut y renoncer, sous certaines conditions ?

II - La renonciation au droit de rétractation acquis.

136. - Pour distinguer la spécificité de la notion d' "ordre public de protection", la doctrine a relevé deux caractères: au niveau de la sanction des règles, seul le destinataire de la règle relevant d'un ordre public de protection pourra se prévaloir de la nullité de l'acte; au niveau du régime des droits, il lui sera permis d'y renoncer à certaines conditions³¹⁴.

Sur la question de la renonciation précisément, ces critères ont trouvé un écho favorable en jurisprudence: la Cour de cassation a pu décider "*qu' une partie peut toujours, après la naissance de son droit, renoncer à l'application, fût-elle d'ordre public*"³¹⁵. Ainsi, la question de la renonciation aux dispositions relevant d'un ordre public de protection se résoudrait comme suit: si une renonciation anticipée est prohibée, il est possible de renoncer aux effets acquis de la règle d'ordre public.

137. - La solution a été contestée pour la renonciation au bénéfice du délai de rétractation. D'une part, sur un fondement textuel: certains textes excluent toute renonciation au délai de rétractation, sans distinguer selon le moment où elle intervient³¹⁶, et lorsque le législateur

dispose que "*le consommateur ne peut renoncer aux droits qui lui sont conférés*". En dernier lieu, en matière de crédit à la consommation, Civ.1ère 9/12/1997, Bull.I, n°368.

³¹¹ Sur la notion, en particulier COUTURIER (G) *L'ordre public de protection (heurs et malheurs d'une vieille notion neuve)* in Etudes J.Flour, Déf.1979, p.95.

³¹² Voir en ce sens BAILLOD (R) *Le droit de repentir*, RTDCiv. 1984, p.227 et s., spéc. n°18; MIRABAIL (S) *La rétractation en droit privé français*, th.1991, Bdp.Tome 284, LGDJ 1997, p.197 et 198.

³¹³ COUTURIER (G) *L'ordre public de protection (heurs et malheurs d'une vieille notion neuve)* préc.,p.98 n°2.

³¹⁴ Sur ces critères, COUTURIER (G) *L'ordre public de protection (heurs et malheurs d'une vieille notion neuve)* préc., n°4 et s.; CARBONNIER (J) *Les obligations*, PUF 1998, 21ème éd., coll.Thémis, n°77, MALAURIE (Ph) et AYNÈS (L) *Droit civil, Les obligations*, Cujas 1999, par L.Aynès, n°529 et 530.

³¹⁵ Civ.3ème 27/10/1975, Bull. III, n°310. Selon MALAURIE (Ph) et AYNÈS (L) *Les obligations*, préc., la renonciation est valable si elle est "*éclairée, consentie sans fraude, et porte sur un droit acquis*" (n°530).

³¹⁶ Voir article 21 loi du 3/01/1972: "*la renonciation au bénéfice du délai est nulle*".

permet au consommateur d'abrèger le délai de rétractation, les précautions qu'il prend confirment qu'il s'agit bien là d'une exception³¹⁷.

D'autre part pour une raison plus fondamentale: la finalité protectrice des règles d'ordre public fait obstacle à toute renonciation. *“Tant que subsiste la situation d'infériorité qui explique et justifie l'intervention du législateur, la renonciation au bénéfice de la loi, lors même qu'elle porterait sur des droits acquis, paraît porter atteinte aux exigences de l'ordre public de protection”*³¹⁸. Et les auteurs de conclure que le droit de repentir serait inefficace s'il était permis d'y renoncer dès qu'il a été acquis³¹⁹.

138. - Malgré ces critiques, la jurisprudence a récemment repris sa solution traditionnelle, en matière de protection du consommateur³²⁰. La décision doit être approuvée. A scruter les fondements de la protection du consommateur, il n'est pas sûr que l'on trouve cette image d'un individu inexorablement faible. L'heure n'est-elle pas à considérer le consommateur comme une personne responsable mais dont les qualités, au regard de la fonction qu'elle occupe dans l'ordre social, justifient un traitement juridique approprié. En ce sens, la renonciation apparaît simplement comme *“une renonciation aux effets acquis de la règle qui ne relève plus de l'interdit légal mais du pouvoir de chacun de disposer librement de ses droits”*³²¹.

B - CONDITIONS DE FORME.

139. - La plupart des textes consacrant un droit de rétractation prévoient une formalité pour l'expression de la volonté de son titulaire de se délier du contrat. Ainsi les textes exigent tantôt que le consommateur utilise une lettre recommandée avec accusé de réception³²², tantôt

³¹⁷ Voir en ce sens BAILLOD (R) *Le droit de repentir*, préc.p.240 note (72), COUTURIER (G) *L'ordre public de protection (heurs et malheurs d'une vieille notion neuve)* préc., n°13. Les auteurs raisonnent ici sur l'article L.311-24 c.conso. qui permet au consommateur de demander, sous certaines conditions, la livraison anticipée du bien acheté à crédit (sauf lorsque le contrat est conclu à la suite d'un démarchage: article L.311-28). On pourrait aussi évoquer l'article 6§3 de la directive du 20/05/1997 qui permet de renoncer au délai de rétractation pour les contrats relatifs aux services. Pour une critique de cette disposition GATSI (J) *La protection des consommateurs en matière de contrats à distance dans la directive du 20/05/1997*, D.Aff. 1997, n°42, p.1378, spéc. p.1383.

³¹⁸ COUTURIER (G) *L'ordre public de protection (heurs et malheurs d'une vieille notion neuve)* préc., n°11.

³¹⁹ COUTURIER (G) *L'ordre public de protection...*, n°11; BAILLOD (R) *Le droit de repentir*, préc. n°18.

³²⁰ Civ.1ère 17/03/1998, Cont., conc., conso.06/1998, p.11 n°86 obs.L.LEVENEUR; JCP 1998 éd.E, n°44, p.1731, note S.PIEDELIÈVRE; Rép.Def.1998, p.749 obs.J-L AUBERT: *“ Mais attendu que s'il est interdit de renoncer par avance aux règles de protection établies par la loi sous le sceau de l'ordre public, il est en revanche permis de renoncer aux effets acquis de telles règles ”*. Adde MESTRE (J) *De la renonciation au bénéfice d'une règle d'ordre public de protection*, RTDCiv.1998, n°3, p.670 n°3.

³²¹ J-L AUBERT, obs. sous Civ.1ère 17/03/1998, préc.

³²² En matière de démarchage à domicile (article L.121-25 c.conso.), de contrat relatif à un immeuble neuf d'habitation (article L.271-1 code de la construction), de courtage matrimonial (article 3 décret n°90-422 du

prévoient l'existence d'un formulaire à fournir au consommateur pour lui faciliter l'exercice de son droit de rétractation³²³. En matière de vente à distance, la forme nécessaire est le renvoi du produit³²⁴.

140. - La jurisprudence interprète les textes d'une manière bienveillante pour le consommateur: elle décide par exemple que ce dernier peut "*exercer ce droit (de rétractation) par d'autres moyens que le formulaire détachable, lequel a pour but tant d'attirer son attention sur ce droit que de lui en faciliter l'exercice*"³²⁵, et la doctrine approuve généralement cette interprétation³²⁶.

141. - La rétractation du consommateur pourrait-elle être tacite ? De la lecture des textes cités semble résulter qu'une manifestation expresse de volonté est exigée, ce qui est une solution sage si l'on veut éviter un mauvais contentieux. De plus, les contrats visés par les textes sont souvent insusceptibles d'exécution avant l'expiration du délai; on voit mal, en pratique, comment pourrait s'exprimer cette rétractation tacite³²⁷. N'est-il d'ailleurs pas logique que l'on déduise du silence gardé par le bénéficiaire du droit, sa volonté de parfaire la formation du contrat ?³²⁸

Au niveau des conditions de forme, le législateur et la jurisprudence semblent donc particulièrement enclins à faciliter l'exercice par le consommateur de son droit de rétractation. Un constat semblable s'évince de l'étude des modalités de l'exercice de la prérogative.

16/05/1990, prévoyant que la renonciation pourra aussi intervenir par la remise contre récépissé d'un écrit au professionnel), de contrat de jouissance d'immeubles à temps partagé (article L.121-64 c.conso. qui ajoute : "*ou à défaut, par tout autre moyen présentant des garanties équivalentes pour la détermination de la date d'envoi* ". L'article L.121-63 prévoit, en plus, la fourniture au consommateur d'un coupon détachable de rétractation), et en matière d'assurance sur la vie (article L.132-5-1 code des assurances).

³²³ En matière de crédit à la consommation (articles L.311-15 et R.311-7 c.conso.), de contrat de jouissance d'immeubles à temps partagé (article L.121-63 c.conso., voir note précédente), de démarchage à domicile (articles L.121-24 et R.121-3 c.conso.).

³²⁴ Article L.121-16 c.conso.

³²⁵ Civ.1ère 12/02/1991, Cont.,conc.,conso. 1991, n°95, obs.G.RAYMOND; RTDCiv.1991, p.525, obs. J.MESTRE.

³²⁶ STOUFFLET (J) *La protection du consommateur faisant appel au crédit*, Etudes E. de Lagrange, 1978, p.227, spéc.p.238, MESTRE (J) obs. sous Civ.1ère 12/02/1991, préc.: "*le formalisme légal qui se veut manifestement protecteur du consommateur ne doit pas se retourner contre lui*".

³²⁷ En ce sens MIRABAIL (S) *La rétractation en droit privé français*, th. préc. p.240.

³²⁸ Dans le domaine voisin du contrat à l'essai, voir en ce sens Civ.1ère 13/10/1998, RTDCiv.1999 n°2, p.376, obs.J.MESTRE. *Adde* en ce sens que la faculté de renoncer à l'assurance pendant le délai de trente jours à compter du premier versement ne peut être exprimée par une action en justice: Civ.1ère 1/12/1998, Revue Responsabilité civile et assurances 02/1999, n°51, p.21.

PARAGRAPHE II - LES MODALITÉS D'EXERCICE DU DROIT DE RÉTRACTATION.

142. - Les modalités d'exercice du droit de rétractation sont placées sous le double signe de la liberté et de l'arbitraire. Liberté parce que plusieurs mesures sont mises en place pour qu'aucune contrainte ne pèse sur la décision du consommateur ; arbitraire parce que cette liberté pourrait, impunément pour lui, tourner à l'incohérence.

Aussi envisagerons-nous la liberté dans l'exercice du droit de rétractation (A), et la question de l'arbitraire dans l'exercice du droit de rétractation (B).

A - LA LIBERTÉ DANS L'EXERCICE DU DROIT DE RÉTRACTATION.

143. - Plusieurs méthodes sont utilisées par le législateur pour assurer une rétractation libre: on devrait citer l'institution d'un bordereau de rétractation ³²⁹, l'obligation de mentionner l'existence de la faculté de rétractation dans le contrat présenté au consommateur ³³⁰, l'interdiction d'enregistrement de la rétractation sur un fichier ³³¹.

Plus particulièrement, deux mesures accompagnent le plus souvent l'institution d'un droit de rétractation, il s'agit de *l'interdiction d'un début d'exécution* avant l'expiration du délai, et de *la gratuité de l'exercice* du droit de rétractation.

a - L'interdiction d'un début d'exécution avant l'expiration du délai.

I - Fondement de l'interdiction.

³²⁹ Voir *supra* n°143.

³³⁰ Voir en matière de démarchage à domicile (article L.121-23 7° c.conso.), de crédit à la consommation (article L.311-10 3°) de contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé (article L.121-62), de contrat à distance (directive du 20/05/1997, article 4 §1 f).

³³¹ Voir l'article L.311-35 5° c.conso..

144. - Plusieurs textes fondent l'interdiction d'un début d'exécution: en matière de démarchage à domicile (article L.121-26 c.conso.), de crédit à la consommation (articles L.311-17 et L.311-28 c.conso.), de courtage matrimonial (article 6 II loi du 23/06/1989), de contrat de jouissance d'immeubles à temps partagé (article L.121-66 c.conso.)³³².

A chaque fois, il s'agit d'éviter la possibilité d'un acte matériel caractérisant l'engagement du consommateur dans le contrat. La loi présume qu'un début d'exécution est de nature à convaincre le consommateur qu'il est engagé dans un contrat définitif, dont il n'est pas libre de se délier, pour éviter de s'appauvrir³³³.

La jurisprudence est particulièrement stricte à l'égard des professionnels: le moindre versement, le moindre engagement de verser³³⁴, même s'il n'a pas été sollicité³³⁵, est justiciable de l'interdiction prescrite par la loi. Elle se montre plutôt audacieuse dans la recherche d'une sanction à l'interdiction.

II - Les sanctions de l'interdiction.

145. - Les textes qui prévoient une interdiction d'exécution prescrivent une *sanction pénale*: en matière de démarchage à domicile (article L.121-28 c.conso.), de crédit à la consommation (article L.311-35 1°), de contrat de jouissance d'immeubles à temps partagé (article L.121-71), de courtage matrimonial (article 4 3° décret n°90-422 du 16/05/1990).

146. - Le législateur a cependant omis de prévoir, dans ces cas, une *sanction civile*. La jurisprudence se prononce pour l'édiction de la nullité du contrat au motif que les dispositions du droit de la consommation sont d'ordre public. Lorsque la loi n'a pas déclaré ses dispositions

³³² Voir aussi le système original mis en place en matière de démarchage financier: tout engagement souscrit lors de la visite doit être inscrit dans un bulletin qui mentionne l'existence de la faculté de rétractation (article 16 loi du 3/01/1972). Dans certains cas, le contrat peut recevoir un début d'exécution, voir *infra* n°212.

³³³ En matière de démarchage à domicile, voir CHAVANAC (A) *Rapport devant le Sénat*, J.O. Débats, Sénat, 4/05/1972, p.290: "la perception d'un acompte, qui constituerait une pression psychologique très forte pour des gens de condition modeste - qui craindraient de ne pas obtenir le remboursement des sommes versées - et qui constituerait même une limitation aux droits de dénonciation"; voir aussi, dans le même sens en matière de crédit à la consommation THYRAUD (J) *Rapport devant le Sénat*, J.O. Débats, Sénat, 12/10/1976, p.2695.

³³⁴ En matière de démarchage à domicile, pour un chèque non encaissé pendant le délai de rétractation: Civ.1ère 18/06/1996, Cont., conc., conso. 1996, n°117, obs. G.RAYMOND; à ce sujet, voir les suggestions de M.Ch. ATIAS *La souscription d'un effet pendant le délai de réflexion (Réparation et répression en droit de la consommation)*, D.1995, Chr., p.227, spéc.n°5. Pour une autorisation de prélèvement, même révocable: Crim.6/03/1984, D.1984, Jur., p.552, note J-P PIZZIO.

³³⁵ L'interdiction s'applique même s'il n'est pas démontré que le versement a été sollicité (Crim.16/12/1986, D.1987, Som., p.457, obs.J-L AUBERT: pour un acompte en matière de vente à domicile), et même s'il est démontré que le démarcheur ne l'a pas sollicité (Civ.1ère 22/11/1994, RJDA 1/1995, n°77).

d'ordre public, c'est l'article 6 c.civ. qui a été récemment sollicité par la Cour de cassation³³⁶. Quant à la nature de la nullité encourue, la jurisprudence semble plutôt incliner vers une nullité relative³³⁷, solution qui pourra s'autoriser de la théorie de l'ordre public de protection.

b - La gratuité de l'exercice du droit de rétractation.

147. - Lorsqu'il use de son droit de rétractation, le consommateur ne doit consentir aucun sacrifice pécuniaire. Les textes sont unanimes, réservant seulement l'hypothèse de "*frais tarifés nécessairement engagés*" (article L.121-64 al.2 c.conso.) ou de "*frais de retour*" (article L.121-16). La jurisprudence est vigilante quant à cette absence de contrepartie à la rétractation³³⁸.

La gratuité de la rétractation accuse le particularisme de la prérogative. Elle permet de distinguer le droit de rétractation de la faculté de dédit³³⁹. Elle a pour fondement d'assurer une rétractation libre de toute contrainte financière, mais elle dessine déjà le caractère arbitraire de l'exercice du droit de rétractation.

B - L'ARBITRAIRE DANS L'EXERCICE DU DROIT DE RÉTRACTATION.

148. - La plupart des auteurs soutiennent que l'exercice du droit de rétractation est "*discrétionnaire*"³⁴⁰. Il s'agit pour eux d'employer la notion dans son sens courant: il s'agirait d'*un droit qui confère à quelqu'un la libre décision*. Sous cet angle, il est évident que le droit de rétractation est un droit discrétionnaire, le législateur ayant tout mis en œuvre pour que la décision du consommateur soit prise librement.

149. - Envisagée dans son sens juridique, la notion de "*droit discrétionnaire*" invitera à plus de nuances. Le droit discrétionnaire est *celui dont l'exercice abusif est insusceptible de sanction*

³³⁶ En matière de démarchage à domicile, Civ.1ère 7/10/1998: "*Vu les art. L.121-26 al. 1er et 6 c.civ. (...) qu'il résulte du second texte que la méconnaissance de cette disposition d'ordre public est sanctionnée non seulement pénalement mais encore par la nullité du contrat*", RTDCiv.1999 n°2, p.384, obs.J.MESTRE; D.Aff.11/1998, n°139, p.1850, obs.C.R, JCP 1999, éd.E., n°6, p.279, note S.GERVAIS.

³³⁷ Civ.1ère 28/11/1995, Cont.,conc., conso.1996, n°34, obs.G.RAYMOND, pour une application en matière de crédit immobilier: Civ.1ère 17/03/1998, D.Aff. 1998, p.756, obs.S.P.

³³⁸ Voir en matière de vente à distance, un vendeur voulait retenir une partie des fonds versés pour "*frais de test et recertification de produit technique en retour*". Jugé qu'il ne s'agissait pas de frais de retour au sens de l'article L.121-16 c.conso. par Civ.1ère 23/06/1993, Bull.I, n°232.

³³⁹ Voir *supra* n°122.

³⁴⁰ Par exemple CALAIS-AULOY (J) et STEINMETZ (F) Droit de la consommation, Dalloz 1996, 4ème éd., p.88.

judiciaire. Ici, l'exercice discrétionnaire du droit pourrait facilement confiner à l'arbitraire, à ce pouvoir d'être impunément incohérent, d'agir selon son caprice, voire selon sa malice.

Sous cet angle, peut-on dire avec la même certitude que le droit de rétractation est un droit discrétionnaire ? Il y a de quoi hésiter, les arguments abondent dans les deux sens.

a - Le droit de rétractation ne serait pas discrétionnaire.

150. - Plusieurs auteurs contemporains témoignent d'une nette réticence à l'égard de la catégorie des droits discrétionnaires ³⁴¹, aussi est-ce sans amertume que l'on constate leur progressive disparition en droit positif ³⁴². L'ordre social ne saurait se désintéresser de l'exercice de ces droits, qui pourrait donner à leur titulaire une prise insupportable sur la sphère juridique d'autrui. Accorder au sujet passif du droit une action en justice serait bien le moindre.

151. - Ainsi pour le droit de rétractation du consommateur, a-t-on fait valoir que la "*liberté de la partie protégée* (ne doit pas) *aller jusqu'à lui permettre une rétractation uniquement motivée par l'intention de nuire*" ³⁴³. Cette opinion pourrait s'autoriser de ce qu'aucune source positive ne dit que le droit de rétractation est discrétionnaire: ni la loi ³⁴⁴, ni semble-t-il la jurisprudence. Et pourtant, la thèse du droit discrétionnaire a des partisans convaincus.

b - Le droit de rétractation serait un droit discrétionnaire.

152. - Tout d'abord, le droit de rétractation répondrait aux critères de la notion de "droit discrétionnaire". La forte subjectivité de l'appréciation du bénéficiaire du droit de rétractation quant à l'exercice de son droit pourrait l'expliquer. Ainsi RIPERT estimait que l'exercice arbitraire des droits discrétionnaires "*tient à ce que le titulaire est le seul juge du devoir qui lui*

³⁴¹ GHESTIN (J), GOUBEAUX (G) *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4ème éd. avec le concours de M.Fabre-Magnan, LGDJ 1994, n°775, selon qui "*l'existence même de la catégorie des droits discrétionnaires est discutable*"; CARBONNIER (J) *Les obligations*, PUF 1998, 21ème éd., coll.Thémis, selon lequel "*les droits discrétionnaires n'auraient pas leur place dans une théorie de l'abus de droit tournée vers l'équité*" (n°230).

³⁴² Constat que dresse liminairement M.ROETS in *Les droits discrétionnaires: une catégorie juridique en voie de disparition* ? D.1997, Chr., p.92.

³⁴³ BAILLOD (R) *Le droit de repentir*, RTDCiv.1984 p.227, spéc. n°27. Dans le même sens PIZZIO (J-P) *Un apport législatif en matière de protection du consentement: la loi du 22/12/1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile*, RTDCiv. 1976, p.66 n°32.

³⁴⁴ Il faut évoquer, toutefois, l'article 6 de la directive 97/7/CE du 20/05/1997 (JOCE du 4/06/1997, N°L144/19), relative aux contrats conclus à distance, qui parle d'une rétractation "*sans indication de motif*". On pourrait cependant remarquer que le texte ne dit pas "*sans motif*": le texte exclut que le consommateur ne se justifie devant le fournisseur, il n'exclut pas qu'il ait à se justifier devant le juge. Restent les problèmes de preuve...

*incombe (...) Pour apprécier l'abus, il faut que le juge puisse apprécier la valeur des sentiments qui font agir une personne. Or il est des motifs qui sont tellement personnels qu'aucune appréciation n'est possible''*³⁴⁵.

Ensuite, la logique propre du droit de la consommation suffirait à elle seule à justifier son caractère discrétionnaire: aussi a-t-on pu invoquer la “*dynamique*” de la protection du consommateur et la volonté législative de favoriser une rétractation libre. Enfin, le professionnel qui voudrait démontrer l'abus rencontrerait un obstacle au niveau de la preuve de l'intention du consommateur, qui n'a pas à l'exprimer formellement³⁴⁶.

C'est donc la politique juridique du droit de la consommation qui justifie le caractère discrétionnaire du droit de rétractation³⁴⁷.

³⁴⁵ RIPERT (G) *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ème éd., LGDJ 1949, n°100, p.174. L-E JOSSERAND estimait quant à lui que l'existence de droits subjectifs discrétionnaires était justifiée par leurs contours strictement définis par le droit objectif: dans le cadre d'une réglementation précise, l'arbitraire serait moins à craindre. Pour une synthèse de la pensée de ces deux auteurs, ROUAST (A) *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés*, RTDCiv.1944, p.1.

³⁴⁶ Sur ces arguments PAISANT (G) *La loi du 6/01/1988 sur les opérations de vente à distance et le “ télé-achat ”*, JCP1988, éd.G., 3350, n°16.

³⁴⁷ Chaque droit discrétionnaire semble d'ailleurs justifié par de telles considérations. Devant l'échec des définitions unitaires des droits discrétionnaires, DABIN avait raison d'écrire que “*chacun des droits discrétionnaires doit être traité à part, parce que le motif du privilège d'immunité qui lui est accordé, à tort ou à raison, dépend de sa nature et de sa signification particulière*” (*Le droit subjectif*, Dalloz 1952, p.307).

- CONCLUSION DU CHAPITRE II -

153. - L'étude du droit de rétractation en tant que prérogative a démontré l'incapacité des instruments du droit commun pour expliquer la technique du droit de rétractation. Des mécanismes tels que la condition ou l'avant-contrat permettent de procéder à quelques rapprochements mais ne permettent pas de qualifier juridiquement le droit de rétractation au regard de catégories juridiques connues. Seule la théorie générale du droit nous a permis de qualifier le droit de rétractation, et là encore, le droit de rétractation apparaît comme un droit subjectif particulier.

Quelle conclusion en tirer au regard des relations qu'entretiennent le droit commun des contrats et le droit de la consommation ? Affirmer l'autonomie du second par rapport au premier semblerait excessif; l'étude du régime du droit de rétractation nous a permis de constater que dans de nombreuses hypothèses, le droit commun fournit les règles d'appoint qui font défaut au droit de la consommation³⁴⁸. On peut toutefois remarquer combien ce régime subit une forte attraction de l'esprit du droit de la consommation.

Le domaine "consomériste" de la prérogative influe notablement sur son mécanisme, c'est en cela que l'on peut encore affirmer qu'en tant que prérogative, le droit de rétractation est bien une technique de droit spécial.

³⁴⁸ Voir, par exemple, le recours à l'article 6 du c.civ. pour trouver une sanction civile au début d'exécution, *supra* n°146.

- CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE -

154. - L'observation de la technique du droit de rétractation en droit positif et le fort particularisme qu'elle y accuse, appelle en définitive quelques remarques.

A l'analyse, nous avons constaté un certain antagonisme entre deux cohérences en matière contractuelle. L'opposition s'établit entre, d'une part, un droit commun dont les cadres conceptuels ne permettent pas d'expliquer le mécanisme du droit de rétractation et qui, en outre, s'opposerait (notamment au moyen de la prohibition des engagements potestatifs) à ce que la technique ait une vocation générale; et, d'autre part, un droit spécial qui permet seul de rendre compte et de justifier la technique qu'il met en œuvre. La conséquence à tirer de ce choc entre ces deux esprits contradictoires serait que la vocation du droit de rétractation doit rester confinée au domaine spécifique qui lui est assigné, d'autorité, par le législateur.

Il semble pourtant que le conflit entre le droit commun des contrats et son droit spécial puisse être dépassé. Le particularisme du droit de rétractation suggère un certain retour sur notre droit commun, car il manifeste une érosion de la théorie contractuelle du Code. Un supplément d'analyse s'impose. En s'enrichissant des perspectives nouvelles que propose le droit de rétractation, le droit commun pourrait se renouveler en affinant ses concepts. Plus rien ne s'opposerait à voir dans le droit de rétractation une technique de droit commun.

- DEUXIÈME PARTIE -

LE DROIT DE RÉTRACTATION COMME TECHNIQUE DE DROIT COMMUN.

155. - Le contrat est une situation juridique fondamentalement subjective ³⁴⁹. Dans la création du rapport contractuel, plus que dans tout autre acte juridique, c'est bien la volonté des parties qui joue le rôle prépondérant, même lorsque la loi prescrit l'observation d'une forme pour que les volitions reçoivent une pleine efficacité (contrats réels ou solennels). Cette conviction que le contrat est un acte éminemment subjectif est à ce point ancrée dans l'esprit des juristes que l'immixtion dans le contrat de la loi, cet élément objectif, leur avait fait dire que le contrat était "en crise"³⁵⁰. Aussi l'analyse des rôles respectifs des éléments objectifs et subjectifs dans le contrat s'est cristallisée sur ce seul aspect.

En fixant leur attention sur ce point, n'ont-ils pas négligé par la suite le rôle des éléments objectifs avec lesquels la volonté doit composer et se combiner ?

La technique du droit de rétractation leur désigne à ce sujet un nouveau centre d'intérêt, une nouvelle approche. Cette perspective, suggérée par quelques auteurs ³⁵¹, consiste à évaluer notre droit du contrat sous l'angle de son aptitude à permettre à la volonté de s'épanouir harmonieusement dans le milieu objectif qui l'entoure. Elle consiste à replacer la volonté dans les situations de fait où elle se meut.

³⁴⁹ Voir en particulier ROUBIER (P) *Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs*, APD 1957, Le rôle de la volonté dans le droit, p.1 et s..

³⁵⁰ Sur cet aspect de la "crise du contrat", voir BATTIFOL (H) *La "crise" du contrat et sa portée*, APD 1968, Les notions de contrat, t.XIII, p.13 ; DURAND (P) *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel*, RTDCiv.1944, p.73; MORIN (G) *La désagrégation de la théorie contractuelle du Code*, APD 1940, Le problème du contrat, p.7; RIPERT (G) *L'ordre économique et la liberté contractuelle in Etudes F.Gény*,1936, t.II, Librairie E.Duchemin 1977, p.347; JOSSERAND (L) *L'essor moderne du concept contractuel* *ibid.*, p.333, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, RTDCiv.1937, p.1.

³⁵¹ Voir l'étude fondamentale de HÉBRAUD (P) *Rôles respectifs de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques in Mélanges J.Maury*, 1960, t.II, p.435 et s..Adde ROUBIER (P) *Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs*, préc., spéc.p.36.

La technique du droit de rétractation nous semble proposer au droit commun les moyens de fournir à la volonté le cadre d'un arrangement harmonieux avec deux éléments de nature objective qui en déterminent nécessairement l'expression. Il s'agit du temps et de l'espace.

Notre droit commun ne semble pas disposer, d'une part, des moyens juridiques permettant à la volonté de s'approprier l'écoulement du temps, au stade de la formation du contrat. La technique du droit de rétractation propose de nouvelles perspectives à cet égard.

D'autre part, le droit commun ignore cet élément objectif que constitue l'espace qui sépare les contractants. Il semble pourtant évident qu'un contrat qui est conclu à distance ne se forme pas dans les mêmes circonstances objectives qu'un contrat passé entre présents. Ici encore, le droit de rétractation propose une nouvelle approche.

En définitive, le droit de rétractation pourrait prétendre à une vocation générale car il permettrait au droit commun d'avoir une appréhension plus réaliste et plus affinée du temps (CHAPITRE I) et de l'espace (CHAPITRE II) dans la formation du contrat.

CHAPITRE I - LE TEMPS ET LE DROIT DE LA FORMATION DU CONTRAT.

156. - L'écoulement du temps n'est pas ignoré du droit de la formation du contrat ³⁵². Des modalités comme la condition ou le terme suspensifs permettent au contrat de suspendre ses effets, le temps que se dissipe une incertitude. L'incertitude traitée ici échappe au pouvoir d'initiative des parties, la modalité n'affecte qu'un élément qui leur est extérieur ³⁵³.

Le temps apparaît autrement dans le droit du contrat, il s'agit du temps qui est nécessaire à la volonté de la personne pour devenir une *volonté contractuelle*, ce temps de l'indécision, des projets et des conjectures. Le droit commun s'y fait beaucoup plus discret.

157. - Le droit de la consommation, avec un cortège de techniques nouvelles, traite la question sans détour, et l'attribution au consommateur d'un droit de rétractation en atteste. Une double préoccupation se distingue dans la volonté législative: d'une part, d'inscrire la formation du contrat dans la durée, et d'autre part, de permettre à la volonté contractuelle du consommateur, présumée indécise, de s'épanouir en confiance dans le temps accordé.

L'étude de *l'état du droit de la formation du contrat* aura pour objet d'observer quel regard notre droit commun porte sur ce temps d'indécision au cours duquel la volonté contractuelle se forme (SECTION I). Les conclusions que l'on pourra en tirer suggèreront un *enrichissement du droit commun*: le droit de rétractation serait l'instrument adéquat pour que la volonté contractuelle se meuve en confiance dans le temps de l'indécision (SECTION II).

³⁵² Sur la question en général, l'importante étude de P.HÉBRAUD *Observations sur la notion de temps dans le droit civil* in Etudes offertes à P.Kayser, PUAM.1979, t.II, p.1et s.; sur la question en particulier HAUSER (J) *Temps et liberté dans la théorie générale de l'acte juridique*, Mélanges en hommage à J.Ellul, "Religion, société et politique", PUF, 1983, p.503 et s..

SECTION I - L'ÉTAT DU DROIT DE LA FORMATION DU CONTRAT.

158. - L'analyse classique propose une solution un peu abrupte: le temps de l'indécision n'intéresse pas le droit du contrat. Sur la foi de ce qu'il faut laisser la période précontractuelle libre de toute contrainte, le Code civil ne régleme la formation du contrat que lorsque le projet des parties est arrivé à maturation, à l'aune d'un contrôle de l'intégrité du consentement donné. La volonté contractuelle n'est saisie qu'une fois formée. La période de la formation du contrat "*est celle de l'indécision, donc de la liberté*"³⁵⁴, et *le temps de l'indécision, le temps de la liberté* (PARAGRAPHE I). En d'autres termes, celui dont la volonté contractuelle se forme n'est pas plus lié à son vis-à-vis qu'avec tout autre *penitus extranei*, à moins que les parties ne concluent un contrat pour préparer le contrat futur: *le temps de l'indécision est aménagé par une convention* (PARAGRAPHE II).

Il convient d'évaluer, dans ces deux hypothèses, la sécurité juridique dans laquelle se meut la volonté contractuelle en formation, le temps de l'indécision n'est-il pas souvent celui des espoirs déçus ?

PARAGRAPHE I - LE TEMPS DE L'INDÉCISION, TEMPS DE LIBERTÉ.

159. - Lorsqu'aucun contrat ne vient encadrer la réflexion de celui dont la volonté contractuelle est indécise quant à la conclusion du contrat, l'analyse classique prévoit une organisation juridique minimale. La liberté qui préside aux rapports précontractuels ne serait limitée que par le respect de l'article 1382 c.civ.. L'indécis ne serait protégé que de la faute de son partenaire, par le régime de la responsabilité délictuelle.

Le droit positif ne permet pas de s'en tenir à cette présentation. Certes, l'idée du respect de la règle morale rend compte de nombreuses solutions. Elle est insuffisante lorsque l'on constate

³⁵³ Pour la " condition-modalité ", voir *supra* n°98 et s..

³⁵⁴ ATIAS (Ch) *Le droit civil*, PUF 1996, 5ème éd., coll. Que sais-je ?, p.114.

que l'indécision de la volonté en formation est à l'origine d'un véritable traitement juridique, d'un régime de protection. Le temps de l'indécision n'est pas le temps du désordre.

Il convient de présenter ce traitement juridique en suivant l' " *iter contractus* " que suit l'indécis jusqu'à la conclusion du contrat, c'est-à-dire pendant la période précontractuelle (A) et à l'occasion de l'acte qui vient l'achever, l'offre de contrat (B).

A - LE TRAITEMENT JURIDIQUE DE L'INDÉCISION LORS DE LA PÉRIODE PRÉCONTRACTUELLE.

Celui qui mûrit sa réflexion avant de contracter n'est pas ce tiers que nous présente le Code civil, livré aux seules forces de sa volonté pour s'informer, et protégé de la seule déloyauté de son partenaire.

L'indécis devient, en droit contemporain, créancier d'obligations spéciales (a). Jouit-il pour autant d'une sécurité juridique adéquate ? L'étude de la sanction de ces obligations permettra de le mesurer (b).

a - La naissance d'obligations dans les relations précontractuelles.

160. - L'indécis est aujourd'hui créancier d'obligations nouvelles, ignorées du Code civil. On lui doit, tout d'abord, une diligence particulière lorsque la phase précontractuelle se matérialise par des négociations. Dans tous les cas, ensuite, il est créancier d'informations. Le développement de l'obligation précontractuelle d'information en droit positif mérite un examen séparé.

I - La diligence dans les rapports précontractuels.

161. - Les tribunaux exigent des parties qu'ils manifestent un certain degré d' " *affectus contractus* " ³⁵⁵ au cours des pourparlers.

Ils imposent, d'une part, aux parties *un devoir de loyauté et de sincérité* entre elles. Ses déclinaisons sont multiples: devoir de ne pas entrer en pourparlers dont l'aboutissement est

³⁵⁵ L'expression est empruntée à B.BEIGNIER *La conduite des négociations*, Colloque Univ. de Toulouse, La négociation du contrat, RTDCom.1998, p.464.

illusoire ³⁵⁶, de conduire la négociation avec rectitude et loyauté ³⁵⁷ (ce qui implique la transparence, la persévérance et le sérieux des parties ³⁵⁸), celui de ne pas rompre les pourparlers brutalement ³⁵⁹, voire de motiver sa décision de rompre ³⁶⁰.

D'autre part, les juges identifient *un devoir de collaboration* entre les parties ³⁶¹, allant en cela, au-delà d'un simple devoir de bonne foi ³⁶². D'aucuns vont jusqu'à estimer que les parties doivent observer un devoir de tempérance, "*consistant à modérer les ardeurs et espérances de son vis à vis*" ³⁶³.

162. - Ces obligations, que la doctrine contemporaine fait découler de l'exigence de bonne foi dans les rapports précontractuels ³⁶⁴, ne peuvent se comprendre si l'on fait uniquement appel à cette obligation passive inscrite dans l'article 1382 c.civ. de ne pas nuire à autrui. Elles sont de véritables obligations positives qui impliquent un *facere* ; signe de la volonté contemporaine d'organiser, plus que de policer, les relations précontractuelles. La même remarque vaut pour l'obligation précontractuelle d'information.

II - L'obligation précontractuelle d'information. ³⁶⁵

163. - Le Code civil ne requiert pas directement des parties un échange d'informations avant la conclusion du contrat. Tout au plus pourra-t-on déduire de la sanction des vices du

³⁵⁶ La formule de Rennes 8/07/1929 est éloquent: elle considère comme fautif le fait de "*faire miroiter aux yeux de l'autre partie l'espérance d'une convention et de refuser ensuite de la réaliser*", D.H.1929, p.258.

³⁵⁷ Voir récemment par ex. Civ.1ère 6/01/1998, JCP 1998, II, 10066, note B.FAGES (réticences et fausses déclarations).

³⁵⁸ En ce sens LE TOURNEAU (Ph) *La rupture des négociations*, Colloque Univ. de Toulouse, La négociation du contrat, RTDCom.1998, p.477 et s., spéc. n°14.

³⁵⁹ Les références jurisprudentielles sont trop nombreuses pour être ici reproduites. Voir pour une synthèse, SCHMIDT (J) *La sanction de la faute précontractuelle*, RTDciv.1974, p.47 et s., spéc.n°11, et plus récemment MOUSSERON (P) *Négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*, RTDCom.1998, p.243 et s., spéc.n°30-33 et 54 et s..

³⁶⁰ Tel est l'enseignement à tirer de la décision sévère rendue par la chambre commerciale de la Cour de cassation: celui qui rompt "sans motif légitime" doit se justifier par des considérations objectives relatives à l'objet du contrat futur. Le juge, semble-t-il, pourra contrôler la justification de la rupture qui doit être motivée; voir Com. 7/04/1998, JCP.1999, éd.E, n°13, Jur., p.579, note J.SCHMIDT-SZALEWSKI.

³⁶¹ Voir not. Com.7/03/1972, Bull.IV. p.20, n°83 (plénipotentiaires qui n'ont pas fait leur possible pour modifier des modalités accessoires d'un dossier déposé).

³⁶² Voir MESTRE (J) *D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration*, RTDciv.1986, p.100.

³⁶³ En ce sens LE TOURNEAU (Ph) *La rupture des négociations*, préc. n°14.

³⁶⁴ En ce sens not. P.JOURDAIN *La bonne foi dans la formation du contrat*, Rapport français in Tvx. Assoc. H.Capitant, t.XLII, Journées louisianaises 1992, Litec 1994, p.121 et s..

³⁶⁵ Pour une étude particulièrement complète de la question GHESTIN (J) *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3ème éd. LGDJ 1993, n°593 et s.

consentement et, en matière de vente, de la garantie des vices cachés ³⁶⁶, la nécessité d'une information réciproque. Le législateur contemporain, à l'inverse, multiplie les obligations précontractuelles d'information, en droit de la consommation en particulier ³⁶⁷, mais aussi dans les relations entre certains professionnels ³⁶⁸. En droit commun, la jurisprudence promeut aussi la fourniture d'informations précontractuelles, notamment lorsqu'elle décide que la rétention d'informations peut constituer un dol ³⁶⁹, ou lorsqu'elle dégage du Code civil, dans un domaine particulier, l'existence d'une obligation d'information ³⁷⁰.

164. - La nature et l'étendue de ces obligations précontractuelles invitent à penser que si les parties aux pourparlers sont des tiers l'un pour l'autre, les liens particuliers qui se nouent entre elles justifient tout de même un traitement juridique particulier. Elles ne sont plus de véritables *penitus extranei*: "*on augmente le champ de ses obligations; on n'est plus seulement dans la sphère des devoirs généraux humains, on fait un pas de plus pour se créer des obligations spéciales*" ³⁷¹. L'étude des sanctions des obligations précontractuelles le confirme.

b - La sanction des obligations précontractuelles.

165. - JHERING estimait que les liens particuliers qui se nouent au cours de la négociation justifieraient l'application du régime de la responsabilité contractuelle ³⁷². L'idée demeure

³⁶⁶ En ce sens GHESTIN (J) *Traité de droit civil, La formation du contrat*, préc., n°624.

³⁶⁷ Voir les articles L.111-1 et L.113-3 c.conso. dont la portée est très générale. Le droit de la consommation procède généralement par la voie du formalisme de l'offre préalable. En matière de crédit à la consommation, voir en particulier AYNÈS (L) *Formalisme et prévention in Le droit du crédit au consommateur*, ouvrage collectif sous la direction d'I.Fadlallah, Litec 1982, p.63, spéc.n°27 à 32. En matière de contrat de jouissance d'immeubles à temps partagé, l'article L.121-61 c.conso., et en matière de contrats à distance, l'art. 4 de la directive 97/7/CE du 20/05/1997 (JOCE du 4/06/1997 N° L.144/19) qui exige du fournisseur la fourniture d'informations préalables.

³⁶⁸ Voir en particulier l'art.1 de la loi dite Doubin du 31/12/1990 qui subordonne la conclusion des contrats de franchise et de concession à la fourniture préalable d'un document donnant des "*informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause*".

³⁶⁹ Com. 27/10/1965 Bull.III n°534 ; Civ. 3ème 4/01/1991, D.1992, Som., p.196, obs.O.TOURNAFOND.

³⁷⁰ En matière de vente, la Cour de cassation a récemment tiré de l'article 1602 c.civ. ("*(al.1) Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. (al.2) Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur*".) l'existence d'une obligation précontractuelle d'information. La décision est novatrice dans la mesure où ce texte était traditionnellement regardé comme une règle d'interprétation: la Cour faisait une lecture solidaire des deux alinéas du texte. Voir Civ.3ème. 1/07/1998, D.1999, Som., p.13, obs. G.PAISANT.

³⁷¹ ROUBIER (P) *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, th.Lyon, 1911, p.58.

³⁷² Sur la doctrine allemande de la fin du XIXème, ROUBIER (P) *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, th.préc. p.58 et s..

vivace dans la doctrine contemporaine, favorable à un aménagement juridique plus cohérent de la protection de la volonté contractuelle en formation ³⁷³.

La jurisprudence demeure fidèle au fondement délictuel de la sanction de la faute précontractuelle ³⁷⁴. Elle aménage toutefois ses contours à la faveur du négociateur de bonne foi. La nature des sanctions prononcées semble toutefois reste semble-t-il inadaptée pour assurer un cadre de confiance à la volonté contractuelle en formation.

I - L'aménagement du fondement délictuel de la sanction de la faute précontractuelle.

166. - La jurisprudence retient explicitement le régime de la responsabilité délictuelle fondée sur l'article 1382 c.civ. ³⁷⁵, choisissant en cela un critère d'affectation chronologique: la faute commise avant le contrat ne saurait lui être rattachée. Les tribunaux rapellent en outre que le simple fait de rompre la négociation n'est pas, en soi, répréhensible; la liberté de ne pas conclure le contrat restant de principe ³⁷⁶.

Un aménagement du régime de la responsabilité délictuelle est toutefois sensible en droit positif. Tout d'abord, les juges n'exigent pas que la faute ait une gravité particulière, ils ont pu se contenter d'une simple négligence ³⁷⁷, dans le cadre d'une analyse de plus en plus objective de la faute précontractuelle ³⁷⁸. Ensuite, quant au dommage réparable, la tendance jurisprudentielle est à l'extension du champ des préjudices couverts par la responsabilité

³⁷³ Ainsi, M.HUET suggère de rattacher au contrat les fautes qui sont commises dans la phase préparatoire, et qui constituent une inexécution virtuelle, dès lors que le contrat a par la suite été passé (*Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, th.Paris, 1978, n°239 et s.). Le doyen CARBONNIER partage la même opinion, remarquant que dans ce cas, "le code civil paraît rattacher (au contrat) la responsabilité des fautes qui ont pu être commises dans la période préparatoire", *Les obligations*, PUF 1998, 21ème éd., coll.Thémis, n°28. Dans le même ordre d'idée à propos de l'obligation précontractuelle d'information, Mme FABRE-MAGNAN considère que le manquement à cette obligation relève de la responsabilité contractuelle s'il a eu une incidence sur l'exécution du contrat et pas seulement sur le consentement (*De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ 1992, n°281 et s.).

³⁷⁴ Savoir de quel ordre de responsabilité relève la faute commise dans la négociation n'est pas sans intérêt. En droit interne cela détermine le tribunal compétent (art.46 NCPC), en droit international, la loi applicable: *lex loci delicti* si la responsabilité est délictuelle ou convention de Rome si elle est contractuelle, voir MOUSSERON (P) *Négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*, RTDCom.1998, p.243, spéc. n°6.

³⁷⁵ Très explicitement depuis Com.20/03/1972, JCP 1973, 17543, note J.Schmidt., voir aussi 11/04/1984.; "la victime d'une faute commise au cours de la période qui a précédé la conclusion d'un contrat est en droit de poursuivre la réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi (...) sur le fondement de la responsabilité délictuelle", Bull.IV, n°16. Plus récemment Civ.1ère 6/01/1998, préc..

³⁷⁶ Voir les références citées par LE TOURNEAU (Ph) *La rupture des négociations*, préc. n°11.

³⁷⁷ Civ.1ère 19/06/1996, D.Aff.1996, p.1028; solution acquise au terme d'une longue évolution jurisprudentielle: voir SCHMIDT (J) *La sanction de la faute précontractuelle*, RTDciv.1974, p.47 et s., spéc.n°9 et s.; MOUSSERON (P) *Négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*, RTDCom.1998, p.243 et s., spéc.n°47 et s..

précontractuelle, un simple préjudice moral est indemnisable ³⁷⁹. Enfin, d'aucuns ont pu déduire de l'appréciation souple du lien de causalité, l'existence d'une présomption de causalité en la matière ³⁸⁰.

Cette objectivation de la responsabilité précontractuelle démontre encore la volonté d'organiser positivement les rapports de négociation. La nature des sanctions prononcées semble toutefois limiter la sécurité juridique de la volonté contractuelle en formation.

II - Des sanctions limitées.

167. - La faute commise dans la conduite des négociations oblige son auteur à réparer le préjudice subi. La réparation se fait par équivalent, c'est-à-dire par l'allocation d'une somme d'argent ³⁸¹. Le mode de réparation idéal serait, néanmoins, une réparation en nature, consistant à remettre les parties dans une position identique à celle où elles étaient avant la commission de la faute. Il s'agirait de contraindre l'auteur de la faute, soit à reprendre la négociation, soit à conclure le contrat. La première solution a été suggérée en doctrine ³⁸², elle se traduirait par la possibilité d'une demande en exécution forcée, et le cas échéant, par la désignation d'un mandataire de justice pour parfaire l'accord. La seconde solution semble plus irréaliste, tant il est vrai que la conclusion forcée d'un contrat est contraire à la liberté contractuelle qui préside dans les négociations. La doctrine a cependant pu relever les efforts des juges pour réputer conclus des accords partiels, en les complétant sur les points secondaires ³⁸³.

Au demeurant, les tribunaux ne prononcent pas de réparation en nature. Les seuls arrêts en ce sens concernent une question voisine: celle du retrait d'une offre acceptée.

B - LE TRAITEMENT JURIDIQUE DE L'INDÉCISION ET L'OFFRE DE CONTRAT.

168. - L'offre de contracter achève la période des négociations, ou marque la première étape du processus contractuel quand il n'y a pas eu de pourparlers entre les parties. Elle est une

³⁷⁸ En ce sens MOUSSERON (P) *Négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*, préc. n°49.

³⁷⁹ Par ex. Riom 10/06/1992, RTDCiv.1993, p.343, obs.J.MESTRE.

³⁸⁰ B.LASSALLE *Les pourparlers*, RRJ 1994-3, Droit prospectif, p.849 et s., spéc.note 161.

³⁸¹ Voir en particulier LE TOURNEAU (Ph) *La rupture des négociations*, préc. n°26 et s..

³⁸² Avec des réserves, CÉDRAS (J) *L'obligation de négocier*, RTDCom.1985, p.265, spéc.p.281.

³⁸³ LAUDE (A) *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th.Aix-Marseille, PUAM 1992, n°853; *Le constat judiciaire des pourparlers*, Colloque Univ. de Toulouse, Les avants-contrats, RTDCom.1998, p.551 et s..

manifestation de volonté qui exprime la volonté pure et simple du pollicitant de s'engager. L'incertitude quant à la conclusion du contrat ne concerne donc plus que son destinataire.

Selon l'analyse classique, l'offre est, pour le pollicitant, un "fait juridique" librement révocable: puisque les parties sont des tiers avant la conclusion du contrat, aucun lien de droit ne les oblige. Pourtant, le destinataire de l'offre, dont la volonté contractuelle est par hypothèse indécise, est protégé par le droit contemporain de deux façons: soit par les qualités que l'offre doit présenter pour être valable, soit par l'interdiction qui est faite dans certains cas au pollicitant de rétracter son offre.

a - Les qualités de l'offre.

Le traitement juridique de l'incertitude du destinataire de l'offre passe par les qualités que la règle objective impose pour la validité de la pollicitation.

169. - Le droit positif régleme, d'une part, le *contenu de l'offre*. En cela, il recherche à éclairer le consentement du destinataire de l'offre, à rassurer son incertitude. L'offre doit être *précise*³⁸⁴: comporter au moins les éléments essentiels du contrat proposé, "*ceux sans lesquels il serait impossible de savoir quelle sorte de contrat a été conclue*"³⁸⁵. Elle doit être dépourvue d'équivoque³⁸⁶.

170. - C'est en assurant, d'autre part, le *sérieux de l'offre*, que le droit commun cherche à estomper l'incertitude de son destinataire. L'offre doit être *ferme*, en ce sens que son acceptation doit suffire à former le contrat³⁸⁷. La stipulation d'une réserve la dégrade, en principe, au rang d'une invitation à entrer en pourparlers; ainsi, l'acceptant conservera la maîtrise de son engagement si l'offrant s'est réservé une marge de manœuvre quant au contenu du contrat, l'incertitude du destinataire de l'offre ne sera pas surprise.

b - La rétractation de l'offre.

³⁸⁴ Voir Civ.3ème 27/06/1973, Bull.III, n°446, p.324.

³⁸⁵ AUBERT (J-L) *Notion et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris 1968, LGDJ 1970, n°52.

³⁸⁶ En ce sens GHESTIN (J) *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3ème éd., LGDJ 1993, n°296.

³⁸⁷ Voir en dernier lieu, Civ.3ème 1/07/1998, D.1999 n°12, Jur., p.170, note L.BOY.

171. - La solution est classique: tant qu'elle n'a pas été acceptée, l'offre est librement révocable. Seul l'accord des volontés fonde l'obligation, le droit français étant traditionnellement hostile aux engagements unilatéraux³⁸⁸. La position du destinataire de l'offre, de l'indécis qui n'a pas accepté, en devient précaire, aussi est-il décidé que lorsqu'un délai a été stipulé par le pollicitant, il ne peut rétracter son offre sans engager sa responsabilité³⁸⁹. Le fondement et la sanction de cette responsabilité sont discutés.

172. - Le *fondement* de la responsabilité de l'offrant qui rétracte son offre avait été recherché dans l'existence d'un avant-contrat tacite³⁹⁰. La doctrine contemporaine se partage plutôt en deux courants d'opinions. Selon le premier³⁹¹, la source de l'obligation de maintenir l'offre se trouve dans l'engagement unilatéral que contient l'offre. Ce point de vue novateur suppose que la volonté unilatérale puisse créer des obligations, aussi ceux qui sont hostiles à ce point de vue considèrent que l'offrant est responsable car il commet une faute en retirant son offre. Cette faute consiste à tromper la confiance légitime qu'il avait fait naître par sa pollicitation³⁹². La jurisprudence alimente chacune de ces théories³⁹³.

173. - La sécurité de la position du destinataire de l'offre se mesure à l'aune des sanctions prononcées à l'encontre de l'offrant qui rétracte prématurément son offre. A cet égard, la jurisprudence ne semble avoir jamais prononcé que des condamnations à des dommages/intérêts, à l'exclusion de la conclusion forcée du contrat préconisée par certains³⁹⁴.

³⁸⁸ Par ex. Civ.3/02/1919, DP 1923, I, p.126: "Une offre étant insuffisante pour lier par elle-même celui qui l'a faite, elle peut, en général, être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée verbalement".

³⁸⁹ *Adde* en droit de la consommation les dispositions qui imposent un maintien obligatoire de l'offre: en matière de crédit à la consommation (art. L.311-8 c.conso.) de crédit immobilier (L.312-10), de jouissance d'immeuble à temps partagé (L.121-63).

³⁹⁰ Selon Ch.DEMOLOMBE en effet, accessoirement à l'offre, le pollicitant propose un avant-contrat au terme duquel il s'engage à maintenir son offre, ce contrat est tacitement accepté par le destinataire puisqu'il ne présente pour lui que des avantages. Sur cette théorie, voir GHESTIN (J) *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3ème éd., LGDJ 1993, n°306.

³⁹¹ FLOUR (J) et AUBERT (J-L) *Les obligations, L'acte juridique*, 8ème éd., éd.A.Colin.1998, n°151; AUBERT (J-L) *Notion et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris 1968, LGDJ 1970, p.123 et s.; IZORCHE(M-L) *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, th.Aix-Marseille, 1989, n°127 et s.

³⁹² En ce sens SCHMIDT (J) *La sanction de la faute précontractuelle*, RTDciv.1974, p.47, spéc.n°16 et s.; *Adde* MALAURIE (Ph) et AYNÈS (L) *Droit civil, Les obligations*, Cujas 1999, par L.Aynès, n°835. Selon FLOUR (J) et AUBERT (J-L) *Les obligations, L'acte juridique*, ce point de vue pêche par un défaut de logique: "Dire qu'il y a faute à révoquer l'offre trop vite, c'est présupposer que l'offrant était tenu de la maintenir un certain temps; sinon la révocation ne serait pas fautive. L'affirmation de la faute suppose le problème résolu", préc.n°150.

³⁹³ Voir la synthèse de GHESTIN (J) *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3ème éd., LGDJ 1993, n°303 et s..

³⁹⁴ En ce sens si l'offre était faite avec délai et à personne déterminée, AUBERT (J-L) *Notion et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th.préc. n°240 et s..

174. - L'exposé du droit positif qui précède appelle quelques observations.

La première sera de souligner, en droit contemporain, une *volonté d'organiser* les rapports précontractuels, parfois au-delà du simple respect des exigences de la morale sociale. L'article 1382 c.civ. n'explique pas ces nouveaux devoirs qui chargent les relations précontractuelles comme l'obligation d'information ou le devoir de coopération. Certains d'entre eux, par exemple celui de motiver sa décision de rompre les pourparlers, témoignent d'une seconde part d'une *volonté accrue de sécuriser* les rapports précontractuels, à la faveur de celui dont la volonté contractuelle est incertaine. C'est en ce sens que, notamment, l'on assiste à une certaine objectivation de la responsabilité précontractuelle.

L'esprit contemporain est donc d'organiser et de sécuriser l'incertitude de la volonté contractuelle en formation. Toutefois, la liberté reste de principe en la matière et il y a fort à craindre qu'elle ne rime avec l'insécurité juridique. Les condamnations pour rupture abusive restent rares en jurisprudence et se limitent au prononcé de dommages/intérêts ³⁹⁵, les négociations croisées ne sont nullement réglementées, la rétractation d'une offre dans le délai ne donnera pas lieu à la conclusion forcée du contrat...

Ce n'est pas dire que la liberté des rapports précontractuels soit blâmable, elle correspond à une utilité dont les parties bénéficient. Notons juste, pour l'instant, qu'elle peut aboutir à une insécurité pour celui dont la volonté contractuelle n'est pas certaine. Aussi peut-il désirer un cadre plus sûr que le fondement délictuel que l'on lui propose. L'indécis devient contractant.

PARAGRAPHE II - LE TEMPS DE L'INDÉCISION EST AMÉNAGÉ PAR UNE CONVENTION.

175. - La liberté qui reste de principe dans les rapports précontractuels aura pour pendant une certaine insécurité pour l'épanouissement de la volonté contractuelle. Aussi les parties aménagent-elles volontairement la période précontractuelle par la conclusion de contrats. Dans ce "*mélange singulier d'obligation et de liberté*" ³⁹⁶ que réalise ces contrats, celui dont la volonté contractuelle est en gestation pourra-t-il trouver le gage d'une sécurité juridique suffisante ?

³⁹⁵ Voir LE TOURNEAU (Ph) *La rupture des négociations*, préc. n°11.

³⁹⁶ SCHMIDT-SZALEWSKI (J) *La période précontractuelle en droit français*, RID comp.1990, p.545.

Il convient de l'apprécier à l'étude de deux types de contrats conclus dans cette perspective: les contrats de négociation (A), et les avant-contrats (B).

A - LES CONTRATS DE NÉGOCIATION.

176. - Les opérations économiques complexes donnent lieu de plus en plus fréquemment, lors des négociations, au recours à ces “formes contractuelles de pourparlers”³⁹⁷. La “contractualisation” des négociations peut répondre à ce souci d'organiser et de sécuriser la réflexion de la partie indécise. Naîtront alors à la charge de son cocontractant un certain nombre d'obligations. La sécurité juridique de ces contrats préalables semble pourtant insuffisante.

a - Les obligations engendrées par les contrats de négociation.

177. - A la diversité des objectifs recherchés par les parties aux pourparlers, répond une infinité de clauses contractuelles originales³⁹⁸. Ne seront évoquées que *celles qui tendent à organiser l'incertitude des relations précontractuelles*, et leur diversité invite encore à sélectionner celles qui le plus souvent stipulées. La qualification des contrats qui en sont le support est imprécise, on a relevé en jurisprudence un réel “*impressionisme de la qualification du contrat de négociation*”³⁹⁹: “accord de principe”, “lettre d'intention”, “protocole d'accord”... sont souvent données pour des notions équivalentes.

178. - Les parties peuvent tout d'abord rechercher à “sécuriser” leurs relations en stipulant une obligation de négociation de bonne foi. Tel est l'un des sens de la notion d' “accord de principe”: “*un accord préliminaire par lequel les parties ne s'engagent qu'à négocier de bonne foi un deuxième contrat, dont elles ne précisent ni les clauses essentielles ni, a fortiori,*

³⁹⁷ MOUSSERON (J-M) *Technique contractuelle*, éd.F.Lefbvre 1988, n°59 et s..

³⁹⁸ La doctrine y est attentive, voir surtout le colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence des 17-18/05/1990 *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM 1990, et spéc.SCHMIDT-SZALEWSKI (J) *Les accords précontractuels en droit français*, p.10.

³⁹⁹ BEIGNIER (B) *La conduite des négociations*, Colloque Univ. de Toulouse, La négociation du contrat, RTDCom.1998, p.464, spéc.466.

les clauses accessoires’’⁴⁰⁰. Les parties seront tenues de formuler des propositions sérieuses, en rapport avec l’objet et l’importance économique du contrat, d’avoir une “*attitude active et positive dans la recherche de l’accord définitif*”⁴⁰¹. Dans le prolongement de cette obligation, sont stipulées en pratique des clauses de sincérité, obligeant à révéler l’existence de négociations parallèles⁴⁰², ou des clauses de confidentialité, obligeant à taire les informations reçues, voire l’existence de la négociation, même si celle-ci échoue⁴⁰³. La clause d’exclusivité⁴⁰⁴ a pour vocation de prohiber toute négociation parallèle relative au même contrat qui serait conduite avec un concurrent. Elle peut être provisoire ou temporaire, n’obliger qu’une partie ou les deux. Son utilité est indéniable tant il est vrai que la conclusion du contrat en pourparlers avec un tiers peut être préjudiciable⁴⁰⁵. Dans le même ordre d’idées doivent être évoqués les accords de préférence imposant de négocier avec une personne déterminée (clauses de préférence, d’offre concurrentes, de premier refus⁴⁰⁶).

b - La sécurité juridique des formes contractuelles de pourparlers.

179. - Les contrats de négociation améliorent la sécurité juridique du contractant indécis, par exemple lorsqu’une clause d’exclusivité ou une clause de sincérité sont stipulées⁴⁰⁷. Toutefois, l’utilité de ces contrats quant à la protection d’une partie indécise, reste limitée par l’objet de ces contrats: organiser une période de liberté, au terme de laquelle la conclusion du contrat négocié reste éventuelle.

⁴⁰⁰ LE TOURNEAU (Ph) et CADIET (L) *Droit de la responsabilité*, Dalloz Action 1998, n°267; dans le même sens MOUSSERON (J-M) *Technique contractuelle*, éd.F.Lefebvre 1988, n°78. Tel est le sens que la Cour de cassation donne à la notion dans l’arrêt dont on a déduit la validité de ces accords: Soc.24/03/1958, JCP 1958, II, 10868, note J.CARBONNIER. Selon A.RIEG, l’accord de principe serait plutôt l’acte dans lequel les parties consignent les points de convergences, l’obligation de négociation impose alors de poursuivre de bonne foi les pourparlers: *La “punctuation”*. *Contribution à l’étude de la formation successive du contrat in Etudes A.Jauffret*, Faculté de droit d’Aix-en-Provence 1974, p.593 et s., spéc.p.603. Sur le double sens de la notion d’accord de principe NAJJAR (I) *L’accord de principe*, D.1991, Chr., p.57.

⁴⁰¹ SCHMIDT-SZALEWSKI (J) *Les accords précontractuels en droit français*, op.préc.p.11.

⁴⁰² Sur elles MOUSSERON (J-M) *Technique contractuelle*, éd.F.Lefebvre 1988, n°89, doutant de leur autonomie au regard de la clause de bonne foi.

⁴⁰³ Voir VIVANT (M) *Les clauses de secret*, Colloque de l’I.D.A. Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, PUAM 1990, p.101 et s..

⁴⁰⁴ Sur laquelle voir BEIGNIER (B) *La conduite des négociations*, Colloque Univ. de Toulouse, La négociation du contrat, RTDCom.1998, p.464, spéc.468.

⁴⁰⁵ Voir par ex.Versailles 5/03/1992, Bull.Joly, 1992, p.636, note J.SCHMIDT-SZALEWSKI.

⁴⁰⁶ Sur lesquelles voir MOUSSERON (J-M) *Technique contractuelle*, éd.F.Lefebvre 1988, n°99 et s..

⁴⁰⁷ Encore faudrait-il nuancer. La conclusion du contrat de négociation a parfois pour unique objet de diminuer ou d’exclure la responsabilité encourue du fait d’une rupture de la négociation. Ces clauses limitatives ou exclusive de responsabilité ont cet objet singulier de restreindre la sécurité contractuelle de l’indécis: voir sur ce point MOUSSERON (P) *Négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle*, préc., note (157).

180. - En effet, les clauses qui y sont stipulées ne formalisent que des obligations de faire ou de ne pas faire, résolubles selon l'article 1142 c.civ., en dommages/intérêts. L'exécution forcée d'une obligation de négocier reste largement illusoire⁴⁰⁸, même si, ici encore, l'on a pu déceler en jurisprudence une volonté de sanctionner par la conclusion du contrat le comportement de ceux qui surprennent la bonne foi de leur cocontractant⁴⁰⁹.

La conclusion d'un contrat de négociation ne donne donc aucun droit à la conclusion du contrat négocié. Pas plus n'engendre-t-il de droit actuel sur la chose objet du contrat, aucun droit de créance, aucun droit réel se traduisant par une diminution de pouvoirs sur la chose, aucun droit définitif de nature patrimoniale⁴¹⁰.

Le contrat de négociation, s'il formalise un certain souci de moraliser et d'organiser une période de liberté contractuelle, n'est en aucun cas l'instrument adéquat au service du contractant indécis. C'est pourquoi les parties recourent à la technique de l'avant-contrat qui, elle aussi, révèle ses limites.

B - L'AVANT-CONTRAT.

181. - Lorsque celui dont la volonté contractuelle n'est pas définitive entend réserver sa décision tout en disposant d'un cadre juridique de confiance, une technique semble, *a priori*, disponible: celle de l'avant-contrat. L'avant-contrat permet aux parties, ou à l'une d'elles, de se lier pendant un certain délai nécessaire afin de préparer le contrat définitif⁴¹¹.

182. - La promesse synallagmatique de contrat n'est pas ici le mécanisme adéquat. Ne s'y rencontrent que des volontés définitives de contracter, si une marge de manœuvre subsiste quant à la conclusion du contrat futur, l'acte ne vaut que comme un simple projet non

⁴⁰⁸ Voir *supra* n° 167.

⁴⁰⁹ Lorsqu'un protocole d'accord, formalisant les points de convergences entre les parties, a été conclu, Mme LAUDE a pu distinguer en jurisprudence une tendance des juges à compléter le protocole, pour les éléments accessoires qui restaient en discussion. La même démarche est adoptée lorsque le juge considère que les points de convergences constatés par l'acte, suffisent à constituer une volonté contractuelle définitive. Voir *Le constat judiciaire des pourparlers*, Colloque Univ. de Toulouse, Les avants-contrats, RTDCom.1998, p.551 et s..

Le fondement de l'intervention judiciaire pourrait être trouvé dans l'article 1135 c.civ. selon M.J.CARBONNIER note sous Soc.24/03/1958, JCP 1958, II, 10868. Ces accords constatant les points de convergence sont appelés "Punctuation" outre-Rhin, sur leur existence en droit français, voir A.RIEG *La "punctuation"*. *Contribution à l'étude de la formation successive du contrat*, préc..

⁴¹⁰ Voir NAJJAR (I) *L'accord de principe*, D.1991, Chr., p.57, spéc.p.60 et s.. L'auteur relève cependant, dans certains domaines, les signes d'une anticipation du contrat futur (p.60-61).

⁴¹¹ Sur la notion d'avant-contrat, voir Bergel (J-L) et *alii* Lamy *Droit immobilier* 1998, n°3482.

obligatoire⁴¹². Le pacte de préférence ne convient pas non plus puisqu'aucune des parties ne s'engage actuellement à conclure le contrat définitif. L'indécis ne saurait y trouver le cadre de sa réflexion, le pacte ne le rend créancier que d'une préférence, d'une sorte de droit conventionnel de préemption, pour le cas où son cocontractant déciderait de s'engager⁴¹³.

183. - Le contrat de promesse unilatérale semble convenir davantage. Il est *“le contrat par lequel le promettant s'engage à vendre un bien au bénéficiaire qui a le droit de l'acquérir dans un certain délai”*⁴¹⁴. Par lui, *“une partie ne s'est pas engagée, mais peut compter sur l'engagement de l'autre”*⁴¹⁵. Le promettant s'y oblige à conclure un contrat futur; quant au bénéficiaire, quand bien même il payerait une indemnité d'immobilisation du bien, il conserve toute liberté de s'engager dans le contrat préparé par le pacte d'option. En cela, la promesse demeure unilatérale⁴¹⁶.

Ainsi, par la conclusion d'une promesse unilatérale de contrat, l'une des parties réserve sa décision, *“elle désire bénéficier d'un délai de réflexion à l'issue duquel elle exercera une option: acheter (ou vendre), ou ne pas acheter (ou ne pas vendre)”*⁴¹⁷. Dans une première analyse, on pourrait donc estimer que le contrat de promesse unilatérale représente l'instrument juridique adéquat pour l'épanouissement de la volonté contractuelle de celui qui demeure indécis: le promettant s'est engagé à contracter de façon définitive, la réflexion du bénéficiaire pourra mûrir en toute sécurité au cours du délai d'option.

L'observation du droit positif invite à nuancer. Le contrat de promesse a acquis aujourd'hui une réelle autonomie par rapport au contrat qu'il préfigure. Singulièrement, cette autonomie rend la position du bénéficiaire instable.

a - L'autonomie du contrat de promesse unilatérale

⁴¹² Civ.3ème 12/10/1994, Rép.Def.1995, art.36100, obs.D.MAZEAUD. Le point est cependant controversé, voir en ce sens MALAURIE (Ph) et AYNÈS (L) Droit civil, *Contrats spéciaux*, Cujas, éd. 1999, par P-Y Gauthier, n°138; *contra* COLLART-DUTILLEUL (F) et DELEBECQUE (Ph) *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz 1998 4ème éd, coll.Précis, n°78 et s. BOYER (L) *Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à la théorie des avants-contrats*, RTDCiv.1949, p.1 et s..

⁴¹³ Sur la nature et l'utilité du pacte de préférence, voir GHESTIN (J) et DESCHÉ (B) *Traité des contrats, La vente*, LGDJ 1990, n°168 et s..

⁴¹⁴ COLLART-DUTILLEUL (F) et DELEBECQUE (Ph) *Contrats civils et commerciaux*, préc., n°59. La définition nous semble pouvoir être conservée pour les contrats autres que la vente.

⁴¹⁵ MALAURIE (Ph) et AYNÈS (L) Droit civil, *Les obligations*, Cujas 1999, par L.Aynès, n°353.

⁴¹⁶ La présence de l'indemnité rend le contrat synallagmatique puisqu'il existe alors des prestations réciproques au sens de l'article 1102 c.civ.. Il convient de parler alors de *“contrat synallagmatique de promesse unilatérale”*. Voir GHESTIN (J) et DESCHÉ (B) *Traité des contrats, La vente*, LGDJ 1990, n°154, notamment leur analyse de l'engagement du bénéficiaire sous l'angle d'une *“ obligation alternative ”*.

⁴¹⁷ MALAURIE (Ph) et AYNÈS (L) Droit civil, *Contrats spéciaux*, Cujas, éd. 1999, par P-Y Gauthier, n°108.

184. - Le pacte d'option a un contenu propre et un contenu qui préfigure le contrat à venir, il présente le double visage d'une étape dans un processus d'acquisition et, en même temps, d'un contrat préparatoire autonome. Entre les deux, le droit français a mis longtemps à faire la part du feu. Le débat entre l'autonomie et la solidarité des deux contrats qui se succèdent (pacte d'option et contrat définitif) est fondamental, l'affirmation de l'autonomie du premier permet de comprendre sa structure en droit positif.

I - L'affirmation de l'autonomie du contrat de promesse unilatérale.

185. - Les auteurs du début du XX^{ème} siècle contestaient l'autonomie de la promesse unilatérale, d'ailleurs ignorée du code civil⁴¹⁸. Ainsi, SALEILLES considère que le bénéficiaire est titulaire d'un droit conditionnel⁴¹⁹, et DEMOGUE, adaptant la thèse de SALEILLES, voit dans le bénéficiaire un propriétaire éventuel⁴²⁰.

186. - Assez tôt pourtant, la jurisprudence distinguera les droits et obligations engendrés par le pacte d'option de ceux issus du contrat définitif, exprimant en-cela l'autonomie du contrat préparatoire. Ainsi, elle affirme clairement la nature personnelle du droit du bénéficiaire, celui-ci est titulaire d'une créance mobilière, d'un droit à la chose et non d'un droit sur la chose⁴²¹. Ensuite, elle qualifiera l'obligation du promettant non point en une obligation de donner, mais en une obligation de faire⁴²².

⁴¹⁸ Voir par ex. l'opinion d' H.BOYER : “*La promesse de vente n'a pas une autonomie suffisante pour mériter l'appellation de contrat; elle n'est que le premier acte d'une situation juridique complexe, à allure contractuelle, essentiellement synallagmatique, à titre onéreux et commutatif*”, *Des promesses unilatérales de vente*, th. Toulouse 1932, p.15.

⁴¹⁹ *La responsabilité précontractuelle (à propos d'une étude nouvelle en la matière)*, RTDCiv.1907, p.697, la condition consiste dans le consentement du bénéficiaire. A ce sujet, voir les remarques de Mme F.BÉNAC-SCHMIDT *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, Bdp.t.177, LGDJ 1983, n°150 et s..

⁴²⁰ *Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance*, RTDCiv.1905 p.723 spéc.p754 et s..*Adde De la nature et des effets des droits éventuels*, RTDCiv.1906, p.231, spéc.p.242 et s.. En ce sens aussi, dans la doctrine moderne: J-M. VERDIER *Les droits éventuels*, th.Paris 1955, sur la promesse unilatérale voir n°138 et s.; F. COLLART-DUTILLEUL *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey 1988, coll.Immobilier Droit et gestion, n°256.

⁴²¹ En premier lieu semble-t-il: Civ.24/06/1927, DP. 1928, I, p.51. Auparavant, la Cour se contentait d'affirmer que la promesse ne transfère pas la propriété au bénéficiaire, par ex. Req.26/05/1908, DP.1909, I, p.425.

⁴²² En ce sens, explicitement: Civ.7/03/1938, DH. 1938, I, p.260: “*la promesse de vente n'a pas pour effet de transmettre à celui qui en est bénéficiaire ni la propriété, ni aucun droit immobilier sur le bien qui en est l'objet; tant que le bénéficiaire n'a pas déclaré acquérir, l'obligation du promettant quoique relative à un immeuble*

187. - Cherchant à conjuguer l'autonomie du pacte d'option et la sécurité contractuelle de la position du bénéficiaire, les auteurs contemporains font appel à l'idée de "droit potestatif"⁴²³. Le bénéficiaire est investi par la promesse d'un droit potestatif, ce qui implique que le promettant, pendant le délai d'option, est dans une situation de *sujétion* qui lui interdit tout acte contraire à sa promesse (rétractation ou vente à un tiers)⁴²⁴. Le rappel par la Cour de cassation, récemment, de sa doctrine traditionnelle, a dès lors soulevé de nombreuses critiques, la structure de la promesse unilatérale en droit positif rend la position du bénéficiaire incertaine.

II - La définition de la promesse unilatérale en droit positif.

188. - La Cour de cassation a récemment précisé la façon dont elle analyse la promesse unilatérale de vente⁴²⁵. Elle considère que seule la levée d'option a un effet translatif de propriété, puisque c'est à ce seul moment que les deux volontés contractuelles se rencontrent. Deux conséquences en découlent. D'une part, avant que le bénéficiaire n'exprime sa décision d'acquiescer, le promettant n'est débiteur que d'une obligation de faire, l'obligation de maintenir son offre⁴²⁶. Corrélativement, le bénéficiaire n'est investi que d'un droit de créance, qui lui

constitue une obligation de faire qui ne peut engendrer, pour celui au profit de qui elle existe, qu'une créance mobilière ". Adde dans le même sens Civ.26/11/1935, DP. 1936, I, p.37; Cour d'Amiens 14/08/1839, S.1843, II, p.403. Telle était l'opinion de POTHIER: "Celui qui vous promet de vous vendre une chose ne la vend pas encore ; il contracte seulement l'obligation de vous la vendre lorsque vous le requérez", *Traité du contrat de vente*, 1768, t.2, n°476.

⁴²³ Sur la théorie du droit potestatif, voir *supra* n°91 et s.. Dans le sens de l'assimilation du droit du bénéficiaire à un droit potestatif, voir en particulier BÉNAC-SCHMIDT (F) *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, Bdp.t.177, LGDJ 1983, n°141; NAJJAR (I) *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, th. Paris 1966, LGDJ 1967, n°100 et s..

⁴²⁴ Sur l'inviolabilité des droits potestatifs, NAJJAR (I) *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, th.préc.n°99bis ; VALORY (S) *La potestativité dans les relations contractuelles*, th.Aix-Marseille, 1999, p.32.

⁴²⁵ Civ.3ème 15/12/1993, 2 espèces: Première affaire: Cts. Cruz c/ Mme Godart, " la cour d'appel, ayant exactement retenu que tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquiescer, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire, et que la levée d'option, postérieure à la rétractation, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquiescer,(...) " publié au Bull.n°174, p.115, Rép.Def.1994, article.35845, p.795, n°61, obs. Ph.DELEBECQUE ; RTDCiv.1994, p.588, obs. J.MESTRE ; D.1994, Som., p.230, obs. O.TOURNAFOND, Jur., p.507, note F.BÉNAC-SCHMIDT ; JCP 1994, éd.G., II, n°22366, note D.MAZEUD ; JCP 1995, éd.N., I, p.194, note A.TERRASSON DE FOUGÈRES ; JCP 1995 éd.E, I, n°439 obs. M-L. IZORCHE, n°1 ; *Promesse de vente et rétractation* par M.AZENCOT, AJPI 10/05/1994, p.351.

Deuxième affaire: Bourachot c/ Naudet publié au Lexilaser n°1955 pourvoi n°91-14999.

Adde dans le même sens Civ.3ème 26/06/1996, Bull.p.105 n°165; D.1997, Som., p.169, obs.D.MAZEUD ; NAJJAR (I) *La "rétractation" d'une promesse unilatérale de vente (à propos d'un revirement par un arrêt de la Cour de cassation du 26/06/1996)*, D.1997, Chr..p.119 ; A lire à la lumière du Rapport D.PRONIER, RJDA 7/1996, p.636.

⁴²⁶ Plus exactement de fournir une "exclusivité" sur le bien. Tel est l'enseignement à tirer de Civ.1ère, 5/12/1995, Rép.Def.1996, art.36354, n°62, obs.D.MAZEUD qui qualifie l'indemnité d'immobilisation de "prix de l'exclusivité consentie".

permet d'en réclamer le respect en justice. D'autre part, si le promettant rétracte sa promesse avant que le bénéficiaire ne lève l'option, les deux volontés contractuelles ne peuvent s'être rencontrées, le contrat définitif n'a pu se former.

189. - Le raisonnement suivi a été critiqué par une doctrine quasi-unanime⁴²⁷. Remarquons que ce qui est au cœur de la solution de la Cour, c'est l'autonomie de la promesse unilatérale au regard du contrat définitif: la Cour de cassation refuse de consacrer tout anticipation par le pacte d'option du contrat qu'il prépare, et c'est sous l'angle de l'engagement du promettant qu'elle le révèle. La Cour refuse de considérer cette analyse selon laquelle la promesse fixe irrévocablement le consentement au contrat définitif du promettant; en d'autres termes, elle refuse que l'objet de son obligation (c'est-à-dire *vendre*) soit identique dans l'avant-contrat et dans le contrat définitif. C'est donc l'autonomie de l'avant-contrat qui justifie la solution de la Cour, de même qu'elle rend instable le contrat de promesse unilatérale.

b - L'instabilité de la promesse unilatérale.

190. - De l'analyse que fait la Cour de cassation du pacte d'option, sort le régime juridique applicable à la sanction du promettant qui ne respecte pas sa promesse. Ces sanctions révèlent l'insécurité du pacte d'option. Deux cas doivent être distingués: la violation de la promesse peut résulter, d'une part, de la rétractation du promettant qui refuse de contracter, d'autre part de la conclusion du contrat promis avec un tiers.

I - La rétractation du promettant.

191. - Dans le premier cas, le promettant se rétracte avant la levée d'option et refuse de conclure le contrat. Puisque la Cour estime qu'il viole ainsi une obligation de faire, la sanction de son inexécution est justiciable de l'article 1142 c.civ., et le bénéficiaire ne pourra obtenir que des dommages/intérêts. La solution est, littéralement, justifiée, elle est cependant critiquable si l'on la met en perspective avec la lecture contemporaine de ce texte, au terme de laquelle

⁴²⁷ Aux références citées *supra* (note 425), *adde* la magistrale étude de M. F.COLLART-DUTILLEUL *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble: les risques de désordre*, Droit & patrimoine 12/1995, p.58. L'opinion de Mme FABRE-MAGNAN se distingue de celle de la doctrine majoritaire, elle mérite une mention particulière car la Cour de cassation y est sensible (voir le rapport PRONIER de 1996 préc.spéc.n°11): voir *Le mythe de l'obligation de donner*, RTDCiv.1996, p.85, spéc.n°16 et s., où l'auteur propose de ne raisonner qu'en termes d'effet translatif.

l'exécution forcée d'une obligation de faire est prononcée lorsqu'elle ne met pas en cause les qualités personnelles du débiteur⁴²⁸.

II - La conclusion du contrat promis avec un tiers.

Dans le second cas, où le promettant contracte avec un tiers au mépris de sa promesse, il faut distinguer selon que celui-ci est ou n'est pas de bonne foi.

192. - *Si le tiers est de bonne foi*, les règles traditionnelles relatives aux conflits de droits concurrents s'appliquent. Quand le tiers a acquis du promettant un droit réel sur la chose⁴²⁹, ce droit est préférable au droit personnel du bénéficiaire. A la différence du promettant, le tiers n'encourt d'ailleurs aucune responsabilité puisqu'à son égard, la promesse est *res inter alios acta* et qu'il en ignorait l'existence. Quand les deux droits en conflit sont de même nature, la préférence devrait aller à celui qui a acquis son droit le premier⁴³⁰.

193. - *Si le tiers est de mauvaise foi*, la jurisprudence prononce la nullité du contrat conclu en fraude des droits du bénéficiaire⁴³¹, sur le fondement de la maxime *fraus omnia corrumpit*, voire sur celui de l'article 1382⁴³². Le succès de l'action du bénéficiaire rencontrera toutefois des difficultés de preuve de la mauvaise foi du tiers, preuve dont la charge lui incombe (art.2268 c.civ.). En matière immobilière, les règles de la publicité foncière ne lui sont d'aucun secours⁴³³.

⁴²⁸ Voir JEANDIDIER (W) *L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire*, RTDCiv.1976, p.700, MESTRE (J) *Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat*, in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM 1993, p.91.

⁴²⁹ Même s'il s'agit d'un droit réel accessoire: Civ.10/04/1948 D.1948, Jur., p.421 note R.LÉONAN (à propos d'une inscription d'hypothèque).

⁴³⁰ Le conflit peut opposer deux droits réels lorsque le tiers a conclu un contrat translatif avec le promettant et que le bénéficiaire a levé l'option dans le délai. La règle *prior tempore potior jure* tranche le conflit et l'article 1328 c.civ. les questions de preuve. En matière immobilière, celui qui aura publié son droit le premier sera préféré. Les mêmes règles s'appliquent en cas de conflit entre deux droits personnels, par exemple lorsque le promettant a successivement conclu une promesse unilatérale et un pacte de préférence ou deux promesses unilatérales. Dans ce dernier cas, la première levée d'option sera déterminante pour régler la question. *Contra* COLLART-DUTILLEUL (F) *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, préc. n°372 et 373.

⁴³¹ Civ.3ème 8/07/1975, Bull.III, n°289: "*Le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente est fondé à invoquer contre une personne étrangère à cette promesse, soit la fraude à laquelle celle-ci se serait associée, soit seulement la faute dont elle se serait rendue coupable en acceptant d'acquérir un immeuble qu'elle savait faire l'objet de la promesse*".

⁴³² Sur la question, voir Ch.ATIAS *La promesse unilatérale de vente et la vente ultérieure à un tiers de mauvaise foi*, JCP 1978 éd.N., I, p.291, qui suggère plutôt d'appliquer la théorie de l'inopposabilité.

⁴³³ En effet, la publicité de la promesse ne lui confère aucune opposabilité au tiers (article 37-1 décret du 4/01/1955) et ne permettent pas d'établir la mauvaise foi du tiers: en ce sens Civ.3ème 20/02/1979, JCP 1979 éd.G, II, n°19376, note M.DAGOT.

194. - En définitive, le temps de l'indécision, celui au cours duquel la volonté contractuelle se dessine, a bien un régime juridique en droit positif. En l'absence de contrat, nous avons pu déceler une volonté du droit positif d'organiser et de sécuriser la phase précontractuelle, et la conclusion de contrats préparatoires a pour objet d'aménager le temps de l'incertitude.

Cependant, à chaque fois, il est sensible que la volonté contractuelle n'évolue pas dans un cadre juridique de confiance, le droit commun ne permet pas à la volonté en formation de s'approprier l'écoulement du temps. Il manque en droit positif une formule juridique qui associerait la liberté de la réflexion, et la sécurité d'un contrat parfait. Cette formule contractuelle serait un contrat parfait, au sein duquel le contractant indécis conserve l'option de former son obligation, c'est-à-dire où est associée la liberté de la réflexion, et la sécurité contractuelle relativement à l'engagement de son vis-à-vis. La technique du droit de rétractation serait celle qui réaliserait un tel enrichissement. Il convient à présent d'en envisager la mesure.

SECTION II - L'ENRICHISSEMENT DU DROIT DE LA FORMATION DU CONTRAT.

195. - On peut attendre du droit de rétractation deux types d'enrichissement pour le droit commun de la formation du contrat.

D'une part, un enrichissement de nature théorique. Le mécanisme du droit de rétractation, en intégrant le facteur "temps" dans le processus de formation du contrat, invite à une nouvelle réflexion en la matière.

Il semble, d'autre part, que l'on peut proposer d'aller plus loin, en suggérant un enrichissement *positif* du droit de la formation du contrat. La stipulation d'un droit de

rétractation rencontre aujourd'hui plusieurs obstacles, notamment dans la prohibition des engagements potestatifs. Il conviendra d'envisager comment les surmonter, pour que le droit positif puisse tirer parti de l'intégration de la technique du droit de rétractation.

Suivant la distinction proposée par M.SAVAUX ⁴³⁴, seront envisagés successivement ces deux types d'enrichissement du droit de la formation du contrat sous les rubriques suivantes:

PARAGRAPHE I - L'enrichissement du droit commun savant,

PARAGRAPHE II - L'enrichissement du droit commun positif.

PARAGRAPHE I - L'ENRICHISSEMENT DU DROIT COMMUN SAVANT.

196. - La technique du droit de rétractation invite à une nouvelle réflexion théorique sur le droit de la formation du contrat, cela dans deux perspectives.

D'une part, le droit de rétractation intègre le facteur temps dans la formation du *rapport contractuel*, dans la " procédure contractuelle " (A).

D'autre part, et ce point est souvent négligé en doctrine, il semble que le droit de rétractation propose une nouvelle perspective dans la formation du *rapport d'obligation*. A l'image du contrat qui se forme successivement dans le temps, les droits et obligations engendrés par le contrat se forment successivement (B).

A - LA FORMATION SUCCESSIVE DU RAPPORT CONTRACTUEL.

197. - La technique du droit de rétractation suggère une approche renouvelée des principes régissant la formation du consentement du contractant (a), et de ceux relatifs à la formation de l'engagement dans le contrat (b).

a - Le renouvellement des principes relatifs à la formation du consentement ⁴³⁵.

⁴³⁴ SAVAUX (E) *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, Bdp. t.264, LGDJ 1997.

⁴³⁵ Le mot " consentement " a une double signification en droit français: tantôt il désigne l'accord, le concours de deux volontés, tantôt la manifestation de volonté de chacun. C'est dans ce dernier sens que nous l'employons. Sur les sens de ce mot, TERRÉ (F), SIMLER (Ph), LEQUETTE (Y) *Droit civil, Les obligations*, Dalloz 1996, 4ème éd., coll.Précis, n°85.

198. - La formation du consentement du contractant est appréhendée en droit commun au moyen d'une approche essentiellement statique. La technique du droit de rétractation propose une perspective plus riche car elle intègre dans le processus de formation de la volonté contractuelle le facteur temps.

I - La conception statique de la formation du consentement en droit commun.

199. - A compter de quel moment le consentement a-t-il une signification juridique pour le contrat ? La réponse du Code civil paraît simple: au moment où il reflète la volonté de s'engager du sujet. L'article 1108 c.civ., en exigeant "*le consentement de la partie qui s'oblige*", regarde le consentement comme un consentement à la dette, et les articles suivants en vérifient l'intégrité. "*Remontant le temps à partir d'un contrat finalement conclu*", le droit commun appréhende le consentement par "*le signe de sa cristallisation finale*"⁴³⁶. La portée juridique du consentement est donc toute entière tournée vers le contrat et son exécution.

Le processus de naissance du consentement apparaît donc fort simple: il débute et s'achève au même moment, celui où la volonté, en tant que volonté de s'engager du sujet, est exprimée. La rencontre des consentements représente, dans cette optique, l'accord de deux volontés contractuelles parfaites, ce qui veut dire que le consentement de chacun est saisi par le droit lorsqu'il est arrivé à maturation. M.MOUSSERON a pu parler, à cet égard, d'une "*conception instantanéiste*" de la formation du consentement⁴³⁷. Cela évoque une conception statique: la volonté du contractant est saisie par le contrat lorsqu'elle présente son état définitif, à un moment donné; lorsqu'elle est indécise et ne présente pas cet état définitif, le droit commun du contrat ne s'en soucie guère.

200. - L'exposé du droit positif réalisé plus haut a pourtant montré que le consentement reçoit un traitement particulier lorsqu'il témoigne d'une volonté contractuelle en formation⁴³⁸. L'écoulement du temps dans la formation de la volonté contractuelle est traité par le droit, et

⁴³⁶ TERRÉ (F) *Sur la sociologie juridique du contrat*, APD 1968, Les notions de contrat, t.XIII, p.71, spéc.p.83.

⁴³⁷ *La durée dans la formation des contrats* in Etudes A.Jauffret, Faculté de droit d'Aix-en-Provence, 1974, p.510.

⁴³⁸ Voir *supra* n°158 et s., " L'état du droit de la formation du contrat ".

l'originalité du droit de rétractation est d'aller au bout de la préoccupation, latente en droit positif, de fournir un cadre juridique au consentement qui se forme: celui du contrat.

II - Une nouvelle approche de la formation du consentement.

201. - La technique du droit de rétractation propose un affinement de l'analyse de la formation du consentement, et cela dans deux directions complémentaires. Elle propose une conception *psychologique* et *dynamique* de la formation du consentement.

1. Une conception psychologique de la formation du consentement.

202. - A la vérité, le droit commun place la volonté du sujet devant une alternative. La proposition contractuelle sera soit acceptée, soit déclinée, purement et simplement⁴³⁹. La volonté contractuelle sera donc soit positive, soit négative, et le consentement ne saurait revêtir, quant au contrat, que deux états: un OUI ou un NON. Par application de ce raisonnement, les tribunaux considèrent que l'offre ou l'acceptation faites avec réserve ne peuvent former valablement le contrat⁴⁴⁰.

203. - Le mécanisme du droit de rétractation invite quant à lui à prendre en considération, dans le contrat conclu, un autre état de la volonté du contractant. Cet état ne s'assimile ni à un refus de contracter, ni à une acceptation pure et simple de la dette. Il s'agit d'un "*état de parfait équilibre entre le oui et le non*"⁴⁴¹, de ce que M.CÉLICE a pu qualifier comme étant l'expression d'un "non-vouloir"⁴⁴².

⁴³⁹ On pourrait y ajouter le silence, mais le silence est un état temporaire de la volonté qui se réalisera finalement dans un refus ou une acceptation.

⁴⁴⁰ Voir par exemple Com.6/03/1990: "*entre commerçants, une proposition de contracter ne constitue une offre que si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation*", D.1991, Som., p.317, obs.J-L AUBERT. Sur le caractère pur et simple de l'acceptation MALAURIE (Ph) et AYNÈS (L) Droit civil, *Les obligations*, Cujas 1999, par L.Aynès, n°388.

⁴⁴¹ CARBONNIER (J), préface à la th.de B.CÉLICE *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, préc.p.VII.

⁴⁴² CÉLICE (B) *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*: "*L'absence de volonté (ou non-vouloir) peut, selon toute logique, se comprendre comme une absence de volonté concordante, et comme une absence de volonté contraire. Or, entre l'état de concordance qui scelle l'entente de deux individus, et l'état de volonté*

Cette approche peut-être qualifiée de “psychologique” dans la mesure où la volonté du sujet, lorsqu’elle est sollicitée par une proposition contractuelle, passe nécessairement, pour un temps plus ou moins long selon les circonstances, par ce stade d’incertitude où le sujet met en balance l’opportunité ou l’inutilité pour lui de s’obliger⁴⁴³. L’originalité du mécanisme du droit de rétractation est d’intégrer dans le contrat conclu cet état de la volonté du contractant.

La volonté du sujet n’est cependant pas destinée à demeurer dans cet état d’équilibre entre une volonté concordante et une volonté contraire, l’existence d’un délai de rétractation en témoigne.

La formation de la volonté contractuelle se place ainsi dans une perspective évolutive, dans une conception dynamique.

2. Une conception dynamique de la formation du consentement.

204. - A la différence du droit commun qui ne prend en considération dans le contrat que la forme la plus achevée de la volonté contractuelle, la technique du droit de rétractation propose d’intégrer l’évolution successive du consentement dans le contrat. Le consentement présente, dans le temps, plusieurs états avant de devenir une volonté contractuelle parfaite. Le mécanisme du droit de rétractation permet de prendre en considération ces différents états de la volonté, en leur donnant une signification dans le contrat.

Le consentement exprime, dans sa première expression, un “non-vouloir”, et au terme d’une certaine durée, un “vouloir” (volonté contraire ou volonté concordante)⁴⁴⁴. Cette approche dynamique intègre l’écoulement du temps dans la formation du consentement. Celui-ci apparaît, selon l’expression de M.CORNU, comme un “*consentement à double détente*”⁴⁴⁵.

contraire, qui les dresse face à face, l’absence de volonté, précisément parce qu’elle n’est ni l’un, ni l’autre, représente un moyen terme”; th.1965, Paris, Bdp.t.84, LGDJ 1968, n°70.

⁴⁴³ Voir à ce sujet CALAIS-AULOY (J) *La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs*, D.1973, Chr., p.266.

⁴⁴⁴ Au sujet de la vente avec faculté de dédit, M.COLLART-DUTILLEUL utilise une distinction voisine: “*Tout se passe comme si la volonté était manifestée en deux temps: une volonté initiale, incertaine mais positive - volonté “affirmatoire” - et une manifestation négative de volonté qui vient compléter la première pour confirmer le contrat si le dédit n’est pas exercé - volonté “confirmatoire” - ou qui vient reprendre la première pour résoudre le contrat lorsque le bénéficiaire use de la faculté de dédit - “volonté infirmatoire”*. *Les contrats préparatoires à la vente d’immeuble*, Sirey 1988, coll.Immobilier Droit et gestion, n°212, p.116. Raisonner en terme de vouloir et de non-vouloir comme le fait M.CÉLICE nous semble toutefois plus évocateur. L’expression “volonté affirmatoire” est équivoque.

205. - Cette approche dynamique de la formation du consentement respecte, en outre, le principe de cohérence ⁴⁴⁶. En effet, il n'y aurait contradiction dans le comportement du bénéficiaire du droit de rétractation que s'il exprimait simultanément une chose et son contraire. Le mécanisme proposé n'encourt pas ce grief. Le premier consentement n'exprime qu'une volonté qui se réserve, et c'est au terme du délai de formation du consentement que le contractant manifeste à son vis-à-vis une volition contraire ou concordante. Loin d'être incohérent, le comportement du contractant traduit une sage précaution: le droit de rétractation permet de ne pas soumettre les aléas du futur à un jugement actuel ⁴⁴⁷.

Le droit de rétractation suggère d'intégrer dans le droit de la formation du contrat une conception réaliste de la formation du consentement du contractant. Cela implique corrélativement un certain retour sur les principes relatifs à l'engagement dans le contrat.

b - Le renouvellement des principes relatifs à la formation de l'engagement.

206. - Ce qui, finalement, semblerait le plus choquant dans la technique du droit de rétractation, c'est, d'une part, qu'un contrat contienne un engagement révocable: le principe de la force obligatoire du contrat conclu, interdit toute révocation unilatérale de l'engagement souscrit. C'est, d'autre part, que dans le contrat, fasse son apparition un engagement sans obligation: le consentement donné, dont on a dit qu'il exprimait un " non-vouloir ", implique un engagement dans le contrat dénué de tout acquiescement à la dette, pour un temps au moins.

Le droit commun du contrat semble ignorer cette formule, même la clause de dédit, si elle permet à son bénéficiaire de se dégager du contrat, impose un consentement à la dette: l'obligation au dédit⁴⁴⁸.

La technique du droit de rétractation invite à un supplément d'analyse de l'idée d'engagement.

⁴⁴⁵ *Rapport sur la protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français* in Travaux de l'Assoc. H.Capitant, "La protection du consommateur", Montréal 1973, t.XXIV, p.131, spéc.n°21.

⁴⁴⁶ Sur lequel voir *supra* n°1.

⁴⁴⁷ Sur les relations entre le principe de cohérence et la stipulation d'une réserve, voir la démonstration de CÉLICE (B) *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, th.préc., n°184 et s..

⁴⁴⁸ La structure de cette obligation à la dette est discutée: on peut tout d'abord dire que la faculté de dédit transforme l'obligation en un obligation alternative: l'obligation a deux objets: soit réaliser l'objet du contrat, soit payer le dédit, le débiteur sera libéré par l'exécution " *de l'une des deux choses comprises dans l'obligation* " (art.1189 c.civ.). On peut ensuite estimer que l'attributaire de la faculté est débiteur d'une obligation facultative: un seul objet *in obligatione*, mais possibilité de lui substituer un autre objet *in solutione*. Plusieurs auteurs considèrent que la faculté de dédit est un droit conventionnel de repentir, l'obligation n'est donc pas exécutée comme dans les analyses précédentes, mais résolue. Voir Ph.RÉMY *Promesse synallagmatique de vente: la clause de dédit est-elle une clause pénale ?*, obs. sous Com.27/03/1990, RTDCiv.1990, p.514, n°1.

207. - On doit noter, tout d'abord, les deux sens que peut recevoir le verbe " s'engager ". Dans le langage courant, " *engager* " signifie tantôt l'action d'introduire, de mettre, de faire entrer, tantôt le fait de promettre, de se lier par une convention ⁴⁴⁹. Le sens est donc soit plutôt objectif, soit plutôt subjectif en ce sens que seule la deuxième acception évoque nécessairement une volition destinée à produire un effet déterminé.

208. - Transposée dans le domaine des rapports de droit, l'équivocité de l'idée d'engagement laisse la place pour deux approches: tantôt l'engagement signifierait le fait d'entrer dans un lien de droit, un *vinculum juris*, et le sens est objectif, tantôt l'engagement évoque le fait de se lier, en consentant à la dette, et le sens est subjectif.

Puisé dans les ouvrages de DOMAT et POTHIER, le terme " engagement " comporte dans le code civil, comme le remarque M.ROUHETTE ⁴⁵⁰, ces deux acceptions. Acception tantôt objective au sens du " fait de rentrer dans un lien de droit " ⁴⁵¹, tantôt subjective au sens de " promettre ", " se lier " ⁴⁵². En matière contractuelle, toutefois, l'article 1108 c.civ. semble imposer une confusion de sens: l'engagement conventionnel est assimilable à la promesse de se lier ⁴⁵³.

209. - Or, " *le droit de la consommation, par l'obstination - sinon la fermeté - avec laquelle il s'applique à faire obstacle aux engagements, rend perceptible un hiatus entre lien et promesse, entre engagement-obligation et engagement-volonté* " ⁴⁵⁴. Certes, la terminologie employée par le législateur évoque plus une confusion qu'une conscience claire de deux idées distinctes ⁴⁵⁵, mais dans son mécanisme, le droit de rétractation intègre clairement une dualité de degrés dans l'engagement. Schématiquement, le consentement donné exprime cet " engagement-obligation ", par lequel le consommateur pénètre dans le *vinculum juris* du

⁴⁴⁹ Dictionnaire Le Robert, V° *Engager*.

⁴⁵⁰ " *Droit de la consommation* " et *théorie générale du contrat* in Etudes offertes à René Rodière, Dalloz 1982, p.247 et s., spéc.n°19.

⁴⁵¹ Voir par exemple l'art.1271 c.civ.: " *La novation s'opère de trois manières: (...) 3° Lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé* ". Adde les articles 1370 et s.c.civ. sous un Titre IV: " *Des engagements qui se forme sans convention* ".

⁴⁵² En matière contractuelle, not. art.1103,1104,1108,1143,1164,1184,1185, relevés par G.ROUHETTE, " *Droit de la consommation* " et *théorie générale du contrat*, préc.note (101) et (102).

⁴⁵³ L'article 1108 exige, pour la validité de la convention, " *un objet certain qui forme la matière de l'engagement* ".

⁴⁵⁴ ROUHETTE (G) " *Droit de la consommation* " et *théorie générale du contrat*, préc.n°19. C'est nous qui soulignons les deux expressions distinguées par l'auteur. Dans l'article cité, l'auteur utilise aussi le distinguo peut-être plus évocateur entre " engagement-obligation " (obligation étant entendu au sens classique de *vinculum juris*) et " engagement-promesse ".

⁴⁵⁵ Voir *supra* n°115 note 271.

contrat. Au terme du délai de rétractation, l'engagement devient un "engagement-promesse" et les obligations du consommateur prennent effet.

210. - Aux deux états que le droit de la consommation reconnaît à la volonté contractuelle (non-vouloir puis vouloir), correspondent deux approches de l'engagement dans le contrat. Ainsi se trouve formalisée cette idée de formation successive du contrat dans le temps. La période de formation du contrat se caractérise, à son commencement, par un type particulier de consentement auquel correspond un engagement spécifique, et, à son achèvement, par une volition, qu'accompagne l'engagement définitif ⁴⁵⁶.

Parler de "formation successive du contrat" reste cependant insuffisant si l'on ne précise pas quelle en est la conséquence au point de vue patrimonial. Il faut envisager si la formation successive de l'engagement se traduit corrélativement par une formation successive du contenu obligationnel du contrat.

B - LA FORMATION SUCCESSIVE DU RAPPORT D'OBLIGATION.

211. - La doctrine étudie rarement la question et se contente de relever la formation du contrat dans le temps. Elle ne se préoccupe que de la "procédure contractuelle", du rapport contractuel plus que du rapport d'obligation ⁴⁵⁷. Pourtant il est intéressant de constater que le mécanisme du droit de rétractation suppose une formation imparfaite des droits et obligations engendrées par le contrat (a). Il nous faudra dès lors tenter de définir la nature de cet inachèvement des rapports patrimoniaux entre les parties (b).

a - La formation imparfaite des droits et obligations engendrés par le contrat.

⁴⁵⁶ Pour évoquer ces deux étapes dans la vie du contrat, M.CHRISTIANOS utilise quant à lui une distinction entre la perfection du contrat et son efficacité: *Délai de réflexion: théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs*, D.1993, Chr., p.28 et s.. L'auteur met alors en perspective cette approche renouvelée de la formation du contrat avec la formation d'autres actes, tels que le testament.

⁴⁵⁷ E.PUTMAN nous met en garde contre ces "habitudes de l'esprit": "Il peut sembler que le processus de production du rapport d'obligation coïncide avec le processus d'élaboration de l'accord. A première vue, on imagine un synchronisme entre la période de formation des créances et on peut d'abord croire que l'étude de la "procédure contractuelle" épuise celle de l'effet générateur du contrat". *La formation des créances*, th.Aix-Marseille, 1987, t.I, n°141. Sur la notion de "procédure contractuelle", la pensée de H.KELSEN in *La théorie juridique de la convention*, APD.1940, Le problème du contrat, p.33 et s..

212. - Lorsque la période de formation du contrat débute, l'inachèvement du consentement et de l'engagement du titulaire du droit de rétractation se traduit par la formation de droits et obligations imparfaits. Les droits de rétractation du consommateur fournissent la matière de cette observation. Alors que le contrat unissant les parties est considéré comme formé⁴⁵⁸, l'exécution de l'obligation est suspendue⁴⁵⁹. L'obligation est bien née mais quelque chose paralyse ses effets. On pourrait se contenter de dire que la cause de cette suspension est simplement l'autorité du législateur. Il est cependant plus satisfaisant d'en rechercher la cause fondamentale qui est que l'obligation née est imparfaite. Ici encore, c'est la prise en considération de l'écoulement du temps qui accompagne l'incomplétude de la structure de l'obligation.

213. - Quelle en sera le cadre théorique ? Le mécanisme conditionnel serait une piste séduisante.

En effet, le droit affecté d'une condition suspensive existe dans le patrimoine de son titulaire, mais ne revêt pas encore sa structure définitive (articles 1181 et 1182 c.civ.). On a pu dire que ce droit existe, mais qu'il est "*en germe*"⁴⁶⁰. Cependant, la condition est traditionnellement regardée comme une modalité de l'obligation, or le droit de rétractation se réalise par une manifestation de volonté, élément essentiel du rapport de droit⁴⁶¹.

Une autre analyse est néanmoins susceptible d'expliquer l'imperfection des droits et obligations engendrés par le contrat en voie de formation: ces droits et obligations sont *éventuels*.

⁴⁵⁸ Voir *supra* n° 114.

⁴⁵⁹ Sur l'interdiction d'un début d'exécution, voir *supra* n° 144 et s.. Dans certains cas, cependant, l'obligation est immédiatement exigible: tout d'abord en matière d'assurance sur la vie, le délai de rétractation court à compter du "premier versement" (art.L.132-5-1 c.des ass.). La solution n'est justifiée que par ce principe essentiel du droit de l'assurance sur la vie que l'assureur n'a pas d'action pour exiger le paiement de la prime (art.L132-20) ce qui conduit les assureurs à différer la prise d'effet voire l'existence du contrat au paiement de la première prime. Ensuite en matière de vente à distance, l'article L.121-16 c.conso. rend les obligations des parties immédiatement exigibles. Le particularisme de ce droit de rétractation sera envisagé *infra* n°0.

⁴⁶⁰ En ce sens TERRÉ (F), SIMLER (Ph), LEQUETTE (Y) Droit civil, *Les obligations*, Dalloz 1996, 4ème éd., coll.Précis, n°1133. La doctrine est toutefois sur ce point d'une grande diversité: selon MM. MALAURIE et AYNÈS, "*le droit n'existe pas et il a cependant un germe de droit*" (Droit civil, *Les obligations*, Cujas 1999, par L.Aynès, n°1120); selon M.CARBONNIER, "*l'obligation n'existe pas encore (...) mais il y a un germe de créance*" (*Les obligations*, PUF 1998, 21ème éd., coll.Thémis, n°136); selon MM. STARCK, ROLAND et BOYER, "*un certain droit existe mais les prérogatives qui en découlent sont limitées*" (Droit civil, *Les obligations*, 2.Le contrat, Litec 1998, 6ème éd., n°1294), et selon M.TAISNE, l'obligation n'existe pas mais l'auteur soutient la thèse de l'existence d'un droit au bénéfice de la condition (*Obligations conditionnelles, effets de la condition suspensive*, J.Cl.civ., art.1181 et 1182, fasc.47, 1995, n°4 et s.), suivant en-cela les idées de M.VERDIER *Les droits éventuels, contribution à la formation successive des droits*, th.Paris 1955, spéc.n°248.

⁴⁶¹ Sur ce point, *supra* n°98 et s..

b - Les droits et obligations engendrés par le contrat sont éventuels.

214. - L'instigateur de la théorie des droits éventuels a été R.DEMOGUE⁴⁶². Selon lui, la classification des droits du Code civil entre droits purs et simples, droits à terme et droits conditionnels est insuffisante, elle méconnaît des droits qui se situent entre la simple expectative (le néant juridique) et le droit conditionnel. A la différence de la simple expectative, le droit éventuel a "*déjà un germe juridique d'existence*"⁴⁶³. Il se distingue du droit conditionnel en ce que l'éventualité concerne un élément essentiel de l'acte juridique, par exemple le consentement d'une partie⁴⁶⁴.

*"Le droit éventuel est un droit (...) qui ne réunit pas toutes les composantes nécessaires à son existence"*⁴⁶⁵. La doctrine contemporaine le définit comme "*un droit en formation, dont le sort dépend d'un évènement intéressant l'un de ses éléments essentiels*"⁴⁶⁶. Dans le temps, il est donc l'un des états par lequel passe le droit alors qu'il est en voie de formation.

215. - Force sera de constater que la structure du droit éventuel s'intègre parfaitement au mécanisme du contrat en formation que nous étudions: celui-ci engendre, pendant la période où il se forme, des droits et obligations inachevés mais qui contiennent une substance juridique. Le contrat qui se forme progressivement, engendre des droits et obligations qui, pareillement, ont une évolution dynamique: avant d'être purs et simples, ils ne sont dans le patrimoine de leur titulaire qu'éventuels. Au caractère progressif de la formation du consentement, de celle de l'engagement dans le contrat, et donc finalement de la formation du contrat, correspond, au niveau patrimonial, une formation progressive des droits et obligations⁴⁶⁷.

⁴⁶² *Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance*, RTDCiv.1905, p.723 et s., *De la nature et des effets des droits éventuels*, RTDCiv.1906, p.231 et s..

⁴⁶³ "*L'expectative ne contient en réalité aucune substance juridique; tout au plus y découvre-t-on la situation de fait sur laquelle un droit pourra ensuite prendre naissance. Le droit éventuel a, au contraire un germe juridique d'existence*" HÉBRAUD (P) *Observations sur la notion de temps dans le droit civil in Etudes offertes à P.Kayser*, PUAM.1979, t.II, p.1, spéc.p.39.

⁴⁶⁴ Sur "*l'éventualité tendant à l'absence d'un consentement*", voir surtout DEMOGUE (R) *Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance*, préc., spéc.p.754, adde VERDIER (J-M) *Les droits éventuels, contribution à la formation successive des droits*, th.Paris 1955, n°355.

⁴⁶⁵ MARTY (G) et RAYNAUD (P) *Traité de droit civil, Introduction générale à l'étude du droit*, 2ème éd., Sirey 1972, n°165.

⁴⁶⁶ Voir PUTMAN (E) *La formation des créances*, th.Aix-Marseille, 1987, t.I, n°347 et s..

⁴⁶⁷ Une thèse consacrée aux droits éventuels conteste cette idée de formation progressive des droits dans le temps (J-M VERDIER *Les droits éventuels, contribution à la formation successive des droits*, th.Paris 1955). Comme les auteurs classiques, son auteur pense que le droit éventuel possède déjà une certaine efficacité qui permet à son titulaire de réaliser des actes conservatoires. Il refuse de voir dans ces prérogatives protectrices et conservatoires, les effets actuels du droit en "germe". Pour lui, elles révèlent au contraire l'existence d'un droit *actuel et autonome*, d'une situation juridique présente. Le droit éventuel n'est donc pas un droit en "germe" en cours de formation, *c'est un droit présent en vue de l'acquisition d'un droit futur*. Cette conception que l'on a pu qualifier

216. - L'analyse présente divers intérêts. Dans le mécanisme des droits de rétractation légaux, elle permet de préciser le régime de la période d'incertitude qui s'étend lors du délai de rétractation⁴⁶⁸. Dans les contrats relatifs aux biens, par exemple, il devient possible d'expliquer le pouvoir sur la chose du consommateur avant l'expiration du délai: il résulte de sa qualité de propriétaire éventuel⁴⁶⁹. De même on pourra mesurer l'effet de l'exercice du droit de rétractation, son caractère extinctif ne fait qu'interrompre un processus en voie de formation, et le caractère imparfait des droits engendrés par le contrat évoque plus, au plan patrimonial, une résiliation qu'une résolution.

Surtout, l'analyse des droits engendrés par le contrat en tant que droits éventuels, fournit un cadre théorique et une organisation patrimoniale à cette période de formation progressive du contrat qu'exprime la technique du droit de rétractation. Cette assise théorique, qui permet d'affiner les analyses traditionnelles en matière de formation du contrat, nous semble justifier que l'on s'interroge sur un enrichissement positif du droit commun, qui admettrait la stipulation dans les contrats d'une prérogative similaire.

PARAGRAPHE II - L'ENRICHISSEMENT DU DROIT COMMUN POSITIF.

217. - Nous avons pu distinguer plus haut une lacune en droit positif⁴⁷⁰. Une formule contractuelle manque pour permettre à la volonté indécise (nous dirons maintenant au

d' " analytique " se sépare de l'analyse classique, en ce qu'elle voit deux droits (un droit actuel mais éventuel qui donne droit à l'acquisition...d'un droit futur) là où l'analyse classique n'en voit qu'un, en formation.

La thèse a fait l'objet de critiques qui nous semblent définitives (Voir en particulier les objections très convaincantes d'E.PUTMAN *La formation des créances*, th.Aix-Marseille, 1987, t.I, n°349 à 352). Nous n'en retiendrons qu'une, formulée par P.HÉBRAUD: " *en somme la conception analytique du droit éventuel, qui divise une situation globale évolutive en deux moments séparés, auxquels correspondent deux situations juridiques entièrement différentes, est une conception statique; elle méconnaît la participation du temps à la vie du droit* ", *Observations sur la notion de temps dans le droit civil in Etudes offertes à P.Kayser*, PUAM.1979, t.II, p.39.

⁴⁶⁸ Les limites de notre étude invitent à renvoyer, sur le régime du droit éventuel, aux études réalisées par R.DEMOGUE *De la nature et des effets des droits éventuels*, RTDCiv.1906, p.231 et s.; de M.E.PUTMAN *La formation des créances*, préc.n°352 et s., et de M.VERDIER, avec la réserve formulée à la note précédente, *Les droits éventuels*, contribution à la formation successive des droits, p.320 et s.. Les auteurs s'accordent en général pour dire que la titularité d'un droit éventuel sur une chose permet de réaliser sur elle des actes conservatoires.

⁴⁶⁹ Dans le cas du démarchage à domicile, on pourra expliquer le fondement des actes du consommateur sur la chose pendant le délai de rétractation sans passer par l'intermédiaire artificiel d'un contrat tacite de commodat: ils résultent de son droit réel éventuel sur la chose. En matière de crédit à la consommation, pour expliquer les droits du consommateur-emprunteur sur la chose objet du contrat principal (voir art.L.311-24 c.conso. qui dispose que les risques restent à la charge du professionnel en cas de livraison anticipée). En matière de vente à distance, un supplément d'analyse sera nécessaire: voir *infra* n°235, 259 et s.

⁴⁷⁰ Voir *supra* n°194..

non-vouloir) de se former en confiance dans un contrat parfait, où l'engagement du cocontractant est définitif. Cette formule contractuelle, que le droit de rétractation représente, implique qu'alors que l'un des contractants est définitivement engagé, l'autre garde la maîtrise de son engagement définitif. Se dresse comme obstacle à la validité d'un droit de rétractation en droit commun la prohibition des engagements potestatifs. Avant d'envisager l'opportunité d'un droit de rétractation en droit commun (A), il convient donc d'en démontrer la validité(B).

A - LA VALIDITÉ DU DROIT DE RÉTRACTATION EN DROIT COMMUN.

218. - Plusieurs principes classiques s'opposent à la stipulation dans une convention d'un droit de rétractation.

D'une part, le principe de cohérence y fait obstacle⁴⁷¹. L'adage "Protestatio non valet contra factum"⁴⁷² et l'article 1174 c.civ. s'opposent ensemble à ce que la volonté contractuelle exprime un chose et son contraire. Nous avons vu, cependant, que replacée dans une perspective dynamique, l'expression d'une volonté réservée n'est pas incohérente⁴⁷³.

D'autre part et surtout, l'article 1174 c.civ. semble s'opposer à que l'engagement dans un contrat parfait soit révocable unilatéralement⁴⁷⁴. Prétendre que le droit de rétractation n'est pas une condition et ne peut donc pas être prohibé par l'article 1174 c.civ. pourra sembler être un raccourci un peu facile. L'article 1174 c.civ. sert avant tout à la jurisprudence pour annuler les engagements potestatifs, qu'ils soient conditionnels ou non⁴⁷⁵. D'autant plus que le droit de rétractation ne peut s'autoriser des exemptions qui justifient la validité de mécanismes voisins: la promesse unilatérale échappe à la prohibition de l'article 1174 c.civ. du fait de son caractère

⁴⁷¹ Sur le principe de cohérence, voir CÉLICE (B) *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, th.préc.n°174 et s., en matière contractuelle, spéc.n°178 et *supra* n°1.

⁴⁷² "La protestation ne vaut pas contre le fait", voir sur l'adage et ses relations avec le principe de cohérence CÉLICE (B) *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, th.préc.n°310 et s..

⁴⁷³ Voir *supra* n°205.

⁴⁷⁴ En ce sens, les auteurs estiment que la faculté de dédit à titre gratuit est condamnée par l'article 1174 c.civ. (voir *supra* note 288); *adde* en ce sens que l'article 1174 est applicable lorsque l'évènement érigé en condition consiste dans le renouvellement ultérieur du consentement du débiteur: Com.23/09/1982, Bull.IV, n°284.

⁴⁷⁵ Voir par exemple en matière d'indétermination du prix. Le prix, élément essentiel du contrat ne saurait être érigé en condition. C'est pourtant bien sur le fondement de l'article 1174 c.civ. que la Cour de cassation a pu annuler les clauses litigieuses. Voir, pour une critique du fondement, FRISON-ROCHE (M-A) *L'indétermination du prix*, RTDCiv.1992, p.269; *adde* GHESTIN (J) *L'indétermination du prix de vente et la condition potestative*

autonome et de l'absence d'engagement qui en résulte du côté du bénéficiaire⁴⁷⁶; la faculté de dédit quant à elle, se trouve justifiée par l'obligation au dédit dont est débiteur son bénéficiaire en cas de repentir. Que dire du droit de rétractation ?

219. - Une fois encore, il semble que c'est dans le mode particulier de formation du contrat que se trouve la réponse. Les observations qui ont précédé pourront corriger la première lecture que l'on a fait du droit commun⁴⁷⁷. Trois types d'arguments peuvent être avancés.

Tout d'abord, un argument de *texte*. L'article 1170 c.civ. dispose que "*la condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un évènement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher*". Le texte ne concerne donc pas la formation du contrat dès lors que l'on considère que celle-ci s'inscrit dans la durée, il suffit de considérer que la condition potestative est valable lorsqu'elle fait dépendre *la formation* de la convention de la volonté d'une partie⁴⁷⁸. Cette lecture n'a été ignorée que parce que l'on fixait en un point unique la date de formation et celle du début d'exécution du contrat.

Ensuite, un argument d'*autorité*. N'y a-t-il rien à (re)découvrir dans cette suggestion de DEMOGUE, ignorée de la doctrine postérieure, de distinguer entre la condition potestative qui affecte l'obligation, et qui est nulle, et celle dont dépend la convention, au contraire valable⁴⁷⁹? Le fondement de cette approche, et ce sera le dernier argument cette fois d'*opportunité*, est que l'arbitraire du bénéficiaire de la clause de rétractation n'est nullement à craindre pour son vis-à-vis, concernant la formation de l'obligation. Néfaste lorsqu'il ne dépend que du débiteur d'exécuter une obligation parfaite, la potestativité ne présente pas de danger au moment de la

(de la réalité du consentement à la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre), D.1973, Chr., p.293.

⁴⁷⁶ Sur ce point, voir *supra* n°117 et s., 183 et s..

⁴⁷⁷ Voir *supra*, sur la prohibition des conditions potestatives n°102.

⁴⁷⁸ Cette observation nous est suggérée par L.BOYER *La clause de dédit* in Mélanges P.Raynaud, Dalloz Sirey, 1985, p.41, spéc.p.50: "*l'article 1174, en particulier, ne concerne en rien la formation du contrat*".

⁴⁷⁹ *Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance*, RTDCiv.1905, p.723, spéc.p.757: "*Les rédacteurs du code civil, copiant ici Pothier, n'ont parlé que de l'obligation sous condition potestative; ils n'ont pas parlé du contrat fait sous une condition potestative. Ici la solution qui nous semble devoir être donnée est inverse de la précédente. Nous croyons que l'on peut proposer cette formule: tandis que l'obligation sous condition purement potestative, c'est-à-dire sous la condition " si je veux " ou ses équivalents, est nulle, un contrat est au contraire valablement passé avec la condition " si je veux ", à moins que cela n'aboutisse à établir une obligation isolée sous une condition purement potestative.*" La distinction est envisagée par IZORCHE (M-L) *Contrats conditionnels et définitifs* in Colloque Univ. des sciences sociales de Toulouse, Les avant-contrats, RTDCom.1998 n°3, p.521, spéc.n°10 et 11, mais l'auteur n'en tire pas de conséquence juridique.

formation du contrat ⁴⁸⁰. Cela est si vrai qu'en pratique de nombreuses clauses de nature potestative sont stipulées au stade de la formation du contrat: clause de confirmation de commande, clause d'agrément des marchandises... C'est clauses potestatives sont aujourd'hui soumises au régime délictuel. Intégrées dans le cadre d'un contrat en formation, elles témoigneraient d'un souci rationnel d'*appropriation utile du temps* dans la formation de la convention ⁴⁸¹.

La prohibition des engagements potestatifs nous semble donc devoir faire l'objet d'une appréhension différente lorsque l'obligation est encore en formation. Cette perspective plus nuancée permettra de découvrir, en droit commun des contrats, l'opportunité de la stipulation d'un droit de rétractation.

B - L'OPPORTUNITÉ D'UN DROIT DE RÉTRACTATION EN DROIT COMMUN.

220. - La réception, en droit commun des contrats, d'une formule contractuelle prévoyant un droit de rétractation serait opportune. Il semble en effet manquer en droit commun une formule de contrat d'option, que connaît par exemple le droit allemand ⁴⁸², au terme de laquelle le contractant indécis conserve la possibilité de former son obligation dans le cadre d'un contrat parfait, et définitif pour son vis-à-vis.

Cette formule contractuelle serait opportune à deux égards: tout d'abord elle donnerait à la volonté contractuelle en formation le cadre de confiance qui n'est pas disponible en droit commun; ensuite, par l'appropriation utile du temps que le droit de rétractation permet, elle stimulerait l'initiative contractuelle.

a - Un cadre de confiance pour la volonté contractuelle en formation.

⁴⁸⁰ Une idée comparable est développée, au sujet de l'accord de principe par NAJJAR (I) *L'accord de principe*, D.1991, Chr., p.57, spéc. p.66: "*Tant que l'engagement définitif n'est pas acquis et que les obligations contractuelles ne naissent pas, pourquoi craindre la potestativité ?*".

⁴⁸¹ L'objet d'une thèse récente est de démontrer l'utilité de la potestativité, notamment au stade de la formation du contrat: voir VALORY (S) *La potestativité dans les relations contractuelles*, th.Aix-Marseille, 1999; sur la formation progressive du contrat permise par la stipulation de clauses potestatives, spéc.p.214 et s..

⁴⁸² Le droit allemand prévoit, à côté du mécanisme de la promesse unilatérale de contrat, une autre formule de contrat d'option. Il s'agit d'un contrat parfait, d'un contrat principal et non pas préparatoire (comme l'est le contrat de promesse) conclu sous la réserve que le bénéficiaire fasse usage de son droit d'option. Il s'agit du *Hauptvertrag mit Optionsvorbehalt*, qui se distingue en droit allemand du "contrat d'offre" ou promesse unilatérale (*Angebotsvertrag*), Mme Ferrand qualifie ce contrat de "*contrat principal sous réserve d'option*", voir *Droit privé allemand*, Dalloz 1997, coll.Précis, n°272.

221. - C'est le caractère potestatif du droit de rétractation qui assure une sécurité juridique totale à la volonté contractuelle en formation⁴⁸³. En effet le sujet passif du droit potestatif de rétractation est placé dans l'impossibilité de remettre en cause la liberté de la réflexion de son cocontractant: le sujet passif est dans une situation de *sujétion*⁴⁸⁴. Le lien de sujétion est “*celui en vertu duquel une personne est tenue de subir l'empiètement d'une autre personne sur sa sphère juridique sans qu'on lui assigne la moindre tâche à accomplir*”; le sujet passif du droit de rétractation “*n'est pas obligé de donner, de faire ou de ne pas faire mais de laisser faire*”⁴⁸⁵.

222. - Pratiquement, ce lien de sujétion se traduit par l'*inviolabilité* du droit potestatif de rétractation, “*l'inviolabilité est du principe et de la nature même du droit potestatif*”⁴⁸⁶. Parce qu'il est mis dans une “*inefficacité de vouloir*”⁴⁸⁷, le sujet passif ne peut empêcher l'exercice de son droit par son attributaire. Dans le cas du droit de rétractation, devront être déclarés inefficaces les actes accomplis par le sujet passif qui contrarieraient la liberté de choix du titulaire du droit. Par exemple, sera privé d'effet un refus d'exécuter le contrat par le sujet passif au terme du délai de rétractation, de même que la réalisation positive d'un acte contraire devrait être anéantie (par exemple la vente à un tiers du bien immobilisé au cours du délai de rétractation). Le fondement textuel en sera assez naturellement l'art.1134 al.1 c.civ..

Ces solutions, qui ne sont pas suivies en matière de promesse unilatérale de vente⁴⁸⁸, doivent prévaloir ici, du fait du caractère définitif du contrat pour le cocontractant du titulaire de la prérogative.

223. - L'inviolabilité du droit de rétractation de son attributaire caractérise l'appropriation utile du temps que permet la prérogative. La période de temps dans laquelle se forme la volonté contractuelle est appropriée par le contractant qui en est le bénéficiaire. L'initiative contractuelle en serait favorisée.

b - Une stimulation de l'initiative contractuelle.

⁴⁸³ Sur le caractère potestatif du droit de rétractation, voir *supra* n°93 et s..

⁴⁸⁴ Voir *supra* n°95.

⁴⁸⁵ HAGE-CHAHINE (F) *Essai d'une nouvelle classification des droits privés*, RTDCiv.1982, p.705, spéc.n°48.

⁴⁸⁶ NAJJAR (I) *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, th. Paris 1966, LGDJ 1967, n°99bis.

⁴⁸⁷ CÉLICE (B) *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, th.1965, Paris, Bdp.t.84, LGDJ 1968, n°204.

⁴⁸⁸ Sur les sanctions de la violation d'une promesse unilatérale, voir *supra* n°190 et s..

224. - Schématiquement, *la liberté civile de contracter qui appartient aujourd'hui au domaine délictuel, se trouverait intégrée dans le contrat, sous la forme d'un droit potestatif*. Ce composé de liberté et d'engagement contractuel serait de nature à favoriser l'initiative contractuelle. En effet, une formule dans laquelle l'offrant pourrait proposer à son partenaire de conclure un contrat dans lequel celui-ci conserve toute latitude pour apprécier l'opportunité de la sollicitation, et où, dans le même temps, le sollicitant est définitivement lié, serait extrêmement attractive, et favoriserait par là l'initiative.

Le contrat deviendrait l'instrument de confiance dans lequel la volonté contractuelle peut s'approprier utilement l'écoulement du temps, pour se former rationnellement.

CONCLUSION DU CHAPITRE I -

225. - Le droit commun de la formation du contrat serait opportunément enrichi par la technique du droit de rétractation. Celle-ci permet à la volonté contractuelle de se former dans un cadre de confiance, et de s'approprier utilement le temps qui lui est nécessaire pour s'épanouir rationnellement.

En guise de conclusion, il convient de remarquer que la Cour de cassation semble plus tolérante que naguère⁴⁸⁹ à l'égard de la stipulation de clauses de rétractation, comme le suggère un arrêt rendu par la Chambre commerciale le 28/04/1998 dans les circonstances suivantes⁴⁹⁰. La société Châteauneuf accepte purement et simplement une offre de vente que lui avait faite la société Staat. La société Châteauneuf avait joint à son courrier d'acceptation ses conditions générales d'achat, qui stipulaient qu'elle se réservait la faculté de se dégager de la vente conclue si le vendeur n'accusait pas réception de l'acceptation dans un certain délai. Précisément, le vendeur n'accuse pas réception de la commande dans le délai. L'acceptant se prévaut de ses conditions générales d'achat pour se dégager de la vente conclue, et le vendeur soutient que la vente était définitive dès l'acceptation. Incidemment, la question de la validité de la clause de rétractation était posée à la Chambre commerciale. La décision des juges du fond, qui avaient accepté de faire jouer les conditions générales d'achat, est cassée en ces termes, sous le visa des articles 1108, 1134, 1582 et 1583 du Code civil: "*en se déterminant ainsi, sans rechercher si les conditions d'achat de la société Châteauneuf avaient été connues*

⁴⁸⁹ Voir Com.6/03/1990, RTDCiv.1990, p.463, obs.J.MESTRE, préc..

⁴⁹⁰ Publié à la RJDA 1998, n°938, p.694, commenté à la RTDCiv.1999 n°1, p.81 n°3, par M.J.MESTRE.

et acceptées par la société Staat lorsque la vente était devenue parfaite, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision''.

En d'autres termes, la clause de rétractation aurait reçu un plein effet, malgré la perfection de la vente, s'il avait été démontré qu'elle avait bien été acceptée par le vendeur. Comme le remarque M.MESTRE, la décision "*éclaire opportunément le processus de formation progressive du contrat*"⁴⁹¹. Elle suggère qu'un contrat parfait dès son acceptation puisse, du fait de la stipulation d'une clause de rétractation, inscrire sa formation dans le temps ⁴⁹².

Le droit de rétractation permet donc de traiter, dans le cadre du contrat, cet élément objectif de la situation juridique que constitue le temps.

CHAPITRE II - L'ESPACE ET LA FORMATION DU CONTRAT.

226. - Le droit commun de la formation du contrat ne permet pas d'appréhender adéquatement cet élément objectif que constitue l'écoulement du temps. Le mécanisme du droit de rétractation suggère une nouvelle perspective, un enrichissement, à ce sujet. Il est un autre élément objectif, dans les rapports de droit, dont il est permis de se demander si notre droit commun du contrat tient suffisamment compte. Il s'agit de l'*espace*. Non plus "*l'espace de temps*" qui sépare deux instants, mais l'*espace* qui éloigne deux personnes, la distance.

Les relations entre les personnes, lorsqu'elles se déroulent à distance, accusent un particularisme certain. Une organisation devient nécessaire, pour la circulation des biens, mais surtout pour l'acheminement des informations qu'elles échangent entre elles. En effet,

⁴⁹¹ Obs.préc.note précédente, spéc.p.82.

⁴⁹² Un arrêt de la Cour d'appel d'Aix rendu le 4/02/1999 (2ème chambre, inédit n°75, reproduit en Annexes) nous semble avoir délivré une solution originale, en admettant la *validité d'une clause de dédit à titre gratuit*. Le cocontractant du bénéficiaire de la clause de rétractation (stipulée pour un délai de quinze jours) contestait la validité de la stipulation, notamment en alléguant du fait qu'elle formalisait une condition potestative. Les juges aixois ont considéré que "*cette clause, qui a pour effet, non pas de faire dépendre l'exécution de la convention d'un évènement appartenant au seul pouvoir de la société BALDIN, mais de permettre à celle-ci durant le délai stipulé, de renoncer au bénéfice du contrat, s'analyse en une faculté de dédit, stipulation licite*". Le fait que la

l'éloignement entre les personnes perturbe la circulation des informations, du moins celle-ci se trouve limitée par les moyens techniques qui véhiculent le savoir transmis. La période de la conclusion du contrat, celle où le flux d'informations est le plus dense entre les parties, s'en trouve nécessairement affectée. Il faut donc s'interroger sur la capacité du droit commun à organiser les relations contractuelles, lorsqu'elles sont le plus perturbées par la distance qui sépare les contractants. La nécessité d'une organisation rationnelle est d'ailleurs, avec le développement d'une société ouverte, d'une vibrante actualité.

Le droit positif, *de lege lata* (SECTION I), témoigne d'une conscience accrue de la nécessité d'apporter un traitement juridique au particularisme des relations à distance. Dans cet objet, le mécanisme du droit de rétractation se révèle d'une grande opportunité. Son domaine est cependant étroitement délimité, il faudra donc envisager dans quelle mesure il pourrait, *de lege ferenda*, prétendre à une vocation plus générale (SECTION II).

SECTION I - LA CONCLUSION D'UN CONTRAT A DISTANCE, DE LEGE LATA.

227. - Un contrat de vente est conclu entre deux personnes éloignées. Le bon sens commanderait que l'ordre juridique propose une organisation particulière pour ce contrat qui n'est pas conclu dans des conditions habituelles. Il semblerait tout à fait légitime, par exemple, d'exiger du vendeur qu'il se montre plus diligent envers son cocontractant que si celui-ci pouvait, par lui-même, se faire une opinion sur la chose proposée. Il apparaîtrait alors particulièrement singulier qu'aucune différence de régime ne soit prévue en droit positif, qu'aucun traitement juridique ne soit institué pour les relations contractuelles éloignées.

Le droit français (PARAGRAPHE I) ignore pourtant cette problématique du traitement juridique de la distance lors de la conclusion du contrat. Un régime particulier existe, mais dans un domaine particulier, celui des relations entre professionnels et consommateurs. Une évolution se dessine toutefois, et cette fois dans un domaine général, sous l'influence du droit communautaire (PARAGRAPHE II).

PARAGRAPHE I - LE TRAITEMENT JURIDIQUE DE LA

faculté de dédit n'entraînait pour son bénéficiaire aucun sacrifice pécuniaire nous semble donner à la décision un relief particulier, un droit de rétractation conventionnel y étant déclaré licite.

DISTANCE EN DROIT FRANÇAIS.

228. - Le droit français évolue “à deux vitesses” dans le traitement juridique qu’il apporte à la problématique des relations contractuelles à distance. Alors que le droit commun reste quasiment indifférent au particularisme qu’elles présentent (A), le droit de la consommation lui consacre quelques dispositions légales (B).

A - L’INDIFFÉRENCE DU DROIT COMMUN QUANT À LA PROBLÉMATIQUE DE LA CONCLUSION DU CONTRAT À DISTANCE.

229. - L’observation du traitement juridique de la distance dans le droit commun de la formation du contrat n’appellera pas de longs développements tant la question semble avoir été ignorée.

Aucune disposition du Code civil ne traite de la question ⁴⁹³, le contrat conclu à distance est traité selon les mêmes règles que celui qui est conclu entre des personnes présentes. La question que les rédacteurs du Code civil ne s’étaient pas posé, sans doute parce que la réalité socio-économique s’y prêtait peu, ne suscitera pas d’intervention législative postérieure.

230. - Il serait cependant excessif de prétendre que la problématique de la distance lors de la formation du contrat a été totalement négligée par le droit commun. Un point particulier a cristallisé son attention sur la problématique de la conclusion d’un contrat à distance. Il s’agit du problème de la rencontre des volontés lorsque les personnes qui contractent sont éloignées.

La question de la rencontre de l’offre et de l’acceptation dans les contrats entre absents intéresse, on le sait ⁴⁹⁴, la détermination du moment de la formation du contrat ⁴⁹⁵. L’opposition entre la théorie de l’émission et celle de la réception est désormais classique, et exposer les solutions jurisprudentielles qui alimentent chacune d’entre elles ne présente pas ici d’intérêt. En revanche, on remarquera combien *la distance joue un rôle accessoire dans les solutions*

⁴⁹³ Le mot “ distance ” est employé, dans le Titre III Livre III du code civil aux art.1768 (en matière de baux à ferme) et 2185 (en matière de droit des sûretés), le mot “ éloignement ” à l’art.2019 c.civ. en matière de cautionnement. Aucun de ces textes ne concerne la formation du contrat.

⁴⁹⁴ Sur le problème des contrats entre absents, voir MALAURIE (Ph) et AYNÈS (L) Droit civil, *Les obligations*, Cujas 1999, par L.Aynès, n°392-393; TERRÉ (F), SIMLER (Ph), LEQUETTE (Y) Droit civil, *Les obligations*, Dalloz 1996, 4ème éd., coll.Precis, n°157 et s.; GHESTIN (J) Traité de droit civil, *La formation du contrat*, 3ème éd. LGDJ 1993, n°346 et s.; surtout AUBERT (J-L) *Notion et rôles de l’offre et de l’acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris 1968, LGDJ 1970, n°377 et s..

⁴⁹⁵ La question de la localisation du contrat conclu entre absents ne présente plus d’intérêt depuis que le Nouveau code de procédure civile n’en fait plus dépendre la compétence du tribunal.

proposées. La perspective adoptée par chaque théorie reste fondamentalement subjective, l'élément objectif que représente la distance dans la situation contractuelle n'est appréhendé qu'au travers du prisme de la rencontre des volontés. Pour la théorie de l'émission, le contrat est formé lorsque deux volontés concordantes coexistent; pour celle de la réception, l'on exige un concours "conscient" de deux volontés. Le critère de distinction des solutions n'est donc pas véritablement l'éloignement entre les parties, mais bien plutôt la concomitance ou la non-concomitance des volontés contractuelles ⁴⁹⁶.

Il n'y a donc pas, en droit commun, de traitement juridique fondé sur l'idée de distance entre les parties. L'éloignement des contractants n'est qu'un élément de fait qui rend nécessaire un aménagement des solutions relatives à la rencontre des volontés. La problématique des contrats à distance n'est qu'accessoire, aucun système cohérent ne prend en considération, en droit commun, le particularisme des relations à distance lors de la formation du contrat.

La perspective s'inverse en droit de la consommation.

B - LE TRAITEMENT JURIDIQUE DE LA DISTANCE PAR LE DROIT DE LA CONSOMMATION.

231. - Le droit de la consommation place les contractants dans un cadre spatial. Le législateur, par exemple dans le cadre de la réglementation du démarchage à domicile, a placé les contractants dans un cadre spatial concret, pour en tirer des conséquences de droit.

Pareillement, c'est en situant les contractants dans l'espace que le législateur a prévu un régime spécifique pour les relations à distance. Outre l'aggravation de l'obligation précontractuelle d'information du professionnel prévue en cas de vente à distance ⁴⁹⁷, le Code de la consommation prévoit deux techniques originales offrant un régime spécifique lorsque la formation d'un contrat se déroule à distance: il s'agit de la confirmation de l'offre (a) et du droit de rétractation en matière de vente à distance (b).

⁴⁹⁶ Il en résulte que l'on ne distingue pas, à proprement parler, entre d'une part les *contrats entre présents* et d'autre part, les *contrats entre absents*, car l'éloignement entre les parties n'est pas le critère de distinction entre deux régimes juridiques. En réalité, on devrait faire le départ entre les contrats conclus par des *volontés présentes*, et ceux conclus par des *volontés absentes*. C'est la raison pour laquelle le contrat conclu par téléphone est bien un contrat entre présents: les parties sont éloignées, mais leurs volontés sont concomitantes: la solution est acquise en jurisprudence depuis Req.14/05/1912, D.1913, I, p.281.

⁴⁹⁷ Voir l'art. L.121-18 c.conso., mais aussi en matière de prix l'arrêté du 3/12/1987 et la circulaire du 19/07/1988 portant application de l'arrêté. L'art.14 de l'arrêté donne une définition de la notion de technique de communication à distance ("*toute technique permettant au consommateur, hors de lieux habituels de réception de la clientèle, de commander un produit ou de demander la réalisation d'un service*") et quelques exemples ("*télématique, téléphone, vidéotransmission, voie postale, distribution d'imprimés*").

a - La confirmation de l'offre.

232. - L'article L.121-27 c.conso. dispose qu' "à la suite d'un démarchage par téléphone ou par tout moyen technique assimilable, le professionnel doit adresser au consommateur une confirmation de l'offre qu'il a faite. Le consommateur n'est engagé que par sa signature. Il bénéficie alors des dispositions prévues aux articles L.121-16 et L.121-19 " .

Bien qu'il soit intégré, dans le Code de la consommation, au sein des dispositions relatives au démarchage, le texte se rattache logiquement à l'hypothèse du contrat conclu à distance⁴⁹⁸. Le renvoi aux dispositions sur la vente à distance opéré à la fin du texte l'indique expressément. Dans l'intention du législateur se distingue la prise en considération du particularisme des relations à distance au stade de la formation du contrat. Ce particularisme reçoit un traitement juridique spécifique sur la question des techniques de communication à distance utilisées (le téléphone ou "toute technique assimilable"⁴⁹⁹).

D'une part, ces techniques de communication à distance peuvent présenter un caractère agressif et forcer le consentement du consommateur. Pour y remédier, l'article L.121-27 prévoit que le consentement donné par le consommateur lors de la communication à distance est inefficace, celui-ci ne sera engagé que par la signature du contrat que doit lui envoyer le professionnel.

D'autre part et surtout, l'intervention législative est justifiée par le fait que l'utilisation des techniques visées par le texte limite nécessairement le flux d'information transmises au consommateur. Notamment, les informations transmises par téléphone sont souvent incomplètes et ne permettent pas au consommateur de se faire une idée précise de la chose proposée. Il semble donc justifié d'exiger du professionnel qu'il envoie à son cocontractant un écrit formalisant les informations essentielles⁵⁰⁰.

⁴⁹⁸ Voir à ce sujet CALAIS-AULOY (J) et STEINMETZ (F) *Droit de la consommation*, Dalloz 1996, 4ème éd., coll. Précis, n°90.

⁴⁹⁹ La formule n'est pas explicite. Si l'on peut raisonnablement assimiler au téléphone le minitel et la télécopie, la question se pose pour l'Internet, voir sur ce point VIVANT (M) et *alii* Lamy *Droit de l'informatique et des réseaux* 1998, n° 2509 à 2511. Sur l'incertitude de la délimitation du domaine d'application du texte, voir en particulier URBANSKI (P) *De quelques particularités du démarchage téléphonique*, Droit Pénal 1997, Chroniques n°15.

⁵⁰⁰ On peut regretter, avec MM.CALAIS-AULOY et STEINMETZ que le contenu de l'écrit exigé ne soit pas précisé par la loi (*Droit de la consommation*, Dalloz 1996, 4ème éd., coll. Précis, n°90). L'intégration de l'article L.121-27 dans les dispositions relatives au démarchage nous semble justifier l'application à ce sujet de l'article L.121-23 c.conso..

C'est donc bien, au travers de la réglementation des moyens de communication utilisés, la distance qui sépare les parties qui motive l'adoption de ce régime particulier. C'est ici la spécificité des relations à distance qui est traitée par le législateur. Ce particularisme explique aussi l'octroi d'un droit de rétractation.

b - Le droit de rétractation en matière de vente à distance.

233. - Au sein des droits de rétractation prévus par le droit contemporain, celui prévu en matière de vente à distance présente une spécificité que nous avons négligée jusqu'ici et sur laquelle il convient d'appuyer à présent. Selon l'article L.121-16 c.conso., *“Pour toutes les opérations de vente à distance, l'acheteur d'un produit dispose d'un délai de sept jours francs à compter de la livraison de sa commande pour faire retour de ce produit au vendeur pour échange ou remboursement, sans pénalités à l'exception des frais de retour”* (alinéa1)⁵⁰¹.

234. - Deux idées ont essentiellement motivé l'adoption du texte.

D'une part, il s'est agi de *réglementer l'usage de techniques de communication à distance*. Le texte vise à protéger le consommateur de présentations fallacieuses de l'objet, par exemple dans un catalogue, dans une diffusion télévisée, ou sur un réseau tel que l'Internet⁵⁰². En lui permettant de se dégager du contrat, la loi prévient les offres trompeuses.

D'autre part, c'est *la distance elle-même*, c'est-à-dire indépendamment de la première idée, qui justifie le texte. L'éloignement des parties implique que l'information du consommateur sur la chose ne sera parfaite, quelque soit la technique de communication utilisée, que lorsque le consommateur pourra apprécier la chose *in concreto*⁵⁰³. Dès son engagement, la distance qui le sépare de la chose ne lui permet pas de disposer de tous les éléments d'appréciation de l'opportunité de l'opération⁵⁰⁴. Le droit de rétractation a pour objet de lui permettre de parfaire son information, c'est pourquoi le délai de rétractation commence à courir non pas à compter de la conclusion du contrat, mais à compter du jour de sa livraison.

⁵⁰¹ Le texte est issu de l'art.1 de la loi n°88-21 du 6/01/1988 relative aux opérations de télépromotion avec offres de vente dites “ télé-achat ”.

⁵⁰² Voir en ce sens PAISANT (G) *La loi du 6/01/1988 sur les opérations de vente à distance et le “ télé-achat ”*, JCP 1988, éd.G., II, 3350, spéc.n°2. et *supra* n°23.

⁵⁰³ *Adde*, en matière d'enseignement à distance, une faculté de résiliation unilatérale a été prévue car l'élève ne peut apprécier *in concreto* la prestation d'enseignement (article 9 loi du 12/07/1971). Sur ce point voir en particulier GROUDEL (H) *La prestation attendue: variations sur le thème de la déception du consommateur*, in *Le contrat de consommation, contribution à l'étude de la condition juridique du consommateur*, Congrès national des huissiers de justice, Tours 06/1974, LGDJ 1974 p.86 et s., spéc.p.117 et s.

235. - Au-delà, le particularisme du droit de rétractation en matière de vente à distance s'observe sur deux points.

D'une part, le domaine *ratione personæ* de la prérogative n'est pas limité aux relations entre professionnel et consommateur, nous avons déjà évoqué les interprétations possibles du texte à ce sujet ⁵⁰⁵.

D'autre part, le régime juridique du droit de rétractation prévu semble notablement différent. En effet, alors que le législateur prévoit en général un "gel" des effets engendrés par la conclusion du contrat ⁵⁰⁶, le texte semble indiquer que les obligations sont immédiatement exigibles. En évoquant un "remboursement", le texte indique et suppose que l'obligation de paiement du consommateur est née dès la conclusion du contrat et qu'elle a été valablement exécutée. En second lieu, en précisant la possibilité d'un "échange", le texte indique que le transfert de propriété a déjà eu lieu ⁵⁰⁷. Ce dernier point semble dangereux pour les intérêts du consommateur, il implique que, sauf stipulation contraire, le transfert des risques de la chose suit le transfert de propriété. Il en résulte que le consommateur supporte la charge des risques du transport. Nous verrons plus loin dans quelle mesure la difficulté peut être surmontée ⁵⁰⁸.

236. - Si la problématique de la distance est négligée en droit commun, le droit de la consommation manifeste le souci d'aménager un régime juridique capable de prendre en considération ce que la distance implique comme perturbation dans la formation du contrat. Cette orientation semble légitime, tant il est vrai que la conclusion d'un contrat à distance ne présente pas les mêmes caractères objectifs qu'un contrat conclu entre des personnes *physiquement* présentes. Il est possible de souhaiter que le droit commun suive le droit de la consommation dans cette direction. L'influence du droit communautaire pourrait aller dans ce sens.

PARAGRAPHE II - LE TRAITEMENT JURIDIQUE DE LA

⁵⁰⁴ Sur cette idée, BAILLOD (R) *Le droit de repentir*, RTDCiv.1984, p.227, spéc.n°10. La même idée se retrouve en matière de révocation de la renonciation à succession: art.790 c.civ..

⁵⁰⁵ Voir *supra* n°49.

⁵⁰⁶ Voir *supra* n°144 et s..

⁵⁰⁷ Juridiquement en effet, le contrat d'échange suppose un transfert de propriété réciproque. Cela indique donc que lorsque le consommateur demande un échange, le vendeur transfère la propriété de la chose nouvelle au consommateur, et que réciproquement, le consommateur transfère la propriété de la chose initialement acquise. Avant l'échange et dès la conclusion du contrat, le consommateur était donc déjà propriétaire de la chose.

⁵⁰⁸ Voir *infra* n°259 et s..

DISTANCE PAR LE DROIT COMMUNAUTAIRE.

237. - L'écllosion de ce que la Commission européenne appelle une "société de l'information"⁵⁰⁹ et son signe le plus immédiat, le développement du commerce électronique, suscite de la part des instances européennes une intense activité normative. *Le droit communautaire est en voie d'élaborer un régime juridique cohérent pour les contrats conclus à distance.* Le droit des relations entre professionnels et consommateurs joue ici encore le rôle d'un aiguillon: après l'adoption de la directive 97/7/CE du 20/05/1997 relative à la protection des consommateurs en matière de contrats à distance⁵¹⁰ (A), les instances communautaires ont présenté le 23/12/1998 un régime juridique pour la formation des contrats conclus à distance par voie électronique⁵¹¹ dont le domaine est général (B).

A - LE TRAITEMENT COMMUNAUTAIRE DES CONTRATS A DISTANCE CONCLUS ENTRE PROFESSIONNELS ET CONSOMMATEURS.

238. - La directive du 20 mai 1997⁵¹² doit être transposée par le législateur français avant le 5 juin 2000. La transposition invitera le législateur à refondre assez substantiellement la matière, intégrant au Code de la consommation un ensemble cohérent de dispositions, attestant de la volonté de traiter le problème des relations à distance dans son ensemble.

239. - L'esprit de la directive peut se résumer en deux points. D'une part, ses rédacteurs évoquent *la nécessité d'une harmonisation des législations nationales.* Les contrats à distance étant souvent des contrats transfrontières, les disparités nationales nuisent aux intérêts des

⁵⁰⁹ Sur l'idée de *société de l'information* et les nombreuses directives et recommandations qu'elle inspire, voir de COCKBORNE (J-E) *L'approche globale de l'Union européenne sur les problèmes de la société de l'information*, Revue du Marché commun et de l'Union européenne 1998, n°422, p.617 et s..

⁵¹⁰ JOCE du 4/06/1997, N°L.144/19. La proposition de directive délivre de nombreuses informations sur l'esprit du texte qu'elle préfigurait, voir *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur*, présentée le 23/12/1998 par la Commission, publiée au JOCE du 5/02/1999, C.30/4.

⁵¹¹ *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur*, présentée le 23/12/1998 par la Commission, publiée au JOCE du 5/02/1999, C.30/4.

⁵¹² ALLIX (J) *La directive 97/7/CE: Contrats à distance et protection des consommateurs*, Revue des affaires européennes 1998-3 p.176 et s.; GATSI (J) *La protection des consommateurs en matière de contrats à distance dans la directive du 20/05/1997*, Dalloz affaires 1997, n°42, p.1378 et s.; RAYNARD (J) *Commentaire de la directive du 20 mai 1997*, RTDCiv. 1997 p.1015 et s.; TROCHU (M) *Protection des consommateurs en matière de contrats à distance: directive n°97-7 CE du 20/07/1997*, D.1999, n°17, Chr., p.179 et s.; Adde BOUILHOL (H) *Aspects juridiques du commerce électronique*, Banque & Droit 1998, n°60 p.16 et s..

consommateurs qui ne connaissent pas nécessairement le droit du professionnel avec lequel ils contractent ⁵¹³, et à ceux des professionnels car elles troublent la concurrence ⁵¹⁴.

D'autre part, la directive entend adopter sur le sujet *une approche actualisée et globale*. Globale quant aux contrats concernés, tout d'abord, puisqu'à la différence du droit français, elle régit tous les types de contrats ⁵¹⁵, et globale ensuite puisque la directive a voulu définir des principes applicables quelque soit la technique de communication à distance utilisée ⁵¹⁶.

Nous envisagerons brièvement les dispositions qui traitent de la formation du contrat, c'est-à-dire celles relatives à l'information du consommateur (a), et celles relatives au droit de rétractation (b), afin de montrer quelle cohérence s'élabore en la matière, et quelles idées notre droit commun pourrait en tirer.

a - L'information du consommateur.

La directive met à la charge du professionnel une obligation d'information qui s'exécute, chronologiquement, en deux temps: avant le contrat, et après le contrat.

I - L'obligation précontractuelle d'information.

240. - Comme l'annonce liminairement l'article 4 de la directive, certaines informations doivent être fournies avant la conclusion du contrat ⁵¹⁷. La reconnaissance d'une obligation précontractuelle d'information en la matière semble tout à fait justifiée. Lorsqu'elles contractent à distance, les parties ne peuvent pas apprécier par elles-mêmes les prestations réciproques. Il est donc légitime d'attendre de la part de celui qui fournit la chose une information précontractuelle accrue. Dans cet ordre d'idée, la directive dispose que "*l'utilisation*

⁵¹³ Voir le considérant 2. L'application de l'article 5 de la convention de Rome aboutit à soumettre le contrat conclu par un professionnel et un consommateur à l'initiative de ce dernier à la *lex contractus*, or il y a de forte chance pour que le professionnel stipule l'application de sa propre loi, que le consommateur ne connaît pas nécessairement. Sur les limites de la Convention sur ce point, voir CALAIS-AULOY (J) *La communauté européenne et les consommateurs*, Mélanges A.Colomer, Litec 1993, p.119.

⁵¹⁴ Voir le considérant 4.

⁵¹⁵ Les exemptions prévues à l'art.3 apparaissent fort limitées. Tout juste doit-on noter l'exclusion des contrats concernant un immeuble, sauf la location.

⁵¹⁶ Voir le considérant 9. La plupart des conventions internationales modernes adoptent ce principe de "neutralité médiatique", à propos duquel, voir CAPRIOLI (E-A) et SORIEUL (R) *Le commerce électronique = vers l'émergence de règles juridiques transnationales*, Journal du droit international 1997, II, p.323 et s. spéc.p.382.

⁵¹⁷ Article 4 § 1: "*En temps utile avant la conclusion de tout contrat à distance, le consommateur doit bénéficier des informations suivantes*".

de techniques de communication à distance ne doit pas conduire à une diminution de l'information fournie''⁵¹⁸.

241. - L'apport de la directive quant au contenu de l'information à transmettre demeure limité, le droit français de la consommation étant en la matière assez exigeant⁵¹⁹. En revanche la directive manifeste opportunément une exigence accrue dans la loyauté de l'information transmise, l'éloignement des parties appelle en effet plus de diligence⁵²⁰.

Les informations préalables doivent, en outre, être confirmées par écrit après la conclusion de la convention.

II - L'obligation contractuelle d'information.

242. - L'article 5 § 1 de la directive dispose que *“le consommateur doit recevoir, par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition et auquel il a accès, confirmation des informations mentionnées à l'article 4 §1 a) à f), en temps utile lors de l'exécution du contrat et au plus tard au moment de la livraison pour les biens non destinés à la livraison à des tiers(...)*”. D'autres informations que le texte précise, doivent, en outre, être fournies et leur esprit est de préciser les modalités d'une exécution défectueuse du contrat⁵²¹.

⁵¹⁸ Voir le considérant 11.

⁵¹⁹ Les informations préalables requises par l'article 4 §1 déjà de droit positif en France sont relatives à:

a) à *l'identité du fournisseur et, dans le cas de contrats nécessitant un paiement anticipé, son adresse*. Le droit français est sur ce point plus exigeant, voir l'article L.121-28 c.conso..

b) aux *caractéristiques essentielles du bien ou du service*. La formule est identique à celle employée par l'article L.111-1 c.conso..

c) au *prix du bien ou du service TTC*. Le droit français est plus complet. voir notamment:

- les arrêtés du 2/09/1977 n°77-105/P relatif à la publicité des prix à l'égard du consommateur (précisé par la circulaire du 19/07/1988), du 3/12/1987, relatif à l'information du consommateur sur les prix, et du 25/11/1998 sur l'indication des prix en euro (D.1999, Législation, p.9),

- et l'article L.113-3 du Code de la consommation issu de l'ordonnance n°86-1243 du 1/12/1986.

d) aux *frais de livraison*. Information requise en France par l'article 2 de l'arrêté du 3/12/1987 précité.

e) aux *modalités de livraison*, information prévue en France par l'article L.114-1 c.conso..

Enrichiront le droit français les informations relatives aux *modalités de paiement, et d'exécution [e]*], à *l'existence d'un droit de rétractation [f]*], au *coût de l'utilisation de la technique de communication [g]*], à *la durée de validité de l'offre [h]*] à *la durée minimale du contrat* pour certaines conventions [i)].

⁵²⁰ L'article 4§2 exige que les informations transmises soient *“fournies de manière claire et compréhensible, par tout moyen à la technique de communication à distance utilisée, dans le respect, notamment, des principes de loyauté en matière de transactions commerciales”*.

⁵²¹ Ces informations sont relatives aux conditions et modalités d'exercice du droit de rétractation, à l'adresse du fournisseur où le consommateur pourra présenter ses réclamations, au service après-vente, au condition de résiliation du contrat s'il d'agit d'un contrat à durée indéterminée.

Le mécanisme est original⁵²². Il impose une information contractuelle écrite, à moins que les informations n'aient été délivrées par écrit avant la conclusion du contrat. Il faut surtout souligner le souci de la directive d'assurer une information sur un “*support durable*”. L'information transmise à distance est en effet éphémère, l'écrit exigé a pour objet d'y remédier⁵²³.

243. - Les obligations d'information dont le professionnel est débiteur, trouvent leur sanction dans un dispositif astucieux qui devrait assurer une information effective tant il paraît comminatoire. Lorsque l'information n'est pas fournie à temps et par écrit, le délai de rétractation est prolongé de sept jours à trois mois.

b - Le droit de rétractation.

244. - Les rédacteurs ont considéré, à juste titre semble-t-il, que l'obligation d'information est insuffisante, dans les relations à distance, pour assurer une information complète du contractant. En effet, le consommateur ne sera véritablement renseigné sur l'objet du contrat que lorsqu'il pourra “*in concreto voir le produit ou prendre connaissance des caractéristiques du service*”⁵²⁴. Cette raison a justifié l'octroi d'un droit de rétractation, prévu à l'article 6 de la directive.

245. - Son *domaine* est d'une vaste étendue. Il concerne “*tout contrat à distance*”⁵²⁵, qu'il soit relatif à un bien ou à un service. Le droit français en sera profondément modifié puisqu'il ne prévoit de droit de rétractation que pour un seul contrat relatif à un bien, le contrat de vente⁵²⁶. Les exceptions prévues par l'article 6 § 3 sont fort limitées⁵²⁷.

⁵²² Il doit être, en particulier, distingué du mécanisme prévu par l'article L.121-27 c.conso. de la “ confirmation écrite de l'offre ”. Dans ce dernier, le contrat n'est conclu que si l'offre est confirmée et signée du consommateur. Dans le mécanisme de la directive, le contrat est conclu consuelement, et le professionnel doit fournir la confirmation écrite “*lors de l'exécution du contrat*”. Le formalisme est donc informatif (noter aussi l'intérêt probatoire) alors qu'en France il est institué *ad validitatem*.

⁵²³ Voir à ce sujet le considérant 13.

⁵²⁴ Voir le considérant 14.

⁵²⁵ Article 6 §1.

⁵²⁶ Article L.121-16 c.conso., sur lequel voir *supra* n°233.

⁵²⁷ Il s'agit de contrats dont l'objet est fortement personnalisé, de contrats aléatoires, de contrats dont on ne peut user sans détériorer l'objet, ou dont l'usage permettrait de s'approprier la substance de la chose sans la dégrader (par exemple un enregistrement audio).

246. - Le régime prévu ne diffère pas fondamentalement de celui du droit de rétractation prévu par le droit de la consommation français en matière de vente à distance (article L.121-16 c.conso.). Il est parfois d'une excessive complexité, nous n'évoquerons que les mesures qui enrichiront le droit français.

Tout d'abord, la computation du délai est d'une grande complexité. Schématiquement, le délai de sept jours court, pour les contrats relatifs à un bien, à compter de la réception de la chose, et pour ceux relatifs à un service, à compter du jour de la conclusion du contrat. Lorsque la confirmation écrite pas été effectuée, le délai est de trois mois.

Ensuite, la directive prévoit un délai maximum de trente jours pour le remboursement des frais engagés par le consommateur, lorsque celui-ci se rétracte. Le droit français ne prévoit qu'une sanction pénale en cas de refus de remboursement ⁵²⁸. La preuve du respect du délai incombe au professionnel, conformément au principe posé par l'article 11 §3, b) ⁵²⁹.

Enfin, quant à l'exercice du droit de rétractation, la directive dispose qu'il est "*sans frais*"⁵³⁰, "*sans motif*", et le consommateur peut y renoncer lorsque le contrat est relatif à un service ⁵³¹. Pour le reste, la directive suit les solutions acquises en droit français.

247. - La directive prévoit un système cohérent, articulé autour de l'idée fondamentale d'organiser le particularisme des relations à distance. Le souci de protection du consommateur nous semble y jouer un rôle plus effacé que cette préoccupation. En effet, l'objectif de protection de la partie faible perçoit dans certains aménagements du régime des mesures prévues, ainsi de l'exercice "sans motif" du droit de rétractation, de l'impossibilité de renoncer à la prérogative ⁵³², du contenu de l'obligation d'information du professionnel dans certains cas (service après-vente...). Dans leur principe, au contraire, les dispositions ne sont pas fondamentalement "consoméristes". Ce qui justifie l'obligation d'information, c'est l'utilisation des techniques de communication à distance et non la prétendue vulnérabilité d'un contractant. Pareillement, l'octroi d'un droit de rétractation est motivé par le fait que, dans les

⁵²⁸ Article R.121-21 c.conso..

⁵²⁹ Selon ce texte, "*les États membres peuvent établir que la production de la preuve d'une information préalable, d'une confirmation écrite ou du respect des délais et du consentement du consommateur peut être à la charge du fournisseur*".

⁵³⁰ Le consommateur ne supporte selon l'article 6 §2, que les "*frais directs de renvoi*". Le mot "direct" semble équivoque, le consommateur supportera-t-il des frais *indirects* de renvoi ? On ne voit pas le sens de cette notion.

⁵³¹ Tel semble être le sens de la formule assez obscure de l'article 6 §3, selon lequel le consommateur ne peut exercer le droit de rétractation pour les contrats "*de fourniture de services dont l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de sept jours (...)*".

⁵³² Voir l'article 12 de la directive.

relations à distance, les contractants ne sont renseignés sur l'objet du contrat que lorsqu'ils peuvent l'appréhender *in concreto*: cette justification subsiste dans son principe, quelle que soit la qualité du contractant. Ce qui justifie les mesures prévues par la directive, c'est ce que la distance impose comme aménagement des rapports contractuels.

Dans ces conditions, il semble souhaitable que certaines de ces mesures aient une vocation plus large, et l'on ne sera pas surpris de constater qu'un texte communautaire récent s'inspire de l'esprit de la directive.

B - LE TRAITEMENT JURIDIQUE DES CONTRATS A DISTANCE DANS UN DOMAINE GÉNÉRAL.

248. - La proposition de directive du 23/12/1998 s'autorise des mêmes raisons que la directive 97/7/CE, en prévoyant un régime juridique particulier pour les contrats à distance conclus par la voie du commerce électronique. L'harmonisation des législations et la réalisation du marché intérieur ont pareillement été invoquées⁵³³, de même que la nécessité d'organiser l'éclosion d'une " société de l'information " ⁵³⁴. Les rédacteurs ont d'ailleurs appuyé sur la communauté d'esprit entre le texte et la directive de 1997 ⁵³⁵. Le domaine d'application du texte est général *ratione personæ*. *Ratione materiae*, l'opportunité de régler tous les types de contrats a été évoquée ⁵³⁶.

L'esprit de la proposition est de régir "*toutes les étapes et actes nécessaires au processus contractuel*" ⁵³⁷ dans les contrats conclus par voie électronique. L'intérêt du texte doit surtout être recherché dans le souci de régler le commerce électronique dans ses divers aspects. Pour ce qui concerne spécifiquement les contrats conclus par voie électronique, l'article 10 témoigne de la même préoccupation que la directive 97/7/CE, en assurant une information accrue entre les parties avant et au cours de la transaction. Le paragraphe 2 du texte dispose que "*les États membres prévoient dans leur législation que les différentes étapes à suivre pour la conclusion d'un contrat par voie électronique doivent être établies de manière à garantir un*

⁵³³ Voir les considérants 4 et 5, et l'article 1 §1.

⁵³⁴ Voir l'article 1§ 2.

⁵³⁵ En particulier considérant 10.

⁵³⁶ Voir le considérant 3.

⁵³⁷ Voir le considérant 13.

consentement complet et éclairé des parties”⁵³⁸. Sous l’intitulé “*Informations à fournir*”, l’article 10 évoque les différentes données que doivent échanger les parties.

249. - Si la proposition traite en particulier des spécificités de la transaction électronique, l’orientation adoptée vers la prise en considération du particularisme des relations à distance est bien générale. Reconnaître une obligation précontractuelle d’information spécifique en la matière nous semble être une initiative opportune. Lorsqu’elles traitent à distance, les parties se doivent une diligence accrue dans la fourniture d’informations.

Dans ce régime général qui s’élabore pour les relations contractuelles à distance, il semble que le mécanisme du droit de rétractation ait un rôle à jouer; que de *lege ferenda*, cette technique puisse contribuer à régir harmonieusement, dans un domaine général, les contrats à distance. C’est ce que qu’il convient à présent d’envisager.

SECTION II - LA CONCLUSION D’UN CONTRAT A DISTANCE, DE LEGE FERENDA.

250. - Le droit commun ne doit pas rester indifférent devant l’élaboration par le droit communautaire de ce régime spécifique aux relations contractuelles à distance. Dans le débat que ce régime suscite, le droit des contrats français doit être une source d’inspiration, plutôt que de se contenter de recevoir un dispositif dont l’élaboration lui aura échappé.

Suivant l’initiative du droit de la consommation, il semble que le droit commun des contrats peut recevoir opportunément la technique du droit de rétractation. L’idée d’un traitement juridique spécifique des relations contractuelles à distance en serait la justification. Cette idée exige que l’on distingue selon que le droit de rétractation s’intègre dans un contrat à distance relatif à un bien (PARAGRAPHE I), ou qu’il s’intègre dans un contrat relatif à un service (PARAGRAPHE II).

⁵³⁸ C’est nous qui soulignons. *Adde* l’article 10 §1, au terme duquel “*les modalités de formation d’un contrat par voie électronique doivent être expliquées par le prestataire de manière claire et non équivoque et préalablement à*

PARAGRAPHE I - LE DROIT DE RÉTRACTATION DANS LES CONTRATS RELATIFS A UN BIEN.

251. - Comme le suggère l'esprit de la directive 97/7/CE ⁵³⁹, l'attribution d'un droit de rétractation dans les contrats à distance relatifs à un bien serait justifiée par l'idée qu'il convient d'apporter un traitement juridique particulier aux spécificités des relations contractuelles conclues à distance. Cette idée justifierait le principe (A) et la mesure (B) de la vocation générale, *ratione personæ*, du droit de rétractation dans les contrats relatifs à un bien.

A - LE PRINCIPE D'UNE VOCATION GÉNÉRALE DU DROIT DE RÉTRACTATION DANS LES CONTRATS RELATIFS A UN BIEN.

252. - Dans les contrats relatifs à un bien, le fondement de l'attribution d'un droit de rétractation se trouve dans le fait que lorsque les parties contractent à distance, le cocontractant du fournisseur de la chose ne sera véritablement renseigné sur le bien que quand il pourra l'apprécier *in concreto*. Quels que soient la fiabilité de la technique de communication à distance utilisée et le flux d'informations transmises au moyen de cette technique relativement à la chose, il y aura toujours un élément d'appréciation subjectif qui manquera au consentement de son destinataire pour que son engagement soit éclairé. Ce dernier élément d'appréciation ne pourra résulter que de l'appréhension matérielle du bien.

Ce fondement, qui est celui invoqué par la directive 97/7/CE ⁵⁴⁰, n'est pas dépendant de la qualité des parties contractantes, il est valable autant pour les relations entre professionnel et consommateur que pour celles unissant deux professionnels.

253. - Dans les relations entre professionnels, le droit commun des contrats prévoit bien une technique pour permettre au professionnel destinataire du bien, d'appréhender la chose matériellement avant de s'engager définitivement. Il s'agit de la technique de la vente à l'essai. Le Code civil présume que la vente à l'essai est toujours présumée faite sous une condition

la conclusion du contrat''.

⁵³⁹ Voir *supra* n°239 et s..

⁵⁴⁰ Voir *supra* n°244.

suspensive d'un essai satisfaisant (article 1588 c.civ.)⁵⁴¹. Elle semble inadaptée aux relations à distance.

Tout d'abord, la technique ne concerne que le contrat de vente. Or, d'autres contrats relatifs à un bien, comme le contrat de bail, justifieraient que le contractant apprécie matériellement la chose avant de se lier définitivement.

Ensuite, la marge d'appréciation de l'opportunité du contrat laissée au contractant est fort limitée, les tribunaux exigeant que le caractère satisfaisant de l'essai ne soit déterminé que par des éléments objectifs qu'ils s'autorisent à contrôler pour sanctionner l'arbitraire de celui essaye⁵⁴², les professionnels préfèrent dès lors la conclusion de contrats d'essai autonomes dont l'essai est le seul objet. La sécurité juridique de celui qui essaye est alors toute relative, puisque son cocontractant ne s'engage pas ici à vendre définitivement⁵⁴³.

254. - La reconnaissance d'un droit de rétractation dans les contrats relatifs à un bien conclus à distance permettrait d'assurer une information complète du destinataire de la chose, tout en lui permettant une large marge d'appréciation subjective de l'adéquation de la chose à ses besoins. Il n'est pas légitime que celle-ci soit restreinte par le seul fait qu'il contracte à distance. La technique du droit de rétractation est la formule contractuelle permettant d'assurer l'émission d'un consentement intègre, malgré la perturbation que la distance implique dans l'opération⁵⁴⁴. Cette perturbation existe que le contractant soit professionnel ou consommateur, l'extension au profit du professionnel du bénéfice du droit de rétractation semble donc justifiée, encore faut-il en définir la mesure.

B - LA MESURE D'UNE VOCATION GÉNÉRALE DU DROIT DE RÉTRACTATION DANS LES CONTRATS RELATIFS A UN BIEN.

⁵⁴¹ Pour une appréciation de cette qualification, voir COLLART-DUTILLEUL (F) et DELEBECQUE (Ph) *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz 1998, 4ème éd, coll.Precis, n°88, p.82, selon qui la vente à l'essai est soit une vente sous condition suspensive assortie d'un commodat ou d'un prêt selon que l'essai est onéreux ou gratuit, soit une vente immédiate sous condition résolutoire.

⁵⁴² Voir *supra* n°108. Pour tourner la difficulté, M.MOUSSERON propose de recourir à la promesse unilatérale de rachat par le vendeur (*Technique contractuelle*, éd.F.Lefbvre 1988, n°395). Il n'est pas sûr, cependant, que les parties souhaitent que le transfert de propriété précède l'essai.

⁵⁴³ Les contrats d'essai autonomes ont essentiellement pour objet d'aménager les responsabilités des contractants ainsi que de prévoir qui supportera les risques de la chose pendant l'essai. Sur le contrat d'essai autonome, MOUSSERON (J-M) *Technique contractuelle*, éd.F.Lefbvre 1988, n°72.

⁵⁴⁴ Un auteur a pu relever l'attraction que la technique du droit de rétractation exerce sur celle de la vente à l'essai. Selon M.LORVELLEC, en effet, il s'évince de certaines décisions que les juges traitent la vente à l'essai comme un vente assortie d'un droit de repentir. Voir *L'essai dans les contrats*, th.Rennes 1972, Ronéo., n°147 et s..

255. - L'extension au bénéfice, notamment, des professionnels du domaine du droit de rétractation en matière de contrats relatifs à un bien conclus à distance appelleraient certains aménagements des régimes prévus par le droit de la consommation. Sur d'autres points, le régime du droit de rétractation consumériste paraît satisfaisant. Après avoir envisagé ces caractères généraux que devrait présenter un droit de rétractation généralisé (a), il faudra envisager un point délicat en pratique, celui du transfert de propriété dans les contrats translatifs (b).

a - Caractères d'un droit de rétractation généralisé.

256. - La prérogative qui pourrait être attribuée par la loi au professionnel qui contracte à distance⁵⁴⁵ devrait revêtir deux caractères en particulier. Le professionnel tirera, d'une part, avantage de son caractère discrétionnaire. Il semble en second lieu, que la prérogative doit être disponible.

I - Une prérogative discrétionnaire.

257. - Le caractère discrétionnaire de la prérogative implique qu'il dépende de la seule appréciation de son attributaire de l'exercer et de modifier la situation juridique créée par le contrat. Ce caractère permettra la plus grande latitude d'appréciation de l'objet du contrat, là où la technique du contrat à l'essai imposerait que cette appréciation ne soit guidée que par des éléments objectifs. Cette part de subjectivité supplémentaire dans l'appréciation de la chose est justifiée si l'on admet qu'au stade de la conclusion du contrat, il convient de rétablir les parties dans une situation normale, malgré la distance qui les sépare. En d'autres termes, le professionnel qui contracte doit bénéficier des mêmes éléments d'appréciation de la chose, que son cocontractant soit éloigné ou présent. Là est l'intérêt du caractère discrétionnaire de sa

⁵⁴⁵ Si un texte venait à faire bénéficier un professionnel de la prérogative reconnue aux consommateurs, se poserait la question de la désignation par la loi du contractant attributaire. On peut suggérer ici le recours à la notion de "*prestation caractéristique*", au sens qu'elle reçoit en droit international privé: la prestation, pour laquelle le paiement est dû. L'attributaire de la prérogative sera le créancier de la prestation caractéristique. Dans le même ordre d'idée, la proposition de directive du 23/12/1998 relative au commerce électronique (sur laquelle voir *supra* n°248 et s..) désigne le débiteur d'obligations spéciales par le terme "*prestataire de services*". Sur la notion de prestation caractéristique au sens du droit international privé, voir en particulier SCHNITZER (A) *La loi applicable au contrat*, Rev.crit.DIP.1955, p.459 et s., dans la Convention de Rome du 19/06/1980, voir LAGARDE (P) *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19/06/1980*, Rev.crit.DIP.1991, p.288 et s., spéc.n°28 et s..

prérogative, puisque même à distance, l'opportunité du contrat dépendra de sa seule appréciation ⁵⁴⁶. Nous y voyons une stimulation importante pour le développement des relations contractuelles à distance.

II - Une prérogative disponible.

258. - Les raisons qui justifient que le contractant à distance, lorsqu'il a la qualité de consommateur, ne puisse renoncer à sa prérogative ⁵⁴⁷ n'existent pas entre professionnels. Il semble plus opportun de leur permettre une libre disposition de leurs droits. Le droit de rétractation assure moins, dans la perspective des contrats à distance, une fonction de protection, qu'une *fonction d'organisation* des rapports contractuels. Si cette organisation se révèle inutile lorsque, par exemple, les contractants sont habituellement en relations d'affaires et connaissent la prestation fournie, il est nécessaire qu'elle ne soit que supplétive.

b - Le cas des contrats translatifs de propriété.

259. - Lorsque le contrat conclu à distance est translatif de propriété, la question du moment du transfert de propriété, qu'accompagne celui des risques, a une importance particulière. Sa solution désigne notamment celui des contractants qui assume les risques du transport. Si un droit de rétractation affecte le contrat, la question est plus délicate encore car l'on peut hésiter entre deux moments, celui de la conclusion du contrat, ou celui du terme du délai de rétractation.

Dans le droit des relations entre professionnels et consommateurs, ni l'article L.121-16 du Code de la consommation français, ni la directive 97/7/CE ne consacrent de solution explicite⁵⁴⁸. Quelque soit la qualité des parties, régler le problème par convention sera de sage

⁵⁴⁶ Un contrôle judiciaire de l'intention malicieuse serait en revanche opportun. Il serait à souhaiter, dans cette perspective, que les juges sachent distinguer le point où l'exercice du droit de rétractation révèle l'intention de nuire.

⁵⁴⁷ Voir *supra* n°134 et s..

⁵⁴⁸ Pour l'article L.121-16 c.conso., voir cependant *supra* n°0. Par anticipation de la transposition de la directive 97/7/CE, la Chambre de commerce et d'industrie de Paris a élaboré un contrat-type. Sous la rubrique "*Responsabilités en cas de dommages pendant le transport*", le contrat-type énonce deux solutions: "*le vendeur prend à sa charge les risques du transport et est alors tenu de rembourser le client ou - le risque du transport est supporté par l'acheteur, qui doit formuler une protestation motivée auprès du transporteur dans un délai de trois jours à compter de la livraison.*" Voir le contrat-type et les obs.de M.M.VIVANT, Revue Lamy Droit des affaires, 1998, n°8, p.9 et s..

précaution. A défaut de stipulation en ce sens, il semble que l'idée de formation progressive du contrat conduise à des solutions satisfaisantes.

260. - Dès la conclusion du contrat, le destinataire de la chose ne serait pas propriétaire purement et simplement, il aurait la qualité de *propriétaire éventuel*⁵⁴⁹. La solution présente un double intérêt. D'une part, elle reporterait le moment du transfert de propriété au terme du délai de rétractation. D'autre part, la qualité de propriétaire éventuel fonderait l'usage et les actes conservatoires réalisés sur la chose pendant le délai de rétractation⁵⁵⁰.

Si l'extension du domaine *ratione personæ* du droit de rétractation semble opportune en matière de contrats relatifs à un bien, on peut être plus réservé sur le fondement d'une telle solution lorsque le contrat est relatif à un service.

PARAGRAPHE II - LE DROIT DE RÉTRACTATION DANS LES CONTRATS RELATIFS A UN SERVICE.

261. - L'admission d'un droit de rétractation généralisé lorsque le contrat concerne un service ne saurait s'autoriser des mêmes arguments. La question appelle une distinction.

Lorsque la prestation de service attendue est uniquement intellectuelle, l'intégrité du consentement de son créancier semble suffisamment promue par l'obligation d'information. On distingue mal, ici, ce que la distance entre les parties perturbe spécifiquement dans la situation contractuelle. Soit un contrat d'abonnement téléphonique souscrit à distance. L'attribution d'un droit de rétractation au bénéfice du souscripteur n'est pas légitimée par une quelconque perturbation de nature objective dans l'émission de son consentement. Le droit de rétractation n'y est pas justifié.

Lorsque la nature du service promis rend nécessaire que son créancier puisse apprécier la compétence du prestataire, la solution doit être nuancée. Soit un contrat de prestation de service au terme duquel un contractant fournit une chose sur laquelle le prestataire réalise un ouvrage. Il serait légitime qu'avant de se lier, le créancier apprécie concrètement le savoir-faire du prestataire. La distance qui l'en sépare y fait obstacle. Faut-il pour autant permettre au

⁵⁴⁹ Sur la théorie des droits éventuels, voir *supra* n°214 et s..

⁵⁵⁰ A défaut d'une telle argumentation, on peut expliquer l'usage de la chose par le destinataire au cours du délai, soit par la qualité de propriétaire du destinataire (ce qui implique qu'il supporte les risques de la chose depuis l'échange des consentements) soit la conclusion tacite d'un contrat de prêt (ce qui est artificiel).

créancier de se dégager du contrat pour le motif que le service rendu n'est pas satisfaisant et que la distance l'a empêché d'apprécier avant le contrat le savoir-faire du prestataire ? La solution semble excessive et, à la vérité, la distance séparant les parties n'est pas réellement la cause de l'insatisfaction du créancier. Dans cet ordre d'idée, la directive 97/7/CE exclut le jeu du droit de rétractation dans les contrats relatifs à “*un bien confectionné selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisé*”⁵⁵¹.

262. - L'octroi d'un droit de rétractation en matière de contrat de service conclu à distance appelle, en définitive, de nombreuses réserves. Il est à craindre, d'ailleurs, que la rapidité des transactions s'en trouve compromise sans que l'on en distingue la cause. Sur ce fondement mal assuré, la directive 97/7/CE permet d'ailleurs au consommateur de renoncer à la prérogative dans ces contrats⁵⁵².

CONCLUSION DU CHAPITRE II -

263. - En conclusion, l'extension du domaine *ratione personæ* du droit de rétractation au bénéfice des professionnels nous semble justifiée, sous le bénéfice de quelques aménagements.

⁵⁵¹ Article 6 § 3. Sur la directive, voir *supra* n°551.

⁵⁵² Voir l'article 6 §3, premier tiret. Sur la renonciation au droit de rétractation, *supra* n°134 et s..

Le premier serait de limiter le domaine *ratione materiæ* de la prérogative aux contrats relatifs à un bien, le second de rendre la prérogative disponible.

Ces deux aménagements dévoileraient la véritable fonction du droit de rétractation dans les contrats à distance: une fonction d'organisation. Cette organisation des rapports à distance est rendue nécessaire sur le seul fondement de leur particularisme. Il est donc possible de dire que le droit de rétractation peut s'avérer utile bien au-delà de la perspective consumériste dans laquelle on le confine aujourd'hui. Son mécanisme permet d'apporter un traitement juridique à cet élément objectif que constitue la distance, qui perturbe l'émission d'une volonté éclairée, quelle que soit la qualité du contractant.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE -

264. - Le droit de rétractation, confiné aujourd'hui dans un domaine restreint, aurait vocation à intégrer le droit commun des contrats. Il lui rendrait plusieurs services.

D'une part, la prérogative permettrait au contractant de s'approprier l'écoulement du temps, afin que sa volonté s'y épanouisse rationnellement. Par la sécurité juridique que lui assure la

technique du droit de rétractation, cette appropriation serait efficace et rendrait la formule attractive et stimulante pour le commerce juridique.

D'autre part, la loi pourrait utiliser la technique pour proposer aux contractants éloignés dans l'espace une formule contractuelle qui, ici encore, leur permettrait de s'approprier cet élément objectif que constitue la distance. La volonté contractuelle subit aujourd'hui la distance plus qu'elle ne la maîtrise. Une prérogative comme le droit de rétractation permettrait d'y remédier.

En définitive, que le droit de rétractation permette au contrat qui se forme de s'approprier le temps ou l'espace, il exprime toujours ce souci de permettre à la volonté de dominer les situations de fait qui l'entourent, pour que les parties réalisent de saines anticipations.

N'est-ce d'ailleurs pas la signification profonde du contrat que d'être un acte de prévision⁵⁵³, d'anticipation, d'appropriation du futur⁵⁵⁴ et, finalement, de domination par la volonté de l'homme du monde extérieur⁵⁵⁵? L'entreprise semblerait impossible si le Droit ne proposait pas aux contractants les moyens de maîtriser la complexité du réel qui les entoure. Le droit de rétractation en fournit le moyen et ouvre les perspectives d'une nouvelle cohérence pour le droit des contrats.

CONCLUSION GÉNÉRALE

265. - Le droit de rétractation comme instrument au service de la volonté qui se projette dans le futur ; cela invite nécessairement à s'interroger sur ses rapports avec le destin d'une doctrine

⁵⁵³ Voir LÉCUYER (H) *Le contrat, acte de prévision*, Mélanges en hommage à F.Terré, 'L'avenir du droit', Dalloz, PUF, Editions du Juris-classeur 1999, p.643 et s..

⁵⁵⁴ En ce sens, TRIGEAUD (J-M) *Promesse et appropriation du futur*, in 'Le droit et le futur'. Travaux et recherches de l'Univ.de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, PUF 1985, p.63.

⁵⁵⁵ M.HAURIUOU définissait le contrat ainsi: "la tentative la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision" (Principes de

dont on dit encore qu'elle donne sa cohérence au droit des contrats, qu'elle en réalise l'unité de philosophie, l'autonomie de la volonté.

La doctrine est à son sujet, d'une diversité confondante. Certains affirment son influence sur les rédacteurs du Code civil ⁵⁵⁶, d'autres en doutent ⁵⁵⁷. Certains y voient l'âme du droit contemporain des contrats ⁵⁵⁸, d'autres le contestent absolument ⁵⁵⁹. Même le sens de la notion est discuté ⁵⁶⁰. Pour certains la notion désigne un pouvoir souverain dans la création et le fondement de l'obligation ⁵⁶¹, pour d'autres, un pouvoir qui est simplement délégué par la règle objective aux sujets de droit ⁵⁶², pour d'autres encore, elle se confond avec l'idée de rationalité ⁵⁶³.

La confusion doctrinale est au moins le signe d'une conscience accrue de ce que le droit des contrats évolue vers une nouvelle cohérence, qu'un nouvel esprit l'anime. Pour le distinguer, un effort d'analyse, de synthèse, est nécessaire. Il rendrait au droit commun le fondement théorique conditionnant l'avenir de sa vocation générale.

Ce nouveau fondement est véhiculé par le droit de la consommation. Il passe par un nouvel équilibre entre les éléments subjectifs et objectifs dans la création de l'acte juridique. Il faut y insister, envisagé uniquement sous l'angle des rapports de la volonté et de la loi dans le contrat,

droit public, 1912, p.206), cité par HÉBRAUD (P) *Rôles respectifs de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques* in Mélanges J.Maury, 1960, t.II, p.435, spéc.p.440.

⁵⁵⁶ Voir A-J ARNAUD *Les origines doctrinales du Code civil, Bibl.de philosophie du droit*, Vol.9, LGDJ 1969, spéc.p.213; aussi CARBONNIER (J) *Les obligations*, PUF 1998, 21ème éd., coll.Thémis, n°16 ; FLOUR (J) et AUBERT (J-L) *Les obligations*, L'acte juridique, 1998 8ème éd., éd.A.Colin, n°95.

⁵⁵⁷ En particulier, M.GHESTIN selon qui la théorie de l'autonomie de la volonté résulte d'une interprétation menée par les commentateurs du Code au début du XXème siècle (Traité de droit civil, *La formation du contrat*, 3ème éd. LGDJ 1993, n°42 et s.); selon M.ROUHETTE, même les premiers exégètes n'en ont pas été inspirés (*Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th.ronéo., Paris, 1965, p.595 et s. ; *La force obligatoire du contrat in Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises*, Bdp. t.196, LGDJ 1987, p.27 et s., spéc.n°3 et 5).

⁵⁵⁸ Selon M.CARBONNIER, "*l'autonomie de la volonté (...) conserve (...) même aujourd'hui valeur de principe* (*Les obligations*, préc., *eod.loc.*), dans le même sens, par ex. FLOUR (J) et AUBERT (J-L) *Les obligations*, L'acte juridique, préc., n°126-1.

⁵⁵⁹ M.GHESTIN propose de substituer à l'autonomie de la volonté les principes de l'utile et du juste (*L'utile et le juste dans les contrats*, D.1982,Chr., p.1 et s.), Adde ROUHETTE (G) *La force obligatoire du contrat*, préc..

⁵⁶⁰ Pour une synthèse des acceptions doctrinales de la notion SAVAUX (E) *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, Bdp. t.264, LGDJ 1997, préf. J-L Aubert, n°221 et s., p.181 et s..

⁵⁶¹ Tel semble être le sens classique que contestait GOUNOT (*Le principe de l'autonomie de la volonté. Contribution à l'étude critique de l'individualisme*, th.Dijon 1912).

⁵⁶² En particulier FLOUR (J) et AUBERT (J-L) *Les obligations*, L'acte juridique, préc.n°95 et s..

⁵⁶³ Voir CHARDIN (N) *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, Bdp.t.199, LGDJ 1988; pour un résumé et une critique de la thèse SAVAUX (E) *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préc. n°221 à 234.

cet équilibre est introuvable, il conduit inévitablement à un conflit, et pour la volonté, à un assujétissement. La perspective proposée par le droit de la consommation est autrement plus prometteuse. Elle suggère de voir dans le contrat un acte fondamentalement subjectif, mais ne néglige pas l'incidence du monde extérieur et des éléments objectifs qui le déterminent ⁵⁶⁴. L'autonomie de la volonté y apparaîtra sous un jour nouveau. Elle signifierait non pas la prétendue souveraineté de la volonté sur la loi, mais cette faculté reconnue aux sujets de droit de maîtriser le réel et ses éléments objectifs, par un acte de prévision ⁵⁶⁵. Dans ce nouveau sens, l'autonomie de la volonté suggérerait au Droit de fournir à la volonté les moyens d'une maîtrise du monde extérieur qui l'entoure.

Le droit de rétractation, nous a-t-il semblé, est l'un de ces instruments qui permettent à la volonté de se combiner, de se conjuguer avec les éléments objectifs (le temps, l'espace) dans lesquels elle se meut. En ce sens sa vocation ne saurait être confinée aux relations entre professionnels et consommateurs. La technique répond à des préoccupations générales et légitimes. Elle pourrait en ce sens participer à la reconstruction d'un droit commun des contrats aux fondements renouvelés.

Le droit international privé des contrats, qui a été l'instigateur du concept d'autonomie de la volonté ⁵⁶⁶, est arrivé dans la Convention de Rome du 19/06/1980, à un point de parfait équilibre entre les éléments subjectifs et objectifs du rapport contractuel. La loi d'autonomie s'y combine intelligemment avec une approche objective dans la désignation de la loi applicable à défaut de choix ⁵⁶⁷. “*Le droit des conflits de lois fait saillir avec un relief accentué les traits fondamentaux des notions juridiques; il ne les crée pas, et c'est d'elles qu'ils procèdent*” ⁵⁶⁸; le droit interne n'a-t-il rien à apprendre de cette combinaison dialectique

⁵⁶⁴ Dans cet esprit, sur un plan général, voir l'étude magistrale de HÉBRAUD (P) *Rôles respectifs de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques* in Mélanges J.Maury, 1960, t.II, p.435.

⁵⁶⁵ Sur le contrat comme acte de prévision, *supra* n°264.

⁵⁶⁶ Voir RANOUIL (V) *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF 1980.

⁵⁶⁷ L'article 3 de la Convention soumet le contrat à la loi choisie par les parties. L'article 4 soumet, à défaut de choix, le contrat à la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits et pose des présomptions dont la principale considère que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays du lieu de localisation du débiteur de la prestation caractéristique. Ce dispositif qui conjugue une méthode subjective (article 3) et une méthode objective (article 4) témoigne de ce que l'on a pu appeler un “*subjectivisme modéré*” (P.MAYER *Droit international privé*, 5ème éd., Montchrestien, 1994, n°460). Sur la problématique évoquée au texte, voir surtout H.BATIFFOL *Objectivisme et subjectivisme dans le droit international privé*, in Mélanges J.Maury, 1960, t.I, p.39 et s.; HÉBRAUD (P) *Rôles respectifs de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques*, préc.p.443 et s..

⁵⁶⁸ HÉBRAUD (P) *Rôles respectifs de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques*, préc.p.449.

harmonieuse entre la loi d'autonomie et les éléments objectifs de la situation juridique qui s'est installée dans le droit international privé ?

Le droit de la consommation lui suggère les voies pour trouver un équilibre semblable.
Saura-t-on les suivre ?

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

I - TRAITÉS ET MANUELS.

BEAUCHARD (J)

- Droit de la distribution et de la consommation, PUF 1996, coll.Thémis

CALAIS-AULOY (J) et STEINMETZ (F)

- Droit de la consommation, Dalloz 1996, 4ème éd., coll. Précis

CARBONNIER (J)

- Les obligations, PUF 1998, 21ème éd., coll.Thémis

CAS (G) et FERRIER (D)

- Traité de droit de la consommation, PUF 1986

COLLART-DUTILLEUL (F) et DELEBECQUE (Ph)

- Contrats civils et commerciaux, Dalloz 1998, 4ème éd, coll.Precis

FERRAND (F)

- Droit privé allemand, Dalloz 1997, coll.Precis

FLOUR (J) et AUBERT (J-L)

- Les obligations, L'acte juridique, 1998 8ème éd., éd.A.Colin.

GHESTIN (J) et DESCHÉ (B)

- Traité des contrats, La vente, LGDJ 1990

GHESTIN (J)

- Traité de droit civil, La formation du contrat, 3ème éd. LGDJ 1993

- Traité de droit civil, Les effets du contrat, 2ème éd. avec le concours de
Ch.Jamin et M.Billau, LGDJ 1994

GHESTIN (J), GOUBEAUX (G)

- Traité de droit civil, Introduction générale, 4ème éd. avec le concours de M.Fabre-Magnan, LGDJ
1994

LE TOURNEAU (Ph) et CADIET (L)

- Droit de la responsabilité, Dalloz Action 1998

MALAURIE (Ph) et AYNÈS (L)

- Droit civil, Les obligations, Cujas 1999, par L.Aynès

- Droit civil, Contrats spéciaux, Cujas, éd. 1999, par P-Y Gauthier

MARTY (G) et RAYNAUD (P)

- Traité de droit civil, Introduction générale à l'étude du droit, 2ème éd., Sirey 1972

ROUBIER (P)

- Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales, 2ème
éd., Sirey 1951

STARCK (B), ROLAND (H) et BOYER (L)

- Droit civil, Les obligations, 2.Le contrat, Litec 1998, 6ème éd.

TERRÉ (F), SIMLER (Ph), LEQUETTE (Y)

- Droit civil, Les obligations, Dalloz 1996, 4ème éd., coll.Précis

TERRÉ (F)

- Introduction générale au droit, Dalloz 1996, 3ème éd., coll.Précis

VILLEY (M)

- Philosophie du droit, I. Les définitions et fins du droit, Dalloz 1986, 4ème éd., coll.Précis

II - AUTRES OUVRAGES ET THÈSES.

ARNAUD (A-J)

- Les origines doctrinales du Code civil, Bibl.de philosophie du droit, Vol.9, LGDJ 1969

ATIAS (Ch)

- Théorie contre arbitraire, PUF 1987, coll. Les voies du droit

- Le droit civil, PUF 1996, 5ème éd., coll. Que sais-je ?

AUBERT (J-L)

- Notion et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, th. Paris 1968, LGDJ 1970

- Le contrat, Dalloz 1996, coll.Connaissance du droit

BÉNAC-SCHMIDT (F)

- Le contrat de promesse unilatérale de vente, Bdp.t.177, LGDJ 1983

BERGEL (J-L) *et alii*

- Lamy Droit immobilier 1998

BIARDEAUD (G) et FLORES (Ph)

- Le contentieux du droit de la consommation, Documents pratiques AER, ENM, 1997

BOYER (H)

- Des promesses unilatérales de vente, th. Toulouse, 1932

BOYER (L)

- La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif, th.Toulouse, 1947

CALAIS-AULOY (J)

- Propositions pour un code de la consommation, Documentation française, 1990

CAS (G)

- La défense du consommateur, PUF 1975, coll. Que sais-je ?

CÉLICE (B)

- Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques, th.1965, Paris, Bdp. t.84, LGDJ 1968, préf.J.Carbonnier

CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS I ET CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS DE L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

- La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges, Bdp t.261, LGDJ 1996

CHARDIN (N)

- Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté, Bdp.t.199, LGDJ 1988

COLLART-DUTILLEUL (F)

- Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, Sirey 1988, coll.Immobilier Droit et gestion

CORNU (G)

- Vocabulaire juridique Association H.Capitant, sous la dir. de G.Cornu, PUF 1996, 6ème éd.

DABIN (J)

- Le droit subjectif, Dalloz 1952, Paris

DELMAS-MARTY (M)

- Le flou du droit, PUF 1986, coll. Les voies du droit, Paris

FABRE-MAGNAN (M)

- De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie, LGDJ 1992

FAGES (B)

- Le comportement du contractant, PUAM 1997, préf.J.Mestre

GÉNINET (M)

- Théorie générale des avant-contrats en droit privé, th.Paris, 1985

GOUNOT (E)

- Le principe de l'autonomie de la volonté. Contribution à l'étude critique de l'individualisme, th. Dijon 1912

HALPÉRIN (J-L)

- Histoire du droit privé français depuis 1804, PUF 1996, coll.Droit Fondamental

HAYEK (F.A)

- Règles et ordre *in* Droit, législation, et liberté, t.1, PUF 1995, coll.Quadrige

HUET (J)

- Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité, th.Paris, 1978

IZORCHE (M-L)

- L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain, th.Aix-Marseille, 1989

LAUDE (A)

- La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, th.Aix-Marseille, PUAM 1992

LECOMPTE (H)

- La notion de faculté en droit civil, th.Paris 1930

LORVELLEC (L)

- L'essai dans les contrats, th.Rennes 1972, Ronéo.

MARTIN DE LA MOUTTE (J)

- L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil, th. Toulouse, 1951

MESTRE (J) et *alii*

- Lamy Sociétés commerciales, 1998

MIRABAIL (S)

- La rétractation en droit privé français, th.1991, Bdp.Tome 284, LGDJ 1997, préf.J-P Marty

MOUSSERON (J-M)

- Technique contractuelle, éd.F.Lefbvre 1988

NAJJAR (I)

- Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, th. Paris 1966, LGDJ 1967

OVERSTAKE (M)

- Essai de classification des contrats spéciaux, Bdp.t.91, LGDJ 1969

PAULIN (Ch)

- La clause résolutoire, Bdp. t.258, LGDJ 1996, préf.J.Devèze

PIZZIO (J-P)

- Code de la consommation, Monchrestien 1995

PUTMAN (E)

- La formation des créances, th.Aix-Marseille, 1987

RANOUIL (V)

- L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept, Paris, PUF 1980

RIPERT (G)

- La règle morale dans les obligations civiles, 4ème éd., LGDJ 1949

ROUBIER (P)

- Essai sur la responsabilité précontractuelle, th.Lyon, 1911
- Droits subjectifs et situations juridiques, Dalloz 1963, Paris

ROUHETTE (G)

- Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, th.ronéo., Paris, 1965

SAINT-HALARY-HOUIN (C)

- Le droit de préemption, Bdp.t.164, LGDJ 1979

SAVAUX (E)

- La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?, Bdp. t.264, LGDJ 1997, préf. J-L Aubert

SÉRIAUX (A)

- Le droit naturel, PUF 1993, coll. Que sais-je ?
- Le droit, une introduction, Ellipses, 1997

STOFFEL-MUNCK (Ph)

- L'abus dans le contrat, essai d'une théorie, th.Aix-Marseille 1999

TAISNE (J-J)

- La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle, th.1977, Lille

VALORY (S)

- La potestativité dans les relations contractuelles, th.Aix-Marseille, 1999

VERDIER (J-M)

- Les droits éventuels, contribution à la formation successive des droits, th.Paris 1955

VILLEY (M)

- Le droit et les droits de l'homme, PUF 1998, 3ème éd. coll. Questions

VIVANT (M) et *alii*

- Lamy Droit de l'informatique et des réseaux 1998

III - ARTICLES, RAPPORTS ET ÉTUDES.

ALLIX (J)

- La directive 97/7/CE: Contrats à distance et protection des consommateurs, Revue des affaires européennes 1998-3 p.176

ARMAND-PREVOST (M) et RICHARD (D)

- Le contrat déstabilisé, JCP 1979, éd.G., I, 2952

ATIAS (Ch)

- La promesse unilatérale de vente et la vente ultérieure à un tiers de mauvaise foi, JCP 1978 éd.N., I, p.291

- La souscription d'un effet pendant le délai de réflexion (Réparation et répression en droit de la consommation) D.1995, Chr., p.227

- Restaurer le droit du contrat, D.1998, Chr., p.137

AUBERT (J-L)

- Les relations entre bailleur et locataire *in* La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges, Bdp t.261, LGDJ 1996, p.165

BAILLOD (R)

- Le droit de repentir, RTDCiv.1984, p.227

BARRERE (J)

- La rétractation du juge civil, Mélanges en hommage à P.Hébraud, 1981, p.1

BAS (P)

- Intervention devant l'Assemblée nationale, J.O. Débats, Sénat, 2/12/1971, p.6351

BATTIFOL (H)

- Objectivisme et subjectivisme dans le droit international privé, *in* Mélanges J.Maury, 1960, t.I, p.39

- La « crise » du contrat et sa portée, APD 1968, Les notions de contrat, t.XIII, p.13

BEIGNIER (B)

- La conduite des négociations, Colloque Univ. de Toulouse, La négociation du contrat, RTDCom.1998, p.464

BERGEL (J-L)

- Différence de nature (égale) différence de régime, RTDCiv.1984, p.255

- Avant propos *in* Les standards juridiques, Cahiers de méthodologie juridique n°3, RRJ Droit prospectif 1988-3, p.805

- Essai de synthèse *in* Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs, Cahiers de méthodologie juridique n°4, RRJ Droit prospectif 1989-4, p.975

BERLIOZ (G)

- Droit de la consommation et droit des contrats, JCP 1979, éd.G, I, 2954

BIGNON (Ch)

- Intervention devant l'Assemblée Nationale, J.O Débats, Ass.Nat., 6/10/1977, p.5926

BORYSEWICZ (M)

- Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats *in* Etudes offertes à P.Kayser, PUAM.1979, t.I, p.91

BOUILHOL (H)

- Aspects juridiques du commerce électronique, Banque & Droit 1998, n°60 p.16

BOYER (L)

- Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à la théorie des avant-contrats, RTDCiv.1949, p.1

- La clause de dédit *in* Mélanges P.Raynaud, Dalloz Sirey, 1985, p.41

BRUN (PH)

- Le droit de revenir sur son engagement, Revue Droit & patrimoine 1998 n°60, p.78

BURCKEL (J.CI)

- Rapport devant l'Assemblée Nationale, J.O Débats, Ass.Nat., 6/10/1977, p.5918

BUREAU (D)

- Remarques sur la codification du droit de la consommation, D.1994, Chr., p.291

CADIET (L)

- Interrogations sur le droit contemporain des contrats *in* Le droit contemporain des contrats (Bilan et perspectives), Economica 1987, p.7

CALAIS-AULOY (J)

- La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs, D.1973, Chr., p.266

- La communauté européenne et les consommateurs *in* Mélanges A.Colomer, Litec 1993, p.119

- L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, RTDCiv. 1994, p.239

- Un code, un droit, *in* "Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis", Actes du colloque du 24/02/1994 de l'Université de Reims, Litec 1995, p.13

- L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats, RTDCom.1998 , p.115

CALAIS-AULOY (M-T)

- Fondement du lien juridique unissant vente et prêt dans le « prêt-lié », JCP 1984 éd.G., I, 3144

CAPRIOLI (E-A) et SORIEUL (R)

- Le commerce électronique = vers l'émergence de règles juridiques transnationales, Journal du droit international 1997, II, p.323.

CARBONNIER (J)

- Les notions à contenu variable dans le droit de la famille, *in* Les notions à contenu variable en droit, Etudes publiées par Ch.Perelman et R. Vander Elst, éd.Bruylant, Bruxelles 1984, p.99

- Introduction *in* L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées R.Savatier 1985, PUF 1986, p.29

CARMET (O)

- Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n°78-23 du 10/01/1978, RTDCom.1982, p.10

CAUSSE (H)

- De la notion de consommateur *in* Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis, Actes du colloque du 24/02/1994 de l'Université de Reims, Litec 1995 p.21

CÉDRAS (J)

- L'obligation de négociateur, RTDCom.1985, p.265

CHAVANAC (A)

- Rapport devant le Sénat, J.O. Débats, Sénat, 4/05/1972, p.289

CHAZAL (J-P)

- Le consommateur existe-t-il ?, D.1997, Chr., p.260

CHRISTIANOS (V)

- Délai de réflexion: théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs, D.1993, Chr., p.28

COLLART-DUTILLEUL (F)

- Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble: les risques de désordre, Droit et patrimoine 12/1995 p.58

CORNU (G)

- L'évolution du droit des contrats en France *in* Journées de la société de législation comparée 1979, R.I.D.Comp.1979, p.447

- Rapport sur la protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français *in* Travaux de l'Association H.Capitant, La protection du consommateur, Montréal 1973, t.XXIV, p.131

COUTURIER (G)

- L'ordre public de protection (heurs et malheurs d'une vieille notion neuve) *in* Etudes J.Flour, Déf.1979, p.95

- Les relations entre employeur et salarié en droit français *in* La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges, Bdp t.261, LGDJ 1996, p.151

DAUCHY (P)

- Une conception objective du lien d'obligation : les apports du structuralisme à la théorie du contrat , A.P.D.1981 t.XXVI , p.35

DELEBECQUE (PH)

- La formation de la vente entre professionnel et consommateur *in* R.J.Com.1997 n°spéc., p.21 (colloque de Deauville organisé les 7 et 8 juin 1997 par l'Association Droit et commerce)

DEMOGUE (R)

- Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance, RTDCiv.1905, p.723

- De la nature et des effets des droits éventuels, RTDCiv.1906, p.231

DEROUIN (Ph)

- Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition, RTDCiv.1978 p.1

DURAND (P)

- La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, RTDCiv.1944, p.73

FABRE-MAGNAN (M)

- Le mythe de l'obligation de donner, RTDCiv.1996, p.85

FERRIER (D)

- Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants, D.1980,Chr., p.177

FONTAINE (M)

- Rapport de synthèse *in* La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges, Bdp t.261, LGDJ 1996, p.615

FRISON-ROCHE (M-A)

- L'indétermination du prix, RTDCiv.1992, p.269

GATSI (J)

- La protection des consommateurs en matière de contrats à distance dans la directive du 20/05/1997, D. aff. 1997, n°42, p.1378

GAUTHIER (P-Y)

- Les aspects internationaux de la négociation, Colloque Univ. de Toulouse, La négociation du contrat, RTDCom.1998, p.493

GHESTIN (J)

- L'indétermination du prix de vente et la condition potestative (de la réalité du consentement à la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre), D.1973, Chr., p.293

- L'utile et le juste dans les contrats, D.1982,Chr., p.1

- La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du code civil, Etudes dédiées à A.Weill, Dalloz/Litec 1983, p.243

GISSINGER (A)

- Rapport devant l'Assemblée nationale, J.O. Débats, Ass.Nat., 11/12/1969, p.4832

GOUBEAUX (G)

- Remarques sur la condition potestative stipulée dans l'intérêt exclusif de l'une des parties, Rép.Def. 1979, art.31987, p.753

GROUTEL (H)

- La prestation attendue: variations sur le thème de la déception du consommateur, *in* Le contrat de consommation, contribution à l'étude de la condition juridique du consommateur, Congrès national des huissiers de justice, Tours 06/1974, LGDJ 1974 p.86

GUÉRIN (G)

- L'exercice du droit de repentir, Loyers 1980, n°8-9, Chr., p.2

GUIGOU (E)

- Intervention devant le Sénat, J.O Débats, Sénat , 23/10/1997, p.2991

HAGE-CHAHINE (F)

- Essai d'une nouvelle classification des droits privés, RTDCiv.1982, p.705

HAUSER (J)

- Temps et liberté dans la théorie générale de l'acte juridique, Mélanges en hommage à J.Ellul, "Religion, société et politique", PUF, 1983, p.503

HÉBRAUD (P)

- Rôles respectifs de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques *in* Mélanges J.Maury, 1960, t.II, p.435
- Observations sur la notion de temps dans le droit civil *in* Etudes offertes à P.Kayser, PUAM.1979, t.II, p.1

HEIDSIECK (G)

- Le marché de la solitude et le droit (Commentaire de l'article 6 de la loi du 23/06/1989 relatif au courtage matrimonial), JCP 1990, éd.G, I, 3432

HUMANN (C)

- La spécificité de la clause de dédit, Revue de droit immobilier 1997, p.169

IZORCHE (M-L)

- Contrats conditionnels et définitifs *in* Colloque Univ. des sciences sociales de Toulouse, Les avant-contrats, RTDCom.1998 n°3, p.521

JEANDIDIER (W)

- L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire, RTDCiv.1976, p.700

JESTAZ (PH)

- Essai de synthèse *in* Les standards juridiques, Cahiers de méthodologie juridique n°3, RRJ Droit prospectif 1988-3, p.1181
- L'égalité et l'avenir du droit de la famille, Mélanges en hommage à F.Terré, "L'avenir du droit", Dalloz, PUF, Editions du Juris-classeur 1999, p.417

JOSSERAND (L)

- L'essor moderne du concept contractuel *in* Etudes F.Gény, 1936, t.II, Librairie E.Duchemin Paris, 1977, p.333
- Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, RTDCiv.1937, p.1

JOURDAIN (P)

- La bonne foi dans la formation du contrat, Rapport français *in* Tvx. Assoc. H.Capitant, t.XLII, Journées louisianaises 1992, Litec 1994, p.121

KELSEN (H)

- La théorie juridique de la convention, APD.1940, Le problème du contrat, p.33

KULLMANN (J)

- Les relations entre assureurs et assurés en droit français *in* La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges, Bdp t.261, LGDJ 1996, p.349

LAGARDE (P)

- Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19/06/1980, Rev.crit.DIP.1991, p.288

LASSALLE (B)

- Les pourparlers, RRJ 1994-3, Droit prospectif, p.849

LAUDE (A)

- Le constat judiciaire des pourparlers, Colloque Univ. de Toulouse, Les avants-contrats, RTDCom.1998, p.551

LE TAVERNIER (B)

- Comparaison internationale des délais de rétractation et de réflexion prévus par les réglementations relatives à la protection du consommateur, *Revue de la concurrence et de la consommation* 1995, n°87 p.72

LE TOURNEAU (PH)

- La rupture des négociations, Colloque Univ. de Toulouse, La négociation du contrat, *RTDCom.*1998, p.477

- Quelques aspects de l'évolution des contrats *in* Mélanges P.Raynaud, Dalloz Sirey 1985, p.350

LÉCUYER (H)

- Le contrat, acte de prévision, Mélanges en hommage à F.Terré, "L'avenir du droit", Dalloz, PUF, Editions du Juris-classeur 1999, p.643

LEQUETTE (Y)

- L'évolution des sources nationales et conventionnelles du droit des contrats internationaux *in* L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées R.Savatier 1985, PUF 1986, p.185

LORVELLEC (L)

- *J.Cl.civ.*, art.1588, Vente à l'essai fasc.G, 1985

MAGNIN (F)

- Réflexions critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques: l'abus de situation, *JCP* 1976, éd.G, I, 2780

MARIE (B)

- Intervention devant l'Assemblée nationale, *J.O.Débats, Ass.Nat.*, 2/12/1971, p.6359

MARTIN (C)

- Intervention devant l'Assemblée Nationale, *J.O. Débats, Ass.nat.*, 2/10/1971, p.4213

MARTIN (D)

- La défense du consommateur à crédit, *RTDCom.*1977, p.619

MARTIN (R)

- Le consommateur abusif, *D.*1987, *Chr.*, p.150

MARTIN (X)

- Nature humaine et Code Napoléon, *Droits* 1985/2, p.117

MAYAUX (L)

- L'égalité en droit civil, *JCP* 1992, I, 3611

MAZEAUD (D)

- La protection par le droit commun, *in* Les clauses abusives entre professionnels, *Économica* 1998, coll.Études juridiques, sous la dir.de D.Mazeaud et Ch.Jamin, p.33

- L'attraction du droit de la consommation, *RTD Com.*1998, p.95

MESTRE (J)

- L'évolution du contrat en droit privé français *in* L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées R.Savatier 1985, PUF 1986, p.41

- D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, *RTDCiv.*1986, p.100

- Des notions de consommateur, *RTDCiv.*1989, p.62

- Le consentement du professionnel contractant dans la jurisprudence contemporaine, Mélanges en hommage à A.Breton et F.Derrida, Dalloz 1991, p.259
- Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat, *in* Le juge et l'exécution du contrat, PUAM 1993, p.91
- L'ordre public dans les relations économiques *in* L'ordre public à la fin du XXème siècle, Dalloz 1996, p.33
- De la renonciation au bénéfice d'une règle d'ordre public de protection, RTDCiv.1998, n°3, p.670 n°3
- Vingt ans de lutte contre les clauses abusives, Mélanges en hommage à F.Terré, 'L'avenir du droit', Dalloz, PUF, Editions du Juris-classeur 1999, p.677

MORIN (G)

- La désagrégation de la théorie contractuelle du Code, APD.1940, Le problème du contrat, p.7

MOUSSERON (J-M)

- La durée dans la formation des contrats *in* Etudes A.Jauffret, Faculté de droit d'Aix-en-Provence, 1974, p.510
- Rapport de synthèse *in* Colloque Univ. des sciences sociales de Toulouse, RTDCom.1998 n°3, p.559

MOUSSERON (P)

- Négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle, RTDCom.1998, p.243

NAJJAR (I)

- L'accord de principe, D.1991, Chr., p.57
- La «rétractation» d'une promesse unilatérale de vente (à propos d'un revirement par un arrêt de la Cour de cassation du 26/06/1996), D.1997, Chr., p.119

PAISANT (G)

- La loi du 6/01/1988 sur les opérations de vente à distance et le « télé-achat », JCP.1988 éd.G., II, 3350
- Essai sur la notion de consommateur en droit positif (Réflexions sur un arrêt du 25/05/1992 de la première chambre civile de la Cour de cassation), JCP 1993, éd.G., I, 3655

PETIT (B)

- La formation successive du contrat de crédit *in* Le droit du crédit au consommateur, ouvrage sous la direction d'I.Fadlallah, Litec 1982, p.93

PETIT (J-C)

- Rapport de devant l'Assemblée nationale, J.O. Débats, Ass.Nat., 18/10/1972, p.4215

PIZZIO (J-P)

- Un apport législatif en matière de protection du consentement: la loi du 22/12/1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile, RTDCiv. 1976, p.66
- L'introduction de la notion de consommateur en droit français, D.1982, Chr., p.91
- La protection des consommateurs par le droit commun des obligations, RTDCom. 1998, p.53

PUTMAN (E) et PRIETO (C)

- Typologie matérielle et formelle des formulations d'objectifs dans les textes législatifs *in* Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs, Cahiers de méthodologie juridique n°4, RRJ Droit prospectif 1989-4, p.879

PUTMAN (E)

- Compte rendu de la thèse de J.Attard ('Le contrat de prêt d'argent, contrat unilatéral ou synallagmatique ? ', PUAM, 1999), RTDCiv.1999 n°2, p.519

RAYMOND (G)

- Les contrats de consommation *in* Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis, Actes du colloque du 24/02/1994 de l'Université de Reims, Litec 1995, p.35

RAYNARD (J)

- Commentaire de la directive du 20 mai 1997, RTDCiv. 1997 p.1015

RÉMY (PH)

- Droit des contrats: questions, positions, propositions *in* Le droit contemporain des contrats (Bilan et perspectives), Economica 1987, p.271

RIEG (A)

- La « punctuation ».Contribution à l'étude de la formation successive du contrat *in* Etudes A.Jauffret, Faculté de droit d'Aix-en-Provence 1974, p.593

RIPERT (G)

- L'ordre économique et la liberté contractuelle *in* Etudes F.Gény, 1936, t.II, Librairie E.Duchemin 1977, p.347

ROETS (D)

- Les droits discrétionnaires: une catégorie juridique en voie de disparition, D.1997, Chr., p.92

ROUAST (A)

- Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, RTDCiv.1944, p.1

ROUBIER (P)

- Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs, APD 1957, Le rôle de la volonté dans le droit, p.1

- Délimitation et intérêts pratiques de la catégories des droits subjectifs, APD. 1964, t.IX, Le droit subjectif en question, p.89

ROUHETTE (G)

- « Droit de la consommation » et théorie générale du contrat *in* Etudes offertes à René Rodière, Dalloz 1982, p.247

- La force obligatoire du contrat *in* Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises, Bdp t.196, LGDJ 1987, p.27

SAINT-ALARY (R)

- La jouissance de biens immobiliers à temps partiel et la loi n°98-566 du 8/07/1998, D.1999, Chr., p.147

SALEILLES (R)

- La responsabilité précontractuelle (à propos d'une étude nouvelle en la matière), RTDCiv.1907, p.697

SCHMIDT-SZALEWSKI (J)

- La sanction de la faute précontractuelle, RTDciv.1974, p.47

- La période précontractuelle en droit français, RID comp.1990, p.545

- Les accords précontractuels en droit français, *in* Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence des 17-18/05/1990 Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, PUAM 1990

SCHNITZER (A)

- La loi applicable au contrat, Rev.crit.DIP.1955, p.459

SCRIVENER (Ch)

- Intervention devant le Sénat, J.O. Déb., Sénat, 12/10/1976, p.2699

- Intervention devant le Sénat, J.O. Déb., Sénat, 14/11/1989, p.3224

SINAY-CYTERMANN (A)

- Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français, *in* La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges, Bdp t.261, LGDJ 1996, p.241

STOUFFLET (J)

- La protection du consommateur faisant appel au crédit, Etudes E. de Lagrange, 1978, p.227

TAISNE (J-J)

- Obligations conditionnelles, caractères de la condition, J.Cl.civ., art.1168 à 1174, fasc.40 à 43, 1995
- Obligations conditionnelles, effets de la condition suspensive, J.Cl.civ., art.1181 et 1182, fasc.47, 1995

TERRÉ (F)

- Sur la sociologie juridique du contrat, APD 1968, Les notions de contrat, t.XIII, p.71
- Le doute et le droit:synthèse, *in* Le doute et le droit, Ouvr.coll.,Dalloz 1994, Coll.Philo du Droit, p.1

THIBIERGE-GUELFUCCI (C)

- Libres propos sur la transformation des droit des contrats, RTDCiv.1997, p.357

THYRAUD (J)

- Rapport devant le Sénat, J.O. Débats, Sénat, 12/10/1976, p.2695

TRIGEAUD (J-M)

- Promesse et appropriation du futur, *in* "Le droit et le futur". Travaux et recherches de l'Univ.de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, PUF 1985, p.63

TROCHU (M)

- Protection des consommateurs en matière de contrats à distance: directive n°97-7 CE du 20/07/1997, D.1999, n°17, Chr., p.179

URBANSKI (P)

- De quelques particularités du démarchage téléphonique, Droit Pénal 1997, Chroniques n°15

VILLEY (M)

- Les institutes de Gaïus et l'idée du droit subjectif, Rev.hist.droit 1946, p.201
- Essor et décadence du volontarisme juridique, APD.1957, Le rôle de la volonté dans le droit, p.87
- La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam, APD.1964, Le droit subjectif en question, t.IX p.97
- Préface historique à l'étude des notions de contrats, APD.1968, Les notions de contrat, t.XIII, p.1

VION (M)

- Faculté de rétractation en cas d'acquisition ou de construction d'un logement neuf, Rép.Def.1990, art.34723 p.257

VIVANT (M)

- Les clauses de secret, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence des 17-18/05/1990 Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, PUAM 1990, p.101
- Commerce électronique, un premier contrat-type, le contrat commerçants-consommateurs de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, Revue Lamy Droit des affaires, 1998, n°8, p.9

IV - OBSERVATIONS ET NOTES DE JURISPRUDENCE.

AUBERT (J-L)

- obs. sous Civ.3ème 21/01/1971, Rép.Def.1971, art.29861
- obs. sous Civ.3ème 11/05/1976, Rép.Def. 1977, p.456, n°37
- obs. sous Civ.3ème 7/06/1983, Rép.Def.1984, art.33326, n°14
- obs. sous Crim.16/12/1986, D.1987, Som., p.457
- obs. sous Civ.1ère 3/05/1988, D.1988, Som., p.407
- obs. sous Civ.1ère 14/06/1989, D.1989, Som., p.338
- obs. sous Com.6/03/1990, D.1991, Som., p.317
- obs. sous Civ.1ère 17/03/1998, Rép.Def.1998, p.749

AYNÈS (L)

- note sous Civ.1ère 1/07/1997, D.1998, Jur., p.32

BÉNAC-SCHMIDT (F)

- note sous Civ.3ème 15/12/1993, D.1994, Jur., p.507

BOULOC (B)

- obs. sous Com.20/11/1990, RTDCom.1991, p.429
- obs. sous Civ.1ère 25/05/1992, RTD Com. 1993, p.154

BOY (L)

- note sous Civ.3ème 1/07/1998, D.1999 n°12, Jur., p.170

CARBONNIER (J)

- note sous Soc.24/03/1958, JCP 1958, II, 10868

CHAUVEL (P)

- obs.sous Civ.1ère 1/12/1998, Droit & Patrimoine, Mai 1999, n°71, p.108

CHAZAL (J-P)

- note sous Paris 3/07/1998, D.1999 n°17, Jur., p.249

DAGOT (M)

- note sous Civ.3ème 20/02/1979, JCP 1979 éd.G, II, n°19376

DELEBECQUE (Ph)

- note sous Civ.1ère 28/02/1987, D.1988, Jur., p.1
- obs. sous Civ.3ème 15/12/1993, Rép.Def.1994, article.35845, p.795, n°.61

FAGES (B)

- note sous Civ.1ère 6/01/1998, JCP 1998, II, 10066

GERVAIS (S)

- note sous Civ.1ère 7/10/1998, JCP 1999, éd.E, n°36, p.279

HÉMARD (J)

- obs. sous Com.8/03/1977, RTDCom.1977, p.573
- obs. sous Com.9/12/1980, RTDCom.1981, p.851

IZORCHE (M-L)

- obs. sous Civ.3ème 15/12/1993, JCP 1995 éd.E, I, n°439, n°1

KULLMANN (J)

- obs. sous Civ.1ère 25/05/1992, D.1992, Som., p.401

LÉONAN (R)

- Civ.10/04/1948 D.1948, Jur., p.421

LEVENEUR (L)

- obs. sous Comm.des clauses abusives 14/09/1993 Société la Téléphonie centrale et Société SADAC, Cont., conc., conso. 1992, n°92

- note sous Civ.1ère 3/01/1996, 30/01/1996, JCP 1996, éd.G, II, 22654

- obs. sous Civ.1ère 17/03/1998, Cont., conc., conso.06/1998, p.11 n°86

LOUSSOUARN (Y)

- obs.sous Civ.3ème 21/01/1971, RTDCiv.1971, p.632

MAZEAUD (D)

- obs. sous Com.10/05/1994, D.1995, Som., p.89

- note sous Civ.3ème 15/12/1993, JCP. 1994 éd.G., II, n°22366

- obs. sous Civ.3ème 12/10/1994, Rép.Def.1995, art.36100

- obs. sous Civ.1ère, 5/12/1995, Rép.Def.1996, art.36354, n°62

- obs. sous Civ.1ère 3/01/1996, 30/01/1996, Rép.Def.1996, p.766

- obs. sous Civ.3ème 26/06/1996, D.1997, Som., p.169

- obs. sous Civ.1ère 1/07/1997, D.1998, Som., p.110

MESTRE (J)

- obs.sous Civ.3ème 7/06/1983, RTDCiv.1984, p.713

- obs. sous Civ.1ère 28/02/1987, RTDCiv. 1987, p.537

- obs. sous Com.6/03/1990, RTDCiv.1990, p.463

- obs. sous Civ.1ère 12/02/1991, RTDCiv.1991, p.525

- obs. sous Riom 10/06/1992, RTDCiv.1993, p.343

- obs. sous Civ.3ème 15/12/1993, RTDCiv.1994, p.588

- obs. sous Versailles 8/07/1994, RTDCiv.1995, p.97

- obs. sous Versailles 15/09/1995, RTDCiv.1996, p.147

- obs. sous Civ.1ère 3/01/1996, 30/01/1996 RTDCiv.1996, p.609

- obs. sous Civ.1ère 3/07/1996, RTDCiv.1997, p.308

- obs. sous Com.22/10/1996, RTDCiv.1997, p.418

- obs. sous Com.28/04/1998, RTDCiv.1999 n°1, p.81

- obs. sous Civ.1ère 7/10/1998, RTDCiv.1999 n°2, p.384

- obs. sous Civ.1ère 13/10/1998, RTDCiv.1999 n°2, p.376

NICOLAU (G)

- note sous Civ.1ère 25/05/1992, D.1993, Jur., p.87

PAISANT (G)

- obs. sous Civ.1ère 20/10/1992, JCP 1993, éd.G., II, 22007

- obs.sous Civ.1ère 6/01/1993, JCP 1993, éd.G., II, 22007

- obs. sous Civ.1ère 24/11/1993, D.1994, Som., p.236

- note sous Civ.1ère 21/02/1995, J.C.P.1995, II, n°22502

- note sous Civ.1ère 3/01/1996, 30/01/1996, D.1996, Jur., p.228

- note sous Civ.1ère 17/07/1996, JCP 1996, éd.G, II, 22747

-obs. sous Civ.3ème. 1/07/1998, D.1999, Som., p.13

PIEDELIEVRE (S)

- note sous Civ.1ère 17/03/1998, JCP 1998 éd.E, n°44, p.1731

PIZZIO (J-P)

- note sous Civ.1ère 15/04/1982, D.1984, Jur., p.439

- note sous Crim.6/03/1984, D.1984, Jur., p.552

- obs. sous Civ.1ère 8/11/1994, D.1995, Som., p.313

PRONIER (D)

- Rapport de Civ.3ème 26/06/1996, RJDA 7/1996, p.636

RAYMOND (G)

- obs. sous Civ.1ère 12/02/1991, Cont.,conc.,conso. 1991, n°95
- obs. sous Paris 5/07/1991, Cont., conc., conso.1992, n°16
- obs. sous Civ.1ère 10/06/1992, Cont., conc., conso., 10/1992, p.17, n°195
- obs. sous Paris 9/11/1994, Cont., conc., conso. 1995, n°40
- obs. sous Civ.1ère 28/11/1995, Cont.,conc., conso.1996, n°34
- obs. sous Civ.1ère 18/06/1996, Cont., conc., conso. 1996, n°117

RÉMY (Ph)

- obs. sous Com.27/03/1990, RTDCiv.1990, p.514, n°1.

SCHMIDT-SZALEWSKI (J)

- note sous Com.20/03/1972, JCP 1973, II,17543
- note sous Versailles 5/03/1992, Bull.Joly, 1992, p.636
- note sous Com. 7/04/1998, JCP.1999, éd.E, n°13, Jur., p.579

SÉRIAUX (A)

- note sous Com.22/10/1996, D.1997, Jur., p.121

SOULEAU (H)

- obs. sous Civ.3ème 4/02/1987, Rép.Def.1988, art.34202, n°23

TAISNE (J-J)

- note sous Civ 3ème 11/05/1976, D.1976, Jur., p.270
- note sous Civ.1ère 6/07/1988, JCP 1989, II, 21194

TERRASSON DE FOUGÈRES (A)

- note sous Civ.3ème 15/12/1993 JCP 1995, éd.N., I, p.194

TOURNAFOND (O)

- obs. sous Civ. 3ème 4/01/1991, D.1992, Som., p.196
- obs. sous Civ.3ème 15/12/1993, D.1994, Som., p.230

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
---------------------------	---

PREMIERE PARTIE - LE DROIT DE RÉTRACTATION COMME TECHNIQUE DE DROIT SPÉCIAL	8
--	---

CHAPITRE I - UN DOMAINE DE DROIT SPÉCIAL	9
---	---

SECTION I - LE DOMAINE <i>RATIONE MATERIÆ</i> DU DROIT DE RÉTRACTATION	10
---	----

PARAGRAPHE I - UN DOMAINE DÉSIGNÉ PAR DES SITUATIONS CONCRÈTES	10
A - LA PRISE EN CONSIDÉRATION DE L'OPÉRATION ÉCONOMIQUE.....	11
a - Droit de rétractation et groupe de contrats.....	12
b - Droit de rétractation et qualification du contrat.....	12
B - LA PRISE EN CONSIDÉRATION DE MÉTHODES COMMERCIALES.....	14
a - La conclusion d'un contrat à distance.....	14
b - Le démarchage.....	15

PARAGRAPHE II - UN DOMAINE FIXÉ PAR LA FONCTION DE LA PRÉROGATIVE	16
A - LE FONDEMENT DE LA PROTECTION.....	16
a - La protection contre autrui.....	17
b - La protection contre soi-même.....	18
B - L'OBJET DE LA PROTECTION.....	19
a - L'intégrité du consentement.....	19
I - Signification de l'intégrité du consentement.....	19
II - Traitement juridique de l'intégrité du consentement.....	20
b - La spécificité du droit de rétractation.....	21

SECTION II - LE DOMAINE <i>RATIONE PERSONÆ</i> DU DROIT DE RÉTRACTATION	23
--	----

PARAGRAPHE I - L'ÉGALITÉ DES CONTRACTANTS	23
A - L'ÉGALITÉ AU SENS DU DROIT COMMUN.....	24
a - L'égalité « juridique ».....	24
b - L'inégalité de fait.....	25
B - L'ÉGALITÉ AU SENS DU DROIT DE LA CONSOMMATION.....	26
a - L'égalité selon le droit naturel classique.....	26
b - Égalité aristotélicienne et fondement du droit de la consommation.....	27

PARAGRAPHE II - LA NOTION DE CONSOMMATEUR.....	29
A - LES DÉFINITIONS DU CONSOMMATEUR.....	29
a - En matière de vente à distance.....	30
I - L'article L.121-16 c.conso.....	30
II - La directive 97/7/CE du 20/05/1997.....	30
b - En matière de crédit à la consommation.....	31
I - Le critère de délimitation du texte.....	32
II - L'apparition du critère de la compétence.....	33
c - En matière de démarchage à domicile.....	33
I - Le consommateur personne morale.....	34
II - Le critère du rapport direct.....	34
B - UNE DÉFINITION DU CONSOMMATEUR.....	35
a - La notion de consommateur est un standard.....	36
I - Les standards juridiques en droit positif.....	36
1. Une notion « floue ».....	36
2. L'office du juge.....	37
II - Le standard du consommateur.....	37
b - Évaluation des critères de définition proposés.....	38
I - Le critère restrictif.....	38
II - Les critères compréhensifs.....	38
1. Le critère de la compétence.....	39
2. Le critère du rapport direct.....	39
 CONCLUSION DU CHAPITRE I -	 41
 CHAPITRE II - UNE PRÉROGATIVE DE DROIT SPÉCIAL.....	 42
 SECTION I - LA NATURE JURIDIQUE DU DROIT DE RÉTRACTATION.....	 42
PARAGRAPHE I - QUALIFICATION DU DROIT DE RÉTRACTATION AU REGARD DE LA THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT	43
A - DROIT DE RÉTRACTATION ET NOTION DE DROIT SUBJECTIF.....	43
a - Évolution de la notion de droit subjectif.....	43
b - Le droit de rétractation au regard de la définition moderne du droit subjectif.....	44
I - La source objective du droit de rétractation.....	45
II - Le "pouvoir" octroyé au consommateur.....	46
B - QUALIFICATION DU DROIT SUBJECTIF DE RÉTRACTATION.....	46
a - L'alternative du consommateur.....	47
I - La notion de faculté.....	47
II - La notion de droit d'option.....	48
1. Au cours du délai de rétractation.....	49
2. L'exercice du droit de rétractation.....	50
b - La maîtrise du contrat.....	50
I - La notion de droit potestatif.....	51
II - L'assimilation du droit de rétractation à un droit potestatif.....	52
1. Sous l'angle actif du droit.....	52

2. Sous l'angle passif du droit.

PARAGRAPHE II - L'INSUFFISANCE DE LA THÉORIE GÉNÉRALE POUR QUALIFIER LE DROIT DE RÉTRACTATION.....	54
A - DROIT DE RÉTRACTATION ET MÉCANISME CONDITIONNEL.....	54
a - La condition-modalité.....	55
I - La condition ne peut porter sur le consentement.....	55
II - La question des conditions légales.....	56
b - La prohibition des conditions potestatives.....	57
I - L'approche classique.....	58
1. Le principe de prohibition des conditions potestatives.....	58
2. Les assouplissements de la règle.....	58
II - L'approche contemporaine.....	60
1. Le contrat à l'essai.....	61
2. La faculté de réméré.....	61
B - L'OBJET DU DROIT DE RÉTRACTATION.....	63
a - Un contrat conclu.....	63
I - Le contrat n'est pas formé.....	63
II - L'avant - contrat.....	65
b - Un contrat « précaire ».....	65
I - La nature d'une faculté de dédit.....	65
II - Distinction de la faculté de dédit et du droit de rétractation.....	66
 SECTION II - LE RÉGIME JURIDIQUE DU DROIT DE RÉTRACTATION.....	 68
PARAGRAPHE I - CONDITIONS D'EXERCICE DU DROIT DE RÉTRACTATION.....	68
A - CONDITIONS DE FOND.....	68
a - Computation du délai de rétractation.....	69
I - La durée du délai de rétractation.....	70
II - Calcul du délai de rétractation.....	71
1. Dies a quo.....	71
2. Dies ad quem.....	72
b - Renonciation au délai de rétractation.....	72
I - La renonciation au droit de rétractation.....	72
II - La renonciation au droit de rétractation acquis.....	73
B - CONDITIONS DE FORME.....	74
PARAGRAPHE II - LES MODALITÉS D'EXERCICE DU DROIT DE RÉTRACTATION.....	76
A - LA LIBERTÉ DE L'EXERCICE DU DROIT DE RÉTRACTATION.....	76
a - L'interdiction d'un début d'exécution avant l'expiration du délai.....	76
I - Fondement de l'interdiction.....	76
II - Sanctions de l'interdiction.....	77
b - La gratuité de l'exercice du droit de rétractation.....	78
B - L'ARBITRAIRE DANS L'EXERCICE DU DROIT DE RÉTRACTATION.....	78
a - Le droit de rétractation ne serait pas un droit discrétionnaire.....	79
b - Le droit de rétractation serait un droit discrétionnaire.....	79

- CONCLUSION DU CHAPITRE II -	81
- CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE -	82

**DEUXIÈME PARTIE -
LE DROIT DE RÉTRACTATION COMME
TECHNIQUE DE DROIT COMMUN.....83**

CHAPITRE I - LE TEMPS ET LE DROIT DE LA FORMATION DU CONTRAT...85

SECTION I - L'ÉTAT DU DROIT DE LA FORMATION DU CONTRAT.....86

PARAGRAPHE I - LE TEMPS DE L'INDÉCISION, TEMPS DE LIBERTÉ.....86

A - LE TRAITEMENT JURIDIQUE DE L'INDÉCISION LORS DE LA PÉRIODE PRÉCONTRACTUELLE.....	87
a - La naissance d'obligations dans les relations précontractuelles.....	87
I - La diligence dans les rapports précontractuels.....	87
II - L'obligation précontractuelle d'information.....	88
b - La sanction des obligations précontractuelles.....	89
I - L'aménagement du fondement délictuel de la sanction de la faute précontractuelle.....	90
II - Des sanctions limitées.....	91
B - LE TRAITEMENT JURIDIQUE DE L'INDÉCISION ET L'OFFRE DE CONTRAT.....	91
a - Les qualités de l'offre.....	92
b - La rétractation de l'offre.....	92

**PARAGRAPHE II - LE TEMPS DE L'INDÉCISION EST AMÉNAGÉ
PAR UNE CONVENTION.....94**

A - LES CONTRATS DE NÉGOCIATION.....	95
a - Les obligations engendrées par les contrats de négociation.....	95
b - La sécurité juridique des formes contractuelles de pourparlers.....	96
B - L'AVANT-CONTRAT.....	97
a - L'autonomie du contrat de promesse unilatérale.....	98
I - L'affirmation de l'autonomie du contrat de promesse unilatérale.....	99
II - La définition de la promesse unilatérale en droit positif.....	100
b - L'instabilité de la promesse unilatérale.....	101
I - La rétractation du promettant.....	101
II - La conclusion du contrat promis avec un tiers.....	101

**SECTION II - L'ENRICHISSEMENT DU DROIT DE LA
FORMATION DU CONTRAT.....103**

PARAGRAPHE I - L'ENRICHISSEMENT DU DROIT COMMUN SAVANT....104

A - LA FORMATION SUCCESSIVE DU RAPPORT CONTRACTUEL.....	104
a - Le renouvellement des principes relatifs à la formation du consentement.104	
I - La conception statique de la formation du consentement en droit commun.....	104
II - Une nouvelle approche de la formation du consentement.....	105
1. Une conception psychologique de la formation du consentement...106	

2. Une conception dynamique de la formation du consentement.....	107
b - Le renouvellement des principes relatifs à la formation de l'engagement.	108
B - LA FORMATION SUCCESSIVE DU RAPPORT D'OBLIGATION.....	110
a - La formation imparfaite des droits et obligations engendrés par le contrat.....	110
b - Les droits et obligations engendrés par le contrat sont éventuels.....	111
PARAGRAPHE II - L'ENRICHISSEMENT DU DROIT COMMUN POSITIF.....	113
A - LA VALIDITÉ DU DROIT DE RÉTRACTATION EN DROIT COMMUN.....	114
B - L'OPPORTUNITÉ D'UN DROIT DE RÉTRACTATION EN DROIT COMMUN.....	116
a - Un cadre de confiance pour la volonté contractuelle en formation.....	116
b - Une stimulation de l'initiative contractuelle.....	117
- CONCLUSION DU CHAPITRE I -	118

**CHAPITRE II - L'ESPACE ET LA FORMATION DU
CONTRAT.....119**

SECTION I - LA CONCLUSION D'UN CONTRAT A DISTANCE, DE LEGE LATA..120

PARAGRAPHE I - LE TRAITEMENT JURIDIQUE DE LA DISTANCE EN DROIT FRANÇAIS.....	120
A - L'INDIFFÉRENCE DU DROIT COMMUN QUANT À LA PROBLÉMATIQUE DE LA CONCLUSION DU CONTRAT À DISTANCE.....	120
B - LE TRAITEMENT JURIDIQUE DE LA DISTANCE PAR LE DROIT DE LA CONSOMMATION.....	122
a - La confirmation écrite de l'offre.....	122
b - Le droit de rétractation en matière de vente à distance.....	123

PARAGRAPHE II - LE TRAITEMENT JURIDIQUE DE LA DISTANCE PAR LE DROIT COMMUNAUTAIRE.....	125
A - LE TRAITEMENT COMMUNAUTAIRE DES CONTRATS A DISTANCE CONCLUS ENTRE PROFESSIONNELS ET CONSOMMATEURS....	126
a - L'information du consommateur.....	127
I - L'obligation précontractuelle d'information.....	127
II - L'obligation contractuelle d'information.....	128
b - Le droit de rétractation.....	129
B - LE TRAITEMENT JURIDIQUE DES CONTRATS A DISTANCE DANS UN DOMAINE GÉNÉRAL.	130

SECTION I - LA CONCLUSION D'UN CONTRAT A DISTANCE, DE LEGE FERENDA.....	132
PARAGRAPHE I - LE DROIT DE RÉTRACTATION DANS LES CONTRATS	

RELATIFS A UN BIEN.....	132
A - LE PRINCIPE D'UNE VOCATION GÉNÉRALE DU DROIT DE RÉTRACTATION DANS LES CONTRATS RELATIFS A UN BIEN.....	132
B - LA MESURE D'UNE VOCATION GÉNÉRALE DU DROIT DE RÉTRACTATION DANS LES CONTRATS RELATIFS A UN BIEN.....	134
a - Caractères d'un droit de rétractation généralisé.....	134
I - Une prérogative discrétionnaire.....	135
II - Une prérogative disponible.....	135
b - Le cas des contrats translatifs de propriété.....	135
PARAGRAPHE II - LE DROIT DE RÉTRACTATION DANS LES CONTRATS RELATIFS A UN SERVICE.....	136
- CONCLUSION DU CHAPITRE II -	138
- CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE -	139
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	140
BIBLIOGRAPHIE	
GÉNÉRALE.....	143
INDEX.....	160
TABLE DES MATIERES.....	163