

Droit civil : droit des contrats.

Paragraphe 2 : le droit des contrats aujourd'hui

Il s'inscrit dans une lutte contre les excès de l'individualisme qui se manifeste avec le développement de l'ordre public ; dès 1804 le contrat est soumis à l'exigence d'un objet et d'une cause qui soit licite. On ne peut pas faire de contrat immoral (art 6 : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »).

L'ordre public représente les valeurs d'une société en un lieu et un temps donné. En 1804 l'ordre public était classique (famille, Etat...) ; puis il s'est développé un ordre public économique et social : il va imposer certains comportements pour éviter l'exploitation du faible par le fort et de prévenir à une meilleure justice contractuelle.

Donc le législateur va jusqu'à imposer sa propre conception de l'utilité sociale en intervenant dans le contrat.

Cette tendance à entraîné la multiplication des statuts spéciaux qui régissent une catégorie particulière de contrats (assurance, travail...). => Ces contrats se sont émancipés de la théorie générale des contrats pour devenir des droits à part entière. Ce que certains auteurs appellent « interventionnisme étatique » se traduit par une obligation à contracter. Pour défendre l'intérêt des plus faibles, des organisations se sont mis en place : par exemple les syndicats.

Le développement d'organismes collectifs pour défendre une catégorie de contractants, le regroupement des plus faibles aux seins d'associations c'est développé. On pense aux syndicats, aux associations.

On a beaucoup parlé des class-action, ou l'idée de l'action de groupe. Il s'agit d'admettre qu'une action unique puisse être formée par un représentant de toutes les victimes. C'est l'idée selon laquelle une personne puisse agir au nom de toutes les victimes, ce qui facilite l'action judiciaire.

C'est surtout pour le droit de la consommation, l'idée de permettre d'indemniser plus facilement les victimes du dommage.

En France, cela a été très controversé, car selon l'adage, *nul ne plaide par procureur*, chacun doit plaider pour lui-même.

Il y a également une difficulté d'évaluer collectivement des préjudices individuels.

A l'heure actuelle donc, seul le droit de la consommation connaît cette éventualité, dans le cas de préjudice subi par des consommateurs du fait d'un même professionnel. L. 422-1 du code de la consommation.

Les principes contemporains des droits du contrat sont guidés par des principes importants.

Certains pensent à la bonne foi, à une certaine loyauté. D'autres proposent de les définir comme une opposition à la charité.

Certains auteurs ont ainsi une position assez classique, et voient d'un mauvais œil, l'intrusion du juge dans le contrat. Tout simplement, parce que le contrat, c'est **la chose des parties**.

La volonté doit rester maîtresse, tout comme la force obligatoire doit rester principe.

C'est d'ailleurs la position qu'adopte un bon nombre d'auteurs. Cette théorie on peut la rattacher à l'autonomie de la volonté. On parle d'une **vision autonomiste**.

D'autres, plus *modernes*, défendent une vision plus dynamique du contrat.

Ils n'hésitent pas à remettre en cause les prévisions initiales des parties pour améliorer l'équilibre, la proportionnalité des prestations. Soit de restaurer la justice contractuelle.

Actuellement un courant reprend cette idée du *solidarisme contractuel*. Cette idée n'est au XVIIIe siècle, par Léon Bourgeois, ainsi que par un juriste René Domogue, célèbre pour la phrase :

« *LE contrat est un microcosme, une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par les contractants, absolument comme la société civile ou commerciale.* »

Cette théorie est en opposition avec **l'autonomie de la volonté**, disant que chaque contractant est libre dans le contrat.

Le **solidarisme** consiste à envisager le rapport contractuel comme étant *souvent* déséquilibré. Les parties ne sont pas égales :

- Que ce soit techniquement.
 - Exemple : vendeur informatique
- Que ce soit financièrement
 - Exemple : employeur

Le solidarisme estime que le contrat doit être rééquilibré, en dépit de la *rencontre de la volonté*.

En outre, le solidarisme implique une certaine collaboration entre les contractants.

Denis Mazeaud, c'est intéressé de savoir s'il ne pourrait y avoir une nouvelle devise contractuelle, « loyauté, solidarité, fraternité ».

Pour parvenir à une meilleure justice, et à une meilleure utilité du contrat, il est important de rendre les contrats, plus « civilisés ». Les contractants doivent se respecter mutuellement, et œuvrer ensemble à la réalisation du contrat.

Il ne s'agit donc, plus d'admettre que chacun veille à la défense de ses seuls intérêts.

L'idée de bonne foi déjà présente en 1804, dans l'article 1134 al. 3 du code civil, mais elle a été occultée par la doctrine et la jurisprudence pendant longtemps. Alors qu'aujourd'hui, on la redécouvre de partout.

Elle implique une certaine loyauté durant la négociation du contrat, dans la conclusion, loyauté dans l'exécution du contrat, pour se faire une collaboration au cours du contrat est nécessaire.

Cela passe par **l'information**. L'information des contractants est très importante. Et le plus informé des deux doit informer correctement et clairement l'autre partie.

Plus on est informé, et plus on doit informer l'autre.

La question se pose de savoir s'il n'y a pas une nouvelle crise du contrat ?

En effet, en 1968, un auteur Henry Batifole, parlait de crise du contrat. Il entendait par là décrire le phénomène de multiplication des régulations spécifiques à certains contrats, à tel point que le contrat à terme classique, semblait être amené à disparaître.

On pointait la crise de la volonté au profit du **dirigisme contractuel**. Les individus n'étaient plus libres de faire ce qu'ils voulaient.

Il est vrai que la surprotection de certaines catégories de contractants peut aboutir à des effets néfastes, voir à des conséquences opposées au but initial.

Exemple : Surprotéger les locataires, ça décourage l'investissement locatif.

Difficile de trouver un dirigisme exacerbé, et un libéralisme particulièrement dangereux pour les parties les plus faibles.

Ainsi, si la volonté des parties n'est pas à même de réaliser, l'équilibre, la justice, l'utilité contractuelle, il semble justifié que le juge puisse intervenir.

L'idée étant de ne pas se retrancher dans des principes trop rigides.

Ainsi, pour certains spécialistes, l'idée, serait un renouveau de la conception libérale.

Redonner une place à la sécurité juridique du contrat, voilà la tendance **néolibérale**.

Ce courant fait abstraction de l'évolution irréversible du droit français, dans le contexte européen, voir mondial. Le droit des contrats français évolue forcément pour se mettre en conformité avec le droit commun européen. On est dans un contexte de réforme.

Un droit de contrat européen est d'ailleurs en élaboration.

On peut noter qu'aujourd'hui, le droit des contrats est un droit sous influence. Il est largement influencé par deux autres droits.

- Le droit de la consommation
 - Qui régit les rapports mixtes, entre consommateur et professionnel. Quand on parle d'une logique consumériste, c'est celle d'une protection du consommateur au

détriment du professionnel. La logique consumériste gagne énormément le droit des contrats.

- Des règles du droit de la consommation, vont être intégrées dans le droit des contrats
- Le droit de la concurrence
 - C'est le droit des marchés, du marché économique. Il est censé permettre le libre jeu de la concurrence. En principe ce droit n'est pas censé interférer dans le droit des contrats
 - Or, le contrat est au centre du marché. Du coup, le droit de la concurrence, a influencé les règles qui s'adressent au contrat.
 - Exemple : Le vice du consentement qu'est la violence économique.
 - L'impératif de transparence entre les agents économiques

Paragraphe 3 : L'avenir du droit des contrats

Nous sommes aujourd'hui dans un contexte d'évolutions, ainsi le droit du contrat risque d'être modifié. Aujourd'hui sous couvert de simplification du Droit, le gouvernement légifère dans tout le domaine par voie d'ordonnances. Sans passer par le contrôle du parlement. La matière du droit des contrats, n'a pas été remaniée depuis longtemps. A l'heure actuelle le projet de code civil européen, suscite le débat. Le 11 juillet 2001, la Commission européenne, a lancé une vaste consultation au près des états membres de la communauté juridique, ainsi que le monde économique et social, sur l'intérêt de mettre en place un droit européen du contrat, pour fluidifier les échanges intérieurs.

Le 12 Février 2003, la Commission a adopté un plan d'action « Un droit des contrats plus cohérents ». Ce qui est important c'est de noter la volonté des institutions européennes

À l'heure actuelle l'eupéanisation du Droit des contrats, c'est quelque chose que l'on ne peut négliger.

Que propose le droit européen comme modèle qui peut servir comme référence ?

Il existe des principes européennes du droit des contrats, qui a été élaboré par la Commission Landau, dans les années 1990, et ce sont les plus connus et les plus détaillés.

Ils ont été rédigés par un groupe d'universitaire et pour l'instant ils n'ont aucune valeur contraignantes, mais les contractants peuvent décider de s'y référer, ou de prendre pour eux ces mêmes principes. Sur le plan théorique il présente une utilité très importante, puisqu'ils sont le fruit d'une réflexion universitaire de différentes nationalités. Trouver des compromis...

Le droit français est en contradiction avec les tendances majoritaires au sein de l'union européennes.

Il fait figure de droit isolé

En matière internationale, ou de commerce international, les principes UNIDROIT, qui font office de sources et qui proposent des règles spécifiques. Ces règles régissent les contrats de commerce international.

Reste la convention de Vienne, sur la vente internationale de marchandise, date de 1981.

Ces trois objets font principe de référence.

Ces principes ont une philosophie beaucoup plus libérale que le droit français, parce qu'ils ont été élaborés par des professionnels du commerce.

Mais on raisonne à des contractants professionnels, dans des cadres libéraux.

Pour revenir au droit français, l'idée d'un droit européen reste encore très controversée.

Certains y sont favorables, au niveau pratique ça permet l'amélioration la circulation du contrat. Faire un seul instrument contractuel.

De manière plus théorique, il s'agirait d'un idéal à atteindre, d'une Europe qui serait unie et fondée autour d'un droit des obligations communs.

À l'inverse, des auteurs plus traditionalistes, estiment qu'il n'y a aucun intérêt à l'unification, et craignent que celle-ci renforce encore la perte de souveraineté nationale, à laquelle restent-ils très attachés.

Il n'existe pas, par exemple aux États-Unis de droit des contrats unifiés, alors qu'il s'agit d'un pays unique. Cette spécificité n'empêchant pas les flux commerciaux.

Sur le droit international, il reste encore des règles de **droit international privé** qui règlent les **conflits de lois**.

Il faut rappeler que le droit des contrats est empreint de particularismes nationaux, qui tiennent à la culture, et à la spécificité de chaque pays. Ça serait dommage de gommer ces particularités en uniformisant pour quelque chose qui ne devrait guère améliorer le fonctionnement du marché unique.

Une législation unique n'empêcherait pas de toute manière d'être confronté à des divergences d'interprétation selon les pays. La jurisprudence ne serait pas la même en fonction des pays. On aurait donc quand même des solutions différentes.

Le débat reste ouvert.

En droit français, des universitaires ont élaboré un avant-projet du droit des obligations, que l'on appelle le rapport Catala, qui a été remis à la chancellerie le 22 septembre 2005. Aujourd'hui il semble que ce projet est enterré. Le gouvernement n'a pas été convaincu par cet avant-projet de réforme.

C'est 36 universitaires qui se sont penchés sur la question.

Ils proposent des idées qui sont destinées à ce que le code civil redevienne la matrice, le droit commun du droit français des obligations, et plus particulièrement des contrats. Ce qu'il n'est plus.

90% des articles relatifs au droit des contrats, datent de 1804.

Le droit des contrats se trouvent donc pour l'essentiel, en dehors du code civil.

La sécurité juridique est donc remise en cause.

L'ambition des universitaires est de redonner un rayonnement de notre code civil à l'étranger. Parce qu'au niveau européen, on apparaît avoir un droit poussiéreux.

Ce rapport Catala est une vitrine pour montrer que le droit français n'est pas obsolète et qu'il sait s'adapter.

L'autre grosse tendance du droit des contrats, c'est que le contrat ne se fait plus seulement par écrit, mais qu'en plus Internet est devenu un moyen de contracter très facilement.

Le législateur à était obligé. La loi du 21 Juin 2004, dite économie numérique, consacre les contrats sous forme électronique et ça a donné les articles 1108-1 et 1108-2 et 1369-1 et suivant qui reconnaissent la place du contrat électronique.

Si la volonté peut créer des obligations, elle ne peut pas tout. Elle est encadrer, les individus ne pouvaient pas créer des conventions équilibrés et valables.

Pour que le contrat puisse avoir des obligations valables, il doit être correctement formé au regard du droit des contrats. C'est ce que nous dit l'article 1134, « *le contrat doit être légalement formé* ».

- Partie 1 : Les conditions de formation du contrat
- Partie 2 : Les sanctions.

PARTIE UNE : LES CONDITIONS DE FORMATION DU CONTRAT

Chapitre préliminaire : présentation de la notion de contrat

La notion de contrat est fondamentale de la vie de société. Les rapports humains sont forcément contractuels et le respect de la parole donné, c'est un concept permanent, universel, qui marque chaque société, même la plus primitive. Qui se manifeste de façon très diverses.

Il y a une maxime latine, forgée par les canonistes, « *pacta sunt servanda* » les conventions doivent être respectées.

Elle véhicule en elle-même la force obligatoire du contrat.

À partir du moment où les individus décident de contracter, ils doivent respecter leurs engagement.

En droit des affaires, le contrat occupe une place centrale :

- Statistiquement, le contrat est la source la plus importante d'obligation
- Le contrat, on le retrouve dans tous les domaines.
 - Mariage
 - Successions
 - Droit des biens
 - Droit du crédit
 - Droit des sociétés
 - Droit de la concurrence
 - ...

Cette omniprésence est expliquée, parce que le contrat est un instrument juridique très **souple**. Il permet de s'adapter à des besoins sans cesse changeant. Il faut s'adapter rapidement. Or la loi serait difficilement adaptable aussi rapidement.

La pratique des affaires à ce titre est très révélatrice. Elle crée régulièrement de nouveaux types de contrat.

On peut inventer, en droit français, des nouveaux contrats.

Psychologiquement, le contrat présente l'avantage, d'être synonyme d'obligation voulue, choisie. Et on supporte et on exécute d'autant mieux des obligations que l'on a choisies.

C'est l'organisation sociale dans son ensemble qui y gagne, c'est pour cela que l'on dit que le contrat est également un instrument **d'utilité sociale**. Il permet à la société de fonctionner correctement et de manière harmonieuse.

Section 1 : Le particularisme du contrat

L'article 1101 du code civil définit la notion de contrat

Paragraphe 1 : ce qu'est le contrat

De manière générale, l'acte juridique est une **manifestation de volonté**, accomplie dans le but d'avoir des **effets de droit**.

Dans les actes juridiques, on a par exemple, le *contrat*. Qui est l'acte juridique le plus important.

Autre exemple d'acte juridique, le *testament*.

Le fait juridique lui-même c'est un événement quelconque auquel une règle de droit attache des effets juridiques que les intéressés n'ont pas voulu en tant que telle. Exemple une faute ayant entraîné un dommage à autrui.

Le contrat est un accord de volonté faisant naître une ou plusieurs obligations, ou bien créant ou transférant un droit réel. (Droit sur une chose, etc....)

Le contrat c'est un type de convention ; la convention étant un accord de volonté, particulier, ce particularisme c'est qu'il **crée des obligations**.

Toute convention n'est pas forcément créatrice d'obligations ; exemple : une transaction, une reconnaissance de dette.

Paragraphe 2 : ce que n'est pas le contrat

- Le contrat résulte d'un accord, en cela il se distingue de l'acte unilatéral qui est une manifestation de volonté d'une seule personne ; exemple : testament, ou la reconnaissance d'un enfant naturel.
- Le contrat se caractérise par la force juridique contraignante qui se dégage, **sa force obligatoire**. Et ce trait le distingue de ce que l'on appelle, les actes de *pure courtoisie* ; inviter quelqu'un...
 - Les engagements politiques ne seraient pas un contrat ? La réponse est non.
 - Le contrat n'est pas un accord de complaisance
 - Un contrat naît-il dans le bénévolat ?
 - Le fait de prendre un autostoppeur, est-ce qu'un contrat de transport c'est créer ?
 - La réponse est non selon la jurisprudence. Arrêt du 27 Mars 1928, et un arrêt de la chambre mixte en 1968, à la responsabilité délictuelle.
 - L'engagement d'honneur est une pratique courante dans le milieu des affaires. C'est le fait de s'engager sur l'honneur de payer ses créanciers. Est-ce un contrat ?
 - La frontière n'est pas toujours très nette entre ces accords et le contrat. Les tribunaux qui vont avoir à qualifier ces actes, ont généralement à ne pas retenir la qualification de contrat qui crée des obligations.
- Le contrat se distingue de ce que l'on appelle les **actes juridiques collectifs**. L'acte collectif est un acte juridique par lequel se manifeste la volonté d'un ensemble de personnes qui sont unies par une même communauté d'intérêt et qui porte sur une même question ; exemple : délibération d'une assemblée d'actionnaire dans une société, conventions collectives, en droit du travail...

Section 2 : la classification des contrats.

En Droit romain une distinction fondamentale était faite entre les contrats *nommés* et les contrats *innomés*. Seul les contrats nommés, c'est-à-dire ceux dont la nature et le régime juridique était légalement prévu, étaient obligatoires.

Les contrats innomés, étaient ceux que la loi ne réglementait pas sous une dénomination propre et vu qu'ils ne rentraient dans aucuns moules juridiques, ils étaient dépourvus d'efficacité.

L'intérêt d'une classification des contrats tient à la **qualification juridique** que les juges pourront être amenés à faire afin de déterminer l'intention des partis.

Aujourd'hui les deux types de contrats, nommés et innomés, sont obligatoires. Et à cette distinction bipartite, c'est ajoutée tout un tas de classification différentes qui tiennent soit aux effets du contrat, soit à la qualification des contractants, soit à la condition de la formation.

Paragraphe 1 : le contrat classé selon ses effets.

A. les contrats à titres onéreux, et à titre gratuit.

Le contrat à titre gratuit, c'est celui dans lequel une partie ne retire aucun avantage de la prestation qu'elle fournit, exemple : la donation.

On parle également de *libéralité* pour les désigner, ou bien de *contrats de bienfaisance*.

On peut ajouter le cautionnement, ou le prêt à usage ; prêt de véhicule, ou de bien quelconque.

Le contrat à titre onéreux lui, c'est celui dans lequel chaque partie, trouve une contrepartie à une obligation qui est à sa charge ; exemple le contrat de vente.

Néanmoins cette dichotomie est à relativiser comme toutes les classifications, il faut nuancer. Parfois il convient de prendre en considération « *l'économie du contrat* » ; c'est-à-dire son organisation générale, pour déterminer sa nature. Pour savoir ce que les parties ont mis en place. Par exemple une donation peut être un contrat à titre onéreux, si des charges importantes pèsent sur le donataire.

B. Le contrat synallagmatique et unilatéral

Le contrat synallagmatique c'est celui qui crée des obligations réciproques et interdépendantes à la charge des deux parties, comme le bail ou la vente. Chaque partie est à la fois créancière et débiteur.

La définition est abordée à l'article 1102 « le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'engagent bilatéralement ».

À l'inverse selon l'article 1103, le contrat est *unilatéral* « lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres sans que de la part de ces dernières il y ait engagement »

Il faut bien comprendre que le contrat unilatéral est bien un accord de volonté, les différentes parties se mettent d'accord, mais une seule partie a une obligation.

On va de concert décider qu'une seule partie aura une obligation. Exemple, la donation qui nécessite l'acceptation du bénéficiaire.

À ne pas confondre avec l'acte unilatéral où seule une volonté se manifeste, comme le testament.

Souvent les contrats à titre onéreux sont synallagmatiques, même chose les contrats à titre gratuit sont unilatéraux.

La correspondance n'est pas toujours vraie, comme le cas du dépôt gratuit, mais il peut être synallagmatique, puisque les deux parties ont une obligation.

C. Les contrats commutatifs et aléatoires.

C'est une sous-division des contrats à titre onéreux.

Le contrat est commutatif d'une part, lorsque les prestations de chacun, sont certaines et déterminées, c'est l'article 1104 alinéa 1 du code civil qu'il le précise « le contrat est commutatif

lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose, lorsqu'elle est l'équivalent de ce qu'on lui donne »

En revanche le contrat est aléatoire lorsque la prestation de l'un, dépend d'un événement aléatoire. Comme le contrat d'assurance, le viager.

C'est l'article 1104-2.

D. Les contrats instantanés, ou les contrats à exécution successive, ou échelonnée.

Le contrat instantané c'est celui qui se réalise en un instant, en une prestation unique, comme la vente, même si elle demande un certain temps.

Le contrat à exécution successif, est un contrat où les prestations se renouvellent dans le temps, comme le contrat de bail, le contrat de travail...

On distingue enfin les contrats à exécution échelonnée, où une des prestations s'exécutent sous la forme de prestation répétée, comme dans le cas d'une livraison échelonnée d'une marchandise.

Ces contrats à exécution successive, peuvent être à durée déterminée ou à durée indéterminée, sachant que dans ce cas, chacune des parties peut mettre fin au contrat unilatéralement, parce qu'en droit il existe un adage selon lequel « *il ne peut y avoir d'engagement perpétuel* ».

L'intérêt de cette distinction, s'agissant de la faculté de résiliation, de même pour le renouvellement du contrat...

Paragraphe 2 : le contrat selon la qualité des parties.

A. Les contrats civils et commerciaux

L'originalité c'est que ce qui va changer, c'est la personnalité du contrat. Le même contrat pourra être civil ou commercial, selon qu'il a été conclu entre particulier et entre commerçants.

Les commerçants sont réputés *rompus* à la pratique des affaires. Les contrats commerciaux sont plus souples, moins protecteur, parce que les commerçants, ont les juges habitués à la pratique des contrats, ainsi :

- Liberté de la preuve
- Solidarité des codébiteurs
- Validité de certaines clauses interdites
 - Clauses limitatives de responsabilités
 - Clauses attributives de compétence
- Prescription abrégée
 - L'extinction de l'action en justice, elle n'est que de dix ans. Alors qu'en droit civil elle est de trente ans.

B. Les contrats civils et les contrats « mixtes ».

Le contrat « mixte » c'est le contrat passé entre un professionnel et un consommateur, on parle également de **contrat de consommation**, ils sont évidemment de plus en plus courants.

L'intérêt de la distinction est fort.

Dans un contrat civil, l'égalité des parties est *présumée*. Alors que dans les contrats mixtes, le consommateur est le *faible* qu'il faut protéger.

Cette distinction entre civil et consommation, devient LA distinction de principe qui vient détrôner la distinction civil/commercial.

Le droit de la consommation possède depuis 1993 un Code de la consommation. C'est un droit jeune, mais qui explose et qui devient très influent sur le code civil en général.

Certains auteurs y voient une menace pour le droit civil. La logique **consumentariste** ; de protection de consommateur, paraît bien envahir le droit commun, si bien que l'on va avoir de plus en plus l'idée de protection d'une partie faible qui s'étend au-delà du contrat de consommation.

Les juges n'hésitent plus à intervenir à l'intérieur du contrat, au vu de cette logique.

Néanmoins, l'inégalité des contractants ne se retrouvent pas uniquement dans le contrat de consommation, on peut en trouver ailleurs, on ne le dit pas assez souvent, entre professionnels, les rapports peuvent être, et même le sont très souvent, déséquilibrés.

Le déséquilibre peut être beaucoup plus grave dans des cas de **dépendance économique**, et le régime protecteur devrait pouvoir s'accorder également dans ces situations.

Paragraphe 3 : Le contrat selon le contexte de sa formation

A. La classification traditionnelle

1. Le contrat consensuel.

Contrat conclu par le seul accord de volonté, sans qu'aucune condition de forme ne soit requise. Le simple accord de volonté suffit.

C'est le principe du **consensualisme**. Seul l'échange des consentements oblige, comme la vente.

Mais le contrat consensuel a tendance à reculer au profit du contrat formaliste.

2. Le contrat solennel

Le contrat solennel nécessite d'après la loi que le consentement soit donné dans une forme particulière sinon il ne serait pas valable, le plus souvent il s'agira d'un écrit, un acte authentique ou bien acte sous seing privé.

Dans ce type de contrat, la forme est prépondérante, les parties n'ont pas la liberté de la forme, la loi l'impose, pour protéger les parties, ou pour protéger les tiers.

On pense ainsi à la donation, au mariage, l'hypothèque...

Il est intéressant de voir qu'au départ le code civil ne prévoyait que quelques contrats de ce type. Des lois postérieures ont ajoutés des types de contrats solennels, et la liste ne cesse de s'allonger. On pense à une renaissance du **formalisme**.

Aujourd'hui, le contrat électronique permet de passer des actes authentiques, la loi du 13 mars 2000, sur la preuve, a assimilé l'écrit sur support papier, et l'écrit sur support électronique. Si bien que se développe aujourd'hui les actes authentiques sur Internet.

3. Le contrat réel.

Catégorie de contrat qui a tendance à disparaître au profit du contrat consensuel

En plus de l'accord des parties, il impose la remise d'une chose au débiteur, tant que la remise de la chose ne c'est pas produite, le contrat n'existe pas.

On voyait le contrat gage ou le crédit à la consommation, mais la réforme de 2006 l'ont rendu consensuel.

Le contrat dépôt est encore un des derniers, avec le prêt à usage...

B. Le contrat *conclu intuitu personae*. (En considération de la personne)

Le contrat qui est conclu intuitu personae est conclu en fonction des qualités personnelles du contractant. Ce sont les qualités personnelles du contractant qui prime.

Exemple du contrat de travail, contrat d'un artiste...

On va apprécier la nature de la prestation pour savoir s'il s'agit bien de contrat intuitu personae.

Le mandat par exemple, est un contrat de ce type.

Le code civil reconnaît le particularisme de ce contrat, à certaines occasions, par *exemple*, l'erreur sur la personne n'est reconnu en tant que vice sur le consentement, que si le contrat à été conclu intuitu personae, en référence à l'article 1110 du code civil.

De même, le caractère intuitu personae fait exception au principe de *transmission du contrat aux héritiers*, c'est-à-dire, ceux qui continuent la personne décédée. Le rôle de la personne est trop décisif.

C. Le contrat international.

On parle de plus en plus de contrats internationaux, mais cette définition à deux acceptions.

- Une **juridique** : pour le juriste, un contrat est international lorsqu'il présente un élément d'extranéité, c'est-à-dire, qu'il a des liens avec au moins deux ordres judiciaire.
- Une **économique** : économiquement, il est international, lorsqu'il s'inscrit dans le commerce international.

Lorsqu'il est juridiquement international, il faut désigner l'ordre juridique, sous peine de tomber sur des **conflits de droit**. Le code civil ne contient aucun élément à ce sujet, et c'est la jurisprudence qui s'en est chargée, et qui a élaboré ce que l'on appelle, **la loi d'autonomie**.

La loi applicable sera celle que les parties auront choisie, ou à défaut, ce sera le juge qui recherchera d'après les circonstances du contrat, quelles lois sont applicables.

Depuis on a la convention de Rome du 19 Juin 1980, sur la loi applicable aux obligations contractuelles, qui a mis en place un système assez proche de la jurisprudence française.

D. Le contrat électronique.

Aujourd'hui, il est évident que les contrats se font régulièrement par le biais d'internet, c'est le clic de la souris qui remplace la signature à proprement parler. Ces contrats électroniques ont posés des problèmes s'agissant de la preuve du consentement. Ce qui a amené à prendre en compte ce nouveau moyen de prendre des contrats. A quel endroit le contrat est formulé ?

C'est une loi du 13 mars 2000 qui assimile l'écrit sur forme électronique à l'écrit sur forme papier, **article 1316-1**, la LEN a intégré également ce type de contrat.

Pour conclure sur ce chapitre préliminaire, la liberté de contracter offre une grande souplesse, le contrat permet au contractant de s'adapter aux circonstances économiques et sociales, tout en limitant le contrôle de l'autorité publique, néanmoins il y a des garde-fous, qui sont des conditions de validité.

TITRE PREMIER : CONDITIONS RELATIVES AUX PARTIES AU CONTRAT

Avant d'envisager ce qui représente l'essence même du contrat, la volonté, il s'agit de vérifier que chaque contractant détienne la possibilité de contracter, la qualité de conclure le contrat.

Il ne suffit pas de vouloir, il faut aussi pouvoir.

Chapitre un : la possibilité de contracter

La possibilité de contracter, implique deux notions juridiques bien distinctes. Selon que l'intéressé veut conclure un contrat pour lui-même, ou pour le compte de quelqu'un d'autre.

Section un : la capacité de contracter

Tout le monde n'est pas capable de conclure de contrat.

Les articles 1123 et suivants fixent la capacité des parties contractantes.

L'article 1123, « toute personne peut contracter si elle n'en n'est pas déclaré incapable par la loi. »

La capacité se définit juridiquement comme l'aptitude à posséder et à exercer l'ensemble des droits subjectifs reconnus à l'Homme.

Le droit de contracter est un élément fondamental de la personnalité juridique. C'est pour cette raison que l'incapacité est l'exception, et doit être circonscrite à des cas bien précis.

Ainsi le code civil nous dit que « sont incapables de contracter, les mineurs de moins de 18 ans, ainsi que les majeurs protégés. »

Les incapacités à contracter peuvent tenir soit à la personne en cause, à son statut ; l'article 1125-1 du code civil, prévoit que le personnel travaillant auprès des personnes âgées, ou auprès de personnes soumises à des traitements psychiatrique, ne peuvent tenir de contrat avec ces personnes là.

Les incapacités peuvent également tenir à la nature du contrat. La donation par exemple, est un contrat dangereux, comme un malade et son médecin.

Paragraphe 1 : Les types d'incapacité.

A. Les incapacités d'exercice.

Ce sont les plus fréquentes, elles signifient que celui qui en est frappé, a les mêmes droits que tout autre individu, mais ne peut les exercer librement, seul. Il doit être représenté par un tiers.

Cela signifie que le contrat produira des effets dans le patrimoine de l'incapable, comme si il avait lui-même conclu le contrat. Le but c'est de protéger l'incapable contre lui-même, ou ses créanciers qui voudraient profiter de son inexpérience.

1. Le mineur de moins de 18 ans non-émancipé.

Ce mineur sera représenté au sens juridique du terme, par un administrateur légal, ou par un tuteur.

Pour le mineur non émancipé, cinq types de contrat existent :

- Les actes de la vie courante, le mineur peut agir seul ; prendre le bus, etc. néanmoins, parce qu'il est mineur le contrat pourra être annulé si il a été conclu dans des situations **lésionnaires** pour le mineur ; avec un déséquilibre grave du mineur.
- Les actes de conservation et d'administration. Acte nécessaire à la conservation d'un bien, à sa gestion à son administration, comme un contrat de location, ou la vente de meubles d'usage courant, sont des actes que l'on n'estime pas être grave. Ce qui signifie que le tuteur, ou l'administrateur légal, peuvent conclure ce type de contrat. Mais le mineur peut également conclure seul ce type de contrat, mais le contrat pourra être annulé pour **lésion**, à la demande du représentant légal.
- Les actes de disposition ; contrat de vente, ou d'objet. Dans ces deux cas là, les deux parents ou le tuteur sous autorisation du conseil de famille, peuvent conclure ce type de contrats. Si ces règles ne sont pas respectées, le contrat est nul, même si il n'est pas **lésionnaire**.

- Les actes graves. Les actes susceptibles d'appauvrir le mineur, dans ces cas là, l'autorisation des juges des tutelles est obligatoire sous peine de nullité du contrat.
- Les actes interdits. Des actes tellement grave qui ne peuvent être fait au nom du mineur ; on dépasse l'incapacité d'exercice, pour atteindre les incapacités de jouissances, comme une donation, ni entrer dans une association de personnes.

2. Le majeur diminué.

La loi du 5 mars 2007, pour la réforme de la protection des majeurs, face à la multiplication des cas de personnes âgés incapables, est intervenue pour modifier le régime, cette loi n'est applicable qu'au 1^{er} janvier 2009.

Le majeur diminué, c'est, nous dit l'article 490, « un majeur qui subit une altération de ses facultés personnelles, ou bien un majeur qui compromet sa situation personnelle ou familiale, par intempérance, oisiveté, prodigalité. »

Dans ces cas là, il existe trois possibilités :

- La tutelle. Article 492, « une tutelle est ouverte quand un majeur pour une des causes prévues à l'article 490 à besoin d'être représenté de manière continue dans la vie civile. » le majeur est représenté par un tuteur, même mode de fonctionnement que le mineur non-émancipé. Les donations sont possibles à la faveur des descendants ou du conjoint de l'incapable.
- La curatelle, articles 508 et suivants du code civil. Le majeur sans être en état d'agir lui-même, à besoin d'être conseillé, ou contrôlé dans les actes de la vie civile. Le majeur sera assisté dans la conclusion des contrats. Il pourra passer seul les actes de la vie courante et les actes d'administration, mais ces actes pourront être annulés s'ils sont lésionnaires. Pour le reste il se fera assister d'un curateur, notamment pour obtenir une carte de crédit.
- Mis sous sauvegarde de justice. Articles 491 et suivant, la sauvegarde de justice est temporaire. Dans ces cas là, l'incapable, peut conclure ses contrats, mais ils pourront être annulés s'ils sont lésionnaires ou réduits s'ils sont excessifs par rapport à ses facultés.

Les tiers qui risquent l'annulation du contrat doit être informé de l'existence de l'incapacité de son cocontractant.

C'est pour cela qu'à été créé un répertoire civil sur lequel sont mentionnés les jugements de tutelle et de curatelle et une indication sur l'acte de naissance du majeur.

3. Autres types d'incapacité d'exercice

C'est le cas du débiteur en redressement ou en liquidation judiciaire

On est dans l'hypothèse d'une entreprise, ou d'une personne morale qui fait objet d'une procédure judiciaire. Dans ces là il y a un dessaisissement.

Dans ces cas là on va dessaisir le débiteur dans le but de protéger soit l'incapable lui-même, soit les créanciers du commerçant ou de la personne morale.

4. Les cas spéciaux

Certains textes soumettent l'exercice d'un droit particulier à l'autorisation ou à l'intervention d'un tiers. Il ne s'agit pas là de la même personne qui ne serait pas capable d'agir tout le temps, mais juste d'acte particuliers. La vente du domicile conjugal ne peut se faire sans le consentement des deux époux. Il y a donc pas mal de textes qui prévoient que spécifiquement certains actes ne peuvent se faire dans des conditions classiques.

B. Incapacité de jouissance.

Il ne s'agit pas de plus exercer un droit, mais c'est de ne pas pouvoir pleinement détenir ce droit. L'incapacité de jouissance, c'est la privation d'un droit, c'est la privation d'accomplir tel ou tel actes juridiques. Comment l'interdiction de conclure certains contrats.

Le but est de protéger les tiers contre l'incapable, et puis c'est de protéger l'incapable. On pense à l'interdiction de donation par rapport au mineur non-émancipé.

1. À l'égard des personnes physiques

L'interdiction tiendra souvent dans la nature des liens existant entre ces personnes. On pense à l'article 909 du code civil s'agissant des libéralités, des contrats à titre gratuit, qui sont interdites entre un mourant et son médecin, ou encore son confesseur. Pour éviter que l'on ne puisse contourner cette interdiction, l'incapacité s'étend aux proches parents des intéressés.

2. À l'égard des personnes morales

Ces personnes morales voient leurs capacités limitées selon leurs formes et leurs objets, leurs objets sociaux.

Il existe un principe, vis-à-vis des personnes morales, qu'est le principe de *spécialité*, qui impose que ces personnes morales ne puissent effectuer des actes qui soit totalement étrangers à l'objet pour lesquelles elles ont été créées.

3. les interdictions aux réglementations professionnelles.

Dans certains cas le Législateur peut exiger la nécessité d'une autorisation publique pour exercer certaines activités professionnelles, parce que cette activité professionnelle présente une spécificité, comme les banques ou les débits de tabac par exemple.

Tout individu est incapable de jouissance vis-à-vis de la profession de banquier par exemple.

Les incapacités de jouissance ne frappent pas le faible, là ce n'est pas le cas.

Paragraphe 2 : la nullité pour incapacité.

A. les tempéraments au principe de la nullité pour incapacité

Le principe de l'incapacité c'est celui d'une nullité *relative* ; seule la victime peut la soulever, qu'elle est susceptible de confirmation et la prescription est généralement de cinq ans.

Ce qui signifie concrètement que seul l'incapable ou son représentant légal peuvent l'invoquer. Puisque c'est une nullité dite de *protection*. C'est ce que nous dit l'article 1125 du code civil : « *la personne capable ne peut invoquer l'incapacité de son cocontractant.* »

La personne qui est capable juridiquement ne peut se prévaloir juridiquement pour faire annuler l'acte.

En principe tout contrat conclu par un incapable seul, alors qu'il aurait du être représenté, devrait être nul de plein droit. Mais la loi comme la jurisprudence ont prévu des exceptions.

D'une part, il est exigé :

- Une *lésion* comme condition de l'annulation des actes accomplis seul par le mineur, alors qu'il devait être représenté.

D'autre part :

- Il n'y a pas de nullité en cas de **dissimulation** frauduleuse de l'incapacité. Mais d'après l'article 1307, cela implique des manœuvres trompeuses destinées à usurper le consentement de l'autre. La simple déclaration de majorité ne suffit pas à qualifier l'acte de fraude.

B. Les effets particuliers de la nullité pour incapacité.

Cette nullité étant spécifique aux incapacités, des règles existent.

En matière d'incapacité, l'obligation de restitution est **limitée**.

L'incapable qu'il soit mineur ou majeur sous tutelle, n'est pas tenu de restituer tout ce qu'il a reçu, mais, seulement l'enrichissement qu'il a conservé de la prestation reçue, suivant l'article 1328.

Il y aura une responsabilité de l'incapable pour faute commise dans l'exécution du contrat qui serait annulé ou il aurait donc volontairement ruiné l'efficacité de ce contrat.

On pourra donc obtenir des dommages et intérêts.

Section 2 : La représentation

On peut définir la représentation comme un mécanisme permettant à quelqu'un de conclure un contrat non pas pour lui-même mais pour le compte de quelqu'un d'autre.

Le représentant va contracter pour le compte du représenté.

Exemple, le notaire, l'agent d'affaire sont des représentants. Et puis pour les personnes morales, ne fonctionne qu'avec de la représentation.

Paragraphe 1 : la représentation individuelle.

A. Les conditions de cette représentation.

Ces conditions sont au nombre de deux :

1. Le pouvoir de représenté.

Il faut avoir un pouvoir pour agir au nom d'autrui. Ce pouvoir peut être octroyé de trois manières différentes :

- Par la loi. Pouvoir **légal**
 - Les parents qui sont représentants légaux de leurs mineurs, et peuvent conclure des contrats pour le compte de leurs mineurs : 389 du code civil.
 - Le maire peut agir pour le compte de sa commune.
 - Les dirigeants sociaux d'une société tiennent de la loi le pouvoir d'agir.
 - ...
- Par le juge. Pouvoir **Judiciaire**.
 - Aucun texte ne prévoit le pouvoir, mais le juge peut décider quelqu'un charger de représenter quelqu'un d'autre.
 - Le juge peut nommer un administrateur provisoire pour une société
 - L'article 219 du code civil, prévoit qu'un époux peut être autorisé par le juge, à représenter l'autre qui serait « hors d'état de manifester sa volonté »
- Par la convention. Pouvoir **conventionnel**.
 - On pense à la procuration. C'est ce qu'on appelle le *contrat de mandat*, qui est le contrat par lequel le mandant donne le pouvoir à un mandataire pour le représenter. Contrat prévu aux articles 1984 et suivant.
 - Pour les personnes morales, ce seront les statuts de la société qui détermineront les personnes chargées de les représenter.

Quelque soit la source du pouvoir, le représentant ne peut agir que dans la limite du pouvoir qui lui a été donné. Il faut bien comprendre que c'est exceptionnel de contracter pour quelqu'un d'autre. Il est hors de question de passer des contrats pour quelqu'un d'autre.

Il y a une limite, c'est le cadre du pouvoir qui a été donné. Au-delà, il y a aura un *dépassement de pouvoirs*. Et il n'engagerait pas le représenté. Puisqu'il agit *hors cadre*.

Ce qui signifie qu'il pourra engager sa responsabilité personnelle.

Concrètement, le tiers contractant doit **vérifier** l'étendue de la mission du représentant.

La jurisprudence pour protéger ces tiers, cocontractants, a créé la théorie dite du **mandat apparent** pour protéger le tiers diligent et de bonne foi. Cette théorie repose sur l'idée que le tiers qui pouvait légitimement croire dans le pouvoir de représenter de son cocontractant pourra se prévaloir du mandat apparent, en faire comme si un mandat avait été bel et bien donné. C'est ce qu'on appelle une fiction juridique.

2. Intention de représenter

Le représentant doit déclarer dans le contrat qu'il agit « *au nom et pour le compte de son mandant* ». Il faut montrer que l'on a l'intention de contracter pour autrui. En cas de non-dit, les juges devront rechercher cette intention. Il y a donc un problème d'incertitude.

B. Les effets.

1. La représentation parfaite

Dans ce cas là, il y a une transparence du représentant. On sait qu'il agit pour le compte d'autrui. Le contrat sera réputé conclu **directement** entre le représenté et le tiers contractant.

Du coup :

- Le représenté doit être capable de contracter, puisque c'est dans son patrimoine qu'aura lieu des effets.
- Peu importe la capacité du mandataire. Qui lui ne s'engage pas personnellement.

Le créancier devient créancier ou débiteur.

La personne de l'intermédiaire, le représentant, ayant matériellement conclu le contrat, il y a plusieurs conséquences :

- L'existence d'un vice de consentement peut s'apprécier dans sa personne. C'est chez lui que l'on va rechercher l'erreur, ou menace.
- Si le mandataire, a commis une faute lors de la conclusion du contrat, si il a par exemple mal informé le contractant, il sera personnellement responsable envers le tiers contractant et ce même si il démontre qu'il a agi sur instruction du mandant. La jurisprudence affirme qu'il sera responsable personnellement.

2. La représentation imparfaite.

Dans le cadre d'une représentation imparfaite, le nom du représenté reste secret.

La personne ne veut pas que l'on sache que c'est elle qui va bénéficier du contrat. Exemple le contrat de prête-nom, où le représentant ne dit pas qu'il agit pour quelqu'un d'autre.

Dans ce cas là, le tiers ne connaît pas le représenté, ni son identité, voir dans certains cas, il ignore même qu'il y en a un.

Le représentant va contracter en son nom personnel. Il sera personnellement obligé envers le tiers, c'est-à-dire il devra répondre d'une responsabilité contractuelle, par exemple.

3. Le dépassement de pouvoir

Ici, nous sommes dans l'hypothèse où le représentant a dépassé le cadre de son mandat. Le représentant n'engagera pas le représenté en cas de dépassement de pouvoir.

Certains auteurs estiment que le contrat est carrément nul, censé n'avoir jamais existé. Toutefois cette solution n'est pas majoritaire.

Néanmoins, le représenté peut après coup, de régularisé le contrat passé en dépit du pouvoir accordé au représentant, parce qu'il estime que c'est dans son intérêt, en procédant à une **ratification**. Cette ratification, peut être soit :

- Expresse
- Tacite

Dans ces cas là, la ratification sera *rétroactive*. La ratification fera que le contrat sera valable et donnera des effets entre le représenté et le tiers dès la signature du contrat.

C. Le porte-fort.

Ce porte-fort que l'on désigne comme une « fausse représentation ». L'article 119 énonce un principe clair : « *on ne peut en général s'engager ou se stipuler en son propre nom, que pour soi-même.* », mais l'article 1120 précise que : « *néanmoins on peut se porte-fort pour un tiers en promettant le fait de celui-ci.* »

Se porter fort pour un tiers, cela revient à promettre que ce tiers donnera son accord au cocontractant.

Exemple d'une épouse qui s'engage à vendre un fond de commerce qui fait partie des biens communs et elle va se porte-fort pour son époux, c'est-à-dire, s'engager sur le fait que son époux serait d'accord sur le contrat de vente.

L'originalité, c'est que le tiers pour lequel on c'est porte fort, n'est absolument pas liée, ce qui signifie qu'il peut refuser le contrat par la suite. Le porte-fort s'engage personnellement à exécuter une *obligation de faire*. Cette obligation de faire, c'est rapporter l'accord du tiers.

D'après la jurisprudence, de la 1^{ère} chambre civile, du 25 janvier 2005, la Cour de Cassation, nous dit que cette obligation de porte fort est une obligation de résultat. S'il ne rapporte pas l'accord du tiers, le contrat sera privé d'effet, le porte-fort devra des dommages et intérêts pour *inexécution contractuelle*, puisqu'il a manqué à son obligation de faire.

Dans la grande partie des cas, le tiers va donner son accord, il va **ratifier le contrat**, cette ratification sera *rétroactive*, le tiers sera supposé engagé dès le début.

Paragraphe 2 : la représentation collective : les accords collectifs

À l'heure actuelle se développe de plus en plus des négociations collectives, aboutissant à des accords collectifs. L'originalité, c'est que cet accord sera signé par les organes représentants l'intérêt en présence. Mais, ensuite, cet accord collectif, aura une force obligatoire, à l'égard de **tous** les membres du groupement signataire. Si le syndicat FO signe tel accord collectif, il y aura obligation à l'égard de tous les membres du syndicat.

Un employé qui ne serait pas syndiqué, non-représenté, ne sera pas lié de la convention collective signée en dehors de lui.

Chapitre 2 : La volonté de contracter

Pour contracter, il faut avoir la volonté. Il faut vouloir engagé librement et de manière éclairé. C'est ce qui était au cœur du contrat en 1804, c'est l'idée que par sa seule volonté, l'individu peut se créer ses propres lois au même titre que le législateur.

Section 1 : Le consentement

Paragraphe 1 : Définition du consentement

Le consentement, a pour origine latine, « *consentire* », c'est-à-dire être d'accord.

Donner son consentement, c'est manifester sa volonté de faire quelque chose. C'est l'exemple du patient qui donne son consentement pour obtenir des prestations médicales.

En matière contractuelle, la notion de consentement a une signification plus précise, qui n'est pas évidente à cerner.

En 1804, les rédacteurs du Code Civil, ne se sont occupé du consentement que dans les articles 1108 à 1118 qu'à travers les vices qui pouvaient le toucher. Ils n'ont pas donné de définition, parce que ça apparaissait aller de soit. C'est la doctrine qui a entrepris de donner une définition de ce qu'est un consentement

Ainsi on peut l'entendre de deux manières différentes :

- Manifestation de la volonté de chacune des parties, acquiescées aux conditions du contrat conclu et prévu. *Vouloir s'engager*.
- Concours de volonté en lui-même. C'est le nœud de volonté.

De manière générale, le consentement est un processus qui s'étend sur la durée.

Et qui présente divers aspects :

- **Psychologique** : psychologiquement, le consentement est fait par une phase de réflexion.
- **Matériel**. Le consentement va impliquer une extériorisation de l'accord, peu importe ce mode d'extériorisation. Ça peut être un écrit. Il n'est pas nécessaire d'avoir d'écrit pour avoir un contrat. Le geste dans une vente aux enchères.

Le consentement est quelque chose qui se pense, c'est-à-dire une volonté interne au contractant, et qui s'exprime.

Des problèmes existent, lorsqu'il y a décalage entre cette volonté interne, et la volonté déclarée.

C'est le cas de l'erreur, une personne a consentie au contrat, en pensant que certaines conditions étaient réunies. Si la personne avait su, elle n'aurait pas contracté.

Le problème c'est qu'on ne peut pas à chaque fois, privilégier la volonté interne.

Parce que ça pose des problèmes de **sécurité juridique**, parce qu'en face on a une personne qui n'est pas mauvaise foi, et qu'elle n'y est pour rien

L'éventuel acquéreur doit pouvoir être sûr que le vendeur ne va pas modifier les conditions du contrat, au moment où il va donner son accord.

Prendre en compte la volonté interne, c'est coller davantage à la réalité et satisfaire au mieux celui qui c'est trompé.

Le problème c'est que prendre en compte cette volonté interne, c'est tromper la confiance légitime de celui qui c'est fié à la manifestation extérieure de volonté.

En droit positif il n'y a pas de solutions tranchées. Dans certain cas, le juge fera prévaloir la volonté interne, dans d'autres cas, le juge va s'en tenir à la volonté déclarée.

Le consentement était défini, on va maintenant l'analyser.

Paragraphe 2 : l'analyse du consentement

Le consentement on le présente comme la rencontre d'une offre, et d'une acceptation.

Consentir c'est un chemin de deux étapes.

A. L'offre de contracter

Inutile de chercher dans le code civil un article sur l'offre. Aucun article n'existe sur l'offre. La jurisprudence c'est basée sur l'article 1101 du Code Civil définissant le contrat.

1. La notion d'offre de contracter.

L'offre ou pollicitation c'est la proposition ferme de conclure un contrat déterminé à des conditions précises.

Fermeté et **précision**, caractérise l'offre. L'intérêt de savoir si on est bien face à une offre, c'est que si on accepte cette offre, un contrat se forme.

L'offre ce n'est pas simplement une invitation à entrer en pourparler. Ce n'est pas non plus un appel d'offres ; l'exemple que l'on peut prendre, ce sont les petites annonces dans la presse, puisqu'on n'est pas lié.

L'offre doublée de l'acceptation, va former le contrat.

À partir de là on pourra demander l'exécution forcée de notre engagement.

a. Précision de l'offre

L'offre doit être précise et contenir tout les éléments essentiels du contrat, c'est-à-dire les éléments sans lesquels on ne peut connaître le type de contrat que l'on a en face de soi.

Dans un contrat de vente, par exemple, les éléments essentiels, c'est la chose, et le prix. Dans un contrat de bail, c'est la chose louée, le montant du loyer, et la date d'entre dans les lieux.

En pratique, les contractants prennent rarement les précautions d'usage pour établir les conditions du contrat, et l'offrant ne va pas forcément mettre tout ces éléments.

La jurisprudence doit préciser les contours et surtout pour les contrats *innomés*. Pour ces contrats, difficile de connaître les éléments essentiels.

b. Fermeté.

L'offre doit être ferme. Son auteur doit avoir la ferme volonté de conclure le contrat qu'il propose. Si il fait son offre, sa proposition de contracter, et qu'on l'accepte, il doit conclure le contrat.

Pour que l'offre soit juridique, il faut que sa seule acceptation suffise à former le contrat.

En face, celui qui reçoit l'offre à le choix, il peut emmètre des réserves, expresses ou tacites. En outre, l'offrant peut lui-même s'emménager des portes de sortie en émettant lui-même des réserves. Exemple, il peut emmètre une réserve quant à la possibilité d'écarter tout contractant qu'il ne lui convient pas. Ou bien, l'offre peut être également limité jusqu'à épuisement des stocks disponibles.

Dans certains cas, les réserves émises par l'offrant sont telles qu'il n'y aura plus de véritable offre mais simplement une invitation à rentrer en pourparler. Ou bien on a un simple *appel d'offre*.

L'offrant perd cette qualité, et c'est le destinataire de l'offre qui va lui-même devenir offrant.

Il faut distinguer selon que la réserve permet ou non à celui qui la stipule de choisir son cocontractant. Si oui, il n'y a pas de véritable offre.

Dans le cas des petites annonces, on a vieil arrêt de la troisième Chambre Civile du 28 novembre 1968 « l'offre faite au public (annonce dans un journal) lie le pollicitant à l'égard du premier acceptant dans les mêmes conditions que l'offre faite à personne déterminée. ». La jurisprudence à vite fait de tempérer.

il faut nuancer en fonction de la nature de la convention, et il est admis qu'il existe des réserves implicites dans les contrats conclus *intuitu personae*, ou selon la personne.

2. Manifestation de l'offre.

L'auteur de l'offre que l'on appelle offrant ou pollicitant, doit **extérioriser** son intention. En droit français on parle du principe de *consensualisme*. C'est-à-dire que le droit français est gouverné par la liberté des modes d'extériorisation. L'inverse du consensualisme, c'est le formalisme.

Le consensualisme c'est l'idée selon laquelle on peut exprimer son consentement de n'importe quelle manière.

Néanmoins certains textes, notamment en droit de la consommation, règlementent précisément, les formes, et les contenus de l'offre ainsi que le délai pendant lequel l'offre doit être maintenue.

Ce principe du consensualisme connaît des limites. Le formalisme qui se développe dans le droit de la consommation le montre.

L'offre en principe se fait de manière libre, généralement, elle peut se faire soit de manière expresse, soit de manière tacite.

a. L'offre expresse

L'offre expresse est l'action spécialement accomplie en vue de porter la proposition de contracter à la connaissance d'autrui.

Exemple concret, des paroles ou des écrits, comme une lettre, une correspondance, un catalogue, une affiche, une annonce, une facture pro forma...

Ça peut également être l'étalage en vitrine. Le stationnement d'un taxi à son emplacement prévu, il ne peut refuser le contrat de transport qu'il a expressément offert. Le chauffeur de taxi ne peut refuser.

Un distributeur automatique qui fonctionne, est aussi une offre.

b. L'offre tacite.

L'hypothèse est très rare. C'est une action qui à l'inverse, qui n'est pas spécialement accomplie en vue de faire connaître une volonté de contracter, mais qui la **présuppose**.

On pense à la tacite reconduction. Avec l'hypothèse qu'au terme du contrat de bail, en restant dans les lieux loués, le locataire, offre tacitement au bailleur de rester dans les lieux.

De manière générale.

L'offre qu'elle soit tacite ou expresse, peut être faite à personne déterminée, ou au public, dans ce cas, sauf réserve implicite par la nature intuitu personae du contrat, cela vaudra offre pure et simple.

C'est une particularité du Droit français, parce que dans les autres droits, l'offre au public, on la considère comme une simple invitation à des pourparlers.

3. La valeur juridique de l'offre.

C'est là que réside tout l'intérêt de la question. Quel est la valeur juridique de l'offre avant son acceptation ou son refus ? Est-ce que l'offrant est tenu ? L'offre est-elle révocable ? Si oui, jusqu'à quand ? L'offre est-elle susceptible de caducité ?

a. La révocation de l'offre.

Ici se pose la question qui est de savoir si la manifestation unilatérale de volonté peut créer une obligation juridiquement contraignante. Est-ce par ma seule volonté, je me retrouve obligé juridiquement ?

D'après la doctrine classique, en accord avec son postulat autonomiste, seul l'accord de deux volontés, au minimum, peut obliger. En clair, l'offre est librement révocable.

Elle ne peut seule créer d'obligation.

Le problème de cette thèse, c'est *l'insécurité des transactions*. En effet, pour répondre à une offre, on doit bien peser le pour et le contre, un délai raisonnable est nécessaire. En outre, dans certains cas, il peut être nécessaire voir obligatoire d'engager des frais, faire des études de marché, engagement d'experts.

Ce qui signifie que si l'offrant peut révoquer, ça entraînera des préjudices.

L'insécurité des transactions, implique donc que l'offre ne puisse pas être librement révocable, qu'il y est des conditions.

i. Distinction entre les termes de l'offre.

Les tribunaux distinguent selon les termes de l'offre.

Si l'offrant a fixé un délai : les tribunaux vont se montrer rigoureux à son égard, l'offrant va être obligé de maintenir l'offre pendant le délai stipulé dans l'offre. Toute révocation faite dans ce délai est inefficace, même si l'offrant se rétracte, le destinataire de l'offre peut toujours accepter tant que le délai ne c'est pas écoulé.

On ne tient donc pas compte du revirement de l'offrant

Dans certains cas, c'est la loi **elle-même** qui intervient pour fixer le délai. Exemple en matière de prêt immobilier, la loi pose que l'offre doit être maintenue pendant trente jours minimums.

Enfin, lorsque rien n'est stipulé ni tacitement ni explicitement, les tribunaux dans ces cas là sont plus souples, en droit français on fonctionne sur l'idée d'un accord de volonté pour former un contrat. Souvent ils vont affirmer que l'offre est librement révocable sauf lorsque cette offre a été faite à l'encontre d'une personne déterminée. Il s'agira d'une interprétation souveraine des juges du fond selon les circonstances du contrat, selon sa nature, selon les usages, selon la distance des parties, bref, les juges vont se fier à la circonstance concrète qui entoure l'émission de l'offre afin de savoir si elle a été faite à une personne déterminée.

Néanmoins, lorsque les juges décident que l'offre a été faite à une personne particulière, ils vont décider qu'il existe un délai raisonnable pendant lequel l'offre doit être maintenue. Arrêt du 25 mai 2005 de la 3^e chambre Civile, dans les faits, l'offrant avait émis une offre avec la mention réponse immédiate souhaitée, or la personne qui reçoit l'offre ne répond que cinq semaines après l'envoi de l'offre, était un délai raisonnable.

Malgré le fait que la personne demandait une réponse immédiate, la Cour de Cassation a estimé que cinq semaines ce n'était pas quelque chose d'irraisonnable, le contrat fut donc valablement conclu.

Il faut donc être vigilant lorsqu'on émet un contrat, car une formule floue peut se retourner contre l'offrant.

Si l'offrant change d'avis avant le délai raisonnable, seuls des dommages et intérêts seront accordés, on ne va pas obliger l'offrant à conclure le contrat.

Mais dans l'arrêt de 2005, on a décidé d'aller contre la volonté du contractant puisqu'on a formé le contrat.

À noter que toujours dans cette hypothèse, l'offre prend fin quand son destinataire la refuse. Une fois que l'offre a été refusé, le refus express rend l'offre caduque.

A propos de la révocation de l'offre.

ii. Les fondements du maintien de l'offre.

Qu'est ce qui pourrait justifier en droit théorique qu'en droit pratique on soit obligé de maintenir l'offre alors qu'elle n'a pas été acceptée ?

Plusieurs théories ont essayé de dépasser l'accord de volonté générateur d'obligation.

Comment admettre que l'on soit obligé de maintenir son offre ?

On a proposé diverses théories, la théorie de l'engagement unilatéral de volonté, idée, selon laquelle que lorsqu'on manifeste unilatéralement sa volonté on peut créer une obligation.

En droit français, on admet cette théorie avec des nuances. Si l'offre est faite à délai déterminé à personne déterminée, on est tenu de maintenir l'offre et si la personne déterminée accepte, à conclure le contrat.

Pour tous les autres types d'offre la révocation sera toujours possible, mais néanmoins, elle pourra entraîner l'invocation de dommages et intérêts si l'offre a été faite à personne déterminée.

La théorie dominante pour expliquer pourquoi dans certains cas on est obligé de maintenir son offre, c'est **la théorie de la responsabilité civile**.

Une fois de plus, on évoque l'article 1382, la révocation hâtive, est une faute qui va entraîner un préjudice au destinataire de l'offre. On est avant le contrat, ce qui explique que l'on puisse invoquer cet article.

Certains auteurs affirment même que l'on peut même obtenir la conclusion du contrat.

Pourquoi est-on obligé de maintenir son offre ?

Personne n'a réussi à donner un fondement à cette obligation.

b. La caducité de l'offre.

Jusqu'à quand l'offre est-elle valable, au bout d'un moment ne devient-elle pas caduque ?

Le problème se pose lorsque l'acceptation ne suit pas directement l'offre.

Comme il y a un laps de temps entre ces deux éléments, certains éléments peuvent intervenir entre l'acceptation. Par exemple, le décès de l'offrant, ou son incapacité. La question se pose de savoir si l'offre devient ou non caduque.

i. L'écoulement du temps

La jurisprudence a distingué selon que l'offre contient ou non un délai. S'il y a un délai l'offre sera caduque à l'expiration du délai.

S'il n'y a pas de délai, en principe l'offre reste valable tant qu'elle n'est pas révoquée. Mais, une fois de plus, le bon sens, et la justice au sens large, implique que l'on reste dans un délai raisonnable. Comme le dit la jurisprudence, dans le but d'interdire les acceptations excessivement tardives.

ii. Changement de destinataire

Longtemps on a considéré que l'offre perdait toute sa valeur en cas de décès de son auteur, ou à l'inverse de son destinataire, donc, l'éventuel acceptant.

Pour certains auteurs il faut distinguer selon que l'offre à était faite avec ou sans délai :

- Si c'est le cas, elle reste valable même si l'offrant décède entre temps, et passera aux héritiers.
- Si ce n'est pas le cas, l'offre devient **caduque**.

C'est d'ailleurs la position du droit allemand.

La jurisprudence fut assez oscillante, par exemple l'arrêt de la Cour de Cassation 9 novembre 1983 « l'offre ne peut être considéré caduque du seul fait du décès », mais revirement le 10 mai 1989, on revient à la solution classique où l'on dit que l'offre disparaît avec son auteur.

Un dernier arrêt du 10 décembre 1997, nous apprend, au visa de l'article 1134 du code civil, lui donnant une portée plus large, cet arrêt est original, on est dans un cadre précontractuel mais on utilise l'article 1134 et le principe de l'offre obligatoire du contrat : l'offre n'est pas caduque après le décès de son auteur.

B. Acceptation du contrat

L'acceptation suppose que la personne puisse être libre de refuser de contracter avec un autre, le destinataire d'une offre de contracter n'est donc en principe pas obligé de l'accepté.

En prenant l'exemple d'un propriétaire de terrain à qui on suppose d'acheter un terrain, celui-ci peut toujours refuser de vendre. C'est un problème à la réponse constante depuis 1924.

La SNCF ne peut refuser de nous transporter, ou encore le notaire qui exerce une mission de service public. Des exceptions existent, soit de par l'existence d'un monopole, soit c'est l'idée de mission publique qui est mise en avant.

1. La notion d'acceptation.

C'est le deuxième élément du consentement est en principe une simple réponse affirmative à l'offre. C'est l'agrément pur et simple de l'offre. Dans certains cas, le destinataire de l'offre peut vouloir modifier les conditions faites par l'offrant.

Le destinataire va pouvoir émettre des contrepropositions, dans ce cas, le contrat n'est pas formé. La contre-proposition, juridiquement, c'est une offre nouvelle qui va impliquer le refus de l'offre initiale et donc sa caducité.

Lorsque la négociation est complexe, il y a un va et vient entre l'offrant initial et le destinataire de l'offre, il peut être nécessaire de préparer la conclusion finale du contrat recherché. C'est-à-dire on

va formaliser cette période des pourparlers, par des accords de volontés partiels ou sommaires que l'on va appeler assez logiquement, les **avant-contrats**.

Ces avant-contrats, sont bien des *contrats* en eux-mêmes, mais leurs but est de préparer la conclusion d'un contrat principal.

Le *pacte de préférence* en est un exemple premier, peut être défini comme la convention par laquelle le propriétaire d'un bien pour le cas où il le vendrait, le réserve à quelqu'un, le *bénéficiaire*, de préférence à toutes autres personnes pour un prix déterminé ou déterminable.

Les accords de principe, qui sont eux aussi des avant-contrats, donnent une matérialisation de l'acceptation à des éléments centraux d'un contrat.

Autre contrat préparatoire, la promesse unilatérale de contrat. Il s'agit d'une convention par laquelle une seule personne s'engage envers une autre qui l'accepte à conclure avec elle un contrat dont les conditions sont prédéfinies si celle-ci le lui demande dans un certain *délai*.

Le bénéficiaire d'une promesse unilatérale a une option : il peut donc accepter ou refuser le dit-contrat.

La promesse unilatérale de contrat, n'est pas un acte unilatéral, mais un *contrat*, dans le sens d'un accord de volonté. Au sein de la promesse il y a un accord de volonté, c'est-à-dire une offre et une acceptation.

L'offre tant qu'elle n'a pas été acceptée, n'engage que celui qui l'a émise, la promesse elle, c'est un vrai contrat, c'est un vrai accord de volonté.

La jurisprudence a eu tendance à rendre la promesse unilatérale *inefficace*, en affirmant que son inexécution ne pouvait donner lieu qu'à des dommages et intérêts.

Une offre peut donc paraître plus contraignante qu'une promesse.

2. Manifestation de l'acceptation.

En droit français, le principe du consensualisme donne la liberté de la forme pour l'acceptation. Ainsi celle-ci peut être expresse ou tacite, sauf cas exceptionnel, à savoir une mesure textuelle qui soumet l'acceptation à des règles particulières. L'article 932 du code civil en matière de donation, nous dit que l'acceptation pourra être faite par un acte postérieur et authentique.

a. Acceptation expresse.

Celle-ci peut être un écrit, simple signature dans les contrats d'adhésion, ou la pratique du « lu et approuvé » qui incite à la vigilance.

La parole également peut valoir acceptation expresse, de même pour le geste.

Parfois la loi impose que l'acceptation soit expresse, donc que la volonté soit manifestée matériellement. On pense au cautionnement, qui est contrat par lequel une personne s'engage à donner son patrimoine en garantie des dettes d'un autre. Le cautionnement doit être donné de manière expresse.

b. Acceptation tacite

Beaucoup plus fréquente que l'offre tacite, l'acceptation tacite peut être définie comme l'acte dont on peut raisonnablement induire, supposé, la volonté de contracter. C'est-à-dire rien n'est dit expressément, mais le sous-entendu est assez clair. Exemple concret, l'exécution du contrat proposé, on pense au commerçant qui expédie les marchandises que l'on a commandées.

L'acceptation tacite peut être basée sur le silence, une étude purement passive peut elle valoir acceptation ?

Le silence peut il être une acceptation tacite ?

Qui ne dit mot ne consent pas.

Ce principe constamment réaffirmé par la jurisprudence, depuis l'arrêt de principe de 1870 de la Cour de Cassation.

Le silence est trop équivoque pour qu'on lui accorde une valeur juridique, il serait assez attentatoire à la sécurité juridique de lui accorder une valeur dans tous les cas.

Néanmoins, dans certains cas, le silence peut révéler une véritable volonté de contracter, on peut parler de silence circonstancié.

i. Valeur du silence issu de la loi

Article 1638 du code civil, locataire qui reste sur les lieux à la fin du bail, donne une offre tacite de renouvellement, le bailleur qui garde silence, va accepter tacitement la reconduction du bail.

Si l'assureur garde silence plus de dix jours, ce silence vaut acceptation.

Cependant, leurs acceptations ne sont pas fondés sur du vide, c'est-à-dire il y a déjà un fondement contractuel.

La dangerosité du silence est donc atténuée dans ces cas là.

ii. Valeur du silence issu de la jurisprudence

On a plusieurs illustrations, existence d'affaires antérieures entre les parties. Les parties se connaissent, elles ont l'habitude de travailler ensemble.

C'est la force de l'habitude.

Autres hypothèses, l'offre faite dans le seul intérêt du destinataire, on pense à une offre *in favorem* : vu l'offre qui est faite, il y a forte probabilité que le silence gardé vaille consentement.

Nouvelle hypothèse, il faut regarder les circonstances. Les juges se voient octroyés une marge de manœuvre très importantes.

3. Conditions auxquelles l'acceptation forme le contrat.

a. L'époque de l'acceptation

L'acceptation n'est possible que si l'offre est valable. C'est-à-dire qu'elle n'a pas été révoquée efficacement ou qu'elle n'a pas été rendue caduque par la survenance d'un événement extérieur.

On reste dans l'hypothèse que l'offre est valable.

Cette règle s'explique par le fait que la création du contrat implique la rencontre des deux volontés, et le fait qu'elles doivent coexister à un moment donné.

Le problème c'est posé en cas d'acceptation par courrier postal : quand le contrat est-il conclu ? À la date d'envoi, ou à la date de réception du courrier ?

On parle de contrat entre absent.

L'intérêt de se poser cette question c'est qu'en pratique il s'est posé le cas d'offrants qui ont révoqués leurs offres dans l'intervalle d'envoi/réception.

Le principe jurisprudentiel à donc été posé, le contrat est posé *dès l'émission* du courrier.

b. Le lieu de l'acceptation.

Le contrat est-il formé à l'endroit d'où est parti l'acceptation ou à celui de son arrivée ? à quel endroit le contrat est-il formé ?

L'intérêt c'est de déterminer la compétence territoriale de certaines juridictions, puisque le lieu de conclusion du contrat peut faire varier cette compétence.

En matière commerciale, on désigne ainsi les usages locaux en fonction de la région. Ou en matière internationale, plus particulièrement en droit privé, le contrat sera régi en fonction du lieu où il fut conclu.

Si le contrat donne lieu à des litiges, vers quel pays pourra-t-on faire porter les litiges.

Le sujet est très controversé, mais néanmoins on raisonne en fonction de l'émission de l'acceptation qui semble déterminer le lieu de conclusion du contrat.

c. Le contenu de l'acceptation

Le principe est celui de l'identité : l'offre et l'acceptation doivent porter sur un même contrat ayant le même objet et contenant les mêmes conditions. Il faut qu'il y soit identité entre offre et acceptation.

Si l'offre était complète, c'est-à-dire qu'elle contenait à la fois les éléments essentiels et les conditions accessoires, l'acceptation même réduite à un simple « oui » rend applicable toutes les clauses du contrat dès lors qu'elles ont été portées à la connaissance du destinataire de l'offre.

Si l'offre est limitée aux seuls éléments essentiels du contrat, dans ce cas là, l'acceptation sera réduite à ces éléments essentiels, mais le contrat sera néanmoins formé. Des accords relatifs aux conditions accessoires devront intervenir par la suite, on parle alors de *formation successive du contrat*.

Un arrêt du 22 septembre 2004 de la 3^e Chambre Civile de la Cour de Cassation, « l'acceptation de l'offre de vente formulée en exécution d'un pacte de préférence, vaut vente. » si on a fait valoir un

pacte de préférence. L'acceptation du bénéficiaire du pacte ne doit pas être pure et simple mais s'accompagne de réserves qui la transformeraient en contre-proposition.

d. La pleine connaissance par l'acceptant des conditions offertes.

Cf. cours du contractant.

L'acceptation ne peut porter que sur ce qui a été amené à la connaissance de l'acceptant. On ne peut accepter que ce que l'on connaît.

Se pose les problèmes des conditions générales de vente ou CGV proposées par des professionnels dans le cadre de contrats pré remplis aux conditions complexes.

La jurisprudence estime que la signature du client ne vaut acceptation que pour les documents effectivement portés à sa connaissance. N'ont pas force contractuelles et ne pouvant pas être tenus comme clauses, les documents annexes au contrat. Les clauses figurant au verso, la jurisprudence estime que ces clauses ne sont pas acceptées.

Bien sûr la jurisprudence a affirmé que n'ont pas valeur de clauses celles qui sont des ensembles illisibles, elle n'a pas de force contractuelle.

Certains textes, comme l'article L. 112-3 du code des assurances, exigent que certaines causes défavorables au client doivent être « très lisibles ou apparentes ».

Paragraphe 3 : l'expression du consentement.

On est dans l'extériorisation de la volonté contractée, comme va-t-on extérioriser cette volonté de contracter. Peut-on contracter en dehors de toute forme.

A. Le principe : le consensualisme.

1. Définition

Le principe du consensualisme désigne la liberté de contracter en dehors de toutes formes particulières. Le seul consentement, c'est-à-dire la rencontre de deux volontés, suffit.

Le contrat est valable par ce seul accord.

On a souvent comme idée reçue qu'un contrat de vente d'un immeuble n'est valable que si on le signe devant le notaire, le contrat de vente est un contrat consensuel. Dans la pratique il faut aller chez le notaire à cause des formalités, la Cour de Cassation affirmera que la simple volonté suffit.

Le droit français des contrats reconnaît cependant des exceptions, tout le monde n'est pas savant. La cour de Cassation dans un arrêt de principe du 13 juillet 1983 « un contrat peut être valablement formé par l'échange verbal, sauf si il existe un texte ou une convention l'interdisant ».

De même, en 1989, il fut estimé que la règle d'un ordre professionnel ne fait pas obstacle au principe de validité d'un contrat informel, en l'occurrence il s'agissait du code des devoirs professionnels des architectes, ce code leur importe d'établir par écrit le contrat qu'il propose à leur clients. Est-ce que cette règle disciplinaire à valeur ? La Cour de Cassation a décidé que cette règle disciplinaire, sans valeur juridique, n'empêche pas d'invoquer un contrat verbal valable.

Bien sûr tout cela n'empêchera pas les problèmes des preuves.

Seules la loi, ou la convention des parties peuvent faire obstacle au principe du consensualisme.

2. Avantages et inconvénient du consensualisme.

i. Avantages

De nombreux avantages existent :

- **Sécurité** du fait de la parole donné.
 - Les irrégularités de forme sont donc exclues ce qui est attentatoire à la sécurité juridique.
- Conclusion **rapide** et **simple** des contrats.
 - Ce principe s'adapte particulièrement bien à la vie des affaires.

ii. Inconvénients

Malgré tout, ce principe apporte des inconvénients :

- Pour les matières soumises à un contrôle des autorités administratives ou judiciaires, comment informer ces autorités de l'existence du contrat, et comment exercer un contrôle ?
- Pour les contrats complexes : comment savoir avec précision, quelles dispositions ont étaient voulues par les parties ?
- Pour les personnes peu expérimentées : elle peut se voir engager sans avoir véritablement mesuré la portée de son engagement.

Tous ces inconvénients expliquent que le droit positif est choisi d'adopter un formalisme modéré destiné à palier les inconvénients invoqués.

B. L'exception : le formalisme

Dans certains cas, il est fait exception au principe du consensualisme, des règles vont être imposés :

- Soit pour la validité du contrat.
- Soit pour la preuve du contrat

1. Pour la validité du contrat

Pour la validité, on appelle ça le formalisme *ad validatem*.

a. Les contrats réels.

La remise d'une chose est nécessaire à la mise en place du contrat. On est dans l'hypothèse où cette règle, si elle n'est pas respectée, ne valide pas le contrat. On pense au contrat de dépôt par exemple. Cette catégorie est très critiquée par bon nombre d'auteurs qui y voient une réminiscence du droit romain.

Néanmoins, cette catégorie tend à se réduire.

Dans ce sens un arrêt du 28 mars 2000 nous apprend que le contrat de prêt d'argent consentie par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel mais un contrat consensuel.

Il y a un intérêt intéressant de placer le contrat de prêt en contrat consensuel, c'est que les professionnels, doivent respecter, dès la rencontre des volontés, avant même la remise des fonds, l'obligation de libérer les fonds.

b. Les contrats solennels

La forme d'un contrat formel, est imposée à peine de nullités si le contrat ne respecte pas la forme, le contrat sera considéré nul. Le contrat solennel est celui qui exige une forme précise, tel qu'un écrit.

La liste de ces contrats solennels s'allonge de plus en plus. Dans tous les cas il s'agit généralement d'un acte grave. Le législateur veut s'assurer que le consentement a bien été donné en connaissance de causes. En cas d'inégalité éventuel avec les parties, le législateur veut prévenir les risques d'abus d'un contractant sur l'autre, le législateur peut dans des cas plus graves, imposer un acte notarié.

Dans certains cas, la loi va même jusqu'à exiger que certaines mentions soit écrites par la main d'un des contractants que l'on doit protéger. Exemple L 341-2 du code de la consommation.

L'engagement de la caution doit contenir la mention manuscrite du montant de la caution en chiffre et en lettre.

Sans mention manuscrite, le cautionnement ne sera pas valable.

En conclusion, le formalisme se développe beaucoup ces dernières années, pour que le contrat soit plus facilement prouvé.

2. Pour la preuve, ou formalisme *ad probationem*

Ce formalisme probatoire, vise à faciliter la preuve du contrat.

Mais si ces règles ne sont pas respectées le contrat ne devient pas nul, en pratique il risque de perdre son efficacité.

En pratique ce contrat qui existe risque fort de perdre en efficacité si le formalisme probatoire n'a pas été respecté.

En France, l'écrit a toujours été le mode de preuve privilégié, il s'est imposé au XVI^e siècle avec l'ordonnance de Moulins, aujourd'hui, l'écrit électronique a été assimilé à l'écrit papier par la loi du 13 mars 2000. On a un droit civil extrêmement basé sur la preuve écrite.

a. le principe de l'écrit.

L'article 1341 du code civil inscrit le principe de l'écrit. Cet article exige un écrit pour prouver les contrats qui dépassent une certaine somme.

Aujourd'hui cette somme est de 1500 €, conformément à un décret de 2005.

Au-delà de cette somme, si l'on veut prouver un contrat, et son existence, on ne pourra le faire qu'à l'aide d'un écrit, ce qui signifie que les autres modes de preuve comme les témoignages ne pourront pas être reçus.

S'il existe un écrit, c'est-à-dire si la partie adverse, la personne avec qui l'on est en litige, apporte un écrit à titre de preuve, le contrat ne pourra être contesté que par un écrit et pas par un témoignage, par exemple.

Quand le litige ne porte pas sur une somme d'argent, mais sur un objet ou une prestation de service, celui qui fait l'action doit évaluer l'objet du litige. Si l'objet est une chose indéterminée en valeur, dans ces cas là, l'écrit est toujours requis.

Cette prédominance de l'écrit est néanmoins nuancée par deux autres modes de preuve :

- **L'aveu** de la personne adverse.
- La **délation** de serment

Ces deux modes de preuve, sont des expressions de la volonté des partis, soit d'une partie, soit des deux.

b. les tempéraments à ce principe de l'écrit

Il existe de véritable exception au principe de l'écrit.

Première exception, de manière générale, la tendance est à l'abandon du formalisme et de l'écrit pour privilégier la liberté de la preuve, tout simplement parce que le souci est de permettre au juge de se forger son *intime conviction* avec différents moyens de preuve et non pas seulement l'écrit.

Deuxième point à souligner, dans plusieurs domaines concrets, le législateur a prévu des exceptions au principe posé à l'article 1341 du Code Civil, en matière de bail à usage d'habitation, on exige un écrit pour prouver un écrit pour prouver le contrat de bail, même si le litige est inférieur à 1500 €.

Dans d'autres cas au contraire, ce sont des exceptions aux exigences de l'écrit.

On retombe dans ce que l'on appelle la *preuve libre*, exemple, entre commerçant, la preuve est libre, c'est l'article L 110-3 du Code de Commerce qui affirme ce principe extrêmement important de liberté de la preuve.

À notre qu'entre commerçant et particulier, dans ces cas là la preuve est libre **contre** le commerçant, en revanche si c'est le commerçant qui veut prouver quelque chose contre le particulier, la preuve doit être écrite.

Lorsque la preuve par écrit est impossible, la situation est régie par les articles 1348 et 1347 du Code Civil, l'adage populaire est suivi « à l'impossible nul n'est tenu ».

L'article 1348 alinéa 1, prévoit qu'en cas d'impossibilité initiale ou ultérieure, le demandeur peut prouver le contrat par tout moyen.

L'impossibilité va être appréciée par le juge pour admettre ou légitimer la preuve par tous moyens.

Cette impossibilité peut être matérielle, exemple incendie du domicile avec perte des contrats, ou bien moral.

En outre, l'alinéa 2 prévoit que celui qui n'a pas conservé le titre original, mais qui présente une copie qui en est la reproduction « fidèle et durable » est dispensé de la preuve écrite et peut donc recourir à la preuve par témoignage ou par présomption.

Selon l'article 1347 du Code Civil, est prévue une possibilité de *commencement de preuve par écrit*, du fait de tout acte par écrit qui rend vraisemblable le fait allégué et qui émane du défendeur à l'action pourra servir de commencement de preuve par écrit : exemple une lettre ou un courrier qui fait référence à un contrat litigieux.

Ce moyen de preuve servira à compléter d'autres moyens de preuve comme des témoignages ou des présomptions.

Enfin, le système probatoire français n'est pas d'ordre public, ce qui signifie que l'on peut très bien prévoir le contraire par une convention, les parties peuvent donc prévoir qu'entre tel ou tel parti dans le contrat que la preuve se fera par tel moyen de preuve, etc....

Exemple concret de dérogation : dans les contrats entre une banque et ses clients, il est prévu que la composition du code confidentiel d'une carte bancaire, équivaut à la signature manuscrite.

Section 2 : la protection du consentement

Comment s'assurer que les parties ont consenti en toute connaissance de chose ? de manière libre et éclairé.

En 1804, la société française est rurale, l'urbanisation reste extrêmement circonscrite les contrats se passent de manière lente, négociée, personnalisée. C'est tout l'inverse de ce que l'on connaît aujourd'hui.

La théorie des vices du consentement paraissait suffire, parce qu'on était dans ce contexte de conclusion des contrats mesurés, négociés...

Le contrôle a posteriori du contrat paraissait suffisant, mais dans la société contemporaine et depuis le début du XXe siècle, les contrats se sont multipliés, ce qui est amené à ce que l'on contracte dans l'urgence, dans ce contexte, dans une société de consommation, où la publicité est omniprésente, les contrats se forment rapidement sans que l'on ait toutes les données précises pour savoir ce que l'on fait.

Le risque pour le consommateur est très grande de s'engager sans savoir exactement tous les tenants et aboutissants des contrats.

Du coup une prévention est apparue nécessaire, pour prévenir le contractant *faible*, avant même de conclure le contrat on va exiger des garanties et des informations.

Paragraphe 1 : L'obligation d'information.

Le souci aujourd'hui du législateur est de développer l'information du consommateur, on doit consommer pour apporter de la croissance au pays, de ce fait, on recherche la protection du consommateur.

Le législateur essaie de mettre à la charge des professionnels soit des obligations d'informations pré contractuelles, ou bien encore, il permet au consommateur de réfléchir.

Le problème dans tout ça, c'est la multiplication des textes.

La réglementation est très technique, et il n'y a surtout pas de fil directeur, de tendance générale qui permettrait de s'y retrouver.

C'est la critique majeure que l'on peut faire au législateur contemporain.

A. L'information des contractants.

La jurisprudence a dégagé du principe de bonne foi inscrit à l'article 1134 alinéa 3, une obligation d'information générale applicable à tous types de contrat.

Le législateur a ponctuellement et très souvent, mis sous pied une information de contractants dans certains types de contrat.

1. Obligation générale d'information

a. Notion et contenu de l'obligation d'information.

La matière de l'obligation d'information est très confuse. Pendant longtemps il a été estimé que chacun devait s'informer pour lui-même, « *impteor debet esse curiosus* » ou *l'acheteur doit être curieux*.

Néanmoins, depuis la seconde moitié du XXe siècle la volonté de réduire les inégalités on a abouti à l'exigence nouvelle d'informer le contractant.

Ainsi on est passé à « chacun doit informer l'autre », dans l'idée qu'il faut être loyal et de bonne foi.

Il faut à la fois s'informer parce que celui qui ne fait pas attention ne peut pas ensuite se plaindre devant le juge.

Mais il faut aussi informer son cocontractant, c'est un cercle vertueux. Plus on s'informe soi-même, et mieux on a informera l'autre.

On parle également de *devoirs de conseil*. Ici c'est un dérivé du principe d'information qui découle de certains contrats où il y a une relation assez forte entre les parties, il serait donc injuste et déplacé de profiter de l'autre, ce qui impose d'aider une des parties d'aider l'autre dans ses choix avant ou après la formation du contrat, en la guidant mieux, en la *conseillant*.

Ce devoir pèse principalement sur les professionnels, les banquiers, les notaires, etc. qui doivent éclairer leurs clients sur l'opportunité de leurs actions.

Ce devoir de conseil, c'est aussi dans certains cas, peut aller jusqu'à être un *devoir de déconseiller*, ce qui est souvent le devoir du notaire.

Ce devoir pèse également sur le vendeur professionnel qui peut être amené à déconseiller le client. On pense à l'exemple d'un vendeur informatique qui vend un serveur à Mamie Nova.

L'obligation peut être *précontractuelle*, c'est-à-dire exister avant la création du contrat tout en essayant de faciliter l'éclairage du consentement. C'est l'exemple du vendeur sur la qualité de la chose.

Dans d'autres cas, l'obligation d'information est contractuelle. C'est-à-dire que l'obligation est un effet du contrat, une conséquence du contrat.

On pense au contrat de conseil en gestion du patrimoine. Le conseil en lui-même c'est une conséquence du contrat. Dans ce cas là, l'obligation de conseil naît du contrat. Mais l'obligation d'information peut également être l'accessoire nécessaire à la bonne exécution de l'obligation principale.

Exemple d'achat de matériel informatique, des logiciels, tout au long du contrat, il faut être informé sur la mise à jour de ces contrats, etc.

Un auteur a distingué l'obligation d'information selon le stade où l'on se situe.

- Pour l'obligation d'information précontractuelle, on se situe sur le fondement de l'article 1382 du Code Civil, c'est-à-dire sur la base de la responsabilité délictuelle. Ici on pourra demander des dommages et intérêts ainsi que la nullité du contrat.
- Pour l'obligation d'information contractuelle, dans ce cas là, on appliquerait logiquement, la responsabilité contractuelle, à savoir les articles 1135 et 1147 du Code Civil.

En pratique, un problème net existe de dissociation des étapes du contrat.

Néanmoins ce schéma de cet auteur est séduisant, puisque simple, mais en pratique les choses sont compliquées, les fondements juridiques utilisés par les magistrats sont parfois confus.

Le formalisme informatif se développe beaucoup ces derniers temps. Il s'agit de dispositions légales visant à imposer dans les contrats des mentions destinées à informer celui des contractants qui est présumé faible.

Certains auteurs dénoncent à raison, la complexité, l'abondance de ce formalisme, on parle de formalisme paperassier, dans le sens qui ne fait que rajouter de la paperasse.

Ce qui est censé bénéficier de ce formalisme ont du mal à s'y retrouver, d'autre part et surtout, parce que ce formalisme peut se retourner contre eux, dans la mesure où même si le législateur essaie de prévoir une multitude de mention, il ne peut pas tout prévoir.

Or, la jurisprudence décide que lorsque le formalisme informatif à était respecté, quand toutes les mentions légales figurent bien dans le contrat, le destinataire de celui-ci ne peut plus ce plaindre.

On peut voir ceci dans un exemple d'arrêt de la première chambre civile, celui du 14 juin 1989, qui affirme que « dès lors que le législateur lui-même n'avait pas jugé utile de faire figurer cet avertissement [...] aucune réticence dolosive ne peut être imputé au cocontractant. »

b. le fondement juridique de l'obligation d'information

L'obligation d'information, tel que « découverte » par les juges, n'est inscrite pour l'instant dans aucun texte. Elle se base sur l'obligation de bonne foi qui doit présider à l'exécution du contrat, conformément aux articles 1135 et 1134 alinéa 1. De manière plus générale, l'obligation de bonne foi existe lors de la formation du contrat.

Voilà le fondement juridique de l'obligation d'information, c'est l'obligation de bonne foi.

Cette obligation d'information, il a été proposé dans le cadre de l'avant-projet de réforme du droit des obligations de l'intégrer dans celui-ci.

Cette obligation d'information peut poursuivre plusieurs buts :

- Obtenir un consentement éclairé.
- Assurer une bonne exécution du contrat.

À cet égard des conditions ont été établies par la jurisprudence :

- L'information doit être **pertinente**.
- L'autre cocontractant doit ignorer légitimement l'information
 - Il y a donc toujours ce devoir de s'informer, cette exigence de curiosité.

Les juges vont faire une observation *in concreto* par les juges. Le contexte et la qualité des contractants, ou bien la complexité du bien.

Récemment, 4 janvier 2005, par la Chambre Commerciale, a rendu au visa de l'article 1135, c'est-à-dire sur l'équité. Il s'agit d'une société qui vend du matériel de boulangerie à une boulangerie. Celle-ci se plaint de défaut dans le matériel. La Cour de Cassation a censuré les juges du fond au motif qu'ils n'ont pas recherché si la société venderesse c'était bien informé des besoins de son client, et avait ensuite informé celui-ci sur l'aptitude du matériel proposé à l'utilisation prévue.

Il existe bien une obligation d'information sur **l'aptitude** du matériel proposé à l'utilisation prévue.

Un deuxième arrêt rendu par la première chambre civile, 15 mars 2005, au visa de l'article 1382. Cession d'une entreprise, la question se pose de savoir si l'indemnisation à la suite d'une condamnation pénale d'un des dirigeants revient à celui qui a repris la société, qui d'ailleurs ne reconnaît pas cette obligation, citant une absence d'information. La cour d'appel avait estimé qu'il n'y avait pas de manquement d'information précontractuelle.

c. la sanction du défaut d'information.

On se pose la question de savoir ce qui se passe si l'on manque au devoir.

Le défaut d'information n'est pas en soi sanctionné.

Ce qui signifie que le défaut d'information ne sera pas sanctionné directement, mais par d'autres moyens tirés du droit commun des contrats.

Ça sera par exemple les vices des consentements, comme la réticence dolosive, qui est le silence.

L'article 1382 est aussi souvent cité, afin d'obtenir une indemnisation du préjudice.

Dans certains cas on peut aussi utiliser l'article 1648 du code civil, qui est la garantie au sujet des vices cachés en matière de contrat de vente.

Enfin, l'article 1147, relative à la responsabilité contractuelle peut être utilisé.

2. les obligations spéciales d'information.

Comme leurs noms l'indiquent, ce sont des obligations qui vont être spécifiquement prévues dans certains contrats par des textes légaux.

La plupart de ces textes existent dans les rapports commerçants/ consommateurs.

Le texte fondateur est l'article L. 111-1 du Code de la consommation. Ce texte ne peut être invoqué dans des contrats autres. Ce texte prévoit que tous professionnels doit avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service. Il doit l'informer sur le bien qu'il vend ou sur le service qu'il rend.

Ce texte ne connaît pas d'équivalent dans le Code Civil.

L'article L. 330-3, nous apprend dans le Code du Commerce, prévoit une obligation d'information dans les contrats de distribution, comme la *franchise*, ou la *concession exclusive*. Néanmoins ce texte n'a en pratique que peu d'intérêt parce qu'aucune sanction n'a été prévue par le législateur. Pour être sanctionné, il est nécessaire de prouver un vice du consentement. Autrement dit on revient à la théorie générale du droit des consentements.

Ceci illustre que la multitude de texte paraît a priori louable, mais le problème, c'est que le législateur ne peut pas tout prévoir ou tout au moins, ne le veut pas.

Il conviendrait vraiment urgemment d'inscrire l'obligation générale d'information, celle applicable à tous types de contrat dans un texte de portée générale, dans le Code Civil.

B. La réflexion des contractants.

L'information ne suffit pas, il faut pouvoir l'utiliser. Il faut que l'on puisse utiliser cette information, et donc pouvoir réfléchir avant de conclure le contrat.

Cette réflexion induit une période suffisante afin de se faire une idée.

Le législateur va donc protéger certains contractants contre des engagements trop précipités, en imposant des délais de réflexion ou bien, en laissant un véritable droit de repentir.

1. Le délai de réflexion

Le destinataire de l'offre de contracter se voit interdire d'accepter l'offre pendant un certain délai à compter de la réception de celle-ci. L. 312-10 alinéa 2 du code de la consommation, en matière de crédit immobilier, impose un délai de 10 jours révolu pour accepter un contrat de crédit proposé par la banque.

Dans d'autres cas, on a le droit de repentir.

2. Le droit de repentir

C'est quelque chose d'antinomique par rapport à la force obligatoire des conventions inscrite à l'article 1134 du Code Civil, en principe on ne change pas d'avis.

Ce droit de repentir est accordé qu'à des cas rares et précis en droit de la consommation, comme c'est le cas pour le démarchage à domicile. On invoque un délai de 7 jours L. 121-25 en code de la consommation.

Ce délai est également applicable pour les ventes par correspondance, mais pas nécessairement applicable en boutique, sauf si l'établissement le prévoit.

Paragraphe 2 : Pendant la conclusion du contrat : la nécessité d'un consentement intègre, libre et éclairé.

L'importance de la volonté est essentielle dans le droit du contrat. C'est à ce titre, que le droit n'attache d'effets à la volonté que si elle *réelle, libre, et consciente*.

Dès 1804 les rédacteurs du Code Civil ont voulu protéger cette volonté à travers la théorie du vice des consentements.

Ce n'est que récemment que le cas particulier du trouble mental à été intégré au Code Civil aux articles 489 et 489-1 par la loi du 3 janvier 1968.

Remarques : le cas particulier du trouble mental :

Généralement une personne atteinte de troubles mentaux sera placé sous un régime de protection la rendant incapable de contracter sauf conditions précises. Mais, il arrive que personne n'ai pris l'initiative de mettre en place pareil systèmes. Il arrive que personne n'ai pris l'initiative de mettre en

place un système comme la tutelle ou la curatelle. Ou il arrive que la personne intéressée soit passé des contrats avant sa mise en place sous tutelle.

Enfin, la personne sous curatelle, passe des contrats, qu'elle peut légalement, mais dont le trouble mental lui empêche de bien appréhender.

Dans tous ces cas, même si le contractant a bien la capacité de contracter juridiquement, il y a possibilité d'annuler le contrat pour défaut de consentement.

C'est l'article 489 qui nous le dit « pour faire un acte valable il faut être sain d'esprit. »

L'article 489 pose une limite en disant, que c'est au contractant affecté d'un trouble ou à ces représentants qu'il appartient de prouver l'existence du trouble qui l'empêche de consentir correctement.

Cette preuve du trouble, peut être faite par **tous moyens** : expertise médicale, témoignages... Le juge du fond, ayant une appréciation souveraine à ce sujet.

À ce système mis en place par l'article 489, deux exceptions sont prévues par le Code civil :

- Quand le contractant à était ensuite placé sous tutelle, l'article 503 du Code Civil prévoit que l'on peut annuler les actes antérieurs en prouvant que cet état : « existait notoirement à l'époque où ils ont étaient faits ».
 - La preuve est ainsi facilitée par cet article, puisque c'est une période globale qui est prise en considération et pas uniquement le moment de la conclusion du contrat.
 - L'action en nullité est ouverte au contractant, ainsi qu'à son tuteur ou ses héritiers, après son décès, dans les cinq ans de la conclusion. Cette nullité n'est que facultative, le juge pourra décider de maintenir l'acte s'il estime qu'il était conforme aux usages et que le tiers cocontractant a agi « avec la plus parfaite correction » (Arrêt de la première Chambre Civile 25 avril 1989).
 - Le souci de protection des tiers et de la sécurité juridique prend le pas sur la protection du consentement, il faut bien comprendre qu'en matière d'annulation de contrat, on est face au problème de la sécurité juridique.
- Si l'auteur de l'acte est décédé, la preuve du trouble mental ne pourra être établie que par l'acte lui-même, c'est le système de la preuve *intrinsèque*, définie dans l'article 489-1 « les actes faits par un individu autre que la donation entre vifs ou le testament, ne peuvent être annulé que dans les cas énumérés ci-dessus :
 - L'acte doit porter la preuve du trouble mental en lui-même.
 - [...] »

La protection du consentement n'est pas absolue, et qu'on recherchera aussi l'intérêt de la protection juridique.

Mais revenons

I. L'erreur.

Le consentement est un acte de volition précédé d'une réflexion. Le consentement donc, comporte deux phases :

- Savoir à quoi l'on consent : Phase de Réflexion
- Vouloir y consentir : Phase de Volition

Savoir à quoi l'on consent, c'est le problème du consentement éclairé, va être protégé par *l'erreur* et le *dol*.

En revanche vouloir consentir, dans ce cas, là, c'est la liberté du consentement qui est en jeu, le vice de consentement qui est prévu, c'est la *violence*.

L'erreur vicie la phase de réflexion.

Une définition juridique de l'erreur pourrait être l'idée fausse que ce fait un contractant de tel ou tel élément d'un contrat. C'est une fausse représentation de la réalité.

A. La notion d'erreur.

Toute erreur n'est pas forcément sanctionnée en tant que vice du consentement. Dans un système où prévaut l'autonomie de volonté, il faudrait pouvoir annuler tout contrat passé sous l'empire d'une erreur. Mais évidemment, ce serait beaucoup trop attentatoire à la sécurité des transactions, à l'efficacité du contrat.

Pour cette raison, deux intérêts sont constamment à l'esprit des magistrats qui ont à se prononcer sur la nullité éventuelle d'un contrat :

- Le contractant ne doit pas être lié alors qu'il s'est trompé.
- Le cocontractant doit être protégé d'une nullité qui ne pouvait pas prévoir.

C'est ce qui explique que l'erreur vice du consentement est circonscrite à des cas précis.

1. l'erreur sanctionnée

L'article 1110 du code civil prévoit que seul deux types d'erreurs peuvent entraîner la nullité du contrat :

- Erreur sur la substance de la chose
- Erreur sur la personne dans le cadre d'un contrat conclu *intuitu personae*.

À cette distinction les auteurs ont ajoutés un type d'erreur qui est assez original et qui dépasse presque le vice en tant que tel.

a. La destruction du consentement, *l'erreur obstacle*.

L'erreur obstacle, révèle un malentendu radical, en clair les volontés réelles ne se sont pas rencontrées. Il manque au contrat une condition essentielle à sa formation, à savoir *l'intention commune*, l'accord véritable.

Un contractant veut vendre, et l'autre veut louer.

Pour certain auteurs donc, l'erreur obstacle ne serait même pas un vice du consentement, mais une absence totale de consentement.

Un autre exemple peut être pris, c'est l'erreur sur l'objet du contrat, comme en matière de copropriété.

Une erreur sur le prix, avec il y a quelques années les erreurs entre les anciens et les nouveaux francs.

La jurisprudence estime dans certains cas qu'il est possible d'évoquer une nullité absolue, qui offre un délai de prescription de 30 ans.

b. Le vice du consentement, *l'erreur en tant que vice du consentement*

Quand on parle d'une erreur d'une erreur en tant que vice du consentement, c'est l'erreur qui permet d'annuler le contrat.

Tout erreur n'est pas vice du consentement, parce que ça serait trop dangereux, le fait d'annuler un contrat parce qu'un des contractants c'est trompé doit être restreint à des conditions exceptionnelles. Sinon on ruinerait la sécurité juridique.

De ce fait l'article 1110 du code civil est formulé d'ailleurs de manière négative, en principe l'erreur n'entraîne annulation du contrat que si elle tombe sur la substance de la chose

1. L'erreur sur les qualités substantielles.

C'est elle évoqué à l'article 1110 alinéa 1^{er}. La formule du code civil a fait l'objet de nombreuses controverses. Cette formule de « substance même de la chose » a donnée lieu à des interprétations diverses. Qu'est ce que la substance même de la chose ?

Deux thèses se sont affrontées : une objective qui a rapidement montré ses limites. La qualité substantielle serait la qualité principale qui caractérise la chose.

Cette thèse a remplacé la lecture caricaturale qui consistait à voir dans la substance de la chose, littéralement comme la matière de la chose.

Comme acheter du bronze en croyant que c'était de l'or.

La deuxième thèse est plus objective, qui tient donc à la volonté des parties. Elle interprète l'article 1110 en définissant comme qualité substantielle celle jugée essentielle par celui qui c'est trompé.

Achat d'un bijou croyant qu'il était d'un artiste.

Globalement la conception objective est aujourd'hui nuancée elle est soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond. Ils vont s'interroger sur la conception telle que tout le monde pourrait la considérer. Le problème est de savoir comment distinguer ce qui essentiel de ce qui est accessoire.

Si on prend l'exemple du bijou, comme distinguer la caractéristique principale de ce qui est accessoire.

Ce souci, fait que la conception subjective fut rapidement retenue par la jurisprudence. La victime de l'erreur, *l'errans*, va déterminer la caractéristique principale, la qualité qui a déterminé sa volonté, son consentement.

Une personne achète un tableau de maître, l'authenticité du tableau, c'est la qualité substantielle.

Le fait que ce tableau soit bon ou mauvais, ça c'est une qualité que l'on va appeler *accidentelle*, accessoire qui ne pourra pas occasionner de nullité du contrat.

En revanche, si on prend l'exemple d'un acheteur qui attend une qualité spécifique qui n'est pas objectivement déterminable, comme un acheteur cherchant un tableau de la période bleue de Picasso.

D'après la jurisprudence, cela pourrait être appelé comme la qualité substantielle, puisque c'est cette qualité que recherche l'acquéreur, le contractant.

On regarde donc sa volonté.

Souvent la qualité subjectivement essentielle se recoupera avec la qualité objectivement essentielle, exemple, l'authenticité du tableau.

Quand ce n'est pas le cas, quand on invoque une qualité qui n'est pas celle que tout le monde attend, c'est à celui qui s'est trompé de démontrer que cette qualité était pour lui déterminante et, que l'autre le savait.

La qualité substantielle doit elle rentrer dans le champ contractuel ? À savoir connu par les deux cocontractants.

Pour la stabilité du commerce, pour la sécurité juridique, on ne peut pas annuler tous les contrats. La jurisprudence va donc exiger la connaissance par l'autre partie de l'importance essentielle que la victime de l'erreur attachait à la qualité défailante.

Pour cette raison on parle parfois *d'erreur commune*, ou d'une erreur *portant sur une qualité convenue*.

Enfin, peut-on invoquer l'erreur sur la prestation fournie ?

Généralement on se trompe sur la prestation qui nous ait fournie par l'autre contractant.

Peut-on évoquer une erreur sur la chose que l'on propose soi même ?

Voilà la question qui c'est posé. Très souvent l'erreur va se faire en matière d'œuvre d'art, quelqu'un qui vend une œuvre d'art puis qui se rend compte qui s'avère que ce tableau était bien original peut il bien annuler la transaction ?

Cette hypothèse est plus rare, parce que l'autre en face ne va pas se plaindre.

Néanmoins, une affaire du Poussin, des vendeurs vendaient des tableaux de Poussin sans connaître leur provenance.

L'argument avancé contre la possibilité d'annulé, c'est qu'on ruinerait le commerce en matière d'œuvre d'art. On empêcherait les antiquaires de faire des bonnes affaires. C'est sanctionné ceux qui découvrent des pièces de qualité, là où d'autres n'auraient rien vu. On annule le savoir de quelqu'un.

Néanmoins, la Cour de Cassation n'a pas été sensible à cet argument, elle est restée sur l'adage « là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer » depuis 1930 la jurisprudence. L'article 1110 ne distingue pas l'offreur de l'acheteur, l'erreur sur sa propre marchandise, peut annuler le contrat.

1983, arrêt de la première chambre civile. Une nouvelle affaire de Poussin du 17 septembre 2003, de la 2^e chambre civile où on est revenu sur l'erreur sur sa propre prestation.

Ceci étant dit, la notion d'erreur est essentiellement jurisprudentielle, casuistique, il est difficile d'avoir des certitudes sur la matière.

La jurisprudence est très fournie en matière d'œuvre d'art, avec des problèmes très fréquents sur l'authenticité de l'œuvre.

Arrêt du 15 décembre 2005, à propos d'un tableau piège : il s'agit d'un artiste contemporain qui organise à l'occasion d'une exposition, il fait réaliser des tableaux par les visiteurs des galeries, il authentifie les tableaux, en mettant sa signature sur les tableaux réalisés par les enfants.

Dans une vente à l'enchère, un acheteur apprend que le tableau fut réalisé par un enfant, il estime être victime d'une erreur puisqu'il n'a pas eu un tableau de maître.

La jurisprudence devait se prononcer sur la définition d'un tableau authentique. Ça illustre bien la difficulté que les magistrats peuvent avoir. La Cour de Cassation va estimer qu'il y a bien lieu d'annuler la vente de ce tableau, simplement parce qu'il n'a pas été réalisé par la main de l'artiste, et que cette caractéristique était attendue par l'acheteur.

La jurisprudence va donc loin dans la notion de substance de la chose.

2. L'erreur sur la personne.

C'est le deuxième type d'erreur visé à l'article 1110 du code civil, à l'alinéa 2.

L'erreur sur la personne de son cocontractant ne permet pas d'annuler le contrat.

Sauf si le contrat a été conclu *intuitu personae*. C'est-à-dire en considération de la personne. Comme par exemple le contrat de travail, même chose pour le contrat de bail.

La nature du contrat sera appréciée au cas par cas, ils vont se demander si le contrat a été conclu en considération de la personne, en fonction des circonstances.

Les circonstances, la qualité et les intentions des parties seront essentielles.

Quand on parle d'erreur sur la personne, ce n'est pas tellement l'identité de la personne qui importe, ce sont ses qualités essentielles.

Quand on embauche quelqu'un, ce n'est pas son nom civil qui nous importe, mais ses diplômes ou son expérience.

Que ce soit une chose ou une personne, ce sont les qualités essentielles de la chose, ou de la personne qui priment.

2. L'erreur indifférente.

On parle ici d'une erreur qui n'entraîne pas une nullité du contrat.

Des erreurs indifférentes il en existe beaucoup, pour la même raison, à savoir assurer la protection du contrat, ou bien injuste pour le cocontractant.

L'erreur sur une qualité accessoire, ou une qualité accidentelle. Dans ce cas là, on estime que l'erreur est sur une qualité accessoire. Une personne achète un meuble parce qu'il est d'époque Louis XVI, mais il a acheté ce meuble parce qu'il voulait faire rentrer le meuble dans une pièce particulière, mais il s'avère que le meuble est trop grand pour le mettre dans la pièce voulue.

Car le meuble n'est pas aux mesures annoncées par le vendeur.

Est-ce que les dimensions sont une qualité essentielle ?

Est-ce que le vendeur connaissait le caractère déterminant de cette qualité ?

Les dimensions de la commode, sauf à avoir intégré dans ce que l'on appelle le *champ contractuel*, celles ci ne pourront être considéré comme une qualité substantielle, mais comme une qualité *accessoire*.

3. L'erreur sur la valeur.

Le fait de se tromper sur l'évaluation de l'objet du contrat, on se trompe sur la valeur.

La jurisprudence de manière constante refuse l'annulation pour cause de mauvaise estimation, tout simplement parce qu'en droit français il y a un principe, à savoir, « l'indifférence de la lésion », c'est-à-dire c'est le refus d'annuler un contrat au seul motif d'un déséquilibre de valeur entre les prestations.

Ce principe d'indifférence de la lésion c'est l'idée que le juge refuse de contrôler les prix.

Pour cette raison, l'erreur sur la valeur n'est jamais prise en considération.

On peut citer l'arrêt de la chambre commerciale du 18 juillet 1997 qui refuse de prendre en compte l'erreur sur la valeur d'action d'une société.

En matière de marché d'œuvre d'art, la jurisprudence à dans certains cas contourné cette indifférence de l'erreur sur la valeur, en annulant le contrat pour erreur sur la substance à l'origine de l'erreur sur la valeur.

Pour jurisprudence, la Cour d'appel de Paris, du 11 septembre 1990, affirme que l'erreur sur une qualité substantielle qui provoque une erreur sur la valeur peut provoquer une annulation du contrat.

4. L'erreur sur les motifs.

Ici on désigne des éléments extérieurs à l'objet des contrats, ceux qui ne sont pas rentrés dans le champ contractuel. Ce sont des motifs, ils appartiennent donc à un des contractants.

Exemple, achat d'un véhicule pour une promotion. Celle-ci n'est pas effective, peut-on annuler le contrat ?

Seule une incorporation du motif erroné dans le contrat permettra sa prise en compte.

Cette incorporation du motif erroné dans le contrat pourra se faire de deux manières différentes :

- Ériger le motif en condition :
 - L'arrêt de la chambre civile du 3 août 1942 affirme que pour il y est erreur vice de consentement, que l'élément conditionnel soit formalisé dans le contrat.
- Ériger le motif en cause de l'engagement :
 - Ce pourquoi le contractant s'est engagé, conformément au code de l'article 1131 du Code Civil.

Si le motif est la cause de l'engagement, il est logique le contrat soit annulé, la cause de l'engagement étant le but dans laquelle contractant s'engage, et son absence est une cause de nullité du contrat.

Une erreur sur la cause est assimilée à une absence de cause et occasionne la nullité du contrat.

Pourtant, la jurisprudence a maintenue une position rigoureuse, qui est assez critiquable. Dans un arrêt de la 2^e chambre civile du 24 avril 2003, il est affirmé que l'erreur sur le motif ne peut entraîner la nullité du contrat si elle n'a pas été expressément stipulée, utile était déterminant.

Cet arrêt confirme la position de la Cour de Cassation, de la 1^{ère} chambre civile, une personne achète un immeuble pour faire une opération de défiscalisation. La raison était de défiscaliser.

Celle-ci est impossible, la vente veut être annulée, mais la Cour refuse.

On doit intégrer le motif dans le contrat.

Un arrêt du 30 mai 2006, la Cour de cassation réaffirme d'ailleurs ce principe.

B. La sanction de l'erreur.

L'erreur doit présenter des caractères particuliers, puisque l'erreur doit être sanctionnée que dans les cas les plus exceptionnels.

L'annulation d'un contrat est très grave, les conséquences sont lourdes.

1. Les caractères de l'erreur sanctionnée.

a. L'erreur doit être excusable.

« de non vigiliis non curat praetor »

Le droit impose de prendre des précautions supplémentaires lorsqu'on contracte, de s'informer, d'être vigilant, de faire attention.

Pour ces raisons, on va imposer que l'erreur commise soit excusable, justifiable. Le caractère inexcusable de l'erreur va s'apprécier in concreto, en fonction de la qualité des parties, des compétences de ceux qui commettent l'erreur.

On excusera plus facilement une personne âgée qu'un cadre.

Un seul cas rend l'erreur toujours excusable, à savoir, la *réticence dolosive*.

L'arrêt de la 3^e chambre civile, du 21 février 2001, pose le principe que même si on a été très négligent, mais que l'erreur a été provoquée par une réticence dolosive, la nullité du contrat peut être obtenue.

Ici on a le choix de sanctionner une négligence ou une malhonnêteté.

b. l'erreur peut être de fait ou de droit.

On peut se tromper sur les faits matériels mais aussi sur la règle juridique.

En dépit du principe selon lequel nul n'est censé ignorer le droit, en matière contractuelle, un contractant peut faire prévaloir son ignorance de la règle de droit, dans ses rapports avec son cocontractant.

On pourrait prendre le cas d'une renonciation à succession du fait de l'ignorance d'une règle successorale.

Généralement, l'erreur de droit portera sur l'existence, la nature ou l'étendue des droits qui forment l'objet du contrat.

Dans un arrêt de la première chambre civile du 14 juin 1989 « une erreur de droit dépourvue de tout caractère substantielle n'est pas de nature à vicier le consentement. ».

c. l'erreur doit être prouvée.

La preuve de l'erreur est à la charge de la partie qui prétend que son consentement a été vicié, qui prétend qu'il s'est trompé.

Reste qu'il est difficile d'établir l'intégration de la qualité dans le champ contractuel et donc que le cocontractant était au courant de cette qualité.

Néanmoins vu qu'il s'agit d'un fait juridique, la preuve peut être faite par tous moyens, et notamment par présomption.

Les juges tiendront compte de l'usage, de l'opinion commune. La jurisprudence est assez souple à ce sujet.

2. Les sanctions de l'erreur caractérisée.

a. L'erreur obstacle

Pour l'erreur obstacle, vu qu'il y a absence de consentement, la jurisprudence y voit une **nullité absolue**.

b. l'erreur vice du consentement.

En matière de vice du consentement, la nullité est **relative**.

Les vices du consentement ont pour but de protéger des intérêts particuliers, celui de l'errans, c'est-à-dire de la personne qui c'est trompée.

À ce titre, seul l'errans et ses ayants-droits, peuvent agir pendant un délai de cinq ans à compter de la découverte du vice conformément à l'article 1304 du Code Civil.

Dans de très rares hypothèses, l'errans pourra obtenir en plus de la nullité des dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1382 du code civil. Lorsque le cocontractant tient de part son comportement, un comportement néfaste.

II. Le dol : L'erreur provoquée

Son aspect déloyal le distingue de l'erreur. Celui qui commet le dol doit être puni pour sa malhonnêteté.

L'article 1116 du Code Civil nous apprend que le dol est une manœuvre.

Le dol comme l'erreur vicia la phase de réflexion, un contractant va se tromper sur un élément déterminant, et il va se tromper parce que des manœuvres ont été faites par l'autre cocontractant.

On peut considérer le dol comme des tromperies par lesquelles un contractant provoque chez son partenaire une erreur qui le détermine à contracter.

Le consentement est donc abusé, usurpé, il a été obtenu par ruse.

Le dol donc est la cause d'un vice du consentement. C'est lui qui cause l'erreur.

La sanction est plus rigoureuse que pour une erreur simple. D'une part le domaine d'application des sanctions est plus vaste, puisque certaines erreurs indifférentes lorsqu'elles sont spontanées, seront sanctionnées, lorsqu'elles sont provoquées, comme c'est le cas pour l'erreur inexcusable.

A. le dol, délit civil pour son auteur.

Le dol, c'est l'escroquerie du code civil.

1. l'élément intentionnel

Le délit civil est caractérisé lorsque deux éléments sont présents, un matériel, et un intentionnel.

L'élément intentionnel est central dans le dol, on va s'intéresser à l'intention de tromper l'autre, puisque le dol est un acte de malhonnêteté.

Il y a dol que si il y a intention délibérée de trompé l'autre.

Le cocontractant qui c'est lui-même trompé ne pourrait être sanctionné pour dol.

En principe la jurisprudence exige cet élément intentionnel et exige que le juge constate bien cette intension dolosive, l'intension de tromper.

Le problème se pose en cas de réticence dolosive, c'est-à-dire lorsqu'est **retenu** une information essentielle à la prise de décision de contracter. L'élément intentionnel est plus difficile à retenir.

Il est plus difficile de constater cette erreur à partir d'un simple silence gardée.

Une présomption de mauvaise foi pèse sur le professionnel, cela signifie que si il garde le silence sur certaines informations c'est qu'il veut arnaquer l'autre, ainsi un arrêt du 15 mai 2002, au sujet d'un vendeur professionnel d'un véhicule d'occasion, il s'avère que le véhicule n'a pas toutes les qualités escomptées, la Cour sanctionnera ce vendeur.

La jurisprudence a eu l'occasion de rappeler que l'intention doit être caractérisée, la jurisprudence avait en effet semblé abandonner l'exigence d'élément intentionnel en matière de réticence dolosive

À noter qu'en la matière, la jurisprudence a affirmé l'indifférence de l'attitude de la victime, c'est-à-dire de l'errans, dans un arrêt de la première chambre civile du 22 juin 2004, il fut précisé que l'adage *nemo auditur...* (Nul ne peut invoquer sa propre turpitude) ne peut invoquer en matière de contrat, et on ne peut demander restitution de prestation alors que l'on est à l'origine de l'illicéité du contrat.

Dans cet arrêt on nous apprend que l'adage ne s'applique pas en matière délictuelle et donc en matière de dol.

La victime d'un dol, même si elle n'est pas toute blanche dans l'histoire, même si elle n'a pas donnée toutes les informations, pourra tout de même obtenir la nullité du contrat pour dol et des dommages et intérêts. La cour de cassation nous informant que l'attitude de la victime est indifférente.

C'est une solution qui écarte la morale de la responsabilité délictuelle

2. L'élément matériel

Cet élément matériel ce sont des « manœuvres pratiquées par l'une des parties » comme nous le dit l'article 1116 du Code Civil.

On peut distinguer trois comportements en la matière.

a. les manœuvres trompeuses.

On peut les définir comme toutes les machinations, toutes les mises en scène destinées à tromper l'autre.

C'est l'exemple d'un trafic du kilométrage d'un véhicule d'occasion.

b. le mensonge.

Les manœuvres tel que décrites par l'article 1116 on les entend en jurisprudence comme des simples mensonges.

La jurisprudence assimile le mensonge aux manœuvres, conformément à la décision du 6 novembre 1970 qui affirme qu'un simple mensonge peut constituer un dol.

Néanmoins, il faut relativiser, en disant que le mensonge va être apprécié en fonction des qualités que celui qui le reçoit, ainsi qu'en fonction de la personne qui professe ce mensonge.

De plus, certains mensonges sont admis.

Il est des mensonges admis parce qu'ils font partie du jeu, une citation de Loisel, qui au XVIIe siècle nous dit « *en mariage trompe qui peut* ».

C'est souvent en droit du travail que le mensonge est admis. Le salarié parfois a pu, ou pourra avoir des informations pour obtenir un emploi.

La jurisprudence dans le souci de protéger l'employé, le salarié à *un droit au mensonge*.

À titre d'illustration, on peut noter un arrêt de la chambre sociale du 16 février 1999 à propos d'une mention imprécise dans un CV où l'employeur voulait annuler le contrat de travail, la cour de cassation a refusé.

La publicité c'est l'exagération.

La jurisprudence a posé ce principe dans un arrêt de la chambre commerciale du 13 décembre 1994, a affirmé que l'exagération publicitaire ne dépassant pas ce qui est habituel dans l'usage commercial, n'est pas constitutive d'un dol.

L'idée qui est sous-jacente, c'est l'obligation pour chacun de s'informer.

Le développement considérable de l'obligation d'information fait que le bon dol est de plus en plus exceptionnel que ce développe une telle obligation d'information que le bon dol devient rare.

c. la réticence dolosive.

Elle peut se définir comme le fait de retenir une information déterminante dans la prise de décision du cocontractant, c'est le fait de garder le silence sur un élément essentiel du contrat.

Le principe à d'abord était posé dans le droit du travail, il semblait bien que le silence gardait par l'employeur pouvait constituer un vice du consentement.

Mais le principe sera posé par la 3^e chambre civile en 1971 pose le principe que le simple silence gardé pouvait constituer dol, à partir du moment que si il avait été connu, le cocontractant n'aurait pas contracté.

La réticence dolosive c'est développé en jurisprudence, que ce soit en matière de Banque qui gardait le silence sur des informations importantes à l'égard des cautions, celles qui garantie une dette d'une autre personne.

L'intérêt de la notion de réticence dolosive c'est de pouvoir annuler un contrat alors même qu'il n'y aurait pas d'obligation d'information spécifiquement prévu par un texte.

La jurisprudence c'est montrée de plus en plus sévère à l'égard de celui qui provoque l'erreur de son cocontractant, voir celui qui se contente d'exploiter une erreur.

On a des exemples en matière de droit des sociétés, il n'est pas rare que le dirigeant de société soit sanctionné pour réticence dolosive, par exemple en matière de cession de part sociale.

La réticence dolosive est intimement liée à l'obligation de loyauté corolaire de celle de bonne foi.

Le dirigeant est donc tenu d'une obligation de loyauté à l'égard de ces associés.

La jurisprudence a mis un coup de frein à l'arrêt Baldus rendu le 3 mai 2000 par la Cour de Cassation.

Cet arrêt a fin coulé beaucoup d'encre.

Dans cet arrêt une femme vend des photographies de Baldus à un prix très inférieur à leurs prix réel. L'acheteur dans une vente aux enchères, connaissant la valeur, se tait sur celle-ci, y voyant une affaire certaine.

La vendeuse a entraîné le vendeur pour réticence dolosive.

Ici, la Cour de cassation, considérera « [Qu'] aucune obligation d'information ne pesait sur l'acquéreur ».

Cet arrêt fut apprécié de différente de manière et montré que la Cour de cassation a eu une volonté de ne pas aller très loin. Cet arrêt est important de part l'analyse économique du droit par la Cour de Cassation.

Ce qui se trouvait au centre de l'affaire, c'était l'obligation de part l'acheteur d'informer. C'est tout le métier d'antiquaires qui était en jeu.

Cet arrêt fut suivi en novembre 2000 par un arrêt de la troisième chambre civile, elle va retenir la réticence dolosive à l'égard d'un acquéreur qui achète un terrain en maintenant le vendeur dans l'ignorance de la richesse du sous-sol.

L'acheteur est un exploitant minéralier, et la Cour de Cassation considéra que l'acheteur est en tort. Cet arrêt ouvre une incertitude de la réticence dolosive de l'acheteur.

Reste qu'un arrêt récent de la même chambre du 17 janvier 2007, mènera le ralliement de la troisième chambre civile à l'arrêt Baldus, en affirmant « l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis. »

Un agriculteur devenu main d'œuvre, vend sa maison à un marchand de bien qui agit pour lui-même. L'agriculteur consenti une promesse de vente, et se rend compte que le marchand de bien est en train de profiter de son ignorance, puisque la maison vaut largement plus que le prix consenti.

La Cour de Cassation considéra ici qu'il n'y avait pas d'obligation d'information.

Un auteur estimera que cette solution, si elle avait été contraire, aurait mis l'acquéreur dans une situation complexe. On estime que le vendeur doit s'informer par lui-même, pour se responsabiliser.

De plus, il n'y avait pas en l'espèce de lésion de plus des 7 douzièmes tel que prévu à l'article 1674, enfin, le professionnel a un savoir qui né d'un effort. Toutes ces personnes qui ont un savoir l'ont mérité, et ont peut s'interrogé sur la pertinence d'obliger ces personnes à partager ce savoir.

On peut donc comprendre la solution de la Cour de Cassation, qui est juge du droit.

On assiste donc dans cet arrêt à un éloignement de la loyauté, pour situé le débat uniquement sur l'obligation d'information.

La réticence dolosive s'éloigne de la déloyauté, pour revenir sur le terrain plus neutre, plus objectif, qu'est celui du l'obligation d'information.

B. Le dol, vice du consentement pour sa victime

Le dol est donc un acte malhonnête pour celui qui le commet, mais c'est surtout un vice du consentement, car le dol est **une erreur provoquée**.

La différence avec l'erreur, qui est spontanée, le dol est une erreur qui fut provoquée, par les manœuvres ou le mensonge de l'autre.

1. la provocation d'une erreur déterminante

L'intérêt de la distinction entre erreur et dol, est que le champ d'application du dol est plus vaste que l'erreur. Car certaines erreurs, comme l'erreur sur le motif ne sont pas condamnées.

a. la prise en compte de toutes les erreurs.

En matière de dol, vu qu'il y a un comportement malhonnête, la déloyauté fait que l'on rechigne beaucoup moins à annuler le contrat.

Du coup toutes les erreurs mêmes celles qui auraient pu être indifférente lorsqu'elles sont spontanées, pourront être invoquées par la victime d'un dol.

L'erreur inexcusable entrainera une annulation du contrat, arrêt du 21 février 2001 de la 3^e chambre civile. Il vaut mieux sanctionné celui qui a provoqué l'erreur que celui qui fut négligent.

Reste que l'on ne peut annuler à chaque fois qu'il y a un acte de malhonnêteté, de ce fait, il faut une erreur déterminante.

b. la nécessité d'une erreur déterminante

Il est important qu'une erreur déterminante du consentement existe. Le principe fut posé par la jurisprudence, pour qu'il y puisse y avoir annulation du contrat, il faut que le contractant-victime fût trompé sur un élément déterminant de son consentement.

Les auteurs distinguent le dol *principal* du dol *incident*.

Le dol principal concerne l'hypothèse où le contractant a été trompé sur un élément essentiel, et si il avait connu cet élément il n'aurait **pas du tout contracté**.

Le dol incident, lui, désigne la situation où le contractant-victime, si il avait su, aurait quand même contracté, mais à des conditions différentes, comme par exemple, un autre prix.

Le dol principal entraîne la nullité du contrat immédiatement, alors que le dol incident entraîne une allocation de dommages et intérêts venant compenser le déséquilibre, le caractère excessif du prix au regard de ce qui fut attendu.

Certains auteurs s'opposent à cette distinction.

La jurisprudence s'en tient à une analyse classique, mais un arrêt du 8 juillet 2003, de la Chambre Commercial montre qu'elle peut aussi considérer cette théorie.

En matière de contrat de franchise, la Cour a estimé qu'il y avait un dol dans le fait de ne pas tout dire sur l'état du marché, devait entraîner, non pas la nullité, mais des dommages et intérêts simplement.

Il peut donc parfois être intéressant non pas d'annuler le contrat mais de chercher une compensation.

2. la sanction du dol.

L'article 1116 du Code Civil, précise « le dol ne se présume pas, il doit être prouvé. »

Autrement dit, c'est à la victime, au contractant qui se prétend victime, d'apporter la preuve que l'autre a provoqué une erreur à son égard.

Reste que l'on distingue l'origine du dol qui est importante.

a. l'origine du dol.

Il est important de savoir qui est à l'origine du dol, afin de savoir si on peut ou ne pas annuler le contrat.

Le principe est le suivant : **seul le dol du cocontractant est cause de nullité**.

C'est ce qui ressort du Code Civil « le dol est une cause de nullité lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties ».

Autrement dit, si un tiers nous mène à contracter par un dol, on **ne peut** obtenir la nullité du contrat.

On pourra obtenir la responsabilité délictuelle du tiers, tout en rebondissant sur l'erreur pour essayer d'annuler le contrat.

La nullité du contrat, ce n'est pas simplement une protection de la victime, c'est aussi une sorte de « punition » envers le cocontractant qui a provoqué le dol.

Le dol étant commis par un tiers, il serait injuste d'annuler le contrat au regard de celui qui n'a rien fait.

Cette règle est écartée quand le cocontractant fut complice ou instigateur du dol, mais aussi en matière de donation, même chose si le tiers est le représentant du cocontractant, comme peut l'être un agent immobilier par exemple.

b. le contenu de la sanction.

Le dol, malgré sa gravité est toujours bien un vice du consentement, la nullité est donc bien relative.

C'est une nullité relative qui se prescrit par cinq ans à compter de la **découverte du vice** et non pas à la conclusion du contrat.

Seul la victime et ses ayants-droits peuvent faire appel au dol.

Le dol est une faute, et à ce titre, on peut demander réparation sur fondement de l'article 1382 du Code Civil.

Vu que l'on est en matière de responsabilité délictuelle, la prescription est de dix ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation, conformément à l'article 2270-1

Il est toujours possible de demander uniquement des dommages et intérêts et pas nécessairement la nullité du contrat.

c. la preuve du dol

La preuve doit être apportée par la victime.

Vu qu'il est difficile de prouver les manœuvres, et le silence, la jurisprudence, a tendance à apprécier souplement cette règle, afin de faciliter la démonstration du dol par la victime.

Comme pour l'erreur, les juges peuvent se fonder sur des éléments postérieurs au contrat, comme des comportements après coup d'un des contractants, pour apprécier l'existence d'un dol au moment de la conclusion de celui-ci.

Un arrêt du 1 décembre 1994 de la Chambre Commerciale fonde ce principe.

S'agissant du vendeur professionnel, qui est toujours dans une situation difficile, ayant une présomption de mauvaise foi, l'arrêt du 15 mai 2002 de la Cour de cassation considérera que « le vendeur professionnel est tenu d'une obligation de renseignements à l'égard de son client, et, il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation. ».

On voit bien là un renversement de la charge de la preuve.

III. La violence.

On le retrouve aux articles 1111 et suivants.

Ce vice de violence revient à un nouvel aspect, celui de la violence économique, en profitant de la faiblesse d'autrui dans le contrat.

Par rapport à l'erreur et le dol, la logique est différente.

On ne se trompe pas dans la violence, on contracte sous la contrainte.

Il ne s'agit pas de tromperie, de donner son consentement sans savoir à quoi l'on s'expose. Ici la volonté est éclairée, mais n'est pas libre.

Si l'erreur et le dol touche à l'éclairage de la volonté, la violence touche à la liberté de la volonté.

La violence est une situation où une personne contracte sous la menace d'un mal qui fait naître chez elle, un sentiment de crainte.

On a donc d'un côté, une menace, et de l'autre, un sentiment de crainte.

Le consentement est donc contraint.

Dans le cadre de la violence, c'est la volonté elle-même qui est atteinte. C'est une absence de volonté. Le contractant s'engage sous la menace.

On va partir de cette dualité.

A. La menace exercée par l'auteur de la violence.

1. la notion de violence

Les cas d'annulation pour violence sont très rares pour jurisprudence, on a très peu d'exemples.

a. L'élément matériel

La violence peut prendre des formes susceptibles, la violence étant le fait de menacer.

La loi civile englobe toute forme de menace.

L'article 1112 ne nous donne pas de définition de la violence.

Ces menaces peuvent être de différentes natures. Un arrêt de la 3^e chambre civile du 13 janvier 1999, il s'agissait en l'occurrence d'une membre d'une secte qui avait vendu sa maison à un dirigeant de la secte.

Et qui, une fois sortie du mouvement sectaire va lancer une procédure d'annulation de la vente, pour violence, harcèlement physique et moral.

Ces menaces peuvent se contracter sur le contractant lui-même, mais aussi sur ses proches. L'article 1113 du Code Civil, prévoit dans une volonté d'élargir le champ d'application de la violence, que la violence peut être exercée sur les proches du contractant, son conjoint, ses descendants, ou ses ascendants, ou bien, sur sa fortune, conformément à l'article 1112.

C'est cet élément qui permet d'admettre une violence économique.

Les menaces peuvent également être d'ordres physiques, d'ordres moral.

Le harcèlement sexuel est également prévu par l'arrêt du 30 novembre 2004 de la Chambre Sociale, puisqu'il justifie l'annulation d'un acte de rupture commun.

Mais les menaces peuvent également d'ordre pécuniaire, comme un employeur qui veut faire signer un contrat sous peine de lui faire perdre des indemnités...

L'article 1114 du Code Civil, prévoit une limite, où des menaces seraient « légitimes », la seule crainte révérencielle envers le père, la mère, ou d'autres ascendant ne suffit point pour annuler le contrat.

Le fait de souscrire de contrat, simplement parce que l'on craint la réaction de ses parents, ne suffit pas à annuler le contrat.

En plus d'un élément matériel, il faut un élément injuste.

b. l'élément injuste.

La contrainte exercée doit être illégitime, comme le fait de menacer quelqu'un.

Les voies de droit ne constitue pas une violence, si on menace quelqu'un de faire un procès, si il n'exécute pas son obligation ne constitue pas une violence.

Un débiteur qui souscrit une reconnaissance de dette, pour éviter les poursuites judiciaires de son créancier, qui l'a menacé sous peine de poursuite judiciaire.

Le débiteur ne pourra demander annulation de la reconnaissance de dette.

Si le créancier menace son débiteur pour lui extorquer des engagements excessifs, il y a là bien évidemment contrainte illégitime.

Le caractère forcément illégitime de la contrainte, fut rappeler dans un arrêt du 20 mai 1980 par la Chambre commerciale où une décision des juges du fond, qui n'avait pas précisé où résidait le caractère illégitime de la contrainte, fut cassée par la Cour de Cassation.

2. l'origine de la violence

a. un tiers au contrat à l'origine de la violence

En matière de dol, un tiers ne peut entraîner la nullité du contrat, même si il a induit en erreur une partie au contrat, à l'inverse, une violence exercée par un tiers, est une cause de nullité, comme nous le dit l'article 1111 du Code Civil : « la violence est prise en compte qu'elle soit exercée par un cocontractant ou par un tiers ».

Cette solution se justifie par le fait que la violence, d'un point de vue social, est un trouble grave et à ce titre inadmissible et nécessite donc un champ d'application de sanction très vaste.

Dès 1804, dans cette optique de contrat avec volonté, la violence donnée par un tiers est donc admise.

La violence morale exercée par des élus locaux et par le Président du tribunal de commerce, sur l'épouse d'un dirigeant d'entreprise pour qu'elle se porte caution de l'entreprise fut bien sûr sanctionné dans l'arrêt du 28 mai 1991 de la Chambre commerciale de la Cour de cassation.

b. la violence émane des circonstances extérieures

Première circonstance qui pourrait être constitutive d'une violence : l'état de nécessité.

1. l'état de nécessité.

L'état de nécessité, en droit pénal, peut être un fait justificatif de l'infraction.

La question est de savoir si le fait d'exploiter l'état de nécessité de son partenaire peut être constitutif de violence, on profite du fait qu'il est déjà menacé par son état, pour lui faire signé un contrat abusif.

L'exemple que l'on cite, est celui du sauvetage en mer.

Un navire en perdition est remorqué en échange de 80% de sa marchandise.

Un arrêt du 27 avril 1887 avait estimée que l'état de nécessité en matière de sauvetage maritime est considéré comme une cause de nullité du contrat.

Par la suite, fut repris cette jurisprudence dans une loi de 1916.

Reste que la jurisprudence a parfois admis la nullité pour violence en raison de pressant besoin d'argent.

Un arrêt un 5 juillet 1965 de la Chambre sociale, un contrat de travail conclu à des conditions très dures pour un salarié fut annulé pour violence en raison de l'état de nécessité.

Reste qu'en pratique il est rare de voir de telles confirmations.

Deuxième circonstance, la « subordination juridique », qui est l'acceptation de conditions au seul prétexte que l'on est subordonné

2. La subordination juridique.

On touche ici au point crucial qui est celui de savoir si la violence peut résulter d'une subordination juridique. Un salarié est bien subordonné à son employeur.

La violence peut elle venir de la dépendance économique, qui est celle de la station service à la compagnie pétrolière.

Est-ce que la violence peut résulter d'une subordination juridique, ou d'une dépendance économique ?

Peut-elle résulter de l'abus de la faiblesse de son cocontractant ?

En jurisprudence, souvent, les contractants ont pus évoquer une telle situation de subordination juridique ou de dépendance économique dans laquelle ils se trouvent à l'égard de leurs partenaires contractuels.

La violence est reconnue, même si elle ne dit pas son nom, en droit social : le salarié est protégé par le code du travail contre les menaces de l'employeur.

Elle est admise aussi en droit pénal, puisque le fait par exemple de profiter de l'ignorance d'une personne âgée, de la vulnérabilité d'une femme enceinte, constituent des circonstances aggravantes.

La violence économique existe donc bien dans d'autres branches du droit.

Elle existe aussi dans le droit étranger.

Le droit anglais, qui est réputé être un droit tourné par l'efficacité économique, il connaît le concept de violence économique *economic duress*, ou dans le droit allemand.

La violence est également appréhendée par les principes Lando européen du contrat.

À l'article 4.109, on prévoit la sanction du *profit excessif* ou de *l'avantage déloyal*.

Dans ce contexte, où on est on dans le droit positif français ?

Nous avons deux arrêts.

Celui du 30 mai 2000 fonde la matière, La première chambre civile rattacher la contrainte économique à la violence économique.

La Cour de cassation, fera marche arrière dans un arrêt du 3 avril 2002, ou arrêt Cannas, a posé comme solution de principe : « seul l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique faite pour tirer profit d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne peut vicier par violence, le consentement. ».

Autrement dit, la seule subordination juridique, ou la seule dépendance économique **ne suffit pas** à caractérisé la violence, ou que l'on a contracté sans vouloir : **il faut une exploitation abusive** qui a du être **faite pour tirer profit de la situation**.

Cet arrêt montre la volonté de ne pas banaliser la violence économique.

La violence économique, et son concept, permettrait de palier l'absence de dispositif visant à sanctionner les déséquilibres né d'un profit indu d'un des contractants.

La violence économique permettrait d'appréhender des situations où le dol ne suffit pas.

On touche là à des situations d'injustices, à des abus d'un fort sur un faible.

Pour toutes ces raisons, la violence économique devrait trouver une place dans le droit français.

Le rapport Catala qui a eu les mérites de montrer les positions défendues par la doctrine, l'avant-projet de réforme du droit des contrats, propose un article 1114-3 qui prévoirait « [Qu'] il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance si l'autre partie exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif ».

Le problème c'est que les conditions sont strictes, et que c'est là le discours de la Cour de Cassation dans l'arrêt de 2002.

L'avenir de la violence économique et de son concept, paraît favorable, puisque des situations conflictuelles de ce type se développent.

Le concept de violence économique est fortement imprégné de moral, mais il y a également une recherche d'un intérêt au contrat.

On se rapproche là du concept suisse de la « lésion qualifiée » qui est le fait de sanctionner le profit indu d'un contractant sur l'autre qui est en situation de faiblesse.

B. La crainte ressentie pas la victime de la violence.

1. les caractères de la crainte.

« Il y a violence lorsque celle-ci est de nature à faire pression, sur une personne raisonnable, qui peut lui faire craindre une atteinte sur sa personne ou sa fortune »

a. une crainte existante au moment de la conclusion du contrat

Pour qu'il y est violence, il faut que la crainte ressentie par le cocontractant, soit vécue au moment où il conclut le contrat, il faut que la crainte existe au moment de la conclusion du contrat.

Néanmoins, les juges peuvent se fonder sur des éléments postérieurs à la formation du contrat, c'est là l'affirmation de la 3^e chambre civile au sujet d'une membre de secte.

La crainte doit être suffisamment grave.

b. une crainte grave

La gravité de la crainte est exprimée par l'article 1112 du Code Civil qui nous informe que la crainte peut être inspiré sous peine d'un « mal considérable et présent ».

Qu'est ce qu'un mal considérable ?

Il doit y avoir une gravité évidente, certaine. Il ne s'agit pas simplement d'une crainte légère et minime.

Qu'est ce qu'un mal grave ?

Cette gravité se voit de deux manières.

On distingue la plupart du temps on distingue la distinction in abstracto ou in concreto.

On va d'abord observer la gravité in abstracto, en faisant référence à une personne raisonnable, à savoir celle qui n'a pas peur pour tout ou rien.

« Le juge se met dans la peau de la personne raisonnable. »

Cette gravité va également s'apprécier in concreto, par rapport à la *capacité de résistance* de la victime.

Concrètement, l'alinéa 2 de l'article 1112 « on a égard à cette matière, à l'âge, au sexe, et à la condition de la personne. ».

2. la sanction de la crainte.

La violence, et la menace exercée, sont des **faits juridiques**, comme tout fait juridique, la preuve se fait par tout moyen : écrites, témoignages, préemptions. Restent à charge de la victime.

S'agissant de la nature de la nullité, en droit positif, la nullité est une nullité relative, seul l'intéressé ou ses ayants-droits peuvent l'invoquer. Le délai est de cinq ans, mais l'originalité dans la matière,

c'est que le délai ne court qu'à coté du moment où la violence **a cessé**, comme nous le dit l'article 1304 alinéa 2.

En outre, la violence pourra occasionner l'octroi de dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code Civil.

TITRE DEUX : LES CONDITIONS RELATIVES AU CONTENU DU CONTRAT

Nous ne sommes plus dans l'analyse des contractants, on va être dans l'analyse du contrat, des clauses du contrat, ce qui est prévu concrètement dans le contrat.

Quand l'article 1134 du Code Civil nous parle du contrat il faut que le contenu du contrat soit conforme au Code Civil.

On prévoit ainsi, à l'article 1108, quatre conditions de validité :

- Capacité
 - Consentement
- 

Il existe deux autres qui tiennent au contenu du contrat :

- L'objet
- La cause

Aujourd'hui le juge vérifie de plus en plus l'équilibre.

Chapitre un : le contrôle de la matière du contrat

L'objet, ou la cause, l'ordre public ou les bonnes mœurs seront l'objet de ce chapitre.

Section 1 : l'objet du contrat.

L'article 1108 nous dit qu'il faut « *un objet certain qui forme la matière de l'engagement.* ».

L'objet trouve sa source aux articles 1126 et suivants du Code Civil. L'article 1126 nous apprend que « *Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, à faire ou à ne pas faire.* ». Dans les autres articles, il est fait référence indifféremment à l'objet du contrat, ou encore à l'objet de l'obligation, pour désigner la même réalité : la prestation qu'un contractant s'engage à fournir.

C'est là la réponse à la question du juriste Oudot : Quid debitor ? À quoi est tenu le débiteur ?

L'objet de la prestation.

C'est clairement, la chose fournie, ou bien un service.

L'objet de l'obligation

L'objet de l'obligation, c'est la prestation promise, l'engagement du débiteur, sa promesse...

L'objet d'une vente serait de payer le prix pour l'acheteur, alors que pour le vendeur, c'est le transfert de la propriété.

L'objet du contrat

Ici, à moins d'estimer que les mots n'ont pas de sens. L'objet du contrat est *l'opération convenue*, l'opération juridique, le but juridique conclue entre les parties.

Contrat de vente : Transfert de propriété contre un paiement du prix.

L'objet du contrat permettrait de qualifier les contrats.

Paragraphe 1 : La nécessité de l'objet dans le contrat.

On ne peut faire de contrat dans le vide, il faut un objet, comme nous le disent les articles 1108 et 1126.

L'objet doit exister.

Cette nécessité se traduit à travers deux problématiques.

A. La nécessité d'un objet existant.

1. L'existence actuelle.

L'objet doit exister au moment de la conclusion du contrat. Les parties doivent s'accorder sur l'objet, c'est-à-dire sur ce à quoi elles sont tenues réciproquement.

Le problème se pose si l'objet n'existe plus lors de l'échange des volontés.

Le problème se posera uniquement pour les *corps certain* : un bien qui n'a pas d'équivalent (tableau de maître) à l'inverse, pour les choses de genre, les biens fongibles (un kilo de céréale).

Le problème de l'existence se pose pour les corps certain.

a. dans les contrats commutatifs.

Dans les contrats commutatifs, deux hypothèses peuvent soulever un litige.

1. la perte totale de l'objet du contrat.

On se rend compte ici que l'objet a été perdue. Exemple d'un brevet perdue par préemption.

Là il y a nullité absolue du contrat.

2. la perte partielle de l'objet du contrat.

Ici une solution est donnée en matière de vente.

En cas de perte partielle de la chose objet du contrat de vente, l'article 1601 du Code Civil, prévoit une option pour l'acquéreur : abandonner la vente, ou bien, demander à garder la chose contre une réduction du prix.

b. dans les contrats aléatoires.

Dans les contrats aléatoires on ne sait pas exactement ce que devront les parties au contrat. On pense au contrat d'assurance.

On est dans le cadre d'un contrat, ou par hypothèse, l'une des prestations est incertaine. Ici le contrat va avoir pour objet en fait, l'espoir que l'objet existera, qu'il subsistera.

Il y a ici l'idée d'un espoir.

S'il y a une perte d'objet dans un contrat aléatoire, il n'y a pas nullité du contrat, puisque c'était un événement prévu par les parties.

2. l'existence future de l'objet

Question c'est de savoir si on peut prévoir une chose qui n'existe pas encore, qui va peut être exister ? Article 1130 alinéa 1 qui prévoit que les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. Dès l'alinéa deux on pose une exception.

a. Le principe

Hormis le cas du contrat aléatoire, les parties peuvent dans le cadre d'un contrat commutatif, décider de contracter en vue d'une chose qui n'existe pas encore. On pense à la vente d'un meuble à fabriquer, achat sur plan (elle est régie par les articles 1601-1 et suivants)...

Problème c'est lorsque la chose ne parvient pas à existence. Si l'inexistence est due à une faute de l'une des parties, ça relève de l'exécution du contrat. Hypothèse où aucune des parties n'est fautive mais l'objet ne parvient pas à existence pour des raisons extérieures aux parties. Le contrat sera alors non avenu ou caduque puisque l'une des conditions majeures de validité est non existante.

b. Les exceptions

De manière générale, ces exceptions peuvent s'expliquer par une volonté de protéger les cocontractants contre une atteinte à leur liberté.

Exemple ; article 1130 al 2 pose un principe fondamentale qui est celui de la prohibition des pactes sur succession future (pas de contrat ayant pour objet l'héritage qu'on est censé toucher). Idée d'atteinte à la liberté qui doit céder car elle peut changer son testament. Loi du 23 juin 2006 : on a admis les pactes sur succession future dans des conditions très strictes.

Les droits d'auteur ne peuvent être globalement cédés sur des œuvres futures.

B. La nécessité d'un objet déterminé

Cette exigence est posée à l'article 1129 du Code Civil qui prévoit que l'objet doit être déterminé ou déterminable.

1. Déterminé quant à son espèce

Le Code Civil ne vise que l'espèce, il ne parle pas de l'indication du genre qui elle paraît être évidente et de bon sens. L'espèce c'est la famille de l'objet, son type... Exemple : contrat de vente passé sur des céréales il va falloir préciser l'espèce des céréales (complètes...).

Cette condition relève de la nécessité d'un objet certain qui était posée à l'article 1108 du code civil.

La logique, c'est qu'on doit pouvoir identifier avec précision la chose objet de la prestation. Cette d'identification est plus importante pour les choses fongibles, ce sont celles que l'on peut remplacer par d'autres. Pour ce qui est des corps certains il n'y a pas d'équivalents.

2. Quant à sa quotité

Alinéa 2 de l'article 1129 « la quotité de la chose peut être incertaine pourvu qu'elle puisse être déterminée ».

On va distinguer selon qu'il s'agisse d'une chose ou d'une somme d'argent.

a. La chose

Il n'est pas nécessaire que l'objet de la prestation soit déterminé dans sa quantité au moment même de la conclusion du contrat. Mais il doit pouvoir l'être au moment de son exécution.

Exemple : contrat de transport de taxi, on ne s'est pas lors de la conclusion la quotité de l'objet. Elle ne sera connue qu'à la fin, pour autant ça ne remet pas en cause sa qualité. Le compteur du taxi fait que c'est déterminable.

La limite réside dans le fait que la détermination ultérieure doit échapper à la volonté souveraine de l'une des parties et qu'elle réside dans des éléments objectifs c'est-à-dire qui ne varie pas en fonction de la volonté d'une des parties.

b. Le prix

Question qui s'est posée, c'était de savoir si le prix dans un contrat devait être déterminé ou pas ?

L'intérêt c'est dans les contrats de longue durée.

La jurisprudence posait l'exigence que le prix devait être déterminé ou déterminable : situation assez problématique pour beaucoup de contractant.

La détermination a posteriori réclamait l'accord initial des parties sur un procédé de fixation du prix qui faisait appel à un critère objectif. Cette jurisprudence a été étendue aux contrats de distribution.

C'est à partir de là que des éléments de contestation sont apparus. La jurisprudence s'est mise à faire des distinctions au cas par cas. => Système critiquable.

L'évolution s'est faite en plusieurs temps et notamment dans deux arrêts Alcatel du 19 novembre 1994 la cour de cassation a opéré un revirement à propos d'un contrat de distribution, il a été estimé que le prix pouvait être licitement fixé par référence aux tarifs d'une partie, uniquement à condition que l'exécution du contrat soit conforme à l'exigence de bonne foi.

L'assemblée plénière est intervenue dans 4 arrêts de principe rendus le 1er décembre 1995. Elle a affirmé la possibilité de ne pas déterminer le prix dans les accords cadres, le prix pouvant être fixé ultérieurement et unilatéralement à condition qu'il n'y ait pas d'abus. Elle va dire « l'article 1129 du Code Civil n'est pas applicable à la détermination du prix ». Le garde fou est l'abus : c'est une notion floue et la sanction de l'abus ne sera pas une annulation du contrat mais seulement une résiliation ou l'indemnisation.

Exemple : la cour de cassation semble assez souple dans l'interprétation de l'abus. Il s'agit d'un contrat de location de chambre forte dans une banque, la banque décide de multiplier le prix de location par 3. Est-ce que cette modification est abusive ? La cour va considérer que l'abus n'est pas caractérisé car la banque avait prévenu la cliente et celle-ci pouvait faire jouer la concurrence => arrêt du 30 juin 2004.

Il faudrait que le cocontractant n'ait pas le choix pour qu'il y ait abus.

Paragraphe 2 : Les critères de l'objet.

C'est la jurisprudence qui au fil des décisions a forgé ces exigences relatives aux objets.

A. Un objet possible

Sur ce caractère là, le Code Civil ne pose aucune définition quant à la possibilité de l'objet. Malgré tout, il est unanimes reconnu que l'objet de l'obligation doit être possible pour la donne et simple raison que l'on suit l'adage populaire « à l'impossible nul n'est tenu ».

Depuis le droit romain on applique cette idée.

1. la possibilité matérielle

S'agissant des contrats contenant une ou plusieurs obligations de *donner*, l'exigence d'un objet possible implique tout simplement que la chose auquel on s'engage à donner existe dans la nature.

Si on s'engage à matériel extraterrestre on aurait un objet impossible dans le sens où il n'existe pas.

S'agissant plus fréquemment des obligations de *faire*, il faut que la prestation soit matériellement réalisable.

On cite l'exemple de l'impossibilité de *toucher le ciel du doigt*.

Excepté cet exemple, les hypothèses d'impossibilité matérielle sont assez rares, difficile de trouver de tel hypothèse.

En revanche, on peut se trouver face à des *impossibilités relatives* qui tiennent de **l'inaptitude de la personne**.

Comme signé un contrat pour être musicien professionnel sans connaître le solfège.

Dans ce cas là, le contrat ne sera pas nul pour *défaut d'objet possible*, parce que tout simplement la personne est sensé se connaître, ses aptitudes, etc., engageant donc sa responsabilité contractuelle.

Carbonnier disait dans son manuel sur les obligations, que « l'extrême difficulté de faire son devoir n'en dispense pas ».

2. la possibilité juridique.

Dans certains cas la chose va exister matériellement, mais le promettant, celui qui s'engage à transférer la propriété d'une chose, n'a pas sur cette chose les droits qu'il s'était obligé à constituer ou à transférer.

Comme une personne qui s'engage à vendre quelque chose sans qu'il en soit propriétaire : la vente de la chose d'autrui, qui entraîne suivant l'article 1599 du Code Civil une annulation du contrat.

B. Un objet licite.

Le contrat doit avoir un objet **licite**. C'est là ce qui ressort de l'observation des textes et de la jurisprudence.

On ne peut passer un contrat illicite.

Ceci encoure deux conséquence, l'objet doit être dans le commerce mais ne doit pas aussi frauduleux.

1. un objet dans le commerce

Ici, l'article 1128 du Code Civil nous stipule : « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être objet des conventions. »

Que signifie exactement l'expression « les choses dans le commerce » ? Beaucoup d'auteurs y voient une tautologie.

La commercialité évoquée par les rédacteurs du Code Civil fait référence à la possibilité pour une chose de servir d'objet à une opération juridique : de passer d'un patrimoine à un autre.

En clair, les choses dans le commerce et les choses hors commerces est une distinction entre la licéité et l'illicéité.

Cette ligne sera tracée par le législateur qui au cours des lois va exclure certaines choses du commerce : logement insalubre, produit dangereux, ou bien, c'est le juge qui va décider que des choses sont hors commerce.

On a là une espèce d'image, à un moment donné, de l'évolution de la société de part ces exclusions.

La liste des choses qui sont dans le commerce est variable selon l'époque ou le lieu et témoigne des valeurs de la société.

Reste qu'il ne faut pas confondre « dans le commerce » et monnayable, puisque certaines choses ne peuvent être vendu mais donné et peuvent faire des objets de convention.

Beaucoup de produit du corps humains ne peuvent être vendu, mais peuvent être donnés.

Carbonnier y voyait là une survivance du *tabou* d'une société.

Parmi ces choses invendables, la personne humaine

a. la personne humaine

Depuis l'abolition de l'esclavage, la personne humaine est *hors commerce*, à cet égard la Cour de Cassation avait interdit les conventions de mère porteuse, interdisant toute convention. Cette interdiction fut posée en mai 1991, on ne peut pas louer l'utérus d'une autre femme.

Principe retrouvé dans la loi de bioéthique de 1994 : article 16-7 du Code Civil qui interdit la convention de mère porteuse.

De même fut considéré comme une atteinte à l'indisponibilité du corps humain, suivant l'arrêt du Tribunal de Grande Instance, fut considéré comme nul un contrat qui prévoyait l'exécution d'un tatouage et le prélèvement de l'exérèse du tatouage en tant qu'objet artiste.

Dans le même ordre idée, les sépultures et les tombeaux sont également considéré comme hors-commerce, on ne peut vendre une sépulture ou un tombeau.

C'est la propriété des sépultures et tombeaux qui sont hors commerce, mais peuvent faire l'objet de convention ou de concession.

La seule exception que l'on puisse recenser dans la possibilité de vendre une part du corps humain : c'est la vente des cheveux.

Ce principe d'indisponibilité pouvait être obstacle à la recherche scientifique. Le législateur est donc intervenu par souci notamment de santé publique fut autorisé le don de sperme, d'ovocyte, ou de don du sang.

Mais, il ne faut pas oublier qu'il s'agit de **don**, on ne peut monnayer une partie de son corps.

Les droits de la personnalité ne peuvent pas être mis dans le commerce, comme le droit à la vie privé. Ils sont intransmissibles, insaisissables.

Mais en droit du commerce, le nom de propriété, peut être revendu.

Autre objets hors commences, les libertés fondamentales.

L'exercice d'une liberté fondamentale ne peut être restrictif.

Les clauses de célibat imposé aux hôtes de ne pas se marier, les tribunaux ont eu à jugé sur les clauses de célibat qui portés atteinte à la liberté matrimoniale. Un arrêt de 1961 de la Cour d'appel de Paris à interdit une pareille clause.

La clause d'un contrat de bail qui visait à interdire à un colocataire d'héberger des membres de sa famille, le tribunal dans un arrêt de 2007 a annulé la clause, puisqu'on portait atteinte au droit à la vie familiale.

b. l'État

Tout ce qui concerne l'État ne peut faire l'objet de convention, comme le droit de vote.

Un arrêt de la Première chambre civile du 3 novembre 2004, un candidat à une élection s'engage à rembourser à son parti tous les frais de campagne en cas de victoire : gagnant l'élection il ne rembourse pas en prétendant que l'investiture politique est un objet hors commerce.

Il en va de même des biens du domaine public, ainsi fut annulé le contrat de vente de la tour Eiffel à des Japonais.

Idem, les fonctions publiques ne peuvent être vendues, on ne peut vendre sa fonction d'officier public, comme le fait d'être ministre. Reste qu'il faut distinguer le **titre**, être notaire, de la **finance**. C'est-à-dire il est possible de vendre son *étude*, comme sa clientèle.

c. les clientèles

La clientèle commerciale est bien sûr cessible.

En revanche, en matière civile, la clientèle civile ; liée à toutes les professions libérales, fut pendant très longtemps incessible.

En pratique, les professions libérales avaient imaginé non pas un contrat de cession, mais un contrat de *présentation de clientèle*, par laquelle le médecin va présenter son successeur à ses clients, ce qui permettait de passer outre de l'interdiction.

Dans un revirement du 7 novembre 2000, la première chambre civile, a finalement admis que les clientèles civiles pouvaient être vendues à condition toutefois que « soit sauvegardé la liberté de choix du patient. ».

Au-delà de la décision sur la clientèle civile, ici il faut souligner la variabilité des choses hors commerce.

d. les choses sacrées

On conçoit que les choses hors commerce sont sacrées.

Mais on voit que l'on recherche dans certains cas la préservation de la santé publique, on a dépassé le stade du sacré. Les souvenirs de famille sont par exemple incessibles, comme nous le rappelle l'arrêt de 1995.

Les produits dangereux sont aussi exclus.

La jurisprudence ajoute à cette liste des éléments importants, l'arrêt du 24 septembre 2003 nous apprend que les marchandises contrefaites ne peuvent être vendues, sont hors commerce.

Idem dans l'arrêt de 2006 qui nous apprend que les objets périmés sont hors contrats et ne peuvent être l'objet d'un contrat. Précision toutefois, au moment de l'offre, les produits cosmétiques étaient valables, alors qu'au moment de l'acceptation les produits étaient périmés.

2. un objet non-frauduleux.

Quand on évoque la nécessité d'un objet licite, on évoque aussi le fait que l'objet ne doit pas être frauduleux.

Un contrat peut également être annulé lorsque son objet est frauduleux, c'est-à-dire lorsqu'il est destiné à contourner la loi.

La fraude consiste à créer une situation juridique honnête uniquement dans le but de contourner la loi.

La fraude est un comportement subtil, quand on fraude le FISC on va déguiser une donation en vente.

Un adage « *fraus omnia corrumpit* », à savoir *la fraude corrompt tout*. La fraude fait exception à tout, autrement dit, même si le contrat est parfaitement valable, si on ne le prend qu'en lui-même, le fait qu'il est objet de frauder la loi, va le corrompre, l'annulant.

Cet adage n'est qu'un principe juridique du droit, mais on peut très bien l'invoquer en tant que tel.

L'exemple d'une personne mourante qui fait une donation au petit fils de son médecin traitant, la donation en soit est totalement valable, sauf qu'elle est uniquement destinée à contourner l'interdiction légale de gratifier son médecin traitant inscrite à l'article 911 du Code Civil.

À partir du moment que l'on constate que le contrat est passé dans le seul but de contourner la loi on peut l'annuler pour son objectif frauduleux.

Paragraphe 3 : La sanction du défaut ou de l'illicéité de l'objet.

Aucun texte dans le Code Civil n'est relatif à la sanction du défaut ou de l'illicéité de l'objet. Néanmoins il est admis qu'il s'agit d'une **nullité absolue**, pour l'instant, la sanction observée dans les décisions jurisprudentielles est une nullité absolue.

Section 2 : La cause

La cause répond à la question « Cur debetur ? » : Pourquoi les parties se doivent quelque chose ?

Cette vaste question pose quelques problèmes. On doit d'abord préciser qu'en droit romain, la cause, au sens où l'on l'entend aujourd'hui n'existait pas.

La *causa* ne désigne que la source de l'obligation, c'est-à-dire l'origine de l'obligation : un contrat, un procès...

Il faut attendre le droit canonique, le droit des pères de l'Église, qui va introduire le respect de la parole donnée, l'idée de justice contractuelle, pour que soit posée une notion de cause, d'une contrepartie.

L'exigence d'une cause pour une contrepartie ne sera posée que par le droit canonique.

La réponse à la question « *Pourquoi ?* » peut être multiforme. On a coutume de distinguer la :

- **Cause efficiente** : quand on parle de cause à effet. C'est l'événement qui crée l'effet, c'est une réponse dont on ne va pas tenir compte.

- **Cause finale** : c'est là la finalité, le but du contrat. Cette conception est beaucoup plus usitée dans notre droit du contrat. Pourquoi achètes-t-on un appartement ? Pour ouvrir un cabinet, ou pour en faire une maison clause. Mais cette clause finale a plusieurs distinctions
 - **La raison proche**. C'est la première qui vient à l'esprit : j'achète un appartement parce que je veux en être propriétaire.
 - **La raison lointaine ou *causa remota***. Quelle est la réelle intention.

La question est de savoir jusqu'où va-t-on dans l'appréciation des contractants. En droit doit-on appréhender les motivations lointaines des contractants ?

En droit positif français, les articles 1131 et suivants fixent la matière. Mais les termes sont bien souvent imprécis.

Un énorme travail doctrinal d'interprétation fut nécessaire. La matière très riche et très complexe est donc essentiellement jurisprudentielle. Les innovations en matière de cause sont toujours venues des tribunaux, qui voient dans cette notion floue un bon moyen d'intervenir dans le contrat pour permettre l'équilibre contractuel.

Reste un paradoxe important, puisque la notion de *cause* n'existe que dans le droit positif français et ne serait que le symbole de la subtilité du droit français. En droit Anglais ou Allemand n'existe pas la cause.

Néanmoins, la notion a connu ces dernières années des évolutions jurisprudentielles très riches. La matière de la cause a connu de grands apports avec les arrêts Chronopost.

Le droit français présente classiquement la matière, par une présentation dualiste. La cause en droit des contrats, a deux fonctions :

1. **Contrôle de l'existence de la cause** : on va vérifier que chaque contractant reçoit bien une contre partie équitable.
2. **Contrôle de la licéité du contrat** : on va s'assurer que le contrat n'est pas contraire à l'*ordre public et aux bonnes mœurs*. Contrairement à l'objet hors commerce, la cause du contrat s'attache à l'utilisation, par exemple, de l'objet du contrat.

Ces deux fonctions vont rejaillir sur la définition de la cause que les rédacteurs de 1804 se sont bien abstenus de donner.

Lorsqu'il s'agit d'apprécier l'existence de la cause, seul des intérêts privés sont en jeu : ceux des contractants. Dans ce cas, la cause est entendue comme la *raison proche*, c'est-à-dire la **contrepartie**. La cause de l'obligation du vendeur est celle de percevoir le prix.

En revanche, lorsqu'il s'agit d'apprécier la licéité du contrat et la licéité de la cause, l'intérêt général est en jeu. Il s'agit alors de vérifier que le contrat ne porte pas atteinte à l'ordre public, ou à la morale. Dans ce cas là on admet d'aller plus loin dans l'analyse des volontés des contractants, on envisage alors le **motif déterminant**, les raisons qui poussent le contractant à s'engager.

Dans le premier cas, quand il s'agit d'apprécier l'existence de la cause, on parle de **cause de l'obligation**. La cause de l'obligation c'est la cause de la contrepartie, c'est la cause immédiate. C'est

une cause objective, elle est toujours la même dans chaque type de contrat. Pour tous les vendeurs, dans tous les contrats de vente, la cause de l'obligation c'est le paiement du prix.

C'est une cause objective.

À l'inverse quand on s'intéresse à la licéité du contrat, on utilise l'expression de **cause du contrat**, on désigne alors une cause plus lointaine, une cause *subjective*, une cause variable d'un contractant à l'autre, variable d'un contrat à l'autre. La raison pour laquelle on achète un appartement varie en fonction des motivations de chacun.

Cette dichotomie, cette distinction fut suivie pendant des années, mais est critiquable aujourd'hui, parce qu'elle ne reflète pas la richesse ou l'utilité de la notion de cause.

Et, la cause du contrat doit désigner de manière plus large la finalité de l'opération contractuelle dans son ensemble.

Paragraphe 1 : La cause de l'obligation.

A. La notion variable de cause de l'obligation.

La notion de cause va varier selon le contrat.

1. dans les contrats à titre onéreux

Dans les contrats à titre onéreux, ceux dans lesquelles chacun va s'engager pour recevoir quelque chose en échange, la cause de l'obligation c'est la contrepartie reçue de l'autre, c'est la contreprestation. Le contrat où il n'y aurait pas de cause pour l'une des parties méconnaîtrait sa finalité économique et sociale du contrat qui est celle d'être un instrument d'échange.

a. les contrats synallagmatiques

Dans un contrat de vente, il pourrait y avoir une absence de cause si le prix est dérisoire, ou bien si la chose est inexistante.

C'est justement l'une des critiques majeures formulées à l'encontre de la théorie de la cause, à savoir qu'elle serait inutile.

Un courant du XIXe siècle, l'anti-causalisme, y voyait un double emploi avec celle d'objet.

On pourrait parvenir à la même solution en passant par la notion d'objet, puisque si l'objet n'existe pas, le contrat devrait être annulé.

Un arrêt de la 3e chambre Civile de 1983 nous dit d'ailleurs que lorsque « l'obligation d'une partie est dépourvue d'objet, l'engagement du cocontractant est nul faute de *cause*. ».

Autrement dit dans les contrats synallagmatiques, la cause de l'obligation de l'un, c'est l'objet de l'obligation de l'autre.

Toutefois cette symétrie n'exclut pas la notion de cause. Puisque la cause présente l'avantage de créer une interdépendance entre les obligations. La notion d'objet est elle statique.

b. les contrats commutatifs

Exemple d'absence de cause, un arrêt de la Cour de Cassation estime qu'il y a une absence de cause dans le cas d'un concierge présentant son successeur. La présentation aux habitants de l'immeuble, c'est du vent, il n'y a pas de droit sur ces habitants.

La cession d'un brevet qui serait inutile, périmé, est également rejeté pour défaut de cause.

c. les contrats à titre gratuit.

Le souci c'est que si il n'y a pas d'échange, où est la cause ?

L'absence voulue de contrepartie constitue l'intention libérale que l'on désigne par l'intention *animus donandi*.

Ce qui anime les parties c'est l'intention libérale. L'article 1131 et ses conditions sont remplis.

Reste que l'on peut toujours sur la volonté de la donation qui peut poursuivre un but plus délictueux. Souvent on a des donations entre un parent et un homme que l'on croyait enfant naturel.

L'homme demandera annulation du contrat pour défaut de cause.

La jurisprudence est allée plus loin de l'intention libérale en admettant de tenir compte du *motif déterminant*, l'arrêt de la première chambre Civile du 6 octobre 1959 nous apprend que la Cour de cassation précise : « que la cause d'une libéralité réside dans le motif déterminant qui l'a inspiré. »

On voit donc ici la nécessité de considérer une cause plus concrète : *le motif déterminant*, ce qui a poussé la personne à s'engager.

B. Le rôle limité de la cause de l'obligation.

La cause de l'obligation est entendue de manière abstraite, objective, comme le but immédiat identique, dans chaque même type de contrat.

Cette notion de cause de libération n'éclaire pas suffisamment sur les véritables enjeux du contrat, et à ce titre, son rôle en tant que contrôle de l'équilibre des prestations s'avère limité, tout simplement parce que la notion est trop abstraite, trop restrictive.

1. Le particularisme de la notion.

Pour compliquer encore les choses, il va falloir distinguer entre l'absence de cause et la fausse cause.

a. Différences entre l'absence de cause et la cause fausse.

L'article 1131 nous apprend que « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause ne peut avoir aucun effet ».

La *fausse cause* est définie comme une absence de cause due à un vice du consentement, par un dol ou une erreur.

Le cocontractant dans cette hypothèse pensait que la cause existait, que le but de son engagement existait, alors que cette cause n'existait pas.

Vu la redondance du raisonnement, en pratique, la notion de fausse cause n'était guère utilisée, on passait par l'absence de cause.

La notion de fausse cause n'était donc pas utilisée, mais l'arrêt rendu par la première Chambre civile le 11 mars 2003 est venu appliquer ce concept en décidant, dans une situation de reconnaissance de dette au profit d'un neveu par une veuve qui par la suite estimera qu'elle ne doit pas autant d'argent à son neveu en demandant l'annulation de cette reconnaissance de dette.

Ici, la Cour d'appel annulera pour fausse cause, car selon elle la veuve ne pouvait être débitrice de la somme inscrite dans la reconnaissance de cause.

La Cour de Cassation va casser l'arrêt au visa de l'article 1131 du Code Civil en justifiant sa décision en expliquant « la dette de la veuve existait bien, mais elle était inférieure à la somme pour laquelle elle s'était engagée. ». Donc il n'y a pas annulation de la promesse de dette, mais il y a réduction de la dette, à *la mesure de la fraction subsistante* selon interprétation du juge.

Cet arrêt est important parce qu'il illustre la tendance actuelle de la jurisprudence de privilégier d'autres moyens que l'annulation du contrat qui est lourde et qui ne peut pas être nécessairement la meilleure sanction, voir même inutile.

b. La différence entre l'absence de cause et le défaut d'exécution.

Certains auteurs, s'inspirant en cela d'un grand civiliste du siècle passé, Henry Capitant, qui dans son ouvrage de 1923 proposait de voir la cause, non seulement comme la prestation promise par l'un, mais par l'exécution de cette prestation par l'autre.

D'autres auteurs se sont engouffrés dans cette brèche pour dire que le défaut d'exécution d'une obligation entraînait l'absence de cause au sens de l'article 1131.

Mais, le problème de cette thèse qui était basée sur un arrêt du 30 décembre 1941, selon lequel « *la cause fait défaut quand la promesse de l'une des parties n'est pas exécutée.* ».

Cette thèse présente le désavantage majeur de semer la confusion entre la formation du contrat et l'exécution du contrat.

Et de mélanger le défaut initial dans un contrat avec l'inexécution d'un contrat parfaitement valable.

La jurisprudence la plus récente refuse clairement de caractériser une absence de cause pour inexécution d'une obligation.

c. Absence de cause et défaut d'équivalence.

Quand on dit que chaque partie doit recevoir une contreprestation, peut-on se plaindre en raison de l'inégalité de cette contreprestation ?

En principe, une obligation est *causée* dès lors qu'il existe une contrepartie réelle même si elle est inférieure en valeur.

Le principe c'est que le juge se refuse de contrôler la valeur de la contreprestation reçue. Il y a indifférence de la lésion qui est inscrit à l'article 1118 du Code Civil, sauf cas très spécifique prévu par la loi.

Mais, ces dernières années, le juge n'hésite plus à intervenir dans le contrat, et dans plusieurs domaines, le juge va se fonder sur la notion de cause pour rééquilibrer les prestations, et notamment pour réduire certaines obligations qui seraient trop importantes par rapport à ce qu'il y a en face.

Cette intervention du juge a pu être observée en matière de réduction d'honoraire, d'avocats, d'architectes, qui étaient trop élevés vis-à-vis de leur contrepartie.

Ce fut également admis en matière de contrat de distribution : franchise, concession. Où il existe un déséquilibre de base. La chambre Commerciale, dans un arrêt du 8 février 2005 au propos d'un contrat de bière, passé entre un brasseur et des époux cafetiers. Fut décidé que le contrat de bière devait être annulé pour absence de cause, alors que la contrepartie existait, mais, cette contrepartie était **insuffisante**.

Autrement dit, le juge va contrôler la proportionnalité des prestations, en mettant en balance les différentes contreparties.

Cela ne signifie pas pour autant d'une équivalence arithmétique, mais d'une proportionnalité dans les prestations.

La notion de cause, donc, va servir aux magistrats de vérifier la proportionnalité des prestations.

2. La régime de l'absence de cause.

a. La preuve de l'existence de la cause.

Généralement, la cause est indiquée dans le titre même du contrat : *contrat de bail, contrat de vente, contrat de prêt*.

Autrement dit, si le débiteur soutient que la cause est absente, il devra le démontrer.

Néanmoins, l'autre hypothèse, c'est que le titre qui constate l'obligation n'indique pas la cause, on parle de *billets non-causés*.

Comme peut l'être une reconnaissance de dette qui ne précise pas le motif.

L'article 1132 du Code Civil dispose : « *la convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'est pas exprimée.* »

Reste que cet article ne signifie en rien qu'un acte est valable s'il n'y a pas de cause, il signifie qu'un contrat est valable, même si sa cause **n'apparaît pas** dans le titre matériel qui constate l'obligation.

De manière constante, la jurisprudence affirme que le débiteur peut renverser cette présomption édictée par l'article 1132, en démontrant l'absence de cause, qui est fait, et donc démontrable par tous moyens.

b. Les sanctions de l'absence de cause de l'obligation.

Il n'y a pas de texte dans le Code Civil précisant les sanctions.

Mais la jurisprudence c'est, depuis longtemps, exprimé pour une **nullité absolue**.

Un contrat sans cause est suffisamment grave pour y voir une nullité absolue.

Mais récemment un revirement du 9 novembre 1999 de la première Chambre Civile confirmé en 2001, ou par la troisième chambre civile le 29 mars 2006.

Paragraphe 2 : La cause du contrat.

A. le rôle traditionnel : l'appréciation de la licéité du contrat.

1. La notion de cause illicite.

La cause du contrat utilisé pour vérifier la licéité du contrat est entendue comme une cause subjective, une cause concrète qui varie selon le type de contrat et selon le contractant.

La cause du contrat permet d'aller plus loin dans le contrôle des motivations des partis, cela est admis ici parce que l'on touche à l'intérêt général, en effet, un contrat qui serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs porteraient atteinte à l'intérêt général, à la société dans son ensemble, pour cette raison on s'admet de vérifier les motivations concrètes des contractants.

L'article 1133 du Code Civil stipule « *la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs, ou à l'ordre public.* ».

Référence est faite, que ce soit pour l'objet ou la cause, à l'ordre public et aux bonnes mœurs au sens de l'article 6 du Code Civil, selon lequel on ne peut déroger par des conventions particulières à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

a. Les conditions de la caractérisation de la cause illicite.

1. **Le motif doit être déterminant.** Pour qu'il y ait cause illicite, il faut que le motif d'une des parties soit déterminant. Pour vérifier la conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs, il ne suffit pas que chaque partie reçoit une contrepartie, pour la simple raison que les prestations échangées peuvent parfaitement concerner des choses dans le commerce, mais dont la *finalité* peut être illicite.
 - a. Exemple : un contrat de vente d'immeubles, la prestation est bien dans le commerce, en s'arrêtant à l'analyse des prestations réciproques, on a un contrat valable, mais il est possible que le motif du contrat soit illicite : *fraude du fisc, vente déguisée, achat d'un immeuble pour ouvrir une maison de tolérance, un atelier de fausse monnaie, un cabinet de voyance...* ici, c'est la **finalité**, le motif, poursuivi par l'un des contractants ou par les deux, qui va rendre le contrat illicite. Si on s'était arrêté à la vérification des prestations on n'aurait jamais su que c'est illicite.
 - b. La jurisprudence parle dans ce cas de **causes impulsives et déterminantes**, elle va plus loin que pour l'analyse de l'objet, mais on fera une analyse *psychologique*, plus pointue. Le problème qui se pose c'est qu'il y a souvent plusieurs motifs, la question se posera de savoir quel motif est le plus déterminant.

c. En pratique, le juge va faire un raisonnement à l'envers, il va observer un contrat qu'il juge illicite, il va considérer que ce motif est déterminant, tout simplement parce qu'il veut annuler le contrat. Il procède à une analyse téléologique.

2. **Le motif n'a plus à être connu de l'autre partie.** Pendant longtemps, la jurisprudence exigeait pour annuler un contrat pour cause illicite, que le motif illicite est était connu par les *deux partis*, c'est-à-dire il fallait que les deux partis est participé à l'illicéité. On arrivait donc à des solutions assez aberrantes : un bailleur loue son appartement à une personne qui, ouvre une maison de tolérance dans cet appartement. Le bailleur demande annulation pour cause illicite. On lui interdira l'annulation pour son défaut de connaissance. Au vu des critiques élevés à ce sujet, la jurisprudence fera un revirement le 7 octobre 1998 par la première Chambre Civile, nous apprend qu'un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immoral même si le motif qui a déterminé l'une des partis à conclure ce contrat, n'a pas était connue de l'autre. Ainsi, même si le concrétant honnête n'avait aucune idée du motif illicite poursuivi par l'autre le motif est bien sanctionné.

b. La variabilité de la notion de cause illicite.

Les vices d'hier sont les mœurs d'aujourd'hui.

Les mœurs changent, et le caractère illicite peut également évolué par la loi. La notion de cause illicite est donc extrêmement variable.

À propos du métier de deviner et de pronostiquer, fut une activité jugé digne d'une infraction pénale jusqu'en 1994 qui a décidé de ne plus incriminer cette activité.

Dans un arrêt du 10 février 1998 de la première chambre civile, le problème se posait de la transmission d'un contrat de présentation de clientèle. La Cour de Cassation, jugeant les faits, qui eux-mêmes remontent avant 1994, avant l'entrée vigueur du nouveau code pénal, autrement dit à un moment où l'astrologie est une infraction pénale.

La Cour de cassation va estimer qu'il y a une cause illicite, parce que le contrat porte sur une activité pénalement sanctionné.

Autre exemple, celui des libéralités consenties au concubin adultérin.

Un problème récurant, celui d'une personne qui décide gratifier sa maitresse pour bon et loyaux services, l'adultère étant contraire aux bonnes mœurs, la jurisprudence annulait ces libéralité pour cause illicite, et immoral.

La jurisprudence a par la suite mis en place un système complexe visant à distinguer selon que la libéralité avait pour but de *remercier*, ou bien avait pour but le *maintien* de la relation adultérine.

Le revirement de la troisième chambre civile du 3 février 1999 « n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire. ».

L'Assemblée plénière dans un arrêt Galopin du 29 octobre 2004, dans lequel une jeune femme d'une trentaine année avec un monsieur de 90 ans.

La cour de Cassation viendra dire « qu'il n'y a pas de cause illicite dans une libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère. »

Il n'est donc plus immoral de gratifier sa maitresse ou son amant.

Depuis, la cause immorale a perdu beaucoup de son contenu.

2. Le régime de la cause illicite.

a. La preuve de l'illicéité de la cause

Tout contrat est présumé avoir une cause licite et morale. C'est donc au cocontractant ou au tiers intéressé qui invoque l'illicéité de la prouver.

Cette preuve peut se faire par tous moyens, comme le fut rappelé dans l'arrêt du 21 juin 2005 de la première Chambre Civile.

b. La sanction

La sanction de la cause illicite est une **nullité absolue**, puisqu'il y a une atteinte à l'intérêt général avec une petite réserve de l'adage : nul ne peut invoquer sa propre turpitude.

Cet adage signifie que le contractant qui se prévaut d'une cause **immorale** dû à son fait ne peut obtenir la restitution de la prestation qu'il a fournie.

Mais en revanche, il pourra demander la **nullité** tout simplement parce que c'est *bon pour la société* de se débarrasser d'un contrat immoral.

La prescription est de trente ans à compté de la conclusion du contrat.

B. Un rôle nouveau de la cause du contrat.

Depuis les années 1990, on observe plusieurs arrêts audacieux relatifs à la cause, qui sont venus remettre en question les solutions jusque là acquises, et qui ont suscités une très vive controverse.

Leurs importances s'expliquent surtout par cette controverse.

Jusqu'ici, la rencontre de deux volontés libres et éclairés suffisait.

Mais depuis une quinzaine d'année les juges vont vérifier la finalité de l'opération contractuelle, en outre, ils n'hésitent plus à appréhender l'opération contractuelle dans sa globalité

1. L'appréhension de la finalité de l'opération contractuelle.

La cause du contrat paraît devoir désigner non pas uniquement la motivation d'une des partis, mais bien le but du contrat dans son ensemble, la finalité économique poursuivi par le contrat. En clair c'est répondre à la question : à quoi sert le contrat ?

Un arrêt symbolise cette thèse, le 3 juillet 1996, dans l'affaire dite des cassettes vidéo, la première chambre civile rendra un arrêt considérable.

Un couple décide d'ouvrir un club de K7 et vont louer des K7, mais se rendent compte qu'ils ont très peu de chance de connaître le succès, et demande donc la nullité du contrat pour absence de cause.

A priori, les prestations sont réalisées des deux cotés, il n'y a ni déséquilibre, ni insuffisance. Autrement dit, en s'arrêtant à l'analyse de la cause du contrat, celui-ci apparaît parfait.

Sauf que, en se détachant de cette lecture, on voit bien que la finalité du contrat est inexistante.

Ce raisonnement a visiblement séduit les magistrats de la Cour de cassation, puisqu'ils ont décidés qu'il y avait bien nullité du contrat pour absence de cause, parce que le contrat de location, « dès lors que l'exécution du contrat suivant l'économie voulu par les parties étaient impossibles. » rendait celui-ci nul.

Cet arrêt fut le déclencheur d'une réflexion doctrinale sur le renouveau de la notion de cause et de la nécessité de réforme à son sujet.

Un autre arrêt rendu le 27 mars 2007, qui dans des fait similaires, la chambre commerciale va rejeter l'action en nullité, en estimant que les éléments sont insuffisants « à établir l'impossibilité d'exécuter le contrat selon l'économie voulu par les partis ».

L'autre courant jurisprudentiel qui va dans le sens de la finalité du contrat, ce sont les fameux arrêts Chronopost qui depuis sur une dizaine d'année son sur le devant de la scène qui montre que la cause joue un nouveau rôle.

La chambre commerciale, le 22 octobre 1996 rendra ce premier arrêt. Un expéditeur utilise Chronopost pour envoyer un pli, en assurant que l'envoi sera assuré le lendemain avant midi.

Le pli n'arrive pas le lendemain avant midi, et que celui-ci contenait une offre pour une vente aux enchères sur de la marchandise périssable.

La soumission à cette vente aux enchères n'arrive pas à l'heure prévue, et la vente est impossible.

Chronopost va opposer à l'action en responsabilité, la clause limitative de responsabilité qui est dans son contrat, qui précise que le remboursement sera fait si le colis n'arrive pas à temps.

L'expéditeur demandait alors annulation du contrat pour défaut de cause et réparation du préjudice subi.

La Cour de cassation va décider que la clause limitative de responsabilité devait être *réputée non écrite* parce qu'elle privait de cause l'engagement de l'expéditeur et que le transporteur avait manqué à son obligation essentielle.

Par la suite, l'évolution en matière de contrat de transport rapide, fut mouvementée. La Cour de cassation a pendant un temps abandonné le terrain de la cause pour revenir à celui plus classique, de la *faute lourde*.

Mais, récemment, dans un arrêt du 30 mai 2006 de la chambre commerciale, la Cour de cassation a répété que la clause limitative de responsabilité qui touche à une obligation essentielle rend l'engagement de l'expéditeur sans cause, et doit donc être réputé non-écrite sur le fondement de l'article 1131 du Code Civil.

La notion de cause est envisagée de manière beaucoup plus dynamique pour paralyser une clause limitative de responsabilité. Cela fut possible par l'appréhension du but *véritablement poursuivi* lui-même.

2. L'appréhension de la globalité de l'opération contractuelle.

L'appréhension globale implique de ne plus considérer le contrat comme une espèce de bulle isolée en se contentant d'apprécier les contributions de chacun, mais au contraire, de voir le contrat comme un élément parmi d'autres dans son environnement, et à ce titre il s'agit de ne plus se contenter uniquement, de vérifier les prestations réciproques des partis, mais de contrôler la finalité du contrat par rapport à des éléments extérieurs.

Comme par exemple un autre contrat : un contrat de prêt d'argent, les prestations dans ce contrat, c'est la mise à disposition de fonds, avec le remboursement des fonds, mais cela ne nous dit rien sur son utilité.

La finalité est un autre contrat, pour financer un projet, pour financer un contra.

Pourtant, cette évidence est occultée par la jurisprudence, elle refuse pour l'instant de prendre en considération la finalité du contrat de prêt.

Un arrêt du 16 février 1999 de la première chambre civile, rappelle un entendu de principe selon le quel « la cause d'obligation de l'emprunteur réside dans la mise à disposition des fonds. »

Il n'y a qu'en droit de la consommation pour financement d'une vente immobilière que le législateur admet l'interdépendance entre le prêt et la vente.

L'intérêt serait d'admettre que si la vente n'a pas lieu, le prêt doit être annulé puisqu'il est sans utilité, pour défaut de cause.

Un arrêt de la première chambre civile du 4 avril 2006 combine les notions de cause, d'indivisibilité pour admettre un *ensemble contractuel* et décider que la disparition d'un contrat de cet *ensemble* puisse justifier l'anéantissement des autres qui n'ont plus aucune utilité.

Dans les faits, une société gère l'exploitation du chauffage d'un hôpital en parallèle elle passe un contrat avec GDF pour obtenir l'obtention du gaz.

L'hôpital décide de rompre le contrat qui le lie à l'exploitant.

De fait, le contrat passé avec GDF est devenu inutile parce que l'autre contrat de l'ensemble a disparue.

La Cour de cassation va donc accepter une notion concrète de la cause, puisque « le contrat qui lie l'exploitant à GDF n'a plus de cause. »

La cause du contrat peut donc résider dans un autre contrat dans le cadre d'un ensemble contractuel.

L'autre arrêt fondamental dit Oracle, rendu par la chambre commerciale le 13 février 2007.

Une fois de plus, la Cour de cassation applique la théorie de la cause d'une part en matière de manquement à une obligation essentielle et de clause limitative de responsabilité et d'autre part, elle admet l'interdépendance entre plusieurs contrats au motif qu'il poursuivait tous le même but, c'est-à-dire la même finalité économique.

La notion de cause est désormais envisagée beaucoup plus concrètement par les magistrats de la Cour de cassation même si il ne s'agit pas de vérifier le caractère licite ou immoral, ils s'intéressent à **l'équilibre du contrat**, et son **utilité**.

III. : Ordre public et bonnes mœurs

L'article 6 du Code Civil pose un principe général : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

La jurisprudence ne s'intéresse pas simplement aux lois qui sont en juge, et le juge peut annuler des conventions suivant des valeurs qu'il estime contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

Cet article 6 est relayé par les notions de cause et d'objet.

La volonté des parties ne pouvait pas tout, si celle-ci est contraire à l'intérêt général.

Ce contenu est variable selon le temps, selon l'époque, et dans l'espace, suivant le lieu ou le pays.

Ces notions sont ce que l'on appelle des *standards juridiques* qui vont permettre au juge de façon casuistique de s'adapter aux évolutions de la société.

Paragraphe 1 : L'ordre public

Cette notion d'ordre public se retrouve dans tous les domaines du droit. La plupart des grands auteurs ont décriés ce concept. On parle d'ordre public en droit pénal, ou en droit des finances. Reste qu'elle sert à régler un conflit qui peut exister entre plusieurs normes.

Ces normes, c'est celle que l'article 6 vise ainsi que les *règles* de la loi française, ou les grands principes généraux du droit.

Il y a donc un conflit entre intérêt général et intérêt privé.

L'ordre public symbolise les limites à ne pas dépasser par les partis. Les partis sont libres tant qu'elles ne dépassent pas ces limites. L'ordre public contenant des valeurs supérieures auxquelles auxquelles les parties qui défendent des intérêts purement privés ne peuvent déroger.

A. Les sources de l'ordre public.

Les sources de l'ordre public Celle-ci sont diverses :

1. **L'ordre public peut être exprès.** Cet ordre public résulte de la loi. Un texte prévoit une règle en empêchant toute dérogation de la part des contractants. *Les conventions contraires seront sans effet.* L'ordre public étant une notion souple, dont l'intérêt est de s'adapter sans cesse, il existe un ordre public virtuel.

2. **L'ordre public virtuel implicite.** Cet ordre public existe indépendamment de tout texte, et la jurisprudence admet son existence. C'est donc le juge, le *gardien* de l'ordre public, va apprécier l'atteinte à l'ordre public. Le juge va faire référence à :
 - a. **La loi**, Des éléments concrets, il va s'inspirer de l'ensemble des textes en vigueur, mais aussi
 - b. **L'esprit de la loi**, ainsi
 - c. **Les principes généraux du droit** admis comme ayant des valeurs normatives.

Parce qu'il faut une uniformisation de l'ordre public, la notion est soumise de ce fait à la Cour de Cassation, suivant un arrêt de la première chambre civile du 26 juin 1827.

B. Le contenu de l'ordre public.

La définition de l'ordre public a forcément une connotation politique, quand on parle d'ordre public on ne peut faire abstraction de cette idée là. La notion d'ordre public dépend de la conception que l'on a de l'État, de son rôle et de sa fonction.

Au XIXe siècle on avait plutôt un État gendarme, passant au XXe siècle à un État providence, où celui-ci est là pour aider, assister, permettant de protéger certaines catégories de contractants.

Ce changement rejaillit nécessairement sur la liberté des partis.

Dans l'État gendarme du XIXe siècle, on avait un ordre public *classique*. Cet ordre public classique reprend les piliers d'une société conservatrice :

- État
- Famille
- Individu

On est ensuite passé à un ordre public plus moderne, en admettant que son contenu n'est plus forcément négatif, mais qu'il impose des obligations positives, par exemple pour assurer la protection de la partie la plus faible, tel que le locataire, le salarié, ou le consommateur.

Aujourd'hui, au XXIe siècle, on parle d'un ordre public *néolibéral*. Néolibéral parce qu'il semble bien que les valeurs *sacrés* de la société ne sont plus l'État, la famille ou l'individu, ce sont les lois du marchés qui les ont supplantés.

On est dans une société d'hyperconsommation, et ce qui gouverne la société ce sont ces mêmes lois du marché.

Les valeurs classiques de ce fait peuvent être obstacle avec des valeurs économiques ou du marché. La loi du marché l'emportant sur d'autres préoccupations.

1. L'ordre public classique.

L'ordre public classique comprenait trois piliers, État, famille et individu.

a. L'État.

Nous avons déjà vu que l'État fait partie des choses *hors commerce*.

Ici, le contrat ne doit pas porter atteinte aux règles d'organisations de l'État. Un contrat qui aurait pour objet de porter atteinte aux règles de vote serait nul puisque portant atteinte à l'ordre public au sens de son élément étatique.

On ne peut imaginer un contrat dans lequel une victime s'engage à l'avance, de ne pas porter plainte à l'encontre de l'auteur d'un délit, puisqu'il serait contraire à l'intérêt général.

b. La famille.

Ce pilier tend à s'effriter énormément. Certains auteurs se demandant si on peut encore parler de *Famille* dans le sens strict du terme.

Certains points touchant à la famille ne peut être remis en cause par la convention des partis, néanmoins, aujourd'hui il est indéniable que la notion de famille est délaissée au profit de la notion d'individu.

Ce qui prime, c'est l'individu.

À ce titre, cette évolution, fait que nombre de conventions ou de contrats peuvent porter atteinte aux rapports familiaux.

L'exemple du divorce par consentement mutuel, ou les conventions relatives à la responsabilité parentale...

Enfin, plus la notion de famille se dilue, plus la protection de la *vie familiale* s'étend à travers l'article 8 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme, convention d'application dans le droit français.

Cet article 8 protège la vie privée et la vie familiale.

c. L'Individu.

Troisième pilier, en principe la personne humaine est ..., les conventions qui porteraient atteinte à l'intégrité ou l'indépendance de la personne humaine sont considérés comme nul en droit français : convention de mère porteuse, vente d'organes...

Ces conventions sont interdites suivant les conceptions françaises, expliquant la relativité de ces interdits.

Actuellement, on parle beaucoup de la réification du corps humain. Aujourd'hui des contrats sur le corps humain existent, de même que les attributs de la vie privée, ou du droit à l'image, peuvent faire l'objet de conventions.

La notion qui paraît relayé cet ordre public classique, c'est la notion de *dignité* venant limité la liberté contractuelle.

Cette notion fut intégré dans la Charte des Droits Fondamentaux, dont on a une illustration avec l'arrêt du Conseil d'État du 27 octobre 1995, sur le lancé de nain.

La convention de lancé de nain est interdite même si l'intéressé donne son accord, parce que l'on estime qu'il y a atteinte à sa dignité.

2. L'ordre public économique.

Au XXe siècle, un changement de philosophie majeur c'est produite vis-à-vis de la conception que l'on peut se faire de l'État et de son rôle.

On considèrera ainsi que l'État pouvait influencer la vie contractuelle, non pas seulement en venant sanctionner les contrats qui portaient atteinte à des lois, ou à des éléments fondamentaux, mais en faisant du contrat un instrument de l'utilité sociale.

C'est-à-dire faire en sorte que le contrat soit un instrument utile socialement. C'est ainsi qu'est né l'idée suivant laquelle l'État devait intervenir dans les rapports contractuels déséquilibrés pour compenser les inégalités entre les partis.

On a ainsi parlé d'ordre public économique, parce qu'il ne touche pas à des valeurs classiques, mais en se dirigeant vers des valeurs nouvelles.

Cet ordre public économique, on en distingue deux types :

- Direction
- Protection

a. Un ordre public de direction.

Il s'agit de l'ensemble des règles par lesquelles l'État entend canaliser l'activité contractuelle dans le sens le plus conforme à l'utilité sociale, cet ordre public de direction varie selon les époques puisque relatif.

À la fin de la Seconde guerre mondiale, pour lutter contre l'inflation énorme, l'État a contrôlé les prix.

Une ordonnance du 30 juin 1945 avait placé un système de contrôle des prix.

Par la suite, l'évolution a permis une liberté de régulation des prix. Ce principe est devenu sacré avec l'ordonnance du 21 décembre 1986 en posant le principe de concurrence, et de libre fixation des prix.

Aujourd'hui l'ordre public de direction se trouve principalement dans les règles du droit de la concurrence. En interdisant les pratiques anticoncurrentielles, ou les abus de position dominante.

b. L'ordre public de protection

L'ordre public de protection, comme son nom l'indique, est destiné à protéger.

Il se propose de rétablir *l'équilibre* entre la partie faible et la partie forte au contrat, et c'est là une innovation. Au lieu de donner des règles pour interdire de porter atteinte à des valeurs sacrées, on est ici pour restaurer l'équilibre.

La loi va donc s'immiscer dans le contenu du contrat en réglementant le contenu de certains contrats.

On songe au contrat de travail, de location, au contrat de consommation, le contrat d'assurance...

L'ordre public de protection est extrêmement important posant des inconvénients évidents. La multiplication d'un si grand nombre de textes entraîne des surprotections des parties faibles, entraînant des effets pervers : découragement de la partie forte, un propriétaire de louer, le patron d'embaucher.

Ceci étant dit, il n'est pas toujours évident de délimiter ce qui relève de l'ordre public de protection, de l'ordre public de direction.

L'intérêt de distinguer ces ordres publics réside dans la sanction :

- Si c'est un ordre public de direction : **le contrat sera nul de nullité absolue**. L'intérêt général est en jeu.
- Si c'est un ordre public de protection : **le contrat sera nul de nullité relative**. Il s'agit ici de protéger des intérêts privés

Paragraphe 2 : les bonnes mœurs.

On peut se demander si parler de bonnes mœurs est encore actuelle. Dans les principes européens du droit des contrats, qui servent de référence et de modèle commune aux droits des contrats, on n'y fait pas référence à l'immoralité des contrats.

On parle d'illicéité, mais rien sur immoralité.

Peut être cette situation préfigure la situation prochaine du droit français du contrat.

Le contrat contraire aux bonnes mœurs, on dit souvent qu'il y a atteinte aux bonnes mœurs. Cette notion est encore plus difficile à cerner que la notion d'ordre public.

La loi ne semble pas le terrain privilégié pour une définition, c'est donc au juge, *l'honnête homme*, qu'il revient de définir ce que sont les bonnes mœurs au moment où ils statuent.

C'est à lui donc de définir le contenu des bonnes mœurs au moment où il statue.

Le juge est défini comme : « l'oracle des mœurs », c'est lui qui dit à un moment donné ce que sont les comportements admissibles dans la société.

Le contenu des bonnes mœurs, bien entendu ne sera pas universel, mais toujours relatif.

Les bonnes mœurs sont un ensemble de règles relevant d'une certaine morale sociale ; c'est-à-dire ce qu'il convient de faire en société, à ne pas confondre avec la morale individuelle qui poursuit le perfectionnement intérieur des individus.

Cette notion sert donc de référence, de modèle, de standard, pour apprécier certains comportements, notamment les conventions.

Le contenu des bonnes mœurs est coutumier. Aucun texte ne vient définir ce que sont les mœurs. La notion de bonnes mœurs est une sorte de *photographie* de la société en donnant une image de la société à un moment donné à un lieu donné.

Elle représente ce qui est fondamentale pour la société.

Le contenu des bonnes mœurs est surtout relatif à la morale sexuelle, au respect de la personne humaine, et également aux gains immoraux, suivant la jurisprudence sur les bonnes mœurs.

Il est assez représentatif de voir que dans la jurisprudence, pour illustrer l'article 6 on a toujours des exemples d'application de la notion d'ordre public, et rien sur les bonnes mœurs.

Autrement dit, il y a un retrait de la notion de bonnes mœurs, et plus sûrement, il y a une fusion de la notion d'ordre public avec celle de bonnes mœurs.

On engloberait donc la notion de bonnes mœurs avec celle de la licéité.

Il faut donc aller jusqu'à l'article 1133 pour avoir illustration de cause immorale.

Cette notion est donc très peu utilisée en pratique.

Les bonnes mœurs ont donc tendance à céder au mécanisme de protection des consommateurs. Certains sujets symboliques furent repris par la Cour de Cassation.

Un dossier de la revue du droit des contrats, après l'arrêt Galopin de 2005, a donné lieu à de vive polémique. La doctrine française se pose la question de savoir est-ce qu'il reste encore un terrain pour l'immoral.

Au XIXe siècle, les contrats permettant de mettre en place des agences matrimoniales étaient interdites, par exemple.

Certains auteurs estiment que cette libéralisation des mœurs risquent d'accorder une certaine légitimité à des activités réprimées par le Code Pénal.

Certains ayant vu dans l'arrêt Galopin un contrat de prostitution. La libéralisation pourrait bien devenir dangereuse à la société.

Peut-être que les bonnes mœurs auraient une place dans la morale des affaires, se développe une morale, une loyauté des professionnels. Et de ce fait, la jurisprudence peut annuler au civil, des contrats pour corruption, ou trafic d'influences en passant par la cause immorale.

En droit allemand, le BGB, ou équivalent du Code Civil allemand, prévoit à travers la notion de *contrariété aux bonnes mœurs*, renvoi à des principes de morale contractuelle, notamment de morale des affaires.

Peut-être que la notion de bonnes mœurs tend à être englobée dans l'illicite.

En 1804 on voyait bien l'intérêt, l'immoral avait une dimension plus forte que l'illicite.

En pratique, l'intérêt de distinguer est assez restreint. Peut-être que la notion de bonnes mœurs sera englobée par l'illicite.

Chapitre 2 : Le contrôle de l'équilibre contractuel

La doctrine individualiste et libérale considère que les contractants sont capables de s'assurer que le contrat a été formé conformément à leurs intérêts.

Dès 1804 le législateur est conscient que dans certains cas l'égalité n'est pas présente chez les contractants, pour cette raison, la lésion est admise dans certains cas précis.

La tendance actuelle est l'expansionnisme du droit de la consommation qui tend à devenir droit de référence entre les particuliers.

Section 1 : La lésion

La philosophie de justice contractuelle prend ses racines chez Aristote avec le concept de justice aristotélicienne, dans un ouvrage « Éthique à Nicomaque ». Aristote y voit une justice distributive.

Dans le droit canonique on trouvera l'origine de la lésion, comme en contractant pas à juste prix constitueront un péché.

C'est à partir de là que la notion de lésion est née.

À partir du XVI^e siècle un revirement, et une réaction se décide contre tout interventionnisme moraliste dans le contrat.

Le libéralisme commence à s'immiscer dans le contrat. La lésion, en pouvant annuler un contrat, était vue très mal.

La Révolution Française, autorise le prêt à intérêt, contrairement à la Bible, les révolutionnaires se montrent très hostiles à l'annulation d'un contrat lésionnaire.

Celui qui évoque la lésion sont bien souvent des nobles, des aristocrates ceux ayant des propriétés immobilières, donc ceux que la Révolution combat.

Ceci explique pourquoi les rédacteurs du Code Civil vont avoir une conception extrêmement restrictive de la lésion avec un article 1118 qui vient juste après l'article concernant les vices du consentement en stipulant : « *la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi que sera expliqué dans la section suivante.* »

Paragraphe 1 : La notion de lésion

La lésion dans le contrat marque une rupture dans l'équilibre, pour ne pas dire d'égalité dans le contrat.

Quand on parle de lésion c'est vraiment une atteinte très grave qui dépasse le simple déséquilibre placé dans toutes conventions.

Cette notion est contraire aux principes fondateurs du droit des contrats : bonne foi, l'équilibre, ou la justice contractuelle.

Pourtant l'article 1118 pose de principe que la lésion n'est pas sanctionnée. Il faut un texte exprès, une loi spécifique qui y fait référence, ou bien plus sûrement, l'audace de la jurisprudence.

A. La définition de la lésion

La lésion peut se définir comme un défaut d'équivalence, au moment de la **formation** du contrat.

Si le déséquilibre survient après, on parlera d'imprévision.

Deux conceptions de la lésion sont acceptées par les auteurs :

1. **Objective.** La lésion se trouve dans le **contenu du contrat**, elle est un déséquilibre économique, un manque d'équivalence entre les prestations. On se tient seulement au contenu du contrat. Certains auteurs ont pu considérer que la jurisprudence sur la cause cachait, dissimulée, une prise en compte de la lésion objective.
2. **Subjective.** La lésion se trouve dans la **personne des contractants**. L'article 1118 et sa place dans le Code Civil, situé juste après les vices du consentement, suggère que la lésion au sens subjective, concerne les contractants. La lésion ferait présumer un *vice du consentement*. On estime que pour qu'il puisse y avoir un tel déséquilibre, il doit y avoir eu un pareil vice. Personne ne s'engage sciemment dans un contrat déséquilibré.

Dans tous les cas, en droit français, le principe est celui de **l'indifférence de la lésion**. L'erreur sur la valeur n'est pas considérée comme une cause de nullité.

Ce n'est que dans le cas où un texte le prévoit expressément que la lésion entraîne la nullité, la rescision du contrat.

Ce principe, soit tend à protéger :

- Un contrat particulier
- Un contractant particulier

B. Les cas de lésion.

En 1804 était prévu trois cas de lésion, depuis des lois ultérieures ont rajoutés d'autres cas.

Les cas prévus dans le Code civil sont au nombre de trois :

1. **Contrat conclu par un incapable.** Suivant l'article 1305. Le mineur non émancipé devra obtenir rescision pour lésion
2. **Vente d'immeuble sous lésion de plus des 7/12.** Suivant les articles 1674 et s., seul le vendeur d'immeuble pourra agir en rescision. L'acheteur ne peut pas invoquer la lésion. On peut toujours être obligé de vendre, mais jamais obligé d'acheter.
3. **Partage.** Dans lequel une partie reçoit moins de $\frac{1}{4}$ de sa part normale. Elle se fait donc léser et peut demander rescision pour lésion du partage, comme nous l'apprend les articles 887 et suivants.

Il existe d'autres exemples nombreux, comme en matière de cession de droits d'auteurs, prêt d'argent à un taux usuraire, clause léonine dans un contrat de travail...

Ces exemples sont toujours régis par un principe : la nécessité d'un texte.

Parfois la jurisprudence en dehors de tout texte c'est arrogé le droit de réduire une obligation qu'elle voyait disproportionné alors qu'il n'y avait aucun texte.

La jurisprudence a pu, à ce titre intervenir dans des contrats d'honoraires des mandataires ; avocats, généalogistes... La jurisprudence a pu vérifier si il y avait bien un équilibre entre l'honoraire versé et le service fait.

Elle a pu intervenir pour rééquilibrer le contrat par exemple, en réduisant les honoraires.

Paragraphe 2 : la sanction de la lésion.

Lorsqu'il y a un cas de lésion reconnu par la loi, le contrat peut être annulé, on parle alors de rescision pour lésion, qui est synonyme à la nullité.

Mais il n'y a pas toujours rescision, comme il n'y a pas toujours nullité, le juge peut décider simplement de modifier le contrat afin qu'il retrouve son équilibre.

La lésion n'est pas sanctionnée dans le cadre des *contrats aléatoires* : « l'aléa chasse la lésion ». Vu que c'est aléatoire et vu le but même de ce contrat et de rechercher un profit, par un risque, de ce fait, on ne peut pas se plaindre de lésion.

Si le déséquilibre entre les prestations n'est pris en compte que de manière exceptionnelle dans les contrats classiques, la tendance est néanmoins de vérifier que la partie faible ne subit pas d'abus de la part de son cocontractant.

En droit français, cet abus de faiblesse n'est pas en tant que telle sanctionné, mais fait son chemin notamment à travers la notion de *violence économique* : abuser de sa situation de supériorité peut être considéré comme une violence puisqu'on peut contraindre celui en situation d'infériorité à contracter dans des situations néfastes pour lui. Cette notion permet de sanctionner certain abus de faiblesse.

Certains auteurs proposent de généraliser la sanction de la lésion dans les cas où elle intervient pour la partie faible au contrat, et s'il y a eu une déloyauté de la part du cocontractant, on parlerait alors de **lésion qualifiée**, parce que l'on a des partis ayant des situations précises et précisés.

Cette idée est relayée dans un ensemble de pays européens, tel que les Pays-Bas, la Suisse, ou l'Allemagne, où est sanctionné le profit indu au détriment d'un cocontractant faible.

Section 2 : Les clauses abusives

Les clauses abusives tirent leur source dans l'article L. 132. 1 du Code de la consommation, dans l'article 1135 du Code Civil.

Cette loi remonte seulement au 1^{er} février 1995.

Une annexe définit les principales clauses considérées comme abusives.

Paragraphe 1 : La notion de clause abusive.

La notion de clause abusive fut introduite dans la loi du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs, des produits et des services.

Par souci de sécurité juridique, il fut décidé de ne pas confier totalement au juge, le pouvoir de qualifier certaines clauses d'abusives, car une pareille qualification permet d'éliminer cette clause du champ contractuel.

Par souci de sécurité juridique, il existait une liste **exhaustive** des clauses abusives établie par décret.

La Commission des clauses abusives, autorités administratives indépendantes, avaient pour rôle de proposer au gouvernement des listes de clauses à interdire, par influence des associations des consommateurs par exemple.

Mais, elle ne l'a pas fait, seul un décret fut pris par cette autorité.

Ce système n'était donc pas capable de protéger les consommateurs, et la législation sur les clauses abusives n'étaient pas très usitée.

La jurisprudence, de ce fait, a décidé de prendre les *choses en main*, dans un arrêt Lorthioir, rendu par la première chambre civile de la Cour de Cassation, le 14 mai 1991.

La Cour de cassation a autorisé le juge du fond à s'affranchir de la liste établit par décret, et lui a permis de déclarer une clause abusive en dehors des cas limitativement prévus par la liste.

Sur l'impulsion d'une directive européenne du 5 avril 1993, que le législateur est intervenu par la loi du 1^{er} février 1995 a réécrit l'article L.132-1, afin de permettre au juge de définir par lui-même une clause abusive du moment qu'elle respecte les critères d'application.

L'index qui suit donc n'est plus qu'indicatif.

Paragraphe 2 : Les conditions d'application de la législation.

Deux conditions existent :

1. **Qualité des contractants.** Pour dire qu'une clause est abusive, il faut d'abord vérifier la nature du contrat. On ne peut invoquer entre professionnels. il faut un *consommateur*, ou un *non-professionnel* et un *professionnel* de l'autre côté. La définition du terme professionnel a posé problème.
 - a. **Définition du Professionnel.** Cette question est importante, car l'enjeu est d'annuler une clause abusive.
 - i. Un professionnel qui contracte en dehors de sa sphère d'activité. Pendant un temps la Cour de cassation a fait des distinctions selon que le professionnel contracte dans un domaine de sa compétence : un bijoutier qui achète un système d'alarme pour son magasin. C'est bien un professionnel mais pas en alarme. La jurisprudence a estimé que celui-ci pouvait se protéger des clauses abusives puisque non-professionnel dans la compétence des alarmes comme nous le précise la décision du 28 avril 1987. Par la suite, elle a adopté **le critère du rapport direct.**
 - ii. Est considéré comme un **professionnel** le contractant qui a conclu son contrat pour une activité professionnel ayant un rapport direct avec son activité professionnel. Empêchant tout évocation de L. 132-1.

- b. **Personne morale.** En 2001, le 22 novembre, la Cour de Justice des Communautés Européennes a affirmé que la notion de *consommateur*, ne visait qu'une **personne physique**. Mais la France fait de la résistance. Dans une décision du 15 mars 2005 va jouer sur la notion de non-professionnel utilisé dans l'article suscitée, pour décider qu'une personne morale peut bénéficier de la législation sur les clauses abusives.
2. **Qualité des clauses visées.** La clause abusive est celle qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Ce déséquilibre significatif est une notion vague. Ce déséquilibre est à l'appréciation du juge qui pourra consulter :
 - a. **Suivant un texte.** L'annexe qui expose les clauses considérées comme abusives, comme :
 - i. Clauses limitatives de responsabilité
 - b. **Suivant sa décision.** Le juge peut déclarer lui-même une clause abusive, en s'aidant de la Commission des clauses abusives.

Paragraphe 3 : La sanction des clauses abusives.

Le Code de la consommation prévoit deux types de sanctions :

1. **Sur le plan individuel.** La clause abusive est réputée non écrite, nulle et est censé n'avoir jamais existé. Le contrat reste cependant valable, ce qui est une punition importante pour le professionnel
2. **Sur le plan collectif.** L'article L. 421-6 du Code de la consommation, ouvre aux associations de consommateurs une action pour demander au juge la suppression des clauses abusives dans les modèles des conventions habituellement proposés par les professionnels au consommateur. Le souci rencontré par un consommateur va profiter à tous.

PARTIE DEUX : LA SANCTION DES CONDITIONS DE FORMATION DU CONTRAT : LA NULLITE

Chapitre 1 : La notion de nullité.

La nullité est la sanction spécifique des conditions de validité du contrat. Est nul le contrat qui a un *défait* qui n'a pas été valablement formé.

Section 1 : Les origines de la nullité.

En droit romain il n'existe aucune systématisation des nullités. Il n'y a pas de système des nullités. Néanmoins, les historiens du droit ont pu observer qu'il existait en droit romain deux sortes de nullités :

- Nullité qui opère de plein droit. C'est-à-dire des nullités qui touchent des éléments essentiels du contrat, tel que le consentement, ou l'impossibilité de l'objet.
- Nullité sur demande du juge.

Dans l'ancien droit, au cours du XVI^e siècle, on commence à lancer l'idée d'une distinction entre une nullité relative et nullité absolue. Mais sa mise au point se fera d'une manière assez laborieuse.

À la fin du Moyen-âge, le système en place est celui des lettres de rescision, en demandant au Roi d'annuler un contrat, entraînant un excès. Supprimées lors de la Révolution, la distinction entre

nullité qui opérait d'elle-même, sans aucune lettre de rescision, prémisses des nullités absolues, et de l'autre, des nullités concernant des intérêts privés, nécessitant une lettre de rescision ce qui nous rapproche de la nullité relative.

Le Code Civil ne reprend pas officiellement cette dichotomie, mais elle apparaît en filigrane.

C'est surtout la doctrine qui se chargera, par son travail doctrinal de définir les différentes nullités, leurs conditions et leurs régimes.

Section 2 : Particularisme de la notion

Paragraphe 1 : Définition de la nullité.

La nullité peut se définir comme l'anéantissement *rétroactif* du contrat *irrégulièrement* formé.

Il faut bien retenir que le contrat qui va être annulé, c'est le contrat qui a un défaut dès sa **formation**.

À propos de la nullité, différents termes sont souvent employés comme synonymes tout étant différents:

1. La **rescision** par exemple, est la nullité demandée pour **lésion** uniquement.
2. **L'inexistence**. Certains auteurs ont pu distinguer la nullité de l'inexistence, sanction plus grave que la nullité puisqu'elle matérialise des situations où il n'y a même pas une apparence de contrat. Le défaut est tellement grave qu'il n'y a même pas un semblant de contrat. L'intérêt de cette distinction résiderait dans le fait que l'inexistence n'aurait pas besoin du juge pour être prononcé, découlant de la situation. Et serait également **imprescriptible**. La notion d'inexistence fut très critiquée au XXe siècle, où seul Carbonnier apparaissait le défendeur.
3. **L'annulation**. À ne pas confondre avec la nullité, *l'annulation* est l'opération qui va **constater** la nullité.
4. **Réputées non-écrites**. Quand on dit qu'une clause d'un contrat est réputée non écrite, on y voyait un *gommage* de la clause du contrat, d'amputation, ou d'effacement. Cette expression permet le retrait d'une stipulation d'un contrat, et pas sa globalité. Certains auteurs parlent de *nullité partielle*. C'est généralement la sanction réservée aux clauses contraires à l'ordre public.
5. **La nullité partielle**. Celle-ci n'affecte *qu'une partie* du contrat, mais en principe elle concerne un élément *secondaire* de l'opération, ou **accessoire**, de ce fait, certains auteurs préfèrent distinguer la nullité partielle du réputé non-écrit. Le réputé non-écrit pourrait concerner une clause qui touche au cœur du contrat, alors que la nullité partielle reviendrait aux éléments accessoires. En pratique cette distinction n'a pas véritablement d'impact particulier, puisque le résultat est le même : on impute une partie du contrat

Paragraphe 2 : Les notions voisines de la nullité.

Ces notions sont frontalières, mais sont différents, soit dans leur effet, soit dans leurs origines.

Il ne faut pas confondre la nullité avec d'autres sanctions contractuelles :

1. **La caducité**. Lorsqu'un contrat fait partie d'un ensemble et n'a plus aucune utilité, il devient **caduc**. Le contrat est régulièrement formé, donc sans défaut de base, perd par la suite un de

ses éléments essentiels, du fait de la survenance d'un élément **indépendant** de la volonté des parties, ou ne dépendant que partiellement de leurs volontés. Exemple : La caducité d'un legs peut se faire si le légataire décède avant le testateur. Ou un contrat devenu inutile dans le cadre d'un ensemble contractuel indivisible (L'arrêt du 4 avril 2006 de la Première Chambre Civile en est une illustration).

2. **La résolution.** La résolution est la sanction dans le cas d'une inexécution d'un contrat. Elle est **l'anéantissement rétroactif** du contrat du à un fait **postérieur** à sa formation contrairement à la nullité qui est sanctionné pour un défaut lors de la formation, bien souvent par **l'inexécution** des obligations d'une des parties.
3. **L'inopposabilité aux tiers.** Cette sanction est très originale. Ce serait une situation où le contrat reste **obligatoire** entre les partis, mais est inefficace auprès des tiers qui peuvent faire abstraction du contrat. Généralement, l'inopposabilité sanctionne en général le non-respect d'une règle destinés à protéger les tiers. Comme par exemple les règles de publicité.
4. **L'abrogation volontaire du contrat.** Ici, cette abrogation est volontaire. La volonté des partis est fondatrice de l'anéantissement du contrat par un nouvel accord des partis, qui ainsi renonce à l'ancien contrat. Dans le cas d'un anéantissement, il n'y donc *d'effets rétroactifs*. On parle aussi de nullité conventionnelle, puisque le recours des juges n'est pas obligatoire.

Section 3 : La typologie des nullités.

Avant d'envisager la distinction entre nullité relative et absolue, il faut revoir la distinction entre nullité textuelle et nullité virtuelle.

Paragraphe 1 : Nullité textuelle ou nullité virtuelle.

Ici on distingue suivant que la nullité est expressément fixée dans le texte, nullité textuelle, ou n'est pas indiqué dans des écrits, formant une nullité virtuelle.

Toute règle de formation de contrat n'est pas nécessairement assortie d'une sanction dans le texte. L'article 1131 du Code Civil, relatif à la cause ne forme pas le régime des nullités et la sanction, laissant la place à la doctrine pour fonder les sanctions.

Cette insécurité juridique entraine plusieurs conséquences, au sujet du délai de prescription par exemple.

Dans d'autres cas, le législateur prend la peine de prévoir expressément que la règle qu'il édicte sera sanctionnée suivant une nullité relative ou absolue.

L'exemple de l'article 1111 du Code Civil, sur la Violence, prévoit expressément que la violence exerçait contre celui qui a conclu un contrat, est une cause de nullité. Dans ce cas, on parle de **nullité textuelle**.

Dans tous les autres cas où rien n'est précisé, un débat doctrinal c'est posé afin de savoir s'il faut considérer le silence du législateur comme affirmant une nullité.

C'est d'ailleurs cette voie que la doctrine prendra, puisque aujourd'hui, le silence de la loi ne fait pas obstacle à la nullité.

C'est donc à la jurisprudence, qui de manière casuelle, va vérifier que les intérêts que la règle en question tend à protéger sont suffisamment importants pour justifier une nullité.

Si la nullité est admise, on parlera de **nullité virtuelle**. Puisque non-expressément prévue.

Paragraphe 2 : Les nullités relatives et absolues.

Dans le Code Civil, rien n'est stipulé sur les types de nullité. C'est donc encore à la doctrine qu'est revenu d'élaborer une typologie, et de théoriser la matière.

Au XIXe siècle, c'est élaboré la *théorie classique* des nullités fondé sur une opposition entre nullité relative et nullité absolue.

Par la suite, une théorie *moderne* fut proposée.

La jurisprudence utilisant l'une ou l'autre sans véritablement vouloir définir sa position.

A. La théorie classique des nullités.

La théorie classique des nullités avance une comparaison avec un organisme vivant. On a joué sur l'anthropomorphisme ambiant du XIXe siècle.

La dichotomie entre nullité relative et absolue était vue de manière très stricte et commandait tout le régime des nullités.

L'idée était que la nullité relative, le contrat est malade mais « **guérissable** ». Alors que dans le cas d'une nullité absolue, il est tellement « **atteint** » qu'aucune guérison n'est possible.

Quand l'une des conditions essentielles du contrat est absente, on parle d'une nullité absolue, il manque un organe essentiel à sa survie.

En revanche, lorsque l'une des conditions essentielles existe, mais est viciée, le contrat est simplement malade, parlant de nullité relative.

Le critère est donc la **gravité de l'imperfection** dont le contrat est entaché qui détermine le type de nullité dans la théorie classique.

B. la théorie moderne.

Celle-ci a pris en compte un nouveau critère : **l'intérêt protégé par la règle**.

La doctrine a souligné rapidement le caractère artificiel de la théorie classique et a proposé un nouveau critère qui est le droit de critique, la prise en compte de la finalité de la règle légale.

Si la règle protège des intérêts **privés**, c'est une **nullité relative**

Si la règle protège des intérêts **généraux**, c'est une **nullité absolue**

Prise chacune exclusivement, ces théories ne sont pas suffisantes.

C. Le droit positif.

Aujourd'hui la distinction entre nullité absolue et nullité relative a perdu de sa force, mais néanmoins, est toujours enseigné et mis en œuvre, parce qu'elle a un mérite, celui d'être pédagogique.

Néanmoins, il n'est pas toujours évident de savoir à l'avance à quel type de nullité on a affaire, du fait des modifications que la jurisprudence peut faire.

Chapitre 2 : Le régime des nullités.

Section 1 : Qui peut demander une nullité ?

Savoir qui peut demander la nullité, c'est se demander quel type de nullité on peut invoquer.

Paragraphe 1 : Les nullités relatives.

Seul le contractant protégé pourra demander une nullité, puisque la nullité relative concerne la défense des intérêts privés, de ce fait, seul celui qui est concerné peut la demander.

La nullité relative désigne une situation visant à protéger un intérêt particulier, comme c'est le cas pour l'errans, dans le système de l'erreur.

On dit alors que la nullité est *relative à un contractant*. De ce fait, seul ce contractant peut demander la nullité, c'est-à-dire faire jouer la protection qui est prévu en sa faveur.

A contrario, puisque seul le contractant protégé peut agir, ni le cocontractant, ni les tiers ne peuvent demander nullité.

Sont des cas de nullité relative :

- | | |
|---------------------------------|-------------------------------------|
| • Défaut de capacité d'exercice | • La lésion |
| • Défaut de représentation | • Vice de forme |
| • Vice du consentement | • Défaut de cause dans l'obligation |

Paragraphe 2 : Les nullités absolues.

Ici, tout intéressé peut demander la nullité, pour la simple raison, que dans le cas d'une nullité absolue, la règle mise en cause, connaît de l'intérêt général.

Tout intéressé se définirait comme toute personne trouvant un intérêt dans la nullité, suivant un principe de la procédure civile française.

Autrement dit, toutes les partis au contrat puisse agir, qu'elles soient victimes, ou à l'origine de la nullité, mais également, les ayants-causes à titre particulier, comme un créancier d'une des partis au contrat, peuvent agir également les tiers, en démontrant un intérêt pour leur action, ainsi que le ministère public dans de rares cas.

L'idée est qu'un contrat contraire à l'intérêt général doit disparaître le plus vite possible, et de ce fait on ouvre l'opportunité de nullité au plus de monde possible.

On peut citer :

- | | |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none">• Le défaut• L'indétermination• L'illicéité de l'objet | <ul style="list-style-type: none">• L'illicéité de la cause du contrat• L'inobservation des formes dans un contrat solennel (Donation...) |
|--|--|

Section 2 : Quels sont les obstacles au prononcé de la nullité ?

Trois mécanismes permettent de rétroactivement régulariser un contrat. Le premier de ces mécanismes, c'est la prescription.

Paragraphe 1 : La prescription

Pour éviter de se retrouver dans une situation d'absence de sécurité.

En éteignant l'action en nullité, la prescription a pour effet de rendre définitive la situation née du contrat.

Le Code Civil ne contient pas de texte, ou d'articles précis en la matière. Seul l'article 1304 prévoit que « dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans. »

L'article 1304 prévoit donc la prescription de 5 ans sauf si un texte prévoit une autre prescription.

La majorité des auteurs y voient un lien exclusif avec les nullités relatives.

La prescription varie selon la nature de la nullité et selon sa source. En principe les nullités absolues se prescrivent au bout de **30 ans** suivant l'article 2262. Alors que les nullités relatives se prescrivent au bout de **5 ans**.

Reste qu'il est possible que des textes prévoient des délais différents pour certains types de contrat, le contrat d'assurance, par exemple, connaît une prescription abrégée de **2 ans**.

Le point de départ du délai est généralement le jour de la conclusion du contrat. Des hypothèses peuvent faire varier cette règle, comme en matière de vice du consentement, ou pour la violence, dans ce cas, le délai de prescription ne court qu'à compter de la fin de la violence, il en est de même pour les mineurs.

À noter que seule l'action en nullité est soumise à la prescription, en revanche, **l'exception de nullité** peut toujours être invoquée. L'exception de nullité permettant de ne pas exécuter un contrat que l'on estime nul.

Deuxième obstacle à la nullité, la régularisation.

Paragraphe 2 : La régularisation.

On pourrait le définir comme le processus visant à, dans un contrat, le remettre dans l'ordre.

L'un de ces éléments qui manquait à sa validité est fourni par la suite, ou bien, l'un des vices qui sanctionné le consentement, c'est trouvé réparé.

L'exemple que l'on pourrait prendre est celui de la ratification d'un contrat conclu sans pouvoir de représentation.

La régularisation rend l'acte valable à l'égard de tous, et ceux dès l'origine, suivant une rétroactivité contenu dans le principe : Le contrat a toujours été valable.

La frontière n'est pas toujours claire entre régularisation et confirmation.

Paragraphe 3 : La confirmation.

Elle se définirait comme l'acte juridique par lequel celui qui était en droit d'invoquer la nullité **renonce à ce droit**, comme le stipule l'article 1338 du Code Civil.

A. Le domaine de la confirmation.

Les actes atteints d'une nullité relative étaient *guérissables*, concernés un vice moins grave que les contrats atteints d'une nullité absolue.

Cette hypothèse nous fait comprendre, que seule la nullité relative peut faire l'objet d'une confirmation.

Les nullités relatives servent à protéger des intérêts privés, et à ce titre, sont au service de ceux qu'elles protègent.

A contrario, il est donc **impossible de confirmer une nullité absolue**, puisqu'on touche à l'intérêt général.

B. Les conditions de la confirmation.

1. Les conditions de fond.

Les conditions de fond sont au nombre de trois.

a. Qui ?

Puisqu'il s'agit d'une renonciation au droit de demander la nullité suivant l'article 1338 du Code Civil, c'est uniquement la personne qui peut se prévaloir de la nullité qui peut confirmer.

Ainsi, seul l'errant pourrait confirmer.

b. Quand ?

La confirmation ne peut intervenir qu'après la conclusion du contrat, ce qui exclut les clauses de renonciations, par lesquelles les parties renoncent à l'avance d'invoquer des nullités.

c. Comment ?

La confirmation nécessite une volonté certaine de la part de celui qui pourrait demander la nullité. L'article 1338 nous dit qu'il faut qu'il y ait véritablement « l'intention de réparer le vice sur lequel l'action est fondée ».

Celui qui renonce à son droit doit le faire en :

- Connaissance de cause
- Librement

- En ayant la condition juridique de le faire.

2. Les conditions de formes.

a. La confirmation expresse

La confirmation peut être *expresse*. Si c'est un écrit, il doit remplir certaines conditions énumérées à l'alinéa 1^{er} de l'article 1338 du Code Civil. Lesquelles conditions n'ont que valeur probatoires.

b. La confirmation tacite.

Mais la confirmation peut également être tacite, admis par l'alinéa 2 du même article. En donnant même un exemple, celui de l'exécution volontaire de l'obligation après conclusion du contrat.

À noter que la confirmation tacite doit être sans équivoque d'après la jurisprudence, un silence passif ne suffit pas.

C. Les effets de la confirmation

L'acte confirmé est valable rétroactivement. Par cette fiction juridique, s'il n'y avait qu'une seule personne qui pouvait demander la nullité, comme peut l'être l'errant, l'acte confirmé par cette personne, sera valable *erga omnes*, à l'égard de tous.

En revanche, si plusieurs personnes pouvaient demander la nullité, la confirmation ne vaudra que pour celle qui l'a exercée.

Section 3 : La mise en œuvre de la nullité.

Les sources de la matière sont à la fois dans le Code Civil, dans les articles 1304 et 1338 du Code Civil, mais aussi et surtout la jurisprudence.

Paragraphe 1 : Le rôle prépondérant du juge.

En France, on connaît un système d'annulation judiciaire. Il faut aller devant le juge pour faire annuler le contrat. En droit allemand par exemple, ce n'est pas le cas.

L'avantage de ce système est toujours celui de la sécurité juridique.

La nullité est une sanction dangereuse parce qu'elle est rétroactive, c'est-à-dire de sa remise en question des situations respectives des partis.

De ce fait, il vaut mieux qu'il y ait un juge pour vérifier la pertinence de la nullité, mais aussi pour se charger des restitutions.

On observe une tendance jurisprudentielle qui tend à privilégier d'autres moyens que la nullité pour remédier à l'irrégularité du contrat.

L'exemple le plus souvent pris est celui du *réputé non écrit*.

On peut d'ailleurs préciser qu'il existe deux types de nullité pour le juge :

1. **Nullité de droit.** Obligent le juge lorsque les conditions sont présentes à les prononcer. Comme nous le dit l'article 502 pour les actes passé par un incapable majeur placé sous tutelle.
2. **Nullité facultative.** Le juge va apprécier l'opportunité de prononcer la nullité. L'article 503, pour les actes passés par un majeur incapable avant la mise sous tutelle.

Ce rôle du juge ne serait pas complet s'il n'était pas possible dans certains cas de soulever d'office la nullité du contrat même si les partis ne la soulèvent pas.

Le Nouveau Code de Procédure Civil, autorise le juge à soulever d'office une nullité à condition toutefois de ne fonder sa décision que sur les faits qui sont dans le *débat*, c'est-à-dire que les faits qu'on introduits les partis à l'instance.

Paragraphe 2 : Les moyens d'invoquer la nullité devant le juge.

Deux moyens sont possibles pour invoquer la nullité face au juge :

1. **L'action en nullité.** Le contractant va spécialement saisir le juge pour qu'il prononce l'annulation du contrat. Cette action est soumise à prescription
2. **L'exception de nullité.** Ici, le contractant se contente lorsque l'autre agit contre lui pour non-exécution du contrat, de soulever à *titre d'exception* la nullité du contrat. Ici, aucune prescription n'existe.

Section 4 : Les effets de la nullité.

Une fois la nullité prononcé, la relativité de la nullité n'est pas importante, le régime est toujours le même. La nullité prononcée par le juge aura toujours les mêmes effets.

Paragraphe 1 : L'étendue de la nullité.

Hormis le cas de nullité partielle (dont le *gommage* d'une clause du contrat), la nullité *classique* s'étend au contrat tout entier.

Toutes les stipulations du contrat sont **anéanties**, de même que les accessoires, comme les *suretés*.

Paragraphe 2 : Les restitutions.

Le contrat annulé est sensé n'avoir jamais existé, suivant le principe de rétroactivité de la nullité. Cette fiction juridique permet de revenir sur une situation passée

A. Les effets de la rétroactivité entre les partis.

L'effet principal entre les partis, est que chaque partie doit restituer ce qu'elle a reçu en exécution du contrat. On parle de **restitution en nature**.

Si c'est la vente d'une marchandise, il faut rendre la marchandise. Pour les sommes d'argent, il existe le principe du *nominalisme monétaire* signifiant qu'il y aura restitution de la somme versée initialement sans tenir compte de l'éventuelle revalorisation.

Au cas où la chose aurait disparu, ou aurait été aliénée, et dans des situations où la restitution est impossible, la jurisprudence admet la *restitution en valeur*. Les tribunaux rechercheront la valeur

réelle de la chose au moment où il statue. Cette valeur n'est pas nécessairement égale au prix de vente.

B. Les effets de la rétroactivité à l'égard des tiers.

En principe la rétroactivité joue entre les partis et à l'égard des tiers, néanmoins, il faut que tiers soit intégré dans le procès, il doit être **mis en cause** dans l'instance d'annulation. C'est l'idée qu'il doit être informé.

La loi et la jurisprudence ont atténué la rétroactivité, du fait de l'effet qu'il peut avoir sur les tiers. La bonne foi est généralement le critère.

Le tiers de bonne foi, comme dans le cas de l'article 2279, peut invoquer la *théorie de l'apparence* pour se mettre à l'abri de la rétroactivité du contrat.

Fin.