



**HAL**  
open science

## Droit des obligations I - Le contrat

Eric Martin-Hocquenghem

► **To cite this version:**

Eric Martin-Hocquenghem. Droit des obligations I - Le contrat. Licence. Université Paris Panthéon-Assas, France. 2025, pp.483. hal-04881383

**HAL Id: hal-04881383**

**<https://hal.science/hal-04881383v1>**

Submitted on 12 Jan 2025

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

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



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

## SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

PREMIÈRE PARTIE : LES SOURCES D'OBLIGATIONS

TITRE I : LE CONTRAT (L'ACTE JURIDIQUE)

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : NOTIONS GÉNÉRALES SUR LE CONTRAT

SOUS-TITRE I : LA FORMATION DU CONTRAT

CHAPITRE I : LA CONCLUSION DU CONTRAT

CHAPITRE II : LA VALIDITÉ DU CONTRAT

CHAPITRE III : LA FORME DU CONTRAT

CHAPITRE IV : LA NULLITÉ DU CONTRAT

SOUS-TITRE II : LES EFFETS DU CONTRAT

CHAPITRE I : L'EXÉCUTION DU CONTRAT

CHAPITRE II : L'INEXÉCUTION DU CONTRAT

TITRE II : LE FAIT JURIDIQUE

SOUS-TITRE I : L'OBLIGATION DE RÉPARER LE DOMMAGE INJUSTEMENT CAUSÉ À AUTRUI (LA RESPONSABILITÉ EXTRA-CONTRACTUELLE)

SOUS-TITRE II : L'OBLIGATION DE COMPENSER L'AVANTAGE INJUSTEMENT REÇU D'AUTRUI (LES QUASI-CONTRATS)

SECONDE PARTIE : LE RÉGIME GÉNÉRAL DES OBLIGATIONS

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

## BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

### OUVRAGES COUVRANT LE PROGRAMME EN UN SEUL VOLUME

#### MANUELS DE BASE

- Andreu L. et Thomassin N., *Cours de droit des obligations*, 9<sup>e</sup> éd., 2024-2025, Lextenso - Gualino, coll. Amphi LMD ;
- Bénabent A., *Droit des obligations*, 20<sup>e</sup> éd., LGDJ – Lextenso, coll. Précis Domat, 2023 ;
- Cabrillac R., *Droit des obligations*, 16<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Cours, 2024 ;
- Fages B., *Droit des obligations*, 14<sup>e</sup> éd., 2024-2025 LGDJ - Lextenso, coll. Manuels ;
- Porchy-Simon S., *Droit des obligations*, 2024, 16<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Hypercours ;
- Sériaux A. et Lardeux G., *Manuel de droit des obligations*, 5<sup>e</sup> éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2023 ;

#### MANUELS VOLUMINEUX

- Fabre-Magnan M., *Les obligations*, P.U.F., coll. Thémis, 2024 ;
- Malaurie Ph., Aynès L., Stoffel-Munck Ph., *Les obligations*, 13<sup>e</sup> éd., Lextenso Editions, coll. Droit civil, 2024 ;
- Malinvaud Ph., Mekki M., Seube J.-B., *Droit des obligations*, 17<sup>e</sup> éd., LexisNexis, coll. Manuels, 2023 ;
- Terré F., Simler Ph., Lequette Y., Chénéde F., *Les obligations*, 13<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Précis Dalloz, 2022 ;

### OUVRAGES COUVRANT LE PROGRAMME EN PLUSIEURS VOLUMES

- Flour J. et Aubert J.-L., *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. Sirey Université :
  - t. I, *L'acte juridique*, 18<sup>e</sup> éd., 2024 (Flour J., Aubert J.-L., Savaux E.) ;
  - t. II, *Le fait juridique*, 15<sup>e</sup> éd., 2023 (Flour J., Aubert J.-L., Savaux E., Andreu L.) ;
  - t. III, *Le rapport d'obligation*, 11<sup>e</sup> éd., 2024 (Flour J., Aubert J.-L., Savaux E., Andreu L., Forti V.) ;

### OUVRAGES NE COUVRANT QU'UNE PARTIE DU PROGRAMME

- Brun Ph., *Responsabilité civile extracontractuelle*, 6<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2023 ;
- Chantepie G. et Latina M., *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2024 ;
- Chénéde F., *Droit des obligations et des contrats (consolidations, innovations, applications)*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2023 ;
- Deshayes O., Genicon Th., Laithier Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (article par article)*, 2<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2018 ;

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

- Douville Th. (dir.), *La réforme du droit des contrats (commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016)*, 2<sup>e</sup> éd., Lextenso, coll. Gualino, 2018 ;
- Houtcieff D., *Droit des contrats*, 9<sup>e</sup> éd., Larcier, coll. Paradigme, 2024 ;
- Larroumet Ch., *Traité de droit civil*, t. III, *Les obligations, le contrat*, 10<sup>e</sup> éd., par Larroumet Ch. et Bros S., Economica, 2021 ;

### OUVRAGES ANTÉRIEURS A LA REFORME DU DROIT DES OBLIGATIONS

- Aubry C. et Rau C., *Cours de droit civil français*, 12 vol., Marchal & Billard, puis Librairies techniques, t. I à IV, 6<sup>e</sup> éd. par Martin E., 1935-1943 ; t. V à XII, 5<sup>e</sup> éd. par Martin E., 1911-1922 et 6<sup>e</sup> éd. par Esmein P., 1948-1958 ; t. I, 7<sup>e</sup> éd., par Ponsard A., 1964 ; t. VI, 7<sup>e</sup> éd., par Ponsard A., 1975 ; t. VI-2, 8<sup>e</sup> éd., par Dejean de la Bâtie N., 1989 ;
- Baudry-Lacantinerie G., *Traité théorique et pratique de droit civil*, 28 vol., 3<sup>e</sup> éd., Larose & Tenin, 1906-1909, t. XII-XV, *Des obligations*, en collaboration avec Barde L.-J., 1906-1908 ;
- Carbonnier J., *Droit civil*, 2 vol., P.U.F., coll. Quadrige, 2004, t. II, *Les biens, Les obligations* ;
- Demogue R., *Traité des obligations en général*, Rousseau & Cie, 7 vol., 1923-1933 ;
- Demolombe Ch., *Cours de Code Napoléon*, 31 vol., Imprimerie générale, puis A. Lahure, Durand & Pédone-Lauriel, 1845-1876, t. XXIV-XXXI, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, 1876 ;
- Ghestin J., *Traité de droit civil*, LGDJ :
  - t. I, *La formation du contrat (le contrat, le consentement)*, 4<sup>e</sup> éd., par Ghestin J., Loiseau G. et Serinet Y.-M., 2013 ;
  - t. II, *La formation du contrat (l'objet et la cause, les nullités)*, 4<sup>e</sup> éd., par Ghestin J., Loiseau G., Serinet Y.-M., 2013
  - *Les effets du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., par Ghestin J., Jamin Ch., Billiau M., 2001 ;
  - *Introduction à la responsabilité*, par Viney G., 4<sup>e</sup> éd., 2019 ;
  - *Les conditions de la responsabilité*, 4<sup>e</sup> éd., par Viney G., Carval S., Jourdain P., 2013 ;
  - *Les effets de la responsabilité*, 4<sup>e</sup> éd., par Viney G., Carval S., Jourdain P., 2017 ;
- Josserand L., *Cours de droit civil positif français*, 3 vol., 3<sup>e</sup> éd., Sirey, 1938-1939 ;
- Larombière V., *Théorie et pratique des obligations, ou Commentaire des titres III et IV livre III du Code Napoléon, art. 1101 à 1386*, 2<sup>e</sup> éd., 7 vol., Pédone-Lauriel, 1885 ;
- Laurent F., *Principes de droit civil français*, 33 vol., Bruyant-Christophe et Durand & Pédone-Lauriel, 1869-1878 ;
- Marty G. et Raynaud P., *Droit civil, Les obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Sirey :
  - t. I, *Les sources*, 1988 ;
  - t. II, *Le régime*, avec la collaboration de Jestaz Ph., 1989 ;
- Mazeaud H., L. et J., *Leçons de droit civil*, t. II, 1<sup>er</sup> vol., *Obligations. Théorie générale*, par Chabas F., Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd., 1998 ;
- Mazeaud H. et L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6<sup>e</sup> éd., par Tunc A., Mazeaud J., Chabas F., Montchrestien, 1965-2014 ;
- Planiol M., *Traité élémentaire de droit civil*, 3 vol., 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1908-1910, t. II, *Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, privilèges et hypothèques*, 1909 ;
- Planiol M. et Ripert G., *Traité pratique de droit civil français*, 14 vol., 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1952-1958 :
  - t. VI, *Obligations 1<sup>re</sup> partie*, par Esmein P., 1952 ;
  - t. VII, *Obligations 2<sup>e</sup> partie*, par Esmein P., Radouant J., Gabolde G., 1954 ;
- Ripert G. et Boulanger J., *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, 4 vol., LGDJ, 1956-1959, t. II, *Obligations, contrat, responsabilité, droits réels, biens, propriété*, 1957.

## PLAN DU COURS DE DROIT DES OBLIGATIONS I

<b>INTRODUCTION GÉNÉRALE.....</b>	<b>28</b>
Section 1 : Patrimoine et classification des droits.....	28
§ 1 Actif du patrimoine.....	29
A. Exclusion des droits extra-patrimoniaux.....	29
1. Notion de droit extra-patrimonial.....	29
2. Caractères des droits extra-patrimoniaux.....	30
B. Réunion des droits patrimoniaux.....	30
1. Droits réels.....	30
a. Caractères du droit réel.....	30
b. Attributs du droit réel.....	30
α) Droit de suite.....	30
β) Droit de préférence.....	31
2. Droits personnels ou de créance.....	31
3. Droits intellectuels.....	31
§ 2 Passif du patrimoine.....	32
Section 2 : Définition de l'obligation.....	33
§ 1 Sens large (langage courant).....	33
§ 2 Sens financier.....	34
§ 3 Sens juridique.....	34
Section 3 : Caractères de l'obligation.....	34
§ 1 Caractère obligatoire.....	34
A. Le rapport d'obligation.....	35
B. Le pouvoir de contrainte.....	35
§ 2 Caractère personnel.....	35
A. Transmission active.....	35
B. Transmission passive.....	36
§ 3 Caractère patrimonial.....	37
Section 4 : Evolution du droit français des obligations.....	38
§ 1 Genèse de la réforme partielle du droit des obligations.....	39
A. Les prémices de la réforme du droit des obligations.....	39
B. L'ordonnance du 10 février 2016.....	39
C. La loi de ratification du 20 avril 2018.....	40

§ 2 Apport des nouvelles dispositions au droit positif.....	41
A. Présentation formelle de la matière.....	41
1. Plan initial de la matière dans le Code civil.....	42
2. Plan actuel de la matière dans le Code civil.....	42
B. Contenu de la matière.....	42
1. Source des obligations.....	42
a. Caractère partiel de la réforme du droit des obligations.....	43
b. Ampleur inégale de la réforme du droit des obligations.....	43
α) Contrats.....	43
β) Quasi-contrats.....	44
2. Régime général et preuve des obligations.....	45
§ 3 Valeur normative des nouvelles dispositions.....	45
§ 4 Application dans le temps des nouvelles dispositions.....	45
A. Application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016.....	45
1. Contrats en cours.....	46
2. Autre sources d'obligations, régime général et preuve des obligations.....	47
3. Instances en cours.....	48
B. Application dans le temps de la loi de ratification du 20 avril 2018.....	48
Section 5 : Classifications des obligations.....	49
§ 1 Classifications fondées sur l'objet de l'obligation.....	49
A. Obligations de donner, de faire ou de ne pas faire.....	49
1. Contenu de la distinction des obligations de donner, de faire ou de ne pas faire.....	49
a. Obligation de donner ( <i>dare</i> ).....	49
b. Obligation de faire ( <i>facere</i> ).....	49
c. Obligation de ne pas faire ( <i>non facere</i> ).....	49
2. Critique de la distinction des obligations de donner, de faire ou de ne pas faire.....	50
a. Intérêt discutable de la distinction.....	50
b. Pertinence douteuse de la distinction.....	50
α) Une distinction trop fournie.....	50
β) Une distinction incomplète ?.....	51
B. Obligations de moyens et obligations de résultat.....	51
1. Contenu de la distinction de l'obligation de moyens et de l'obligation de résultat.....	52
2. Intérêt de la distinction de l'obligation de moyens et de l'obligation de résultat.....	52
C. Obligations en nature et obligations de sommes d'argent.....	53
1. Contenu de la distinction de l'obligation en nature et de l'obligation de somme d'argent...53	53
2. Intérêts de la distinction de l'obligation en nature et de l'obligation de somme d'argent...53	53
a. Détermination du prix.....	53
b. Dépréciation monétaire.....	53
§ 2 Classification fondée sur les sources d'obligations.....	54

A. Obligations naissant d'actes juridiques.....	57
1. Le contrat.....	57
2. La convention.....	58
3. L'acte juridique unilatéral.....	59
a. L'engagement unilatéral de volonté <i>de lege ferenda</i> .....	59
b. L'engagement unilatéral de volonté <i>de lege lata</i> .....	62
B. Obligations naissant de faits juridiques.....	64
1. Faits juridiques dommageables à autrui : responsabilité extra-contractuelle.....	64
2. Faits juridiques profitables à autrui : quasi-contrats.....	64
a. Gestion d'affaires.....	65
b. Paiement de l'indu.....	65
c. Enrichissement injustifié.....	65
C. Obligations naissant de l'autorité seule de la loi.....	66
§ 3 Classification fondée sur la force de l'obligation : obligation civile et obligation naturelle.....	66
A. Notion d'obligation naturelle.....	67
1. Conception classique : l'obligation naturelle, une obligation civile imparfaite.....	67
2. Conception moderne : l'obligation naturelle, expression d'un devoir moral.....	68
B. Effets juridiques de l'obligation naturelle.....	69
1. Efficacité du paiement de l'obligation naturelle.....	70
2. Caractère contraignant de la promesse d'exécuter une obligation naturelle.....	71
Section 6 : Place de la théorie générale des obligations au sein du droit civil.....	72
§ 1 Importance pratique.....	72
§ 2 Importance théorique.....	73
A. Réunion de tous les principes fondamentaux.....	73
B. Tendance à l'universalité.....	73
1. Le mythe de l'immutabilité du droit des obligations.....	73
2. La réalité changeante du droit des obligations.....	73
a. Variabilité dans l'espace.....	73
b. Mutabilité dans le temps.....	74
<b>PREMIÈRE PARTIE : LES SOURCES D'OBLIGATIONS.....</b>	<b>75</b>
<b>TITRE I : LE CONTRAT (L'ACTE JURIDIQUE).....</b>	<b>76</b>
<b>CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : NOTIONS GÉNÉRALES SUR LE CONTRAT.....</b>	<b>77</b>
Section 1 : Définition du contrat.....	77
§ 1 Exclusion de certaines situations ressemblant à un contrat.....	78
A. Actes de pure courtoisie.....	78
B. Actes de complaisance.....	78
C. Engagements d'honneur.....	79

§ 2 Inclusion des accords préalables à un contrat.....	80
A. Avant-contrat (ou contrat préparatoire).....	80
B. Contrat cadre.....	81
Section 2 : Principes généraux gouvernant les contrats.....	81
§ 1 Identification des principes généraux gouvernant les contrats.....	81
A. L'autonomie de la volonté.....	82
1. Signification du principe de l'autonomie de la volonté.....	82
2. Conséquences juridiques du principe de l'autonomie de la volonté.....	83
a. Liberté contractuelle.....	83
α) Étendue de la liberté contractuelle.....	83
β) Aspects de la liberté contractuelle.....	85
b. Effet relatif du contrat.....	86
c. Force obligatoire du contrat.....	86
α) Force obligatoire du contrat à l'égard des parties.....	87
β) Force obligatoire du contrat à l'égard du juge.....	87
3. Critique du principe de l'autonomie de la volonté.....	88
B. La bonne foi.....	88
1. Notion de bonne foi en droit des contrats.....	88
a. La bonne foi subjective : le contraire de la mauvaise foi.....	88
b. La bonne foi objective : le devoir de bonne foi.....	89
2. Controverses doctrinales sur la portée du devoir de bonne foi en droit des contrats.....	90
a. Le solidarisme contractuel.....	90
b. Critique du solidarisme contractuel.....	91
3. Consécration du devoir de bonne foi en droit des contrats.....	91
a. Consécration jurisprudentielle du devoir de bonne foi.....	91
b. Consécration légale du devoir de bonne foi.....	91
α) Affirmation d'un devoir général de bonne foi en droit des contrats.....	91
β) Applications particulières du devoir de bonne foi en droit des contrats.....	93
§ 2 Autorité des principes généraux gouvernant les contrats.....	94
A. Absence d'autorité supérieure des principes généraux gouvernant les contrats.....	94
B. Les principes généraux gouvernant les contrats, simples lignes directrices.....	95
Section 3 : Classifications des contrats.....	95
§ 1 Classifications fondées sur les conditions de formation des contrats.....	95
A. Contrats consensuels, solennels, réels.....	95
1. Contrat consensuel.....	96
2. Contrat solennel.....	96
3. Contrat réel.....	96
B. Contrats de gré à gré et contrats d'adhésion.....	97
1. Exposé de la distinction.....	98



Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

a. Contrat de gré à gré.....	98
b. Contrat d'adhésion.....	98
2. Intérêts de la distinction.....	100
a. Soumission à des règles d'interprétation en partie différentes.....	100
b. Prohibition des clauses abusives dans les seuls contrats d'adhésion.....	100
C. Contrats cadre et contrats d'application.....	100
1. Exposé de la distinction.....	100
2. Intérêt de la distinction.....	101
D. Contrats individuels et contrats collectifs.....	101
1. Contrats individuels.....	101
2. Contrats collectifs.....	101
§ 2 Classifications fondées sur le contenu des contrats.....	101
A. Contrats nommés et contrats innomés.....	102
1. Exposé de la distinction.....	102
a. Contrat nommé.....	102
b. Contrat innomé.....	102
2. Intérêts de la distinction.....	102
a. Intérêt de la distinction en droit romain.....	102
b. Intérêt de la distinction en droit actuel.....	103
B. Contrats synallagmatiques et contrats unilatéraux.....	104
1. Exposé de la distinction.....	104
a. Principe de distinction.....	105
b. Difficultés d'application.....	105
2. Intérêts de la distinction.....	105
a. Intérêt tenant à la preuve.....	105
b. Intérêt tenant au fond du droit.....	105
C. Contrats à titre onéreux et contrats à titre gratuit.....	106
1. Exposé de la distinction.....	106
a. Principe de distinction.....	106
α) Contrat à titre onéreux.....	106
β) Contrat à titre gratuit.....	106
b. Difficultés d'application.....	107
α) Preuve du caractère gratuit ou onéreux.....	107
β) Logique défailante de la distinction.....	108
γ) Incomplétude de la distinction.....	109
2. Intérêts de la distinction.....	109
D. Contrats commutatifs et contrats aléatoires.....	110
1. Exposé de la distinction.....	110
a. Contrat commutatif.....	110
b. Contrat aléatoire.....	111
2. Intérêts de la distinction.....	113

a. L'aléa chasse la lésion.....	113
b. L'aléa chasse l'erreur.....	114
E. Contrats à exécution instantanée et contrats à exécution successive.....	115
1. Exposé de la distinction.....	115
2. Intérêts de la distinction.....	115
<b>SOUS-TITRE I : LA FORMATION DU CONTRAT.....</b>	<b>116</b>
<b>CHAPITRE I : LA CONCLUSION DU CONTRAT.....</b>	<b>117</b>
Section 1 : Les négociations précontractuelles.....	117
§ 1 Conduite des négociations précontractuelles.....	118
A. Liberté combinée avec la bonne foi.....	118
1. Principe de liberté.....	118
2. Exigence de bonne foi.....	118
B. Sanction de la méconnaissance des exigences de la bonne foi.....	119
1. Nature de la responsabilité encourue.....	120
2. Régime juridique de la responsabilité encourue.....	121
a. Faute requise.....	121
b. Préjudice réparable.....	122
α) Chefs de préjudice indemnisables.....	122
β) Chefs de préjudice ne donnant lieu à indemnisation.....	122
§ 2 Information d'une partie envers l'autre.....	124
A. Étendue du devoir d'information d'une partie envers l'autre.....	124
1. Importance déterminante de l'information pour le consentement.....	125
2. Ignorance légitime de l'information ou confiance légitime accordée au cocontractant....	125
B. Régime probatoire du devoir d'information.....	126
1. Preuve de l'existence du devoir d'information.....	126
2. Preuve de l'exécution du devoir d'information.....	127
C. Sanctions de la violation du devoir d'information.....	127
1. Responsabilité civile extracontractuelle.....	127
2. Annulation du contrat pour vice du consentement.....	127
Section 2 : La conclusion d'un contrat classique.....	128
§ 1 L'offre ou pollicitation.....	128
A. Notion d'offre.....	128
1. Caractéristiques de l'offre.....	128
a. Précision de l'offre.....	129
b. Fermeté de l'offre.....	129
2. Distinction de l'offre et des pourparlers.....	129
3. Distinction de l'offre et de l'avant-contrat.....	130
B. Modalités de l'offre.....	130

1. Offre expresse ou offre tacite.....	130
2. Offre à personne déterminée ou au public.....	131
3. Offre avec ou sans délai.....	131
C. Régime juridique de l'offre.....	131
1. Rétractation de l'offre.....	132
a. Liberté de rétracter l'offre qui n'est pas parvenue à son destinataire.....	132
b. Obligation de maintenir l'offre parvenue à son destinataire.....	133
α) Durée de l'obligation de maintien de l'offre.....	133
β) Sanction d'une rétractation intempestive de l'offre.....	134
γ) Fondement de l'obligation de maintien de l'offre.....	135
2. Caducité de l'offre.....	136
a. Caducité par l'écoulement du temps.....	136
b. Caducité par la mort ou l'incapacité de l'offrant.....	136
c. Caducité par la mort du destinataire.....	137
§ 2 L'acceptation.....	138
A. Conditions de l'acceptation.....	138
1. Caractères de l'acceptation.....	138
2. Étendue de l'acceptation.....	138
a. Éléments essentiels du contrat envisagé.....	138
b. Conditions générales du contrat envisagé.....	140
B. Formes de l'acceptation.....	141
1. Acceptation expresse.....	141
2. Acceptation tacite.....	141
3. Silence.....	141
a. Principe : le silence ne vaut pas acceptation.....	141
b. Exceptions : silence circonstancié.....	141
α) Exception légale.....	142
β) Usages.....	142
γ) Relations d'affaires antérieures.....	142
δ) Circonstances particulières.....	142
C. Effets de l'acceptation.....	142
1. Principe : conclusion définitive du contrat.....	142
2. Exception : rétractation de l'acceptation.....	143
a. Faculté générale de rétractation de l'acceptation avant sa réception.....	143
b. Faculté spéciale de rétractation prévue par la loi ou le contrat.....	143
α) Faculté de rétractation conventionnelle.....	144
β) Faculté légale de rétractation.....	145
§ 3 La rencontre des volontés.....	148
A. Position du problème.....	148
1. Systèmes proposés.....	148
a. Théorie de l'émission.....	148

b. Théorie de la réception.....	148
2. Intérêts pratiques en jeu.....	149
a. Intérêts attachés au moment de formation du contrat.....	149
b. Intérêts attachés au lieu de formation du contrat.....	150
B. Solution du problème.....	150
1. Principe : application du système de la réception.....	150
2. Dérogations à l'application du système de la réception.....	151
a. Dispositions légales spécifiques.....	151
b. Volonté contraire des parties.....	151
Section 3 : Les contrats préparatoires.....	151
§ 1 Le pacte de préférence.....	152
A. Notion de pacte de préférence.....	152
B. Régime juridique du pacte de préférence.....	152
1. Conditions de validité du pacte de préférence.....	152
2. Situation née du pacte de préférence.....	153
a. Contenu du droit de priorité du bénéficiaire.....	154
b. Sanctions attachées à la violation du droit de priorité du bénéficiaire.....	154
3. Dénouement du pacte de préférence.....	155
a. Le bénéficiaire décline la proposition.....	155
b. Le bénéficiaire lève l'option.....	156
§ 2 La promesse unilatérale de contrat.....	156
A. Nature juridique de la promesse unilatérale.....	156
B. Régime juridique de la promesse unilatérale.....	157
1. Conditions de validité de la promesse unilatérale.....	157
2. Situation née de la promesse unilatérale.....	157
a. Rapport entre le promettant et le bénéficiaire.....	157
b. Rapport entre le bénéficiaire et les tiers.....	159
3. Dénouement de la promesse unilatérale.....	160
a. Abandon de l'option.....	160
b. Levée d'option.....	160
§ 3 La promesse synallagmatique de contrat.....	161
A. Nature juridique de la promesse synallagmatique.....	161
1. Équivalence de la promesse synallagmatique au contrat définitif.....	161
2. Utilité de la promesse synallagmatique de contrat.....	161
B. Régime juridique de la promesse synallagmatique.....	162
1. Formation de la promesse synallagmatique.....	162
2. Effets de la promesse synallagmatique.....	162
Section 4 : La conclusion du contrat électronique.....	163
§ 1 L'offre.....	163

A. Contenu de l'offre.....	163
B. Obligation de maintien de l'offre émise à titre professionnel.....	163
§ 2 L'acceptation.....	164
A. Principe : acceptation par double clic.....	164
B. Dérogations au principe.....	164
§ 3 La rencontre des volontés.....	164
<b>CHAPITRE II : LA VALIDITÉ DU CONTRAT.....</b>	<b>166</b>
Section préliminaire : Aperçu des sanctions attachées à la validité du contrat.....	166
§ 1 La nullité du contrat.....	166
A. Effet inhérent à toute nullité d'un acte juridique.....	167
B. Différents types de nullités d'un acte juridique.....	167
1. Critère de distinction de la nullité absolue et de la nullité relative.....	167
2. Régimes juridiques respectifs de la nullité absolue et de la nullité relative.....	167
a. Prescription de la nullité.....	167
b. Mise en œuvre de la nullité.....	168
§ 2 La réparation.....	168
§ 3 La répression.....	169
Section 1 : Le consentement des parties.....	169
Sous-section 1 : L'existence du consentement.....	169
§ 1 Acte juridique émanant d'un incapable.....	170
§ 2 Acte juridique émanant d'une personne capable.....	170
Sous-section 2 : L'intégrité du consentement.....	171
§ 1 Règles communes à tous les vices du consentement.....	172
A. Caractère déterminant du vice du consentement.....	172
B. Preuve par tous moyens du vice du consentement.....	173
C. Nullité relative du contrat affecté d'un vice du consentement.....	173
§ 2 L'erreur.....	173
A. Caractère déterminant de l'erreur (première condition psychologique).....	174
1. Nécessité d'une erreur déterminante du consentement.....	174
2. Insuffisance d'une erreur déterminante du consentement.....	174
B. Gravité de l'erreur (seconde condition psychologique).....	174
1. L'erreur-obstacle.....	175
a. Variétés d'erreurs-obstacle.....	175
α) Erreur sur la nature du contrat (erreur <i>in negotio</i> ).....	175
β) Erreur sur l'identité de la chose ou de la prestation (erreur <i>in corpore</i> ).....	175
γ) Erreur sur la cause.....	176
b. Notion générale d'erreur-obstacle.....	176

c. Intérêts de la notion d'erreur-obstacle.....	177
α) Même inexcusable, l'erreur-obstacle entraînerait la nullité du contrat.....	177
β) L'erreur-obstacle entraînerait la nullité absolue du contrat, voire son inexistence.....	177
2. L'erreur vice du consentement.....	178
a. L'erreur sur les qualités essentielles de la prestation.....	179
α) Notion de qualité essentielle de la prestation.....	179
β) Preuve de l'erreur sur les qualités essentielles de la prestation.....	184
b. L'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant.....	185
α) Erreur retenue dans les contrats <i>intuitu personae</i> uniquement.....	185
β) Erreur entendue largement.....	185
3. L'erreur indifférente.....	186
a. Erreur sur les qualités essentielles de la personne en l'absence de <i>intuitus personae</i> .....	186
b. Erreur sur une qualité non essentielle, ou « non convenue » de la prestation.....	186
c. Erreur sur la valeur.....	186
d. Erreur sur les motifs.....	187
C. Non imputabilité de l'erreur à une faute de l' <i>errans</i> (condition morale).....	189
1. Notion d'erreur inexcusable.....	189
2. Erreurs jugées excusables.....	190
a. L'erreur de droit.....	190
b. L'erreur sur sa propre prestation.....	191
α) Doctrine opposée à son admission.....	191
β) Doctrine dominante et jurisprudence favorables à son admission.....	192
§ 3 Le dol.....	193
A. Gravité du dol (condition morale).....	195
1. Les manœuvres.....	195
2. Les mensonges.....	196
3. La dissimulation intentionnelle.....	196
a. La dissimulation intentionnelle d'une information déterminante est nécessaire.....	197
b. La violation d'un devoir précontractuel d'information est superflue.....	197
c. S'abstenir de révéler son estimation de la valeur de la prestation n'est pas un dol.....	198
B. Caractère déterminant du dol (condition psychologique).....	199
1. Appréciation <i>in concreto</i> .....	199
2. Dol antérieur à la conclusion du contrat.....	200
3. Dol principal et dol incident.....	200
a. Notion de dol incident.....	200
b. Condamnation de la distinction du dol principal et du dol incident.....	201
C. Dol émanant du cocontractant (condition morale).....	202
1. Justification de la règle.....	202
2. Limites à la règle.....	202
a. Assimilation du dol du tiers à celui du cocontractant bénéficiaire de ce dol.....	202
b. Limite tenant à la nature de l'acte conclu.....	203

§ 4 La violence.....	203
A. Gravité et caractère déterminant de la violence.....	204
1. Éventail des menaces.....	204
a. Menace sur la personne ou sur sa fortune.....	204
α) Menaces d'ordre physique.....	205
β) Menaces d'ordre moral.....	205
γ) Menaces d'ordre pécuniaire.....	205
b. Menaces sur la personne ou ses proches.....	205
2. Appréciation du caractère déterminant.....	205
B. Illégitimité de la violence.....	206
1. Principe : la menace d'une voie de droit n'est pas une violence.....	207
2. Limites : légitimité des moyens employés et du but poursuivi.....	207
a. Légitimité des moyens employés.....	207
b. Légitimité du but poursuivi.....	207
C. Peu importe l'auteur de la violence.....	208
1. Violence émanant d'un tiers.....	208
2. Violence par abus de dépendance.....	209
a. Domaine de la violence par abus de dépendance.....	211
α) Notion d'état de dépendance.....	211
β) Appréciation de l'état de dépendance.....	212
γ) Origine de l'état de dépendance.....	212
b. Conditions de la violence par abus de dépendance.....	213
α) Une contrainte déterminante.....	213
β) L'abus d'un état de dépendance.....	214
γ) Un avantage manifestement excessif.....	215
Section 2 : la capacité et la représentation.....	216
§ 1 La capacité de contracter pour soi-même.....	217
A. Incapacités de jouissance.....	217
1. Notion d'incapacité de jouissance.....	217
a. Personnes physiques.....	217
b. Personnes morales.....	218
2. Sanction de l'incapacité de jouissance.....	218
B. Incapacités d'exercice.....	219
1. Notion d'incapacité d'exercice.....	219
2. Sanction de l'incapacité d'exercice.....	219
a. Caractère de la nullité du contrat pour incapacité d'exercice.....	219
b. Domaine de la nullité du contrat pour incapacité d'exercice.....	220
α) Principe : validité de certains actes courants accomplis par l'incapable.....	220
β) Exception : nullité de l'acte courant lésionnaire accompli par l'incapable.....	220
c. Régime de la nullité du contrat pour incapacité d'exercice.....	221
α) Obstacles à l'action en nullité du contrat.....	221

β) Report du point de départ de la prescription de l'action en nullité du contrat.....	222
γ) Limite à l'étendue de la restitution consécutive à l'annulation du contrat.....	223
§ 2 Le pouvoir de contracter pour autrui.....	223
A. Conditions de la représentation.....	223
1. Pouvoir de représenter.....	223
a. Représentation légale.....	223
b. Représentation judiciaire.....	224
c. Représentation conventionnelle.....	224
2. Intention de représenter.....	224
a. Représentation parfaite ou déclarée.....	224
b. Représentation imparfaite ou occultée.....	224
B. Effets de la représentation.....	224
1. Représentation parfaite.....	224
a. Le représentant a agi dans la limite de ses pouvoirs.....	224
α) Pouvoir défini en termes généraux.....	225
β) Pouvoir spécialement déterminé.....	225
b. Le représentant a dépassé ses pouvoirs.....	225
α) Principe : inopposabilité de l'acte.....	226
β) Exception : nullité de l'acte.....	226
c. Le représentant a détourné ses pouvoirs.....	226
2. Représentation imparfaite.....	226
a. Rapports entre le représentant et le cocontractant.....	227
b. Rapports entre le représentant et le représenté.....	227
Section 3 : Le contenu du contrat.....	227
Sous-section 1 : Possibilité et déterminabilité de la prestation.....	229
§ 1 Possibilité de la prestation.....	230
A. Possibilité d'une prestation immatérielle.....	230
B. Possibilité d'une prestation portant sur une chose.....	231
1. Principe.....	231
2. Difficultés d'application.....	231
a. Prestation relative à la chose d'autrui.....	231
α) Principe de validité du contrat sur la chose d'autrui.....	231
β) Nullité exceptionnelle de la vente de la chose d'autrui.....	232
b. Prestation relative à une chose future.....	232
α) Principe de validité du contrat sur une chose future.....	233
β) Nullité exceptionnelle de certains contrats sur une chose future.....	233
§ 2 Déterminabilité de la prestation.....	233
A. Prestation autre que monétaire.....	234
1. Déterminabilité d'une prestation immatérielle.....	234
2. Déterminabilité d'une prestation portant sur une chose.....	234



a. L'espèce.....	234
b. La quantité.....	235
B. Prestation monétaire.....	235
1. Principe : nullité du contrat pour indétermination du prix.....	237
a. Justification du principe.....	237
b. Difficultés d'application du principe.....	238
α) Notion de prix déterminable.....	238
β) Inexistence ou disparition de l'indice désigné par une clause d'indexation.....	239
2. Exceptions : contrats cadre et contrats de prestation de service.....	239
a. Existence d'un droit de fixer unilatéralement le prix.....	240
α) Contrat cadre.....	240
β) Contrat de prestation de service.....	240
b. Contrôle judiciaire du droit de fixer unilatéralement le prix.....	242
α) Critère de l'abus du droit de fixer unilatéralement le prix.....	242
β) Sanction de l'abus du droit de fixer unilatéralement le prix.....	243
Sous-section 2 : Licéité du contrat.....	244
§ 1 Notion d'ordre public.....	244
A. Composantes de l'ordre public.....	244
1. L'ordre public <i>stricto sensu</i> .....	244
a. L'ordre public politique.....	245
α) L'État.....	245
β) La famille.....	245
γ) La personne humaine.....	245
b. L'ordre public économique.....	246
α) L'ordre public économique de direction.....	246
β) L'ordre public économique de protection.....	246
2. Les bonnes mœurs.....	246
B. Sources de l'ordre public.....	247
1. Ordre public textuel.....	247
2. Ordre public virtuel.....	247
§ 2 Conformité des stipulations et du but du contrat à l'ordre public.....	247
A. Conformité des stipulations du contrat à l'ordre public.....	247
1. Conformité de l'objet de l'obligation à l'ordre public.....	248
a. Licéité de la prestation relative à une chose.....	248
α) Illustrations de la notion de chose hors commerce.....	249
β) Licéité de la cession de clientèle civile.....	249
b. Licéité de la prestation immatérielle.....	249
2. Conformité de l'opération contractuelle à l'ordre public.....	250
B. Conformité du but du contrat à l'ordre public.....	250
1. Notion de but du contrat.....	255
a. Le but du contrat dans les libéralités.....	255

α) Définition du but du contrat dans les libéralités.....	255
β) Application : libéralités entre concubins.....	256
b. Le but du contrat dans les actes à titre onéreux.....	257
α) Motif déterminant.....	258
β) Motif, le cas échéant, ignoré de l'autre partie.....	258
2. Contrôle de la conformité du but du contrat à l'ordre public.....	260
a. Moment d'appréciation du motif déterminant.....	260
b. Preuve du motif déterminant.....	260
α) Charge de la preuve.....	261
β) Administration de la preuve.....	261
Sous-section 3 : Équilibre du contrat.....	261
§ 1 L'équilibre global du contrat.....	261
A. Contrat synallagmatique lésionnaire.....	262
1. Domaine de la lésion.....	263
a. Contrats insusceptibles de lésion.....	263
α) Contrats à titre gratuit.....	263
β) Contrats aléatoires.....	263
γ) Contrats unilatéraux à titre onéreux ?.....	264
b. Contrats valables malgré leur caractère lésionnaire.....	264
c. Contrats rescindables ou révisables pour lésion.....	265
α) Domaine d'admission de la lésion dans le Code civil.....	265
β) Extension ultérieure du domaine d'admission de la lésion.....	267
2. Nature de la lésion.....	270
3. Sanctions de la lésion.....	271
a. Nullité relative du contrat lésionnaire.....	271
b. Révision du contrat lésionnaire.....	273
c. Responsabilité civile du cocontractant bénéficiaire de la lésion.....	273
B. Contrat à titre onéreux à la contrepartie illusoire ou dérisoire.....	273
1. Fondement de la nullité du contrat.....	274
2. Applications de la nullité du contrat.....	274
a. Contrepartie illusoire.....	275
α) Contrats commutatifs.....	275
β) Contrats aléatoires.....	276
b. Contrepartie dérisoire.....	277
α) Contrats commutatifs.....	277
β) Contrats aléatoires.....	279
§ 2 L'équilibre des clauses accessoires.....	279
A. Interdiction des clauses privant l'obligation essentielle du débiteur de sa substance.....	280
1. Clause limitative de responsabilité abusive.....	280
2. Clause « couperet » dans le contrat d'assurance.....	282
3. Dates de valeur dans la convention de compte bancaire.....	282

B. Interdiction des clauses déséquilibrantes dans les contrats d'adhésion.....	283
1. Domaine de la prohibition.....	284
a. Domaine de la prohibition quant aux contrats.....	284
α) Prohibition restreinte aux contrats d'adhésion.....	284
β) Exclusion de contrats d'adhésion soumis à des dispositions spéciales.....	284
b. Domaine de la prohibition quant aux clauses.....	287
2. Contenu de la prohibition.....	288
a. Notion de déséquilibre significatif.....	288
α) Origine du déséquilibre.....	289
β) Importance du déséquilibre.....	289
b. Appréciation du déséquilibre significatif.....	290
α) Objet de l'appréciation.....	290
β) Mode d'appréciation.....	290
3. Sanction de la prohibition.....	291
a. Droit commun.....	291
b. Droit de la consommation.....	291
α) Identification des clauses abusives en droit de la consommation.....	291
β) Sanctions des clauses abusives en droit de la consommation.....	292
<b>CHAPITRE III : LA FORME DU CONTRAT.....</b>	<b>293</b>
Section 1 : Le formalisme direct, de validité.....	294
§ 1 Contrats solennels.....	294
A. Contrats soumis à la forme de l'acte authentique.....	294
B. Contrats soumis à la forme de l'acte sous seing privé.....	295
§ 2 Contrats réels.....	295
A. Notion de contrat réel.....	295
B. Sanction du défaut de remise de la chose.....	296
Section 2 : le formalisme indirect, probatoire ou de publicité.....	297
§ 1 Le formalisme probatoire.....	297
A. Principe : preuve des actes juridiques par écrit.....	297
1. Contenu du principe.....	297
2. Domaine du principe.....	298
B. Atténuations et exceptions au principe.....	298
1. Atténuations au principe.....	298
a. Notion de commencement de preuve par écrit.....	299
α) Acte émanant de celui contre lequel la demande est formée.....	299
β) Acte rendant vraisemblable le fait allégué.....	299
b. Incomplétude du commencement de preuve par écrit.....	299
2. Exceptions au principe.....	300
a. Impossibilité morale ou matérielle de se procurer un écrit.....	300

b. Usage de ne pas établir un écrit.....	300
c. Perte de l'écrit par force majeure.....	301
d. Copie fiable de l'original.....	301
§ 2 Le formalisme de publicité.....	301
<b>CHAPITRE IV : LA NULLITÉ DU CONTRAT.....</b>	<b>302</b>
Section 1 : Nullité et notions voisines.....	302
§ 1 Nullité et résolution.....	302
§ 2 Nullité et inopposabilité.....	302
§ 3 Nullité et caducité.....	303
A. Effets de la caducité d'un acte juridique.....	303
B. Causes de caducité d'un acte juridique.....	303
1. Caducité d'un acte juridique pour disparition d'un élément essentiel.....	304
2. Caducité d'un contrat indivisible d'un autre contrat disparu.....	305
§ 4 Nullité et rescision.....	306
Section 2 : Mise en œuvre de la nullité.....	306
§ 1 Nullité judiciaire et nullité conventionnelle.....	306
A. Principe de la nullité judiciaire.....	307
1. Justification du caractère en principe judiciaire de la nullité.....	307
2. Mode d'invocation de la nullité en justice.....	307
a. Invocation de la nullité par voie d'action.....	307
b. Invocation de la nullité par voie d'exception.....	307
c. Relevé d'office de la nullité par le juge.....	308
B. Possibilité d'une nullité conventionnelle.....	308
1. Distinction de la nullité conventionnelle et de la révocation conventionnelle.....	309
2. Régime juridique de la nullité conventionnelle.....	309
a. Conditions de validité de la nullité conventionnelle.....	309
α) Conformité de la nullité conventionnelle à l'ordre public.....	309
β) Possibilité de l'objet.....	309
b. Effets de la nullité conventionnelle.....	310
§ 2 Nullité absolue et nullité relative.....	310
A. Critère de distinction de la nullité absolue et de la nullité relative.....	311
1. Critère classique de distinction tiré de la gravité du vice.....	311
a. Contenu du critère classique de distinction.....	311
α) Nullité absolue : acte mort-né.....	311
β) Nullité relative : acte malade ou infirme.....	311
b. Incertitude du critère classique de distinction.....	311
α) Nullité relative et nullité absolue.....	312
β) Nullité et inexistance.....	312

2. Critère moderne de distinction tiré du but de la règle violée.....	314
a. Contenu du critère moderne de distinction.....	315
b. Application du critère moderne de distinction.....	315
α) Nullités relatives.....	316
β) Nullités absolues.....	316
γ) Qualifications ayant prêté à discussion.....	316
B. Intérêts de la distinction de la nullité absolue et de la nullité relative.....	319
1. Personnes pouvant invoquer la nullité.....	320
a. Nullité absolue.....	320
b. Nullité relative.....	320
2. Extinction de l'action en nullité.....	321
a. Confirmation de l'acte nul : une différence persistante.....	321
α) Notion de confirmation.....	321
β) Domaine de la confirmation.....	322
γ) Conditions de la confirmation.....	322
δ) Effets de la confirmation.....	323
b. Prescription de l'action en nullité : une différence largement estompée.....	324
α) Conditions de la prescription.....	324
β) Effets de la prescription.....	326
Section 3 : Effets de la nullité.....	327
§ 1 Étendue de la nullité.....	327
A. Principe : anéantissement total du contrat.....	328
B. Exceptions au principe de l'anéantissement total du contrat.....	328
1. Clause réputée non écrite.....	328
a. Principe : recherche du caractère déterminant ou non de la clause.....	328
b. Limite : respect de l'ordre public.....	329
2. Réduction d'une clause excessive.....	329
3. Conversion de l'acte nul en un acte valable.....	329
§ 2 Restitutions.....	330
A. Forme et étendue des restitutions.....	330
1. Restitution d'une chose autre qu'une somme d'argent.....	331
a. Principe : restitution en nature.....	331
α) Frais nécessités par la chose.....	331
β) Fruits générés par la chose.....	331
γ) Privation de la jouissance de la chose.....	332
b. Exception : restitution en valeur.....	332
2. Restitution d'une somme d'argent.....	333
3. Restitution d'une prestation de service.....	333
B. Atténuations et exceptions au principe de la rétroactivité.....	334
1. Limites au principe de la rétroactivité dans les rapports entre les parties.....	334
a. Limitations de l'obligation de restitution du possesseur de bonne foi.....	334

b. Limitations de l'obligation de restitution de l'incapable.....	334
c. Refus de répétition pour cause d'indignité ( <i>nemo auditur</i> ).....	335
α) Domaine de la règle <i>nemo auditur</i> .....	336
β) Conditions d'application de la règle <i>nemo auditur</i> .....	337
γ) Fondement de la règle <i>nemo auditur</i> .....	337
2. Limites au principe de la rétroactivité dans les rapports avec les tiers.....	338
§ 3 Responsabilité consécutive à l'annulation du contrat.....	338
A. Nature de la responsabilité.....	338
1. Thèse de la responsabilité contractuelle (Jhering).....	338
2. Thèse de la responsabilité extra-contractuelle ou délictuelle (droit positif français).....	339
B. Régime de la responsabilité.....	339
1. Nécessité d'une faute et d'un préjudice.....	339
a. La faute.....	339
b. Le préjudice.....	340
2. Action en responsabilité réservée à la partie de bonne foi.....	340
<b>SOUS-TITRE II : LES EFFETS DU CONTRAT.....</b>	<b>341</b>
<b>CHAPITRE I L'EXÉCUTION DU CONTRAT.....</b>	<b>342</b>
Section 1 : Principes gouvernant l'exécution du contrat.....	342
§ 1 Force obligatoire du contrat.....	342
A. Signification de la force obligatoire du contrat .....	342
1. Contrat « légalement formé ».....	343
2. Contrat « tenant lieu de loi » aux parties.....	343
B. Délimitation de la force obligatoire du contrat.....	344
1. Obligations principales et clauses accessoires.....	344
2. Suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent au contrat.....	345
a. La loi.....	346
b. L'usage.....	346
c. L'équité.....	346
C. Justifications de la force obligatoire du contrat.....	347
1. Autonomie de la volonté.....	347
2. Sécurité juridique.....	348
§ 2 Irrévocabilité du contrat.....	348
§ 3 Bonne foi.....	349
A. Exécution du contrat conforme à son esprit tel que les parties l'ont envisagé.....	350
B. Norme de comportement indépendante de la volonté des parties.....	350
1. Composantes du devoir de bonne foi.....	351
a. Devoir de loyauté.....	351
α) Devoir de loyauté imposé au débiteur.....	351
β) Devoir de loyauté imposé au créancier.....	352

b. Devoir de coopération.....	352
α) Devoir de coopération imposé au créancier.....	353
β) Devoir de coopération imposé au débiteur.....	353
2. Portée du devoir de bonne foi.....	353
Section 2 : Domaine d'application de la loi contractuelle.....	354
Sous-section 1 : Domaine d'application de la loi contractuelle dans l'espace.....	354
§ 1 La force obligatoire du contrat entre les parties.....	355
A. Les parties au moment de la formation du contrat.....	355
B. Les personnes acquérant ultérieurement la qualité de partie au contrat.....	355
1. Ayants cause universel ou à titre universel (transmission du contrat à cause de mort).....	355
a. Principe de la transmission du contrat à cause de mort.....	355
b. Exceptions au principe de la transmission du contrat à cause de mort.....	356
2. Cessionnaire du contrat (cession du contrat entre vifs).....	356
a. Conditions de la cession de contrat.....	357
α) Cession de contrat imposée par la loi.....	357
β) Cession de contrat voulue par les parties.....	357
b. Effets de la cession de contrat.....	358
α) Effets de la cession de contrat à l'égard du cessionnaire.....	358
β) Effets de la cession de contrat à l'égard du cédant.....	359
§ 2 Les effets du contrat à l'égard des tiers.....	360
A. L'opposabilité du contrat à tous les tiers et réciproquement.....	361
1. L'opposabilité du contrat en tant qu'élément de preuve.....	362
2. L'opposabilité de l'existence du contrat.....	362
a. Principe de l'opposabilité de l'existence du contrat.....	362
α) Opposabilité des situations juridiques absolues d'origine conventionnelle.....	362
β) Opposabilité des obligations contractuelles.....	364
b. Limites à l'opposabilité de l'existence du contrat.....	369
α) Théorie de la simulation.....	369
β) Action paulienne.....	373
B. L'effet obligatoire du contrat à l'égard de certains tiers.....	374
1. Les ayants cause à titre particulier rendus créanciers ou débiteurs.....	375
a. L'ayant cause à titre particulier et les créances relatives au bien transmis.....	377
α) La doctrine.....	377
β) La jurisprudence.....	379
b. L'ayant cause à titre particulier et les dettes relatives au bien transmis.....	383
α) La doctrine.....	383
β) La jurisprudence.....	384
2. Les tiers en général rendus créanciers ou débiteurs.....	385
a. La promesse pour autrui.....	385
α) Conditions de la promesse de porte-fort de ratification.....	387
β) Effets de la promesse de porte-fort de ratification.....	388

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

b. La stipulation pour autrui.....	390
α) Conditions de la stipulation pour autrui.....	392
β) Effets de la stipulation pour autrui.....	393
γ) Nature juridique de la stipulation pour autrui.....	396
Sous-section 2 : Domaine d'application de la loi contractuelle dans le temps.....	397
§ 1 La condition et le terme.....	397
A. La condition.....	398
1. Notion de condition.....	398
a. Événement aléatoire dont dépend l'efficacité de l'acte.....	399
α) Condition suspensive et condition résolutoire.....	399
β) Condition et terme.....	400
b. Événement adventice à l'acte.....	401
2. Validité de l'obligation conditionnelle.....	401
a. Obligation affectée d'une condition illicite.....	401
b. Obligation affectée d'une condition dépendant de la seule volonté du débiteur.....	402
α) Justifications de la prohibition.....	403
β) Domaine de la prohibition.....	404
γ) Sanction de la prohibition.....	405
3. Effets de la condition.....	406
a. Effets de la condition suspensive.....	406
α) Condition suspensive pendante.....	406
β) Condition suspensive défaillie.....	407
γ) Condition suspensive accomplie.....	408
b. Effets de la condition résolutoire.....	411
α) Condition résolutoire pendante.....	411
β) Condition résolutoire défaillie.....	411
γ) Condition résolutoire accomplie.....	411
B. Le terme.....	413
1. Origine du terme suspensif.....	413
a. Convention des parties.....	413
α) Terme suspensif exprès ou tacite.....	413
β) Terme suspensif dans l'intérêt du débiteur, du créancier ou des deux parties.....	414
b. Loi.....	414
c. Juge.....	415
α) Conditions d'octroi d'un délai de grâce.....	415
β) Procédure d'octroi d'un délai de grâce.....	415
γ) Conséquences de l'octroi d'un délai de grâce.....	416
2. Effets du terme suspensif.....	416
a. Perfection de l'obligation.....	416
b. Non exigibilité de l'obligation.....	416
α) Terme stipulé dans l'intérêt du débiteur.....	416
β) Terme stipulé dans l'intérêt du créancier.....	417
γ) Terme stipulé dans l'intérêt commun des parties.....	417



3. Extinction du terme suspensif.....	417
a. Échéance du terme.....	417
b. Renonciation au bénéfice du terme.....	417
c. Déchéance du terme.....	417
α) Liquidation judiciaire.....	417
β) Défaut de fourniture des sûretés promises au créancier par le débiteur ou diminution des sûretés fournies par ce même débiteur.....	417
§ 2 La durée du contrat.....	419
A. Contrat à durée déterminée.....	419
1. Étendue de la liberté de conclure un contrat à durée déterminée.....	419
a. Durée légale minimale ou maximale.....	419
b. Interdiction du contrat à durée déterminée.....	420
2. Prorogation du contrat à durée déterminée.....	420
a. Conditions de la prorogation.....	420
b. Effets de la prorogation.....	420
3. Cessation du contrat à durée déterminée.....	421
a. Arrivée du terme extinctif.....	421
α) Causes de renouvellement ou de reconduction du contrat.....	421
β) Effets du renouvellement ou de la tacite reconduction du contrat.....	422
b. Rupture anticipée du contrat à durée déterminée.....	423
α) Résiliation conventionnelle ou amiable du contrat à durée déterminée.....	423
β) Résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée.....	424
B. Contrat à durée indéterminée.....	425
1. Résiliation conventionnelle du contrat à durée indéterminée.....	426
2. Résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée.....	426
a. Justification de la faculté de résiliation unilatérale.....	426
b. Domaine de la faculté de résiliation unilatérale.....	427
c. Mise en œuvre de la faculté de résiliation unilatérale.....	427
α) Principe de la liberté de mettre fin au contrat à tout moment.....	427
β) Limites à la liberté de mettre fin au contrat à tout moment.....	428
Section 3 : Difficultés d'application de la loi contractuelle.....	429
§ 1 Interprétation des contrats.....	430
A. Règles générales d'interprétation des contrats.....	430
1. Recherche de la volonté des parties.....	431
a. Principe de base : recherche de la commune intention des parties.....	431
b. Directive complémentaire : respect de la cohérence de l'acte ou de l'opération globale.....	432
2. Recherche de l'utilité sociale.....	433
a. Sauver le contrat.....	433
b. Le doute profite au contractant le plus faible.....	433
B. Contrôle de la Cour de cassation.....	434

1. Pouvoir souverain en principe des juges du fond pour interpréter un contrat.....	434
2. Tempéraments au pouvoir souverain des juges du fond pour interpréter un contrat.....	434
a. Contrôle de la qualification du contrat.....	434
b. Contrôle de l'interprétation des contrats-type.....	435
c. Contrôle de la dénaturation des clauses claires et précises.....	435
§ 2 Révision des contrats.....	436
A. Conditions de la révision pour imprévision.....	441
1. Changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat.....	441
a. Indifférence de la nature du changement de circonstances.....	441
b. Nécessité pour le changement de circonstances d'être imprévisible.....	441
2. Exécution excessivement onéreuse pour une partie.....	442
a. Onérosité excessive.....	442
b. Onérosité directe ou indirecte.....	442
3. Défaut d'acceptation du risque par le contractant.....	442
a. Défaut d'acceptation expresse.....	442
b. Défaut d'acceptation tacite.....	443
B. Mise en œuvre de la révision pour imprévision.....	443
1. Renégociation du contrat à l'amiable entre les parties.....	443
2. Révision judiciaire du contrat.....	443
<b>CHAPITRE II L'INEXÉCUTION DU CONTRAT.....</b>	<b>445</b>
Section 1 : Les droits du créancier de l'obligation inexécuté.....	446
§ 1 L'exécution forcée en nature de l'obligation contractuelle.....	446
A. Principe du droit à l'exécution forcée en nature.....	447
1. Exécution forcée directe en nature.....	447
a. Obligations de payer une somme d'argent.....	447
b. Obligations autres que le paiement d'une somme d'argent.....	447
2. Exécution forcée indirecte en nature.....	448
a. Mécanisme de l'astreinte.....	448
b. Liquidation de l'astreinte.....	449
B. Limites au droit à l'exécution forcée en nature.....	449
1. Impossibilité de l'exécution forcée en nature.....	449
a. Obstacle de fait à l'exécution forcée en nature.....	449
b. Obstacle de droit à l'exécution forcée en nature.....	449
2. Disproportion manifeste entre le coût de l'exécution forcée et son intérêt.....	449
a. Bonne foi du débiteur.....	450
b. Disproportion manifeste.....	450
α) Disproportion entre le coût de l'exécution forcée et son intérêt.....	451
β) Disproportion manifeste.....	451
§ 2 La réparation des conséquences de l'inexécution.....	451

A. Double fonction de la responsabilité contractuelle.....	452
1. Fonction de paiement de la responsabilité contractuelle.....	452
2. Fonction de réparation de la responsabilité contractuelle.....	452
B. Régime juridique de la responsabilité contractuelle.....	452
1. Fait générateur de la responsabilité contractuelle.....	453
a. Contenu et intérêt de la distinction des obligations de moyens et de résultat.....	453
α) Obligation de moyens.....	453
β) Obligation de résultat.....	453
b. Critère de distinction de l'obligation de moyens et de l'obligation de résultat.....	454
α) Volonté des parties.....	454
β) Loi.....	454
γ) Caractère certain ou aléatoire du résultat poursuivi.....	454
δ) Rôle actif ou passif du créancier de l'obligation.....	454
2. Dommage réparable dans la responsabilité contractuelle.....	455
a. Limitation de la réparation en principe au dommage prévu ou prévisible.....	455
b. Déplafonnement de la réparation en cas de faute lourde ou dolosive du débiteur.....	455
Section 2 : Le sort du contrat inexécuté.....	456
§ 1 La défaillance d'exécution.....	456
A. L'exception d'inexécution.....	457
1. Conditions de l'exception d'inexécution.....	457
a. Obligations réciproques.....	458
α) Source des obligations réciproques.....	458
β) Échéance des obligations réciproques.....	458
b. Inexécution d'une obligation.....	459
α) Inexécution avérée d'une obligation.....	459
β) Inexécution anticipée d'une obligation.....	460
2. Mise en œuvre de l'exception d'inexécution.....	461
a. L'exception d'inexécution, voie de justice privée.....	461
b. Distinction de l'exception d'inexécution et du droit de rétention.....	461
α) Superposition fréquente des deux mécanismes.....	461
β) Différences entre les deux mécanismes.....	462
3. Effets de l'exception d'inexécution.....	462
a. Garantie.....	462
b. Moyen de contrainte.....	463
B. La réduction du prix.....	463
1. Domaine de la réduction du prix.....	464
a. Contrat synallagmatique.....	464
b. Obligation incombant à l'une des parties de payer une somme d'argent.....	464
2. Conditions de la réduction du prix.....	464
3. Mise en œuvre de la réduction du prix.....	465
a. Réduction du prix par décision unilatérale du créancier avant paiement.....	465

b. Réduction du prix par accord entre les parties ou judiciaire après paiement.....	465
4. Effets de la réduction du prix.....	466
C. La résolution pour inexécution.....	466
1. Fondement de la résolution pour inexécution.....	467
a. Condition résolutoire tacite.....	467
b. Cause-contrepartie.....	467
c. Interdépendance des obligations.....	468
2. Domaine de la résolution pour inexécution.....	468
a. Contrats synallagmatiques dont la résolution est exclue.....	468
b. Contrats unilatéraux dont la résolution est possible.....	468
3. Conditions de la résolution pour inexécution.....	469
a. Inexécution grave du contrat.....	469
α) Principe : nécessité d'une inexécution suffisamment grave.....	469
β) Exception : stipulation d'une clause résolutoire.....	469
b. Indifférence de la cause de l'inexécution du contrat.....	469
4. Mise en œuvre de la résolution.....	471
a. Résolution judiciaire.....	471
b. Résolution de plein droit.....	471
α) Clause résolutoire.....	472
β) Résolution unilatérale à l'initiative du créancier.....	473
5. Effets de la résolution pour inexécution.....	474
a. Date de prise d'effet de la résolution.....	474
α) Résolution de plein droit.....	475
β) Résolution judiciaire.....	475
b. Étendue de la résolution dans le temps.....	475
α) Contrat à l'utilité globale.....	475
β) Contrat à l'utilité continue.....	475
§ 2 L'impossibilité d'exécution.....	476
A. Éléments constitutifs de la force majeure.....	476
1. Événement échappant au contrôle du débiteur.....	477
a. Notion d'événement échappant au contrôle du débiteur.....	477
b. Exemples d'événements échappant au contrôle du débiteur.....	477
2. Événement imprévisible.....	477
a. Moment d'appréciation de l'imprévisibilité.....	478
b. Mode d'appréciation de l'imprévisibilité.....	478
3. Événement irrésistible.....	478
B. Effets de la force majeure.....	478
1. Empêchement temporaire.....	478
2. Empêchement définitif.....	479
a. Libération du débiteur empêché d'exécuter son obligation.....	479
α) Le principe.....	479
β) Les exceptions.....	479

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

b. Libération corrélative de l'autre partie de son obligation ?.....	480
α) Les contrats non translatifs de propriété : <i>res perit debitori</i> .....	480
β) Les contrats translatifs de propriété : <i>res perit domino</i> .....	481

# LES OBLIGATIONS

## INTRODUCTION GÉNÉRALE

Le droit des obligations s'insère dans un programme de droit civil, qui, pour les étudiants en droit, s'étend sur les quatre années universitaires de droit (licence et master 1<sup>re</sup> année) :

- Introduction à l'étude du droit en 1<sup>re</sup> année, ce qui vise :
  - La règle de droit et ses sources (lois et règlements, coutume, jurisprudence, etc...)
  - Les sujets de droit : personnes physiques, et personnes morales, avec leurs caractères distinctifs (état civil, nom, domicile)
  - Les droits subjectifs, qui leur sont reconnus, avec une *summa divisio* :
    - droits extra-patrimoniaux
    - droits patrimoniaux
- Droit de la famille regroupé en 3<sup>ème</sup> année de licence et 1<sup>ère</sup> année de master
  - Droit extra-patrimonial de la famille : mariage, divorce, filiation, rapports parents-enfants
  - Droit patrimonial de la famille
    - régimes matrimoniaux, c'est-à-dire règles régissant les rapports pécuniaires entre époux
    - successions et libéralités
- Droit civil du patrimoine, éclaté entre les quatre années de droit : les biens en 1<sup>re</sup> année, les obligations en 2<sup>e</sup> année, les contrats spéciaux en 3<sup>e</sup> année et les sûretés (droit civil du crédit) en 4<sup>e</sup> année.

Pour comprendre la notion d'obligation, il faut revenir préalablement et brièvement sur des notions étudiées en première année de droit civil : le patrimoine et la classification des droits (section 1). Une fois ce rappel effectué, on précisera la définition de l'obligation (section 2) et les caractères de l'obligation (section 3). On décrira ensuite l'évolution du droit français des obligations (section 4), avant de passer en revue les différentes classifications des obligations (section 5). Enfin, pour terminer, on évoquera la place de la théorie générale des obligations au sein du droit civil (section 6).

### Section 1 : Patrimoine et classification des droits

Le patrimoine, on le sait, se définit comme l'ensemble des droits et des obligations, présents et à venir d'une personne. Il constitue une universalité de droit, appelée encore universalité juridique, où l'actif répond du

passif. L'application la plus remarquable de cette corrélation entre l'actif et le passif est ce qu'on appelle improprement le « droit » de gage général des créanciers sur les biens de leur débiteur (articles 2284 et 2285 du Code civil).

Selon l'article 2284 : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. »

Selon l'article 2285 : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. »

Ce « droit » de gage général n'est pas un droit de gage au sens technique du terme, un droit réel accessoire appelé encore sûreté réelle. En effet, le gage au sens d'une sûreté réelle (articles 2329 et 2333 et suivants du Code civil) consiste, de la part du débiteur, à affecter un bien mobilier déterminé en garantie du paiement d'une dette, au profit d'un créancier. Ce dernier disposera sur ce bien non seulement d'un droit de suite, mais encore d'un droit de préférence lui permettant de se faire payer, par priorité aux autres créanciers, sur la valeur de ce bien en le faisant vendre si le débiteur ne paie pas sa dette<sup>1</sup>.

Le « droit » de gage général, au contraire, est conféré par la loi à tous les créanciers sans distinction, et notamment aux créanciers chirographaires. Il consiste en la faculté reconnue au créancier impayé de saisir un bien quelconque appartenant à son débiteur, de le faire vendre et de se payer sur le prix. Le créancier impayé peut donc poursuivre le recouvrement forcé de sa créance sur l'ensemble du patrimoine de son débiteur : ce patrimoine est affecté à sa satisfaction. Mais s'il ne bénéficie pas, par ailleurs, d'une sûreté en paiement de sa créance – gage sur un meuble appartenant à son débiteur, hypothèque sur un immeuble appartenant à son débiteur, etc... – , il doit subir le concours des autres créanciers, du moins en matière civile. Selon une expression traditionnelle, « le paiement est le prix de la course » : à défaut, pour un autre créancier, de pouvoir justifier d'une cause de préférence résultant d'une sûreté réelle, le créancier le plus vélocé, celui qui a entrepris le premier des voies d'exécution en saisissant tel ou tel bien appartenant au débiteur, sera payé avant les autres.

Revenons brièvement sur la composition de l'actif et du passif du patrimoine.

## § 1 Actif du patrimoine

Il comprend les droits patrimoniaux de la personne, par opposition aux droits extra-patrimoniaux qui en sont exclus.

### A. Exclusion des droits extra-patrimoniaux

On rappellera la notion de droit extra-patrimonial, puis les caractères des droits extra-patrimoniaux.

#### 1. Notion de droit extra-patrimonial

Les droits extra-patrimoniaux ne sont pas susceptibles d'une évaluation pécuniaire, parce qu'ils protègent des intérêts essentiellement moraux, qui « n'ont pas de prix ».

Ex. le droit à l'honneur, le droit au respect de la vie privée, le droit moral de l'auteur sur son œuvre (faculté de la divulguer ou non, d'empêcher qu'il y soit porté atteinte par des tiers).

Pour autant, les droits extra-patrimoniaux ne sont pas dépourvus de conséquences pécuniaires.

Ex. l'atteinte à l'honneur est sanctionnée par une action en diffamation, permettant à celui dont l'honneur a été bafoué d'obtenir des dommages-intérêts ; de même en cas d'atteinte à la vie privée ou de contrefaçon d'une œuvre.

<sup>1</sup> Sur la distinction des droits réels principaux et accessoires, le droit de suite et le droit de préférence, cf. Les biens (cours de 1<sup>re</sup> année). *Adde* : *infra*, pour les caractéristiques du droit réel, par opposition à celle du droit personnel.

## 2. Caractères des droits extra-patrimoniaux

Les droits extra-patrimoniaux présentent trois caractères. Ils sont en effet :

- Intransmissibles à un acquéreur ou à un successeur (héritier), par exemple le droit au respect de la vie privée s'éteint au décès du titulaire du droit<sup>1</sup>.
- insaisissables par les créanciers du titulaire du droit
- imprescriptibles, en ce qu'ils ne s'éteignent pas par le non-usage.

## B. Réunion des droits patrimoniaux

Au contraire des droits extra-patrimoniaux, les droits patrimoniaux sont évaluables en argent. Ils représentent pour leur titulaire un élément de richesse et, à ce titre, font partie de son patrimoine. Ce sont des biens incorporels, immatériels.

A l'inverse des droits extra-patrimoniaux, les droits patrimoniaux sont donc transmissibles, saisissables et prescriptibles. Ils se subdivisent en droits réels, droits personnels ou de créance et droits intellectuels.

### 1. Droits réels

Définition : le droit réel confère à son titulaire un pouvoir direct et immédiat sur une chose. L'illustration par excellence en est le droit de propriété. « Réel » vient de *res*, la chose en latin.

On distingue traditionnellement les droits réels principaux et les droits réels accessoires. Les droits réels principaux sont la propriété (article 544 du Code civil) et ses démembrements, l'usufruit et la servitude (articles 526, 578 et 637 du Code civil). Les droits réels accessoires sont l'accessoire d'une créance, dont ils garantissent le paiement : par exemple, le droit d'hypothèque, qui porte sur un immeuble (article 2385 du Code civil), ou le droit de gage, qui porte sur un meuble (article 2333 du Code civil). Les droits réels accessoires portent la dénomination de sûretés réelles (articles 2323 et s. du Code civil).

Les caractères et les attributs du droit réel, qu'il soit principal ou accessoire, ont été déjà exposés en première année. On les indiquera à nouveau brièvement.

#### a. Caractères du droit réel

Le droit réel est un droit absolu, opposable à tous ; parce qu'il porte directement sur la chose, tout le monde est tenu de le respecter<sup>2</sup>. Il « s'incruste pour ainsi dire » dans la chose sur laquelle il porte et participe de l'existence objective de celle-ci, qui s'impose à tout le monde, aux tiers<sup>3</sup>.

#### b. Attributs du droit réel

Des caractères du droit réel découlent deux prérogatives importantes qui lui sont attachées : le droit de suite et le droit de préférence.

##### α) Droit de suite

Le droit de suite consiste dans le pouvoir d'exercer son droit réel sur la chose entre quelques mains qu'elle se trouve, en fait ou en droit.

<sup>1</sup> Civ. 1, 14 décembre 1999, B. I, n° 345, aff. *Mitterrand* ; Civ. 1, 15 février 2005, B. I, n° 86.

<sup>2</sup> J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, t. I, *L'acte juridique*, 18<sup>e</sup> éd., Sirey, 2024, n° 12.

<sup>3</sup> J. Carbonnier, *Droit civil*, PUF, coll. *Quadrige*, 2004, t. II, *Les biens, les obligations*, n° 702.



Ainsi, par exemple, le propriétaire d'un bien peut le revendiquer contre tout possesseur – sous réserve que ce dernier ne soit pas lui-même devenu propriétaire dans l'intervalle en son lieu et place, notamment par l'effet de la règle « En fait de meubles, la possession vaut titre » (article 2276, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil).

De même, si son débiteur vend l'immeuble hypothéqué, le créancier hypothécaire peut se prévaloir de son droit à l'encontre du tiers acquéreur de l'immeuble, alors même qu'il n'est pas personnellement obligé (article 2454 du Code civil) : l'hypothèque suit l'immeuble entre les mains de ce tiers acquéreur.

### β) Droit de préférence

Le droit de préférence consiste dans le pouvoir d'exclure de la chose tous ceux qui ne peuvent se prévaloir que d'un droit de créance, d'un droit personnel.

Par exemple, une personne dépose une chose lui appartenant chez un commerçant. Mais, avant la restitution de cette chose, le dépositaire devient insolvable. Cette situation n'affectera pas son propriétaire. En effet, le droit de gage général des créanciers du dépositaire ne porte que sur les biens compris dans le patrimoine de celui-ci, et pas sur les biens appartenant à des tiers.

Pareillement, le créancier hypothécaire peut se faire payer sur le prix de vente de l'immeuble hypothéqué, par préférence aux créanciers chirographaires (article 2450, alinéa 2, du Code civil), lesquels ne peuvent se prévaloir que de leur droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur. Il en va de même du créancier gagiste, qui peut se faire payer sur le prix de vente meuble gagé, par préférence aux créanciers chirographaire (article 2333, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil).

## 2. Droits personnels ou de créance

Définition : c'est le droit d'une personne, appelée créancier, d'exiger une certaine prestation d'une autre personne, le débiteur. Il comporte donc trois éléments : le créancier, sujet actif du droit, le débiteur, sujet passif, et la prestation, objet du droit.

Ex. dans le contrat de bail, droit du bailleur d'exiger de son locataire le paiement des loyers et, inversement, droit du locataire d'exiger du bailleur la jouissance des locaux donnés à bail.

Remarque : le preneur n'a droit à la jouissance de la chose louée que parce que le bailleur s'est engagé à la lui procurer. Son droit est donc bien un droit de créance, qui ne s'exerce sur cette chose que par l'entremise du bailleur, débiteur de la prestation.

Caractères : le droit personnel un droit relatif, n'établissant de rapport qu'entre le créancier et le débiteur. Pour obtenir son dû, l'exécution de la prestation, le créancier ne peut s'adresser qu'à son débiteur. Si ce dernier ne s'exécute pas, alors le créancier pourra poursuivre le recouvrement de son dû sur un quelconque des biens constituant l'actif du patrimoine du débiteur, en vertu de son « droit » de gage général<sup>1</sup>.

## 3. Droits intellectuels

C'est une catégorie à part, assez hétérogène, dans laquelle on a rangé un certain nombre de droits ayant pour point commun de conférer à leur titulaire un monopole d'exploitation. Ainsi en va-t-il des monopoles issus des droits de propriété industrielle : brevet d'invention (droit de l'inventeur d'exploiter une œuvre brevetée), marque de fabrique (droit de l'industriel ou du commerçant titulaire d'une marque déposée de l'utiliser)...

---

<sup>1</sup> Cf. *supra*.

Les droits intellectuels présentent une analogie avec les droits réels, parce que, comme ces derniers, ils sont opposables erga omnes. Cette analogie s'exprime à travers la désignation de certains d'entre eux : droit de « propriété » industrielle, de « propriété » littéraire et artistique...

Ex. L'inventeur pourra poursuivre en contrefaçon tout tiers qui porterait atteinte à son monopole d'exploitation.

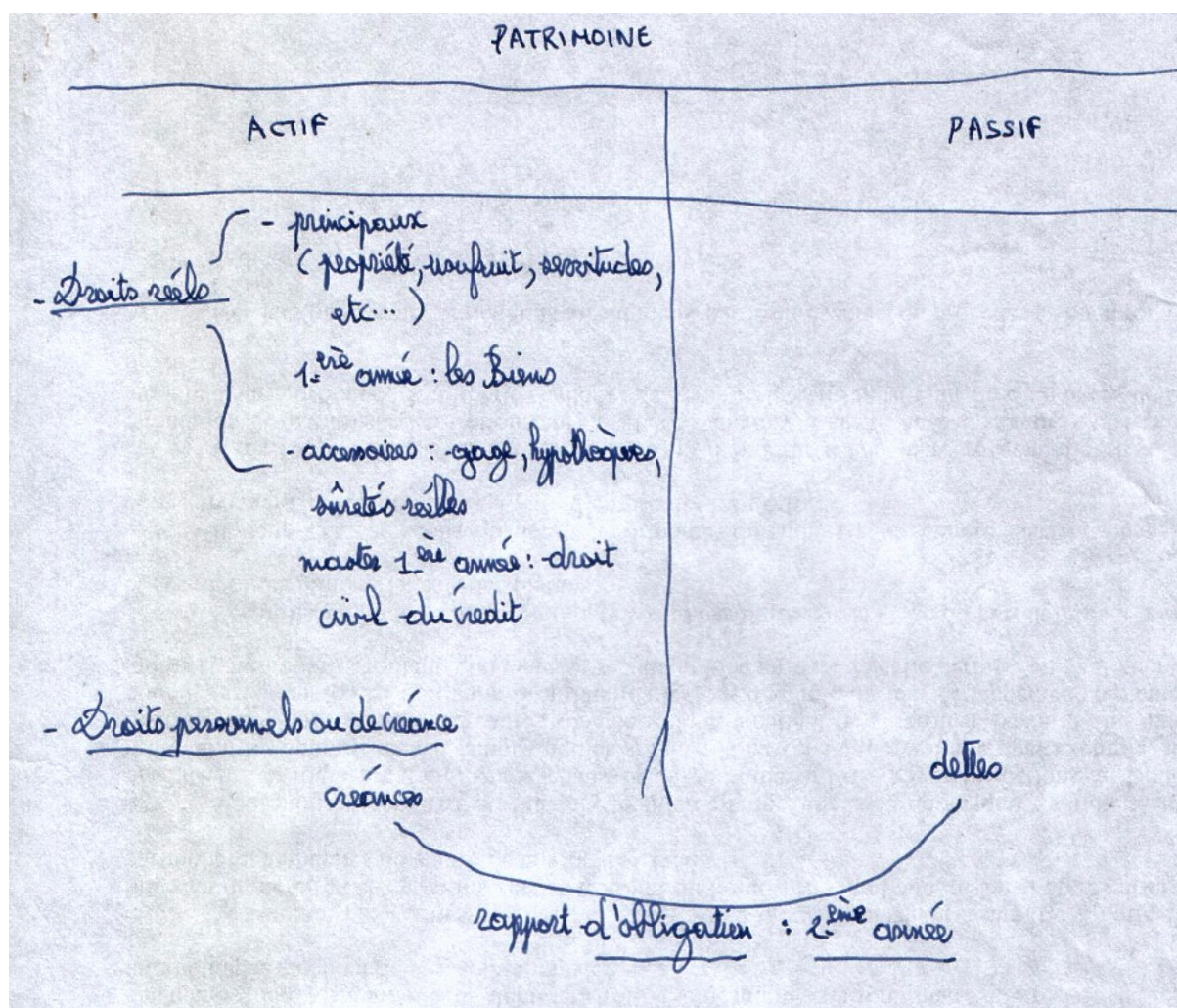
Les droits intellectuels sont néanmoins irréductibles aux droits réels, car ils portent sur un objet immatériel : le monopole d'exploitation.

## § 2 Passif du patrimoine

Il est constitué par les obligations ou dettes, c'est-à-dire l'envers du droit de créance ou droit personnel.

Envisagée du côté du créancier, la prestation à laquelle le débiteur est tenu est l'objet d'une créance, qui figurera à l'actif du patrimoine de ce créancier. Envisagée du côté du débiteur, elle est l'objet d'une dette, ou encore d'une obligation qui s'inscrira au passif de son patrimoine.

On a ainsi esquissé une définition de l'obligation, sur laquelle on va revenir, pour la distinguer d'autres significations, plus imprécises ou plus spécifiques, que ce terme revêt.



## Section 2 : Définition de l'obligation

Le terme « obligation » revêt trois sens différents, dont seul le dernier correspond au contenu du cours : un sens large, un sens financier, un sens juridique.

### § 1 Sens large (langage courant)

Il correspond à l'obligation de respecter une prescription légale ou réglementaire (par exemple, rouler à droite, s'arrêter au feu rouge, déclarer un enfant à l'Etat civil, etc...). Mais cette terminologie est impropre : il faudrait parler de « devoir », car il n'y a ni créancier, ni lien de droit entre celui-ci et un débiteur.

## § 2 Sens financier

Ce sens financier est utilisé en droit des affaires, où on oppose l'obligation à « l'action ». L'obligation du droit commercial est en effet un titre constatant un prêt consenti à la société, moyennant un intérêt qui devra être versé quels que soient les résultats, alors que les dividendes ne peuvent être versés à l'actionnaire qu'à la condition que la société ait réalisé des bénéfices. En réalité, c'est déjà le sens juridique du terme obligation, mais restreint à un domaine très spécialisé.

## § 3 Sens juridique

L'obligation est alors un lien de droit, un rapport juridique, unissant le créancier au débiteur, par lequel ce débiteur est tenu d'une prestation – un fait ou une abstention – envers le créancier, en vertu<sup>1</sup> :

- soit d'un contrat – obligation contractuelle,
- soit d'un quasi-contrat – obligation quasi-contractuelle,
- soit d'un délit ou d'un quasi-délit – obligation délictuelle ou quasi-délictuelle, fondée sur la responsabilité extra-contractuelle.
- soit de la loi – obligation légale.

D'où un double aspect de l'obligation :

- aspect actif pour le créancier : la créance
- aspect passif pour le débiteur : la dette.

Tel est le sens retenu lorsqu'on parle du droit des obligations ou de la théorie générale des obligations.

Ex. obligation du vendeur de délivrer - c'est-à-dire mettre à disposition et non pas effectuer la livraison – la chose convenue à l'acquéreur, obligation de la SNCF de transporter ses clients voyageurs, etc...

## Section 3 : Caractères de l'obligation

Entendue en son sens juridique, l'obligation présente trois caractères fondamentaux. Elle est, en effet, obligatoirement, personnelle et patrimoniale.

### § 1 Caractère obligatoirement

L'étymologie du mot l'indique. Obligation vient en effet du verbe latin *obligare* (de *ligare*, lier, *ob*, en vue de). D'où une sanction possible par une action en justice – sauf le cas des obligations naturelles, rares<sup>2</sup> : l'obligation civile, sanctionnée par une action en justice, est le principe.

<sup>1</sup> Cf. *infra* : section 5 « Classifications des obligations », § 2 « Classifications fondées sur les sources des obligations ».

<sup>2</sup> Cf. *infra*.

La doctrine allemande exprime ce caractère obligatoire de l'obligation civile, en distinguant en son sein deux éléments, qu'on exprime tantôt en allemand, tantôt en latin, tantôt en français par diverses expressions<sup>3</sup> :

- *Schuld* et *Haftung*,
- *debitum* et *obligatio*,
- devoir et engagement,
- dette et responsabilité,
- rapport d'obligation et pouvoir de contrainte.

Le premier élément envisage l'obligation comme un bien, le second comme un lien.

### A. Le rapport d'obligation

*Die Schuld* (la dette en allemand), *debitum* en latin. Ce rapport d'obligation correspond à une prestation déterminée, à la satisfaction due au créancier. La présence, au sein de l'obligation, de cet élément objectif, le rapport d'obligation, distinct du pouvoir de contrainte, explique, par exemple, la transmissibilité de l'obligation à un tiers<sup>2</sup>. Par une cession de créance ou de dette, selon les cas, ce tiers cessionnaire deviendra ainsi créancier ou débiteur aux lieu et place du cédant.

### B. Le pouvoir de contrainte

*Die Haftung* (la responsabilité en allemand), *obligatio en latin*. C'est le fait, pour le créancier, d'avoir la possibilité de contraindre le débiteur à répondre de sa dette, sur sa personne – en droit romain, la *manus injectio* – ou ses biens.

## § 2 Caractère personnel

Ce caractère personnel de l'obligation s'oppose au caractère familial, qu'elle a pu historiquement revêtir dans d'autres systèmes juridiques. Il a pour conséquence une intransmissibilité traditionnelle de l'obligation. A la différence, en effet, de la situation en droit romain, en droit français seul le débiteur est obligé, et non sa famille, même si les membres de celle-ci peuvent se sentir tenus d'une obligation morale de venir à son secours.

Toutefois, conséquence logique de la dissociation possible du rapport d'obligation et du pouvoir de contrainte, l'intransmissibilité de principe de l'obligation a été très largement atténuée, au point qu'en droit actuel le principe est renversé : la créance comme la dette sont transmissibles, à des conditions néanmoins plus strictes pour cette dernière. On évoquera successivement la transmission active, de la créance, puis la transmission passive, de la dette.

### A. Transmission active

Contrairement à ce que le principe traditionnel de l'intransmissibilité laissait supposer, la transmission de la créance est toujours possible, et d'ailleurs prévue par le Code civil (articles 1321 et suiv. du Code civil).

<sup>3</sup> H. Brox & W.-D. Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, 40<sup>e</sup> Auflage, C.H. Beck, 2016, 2.19 ff ; Carbonnier, *Droit civil*, t. II, n° 1229 ; H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*. T. II, 1<sup>er</sup> vol., *Obligations : théorie générale*, par F. Chabas, Montchrestien, 1998, n° 9 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations*, 13<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2022, n° 2 ; E. Ap. Popa, *Les notions de "debitum" (Schuld) et "obligatio" (Haftung) et leur application en droit français moderne*, thèse Paris, Muller, 1935 ; F.-K. Comparato, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, thèse Paris, préf. A. Tunc, Dalloz, 1963 ; S. Prigent « Le dualisme dans l'obligation », *RTD civ.* 2008, 401 et s.

<sup>2</sup> Cf. *infra* : § 2 « Caractère personnel ».

La transmission s'opère par une cession de créance, opération à trois personnes, impliquant le cédant, le cessionnaire et le (débitur) cédé. L'article 1321, alinéa 1er, du Code civil la définit comme « un contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre le débiteur cédé à un tiers appelé cessionnaire. »

L'obligation est alors envisagée comme un bien incorporel, immatériel pouvant être transmis à autrui, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, comme le serait un bien corporel. De cette manière, le créancier peut changer, tandis que le débiteur demeure le même.

Le consentement du débiteur cédé à l'opération n'est pas requis, sauf si la créance avait été stipulée incessible (article 1321, alinéa 4). « Entre les parties, le transfert de la créance s'opère à la date de l'acte » (article 1323, alinéa 1er).

La cession de créance n'en obéit pas moins à un double formalisme, tant de validité que d'opposabilité.

- La cession de créance doit être constatée par écrit, à peine de nullité (article 1322 du Code civil).
- La cession de créance n'est opposable au débiteur cédé, « s'il n'y a déjà consenti, que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte » (article 1324, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil). A défaut, la cession, bien qu'elle soit valable *inter partes*, entre le cédant et le cessionnaire, pour autant qu'elle ait été constatée dans un écrit (article 1322), est inopposable au débiteur cédé, lequel peut prétendre en ignorer l'existence.

Tant que les conditions de l'article 1324, alinéa 1<sup>er</sup>, ne sont pas remplies, le débiteur cédé pourrait, par exemple, se libérer de sa dette en payant le cédant, quand bien même le cessionnaire en serait déjà devenu titulaire par l'effet du contrat de cession.

Le Code civil de 1804 traitait la cession de créance comme une vente, portant sur une créance, ce qui explique que les articles 1689 et suivants qui la réglementaient, se trouvaient insérés dans le titre VI du livre III, consacré à ce contrat. Mais ce choix était discutable, puisque, comme le précise désormais expressément le nouvel article 1321, alinéa 1er, la cession de créance peut intervenir à titre gratuit. Elle ne peut alors s'analyser en une vente d'un droit de créance. En réalité, la cession de créance est une opération sur obligation empruntant sa qualification au contrat spécial translatif qui en est le support, vente, donation, échange, selon les cas<sup>1</sup>.

Le Code civil de 1804 soumettait, en outre, la cession de créance à des formalités de publicité assez lourdes, destinées à assurer l'information du débiteur : signification de la cession par acte d'huissier au débiteur cédé ou acceptation par ce dernier de la cession par acte authentique (article 1690 du Code civil), pour qu'elle lui soit opposable. Ce formalisme pesant se révélait souvent incompatible avec la vie des affaires. Aussi le droit commercial y dérogeait-il déjà notamment avec la lettre de change et le chèque. La créance incorporée dans ces effets de commerce et qu'on appelle la provision se trouve transmise en même temps que l'effet au porteur, par le seul endossement, sans que les formalités de l'article 1690 du Code civil aient à être observées. Mais ce texte continuait de gouverner l'opposabilité des cessions de créance civile.

L'actuel article 1324, alinéa 1er, du Code civil a allégé substantiellement le formalisme d'opposabilité de la cession de créance civile au débiteur cédé. Il prévoit, en effet, que l'opposabilité résultera soit d'une notification au débiteur, laquelle peut emprunter la voie d'une lettre en recommandé avec accusé de réception au lieu d'une signification par exploit d'huissier<sup>2</sup> ; soit d'une prise d'acte de la part du débiteur, laquelle ne doit pas obligatoirement figurer dans un acte authentique. L'article 1701-1 du Code civil soustrait corrélativement la cession de créance au formalisme de l'article 1690 du même code. Ce dernier texte reste toutefois applicable aux cessions d'autres droits que les créances.

## B. Transmission passive

C'est-à-dire de la dette, de l'obligation. Elle est possible à titre universel, c'est-à-dire aux héritiers. La cession de dette à titre particulier était, en revanche, traditionnellement proscrite. Aussi le Code civil de 1804 ne l'envisageait-il pas, contrairement à la cession de créance. Mais sa possibilité est désormais

<sup>1</sup> O. Deshayes, Th. Genicon et Y-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (article par article)*, 2<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2018, article 1321.

<sup>2</sup> Articles 651 et 667 du Code de procédure civile.

expressément reconnue par l'ordonnance du 10 février 2016 (article 1327 nouveau du Code civil)<sup>1</sup>. Elle est toutefois soumise à des conditions plus strictes que la cession de créance, que les rédacteur de l'ordonnance du 10 février 2016 ont empruntées à la jurisprudence antérieure.

Aux termes de l'article 1327 du Code civil : « Un débiteur peut, avec l'accord du créancier, céder sa dette. » La cession de dette est donc une opération tripartite, supposant non seulement l'accord du débiteur originaire et du cessionnaire, mais encore celui du créancier cédé. L'accord du créancier cédé est nécessaire à la formation même de la cession de dette, et non pas simplement pour déterminer l'ampleur des effets de cette cession<sup>2</sup>. Il en va donc différemment dans la cession de dette et dans la cession de créance, où le consentement du débiteur cédé à l'opération n'est nullement requis.

L'accord du créancier peut résulter de son concours à l'acte de cession, mais il peut aussi être donné à l'avance.

La cession de dette obéit à un double formalisme, symétrique de celui imposé dans la cession de créance, tant de validité que d'opposabilité :

- la cession de dette doit être constatée par écrit, à peine de nullité (article 1327, alinéa 2, du Code civil)<sup>3</sup>.
- elle n'est opposable au créancier qui a donné par avance son accord et n'y est pas intervenu, que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte (article 1327-1 du Code civil).

Enfin, les textes font une distinction, empruntée à la doctrine et à la jurisprudence<sup>4</sup>, entre la cession parfaite et la cession imparfaite de dette.

- La cession de dette parfaite libère le débiteur initial pour l'avenir. Elle requiert le consentement exprès du créancier pour produire effet à son égard (article 1327-2 du Code civil). Le créancier devra donc non seulement donner son accord à la cession de dette, comme c'est le cas dans toute cession de dette, mais encore consentir expressément à la libération du débiteur pour l'avenir.
- A défaut pour le créancier de consentir expressément à libérer le débiteur pour l'avenir et sauf clause contraire, la cession de dette est imparfaite : le débiteur initial reste solidairement tenu avec le cessionnaire au paiement de la dette envers le créancier (article 1327-2 précité). Il ne s'évade donc pas du rapport obligatoire.

Lorsque la cession de dette est parfaite, les sûretés grevant cette dernière ne subsistent qu'avec l'accord du débiteur originaire ou des tiers les ayant consenties (article 1328-1)<sup>5</sup>. Si, au contraire, la cession de dette n'est qu'imparfaite, elles subsistent de plein droit (même texte).

### § 3 Caractère patrimonial

A la différence des droits extra-patrimoniaux, l'obligation est évaluable en argent, quand bien même d'ailleurs son objet ne serait pas le paiement d'une certaine somme, mais, par exemple, l'accomplissement d'une prestation<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> V. Lasserre « La cession de dette consacrée par le Code civil à la lumière du droit allemand », *D.* 2016, 1578.

<sup>2</sup> G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2024, n° 879.

<sup>3</sup> L'alinéa 2 de l'article 1327 constitue une adjonction de la loi du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (*cf. infra*). La cession de dette est ainsi devenue un contrat solennel, à l'instar de la cession de créance. La disposition n'est applicable qu'aux cessions de dette conclues à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2018 (article 16, I, de la loi de ratification).

<sup>4</sup> Civ. 1, 30 avril 2009, n° 08-11093, *B. I.*, n° 82 ; *D.* 2009, *J.* 2400, note L. Andreu.

<sup>5</sup> Disposition créée par la loi de ratification du 20 avril 2018.

<sup>6</sup> *Cf. infra* : Classification des obligations par leur objet.

## Section 4 : Evolution du droit français des obligations

Longtemps, la partie du Code civil français consacrée au droit des obligations était demeurée inchangée. Mais, derrière cette immutabilité de façade, des changements profonds sont intervenus à partir de la fin du dix-neuvième siècle et plus encore dans la seconde moitié du vingtième siècle.

- Des pans importants de législation interne, qui n'ont pas été intégrés au Code civil, sont venus déroger à sa doctrine libérale<sup>1</sup>, d'une part, au profit de certaines catégories de cocontractants, économiquement vulnérables – salariés, consommateurs, assurés... ; d'autre part, au profit de certaines catégories de victimes de dommage qu'une responsabilité fondée sur la faute ne pouvait permettre d'indemniser efficacement – victimes d'accidents de la circulation, d'accidents du travail, de produits dangereux commercialisés par des professionnels.
- Indépendamment de ces modifications législatives, la jurisprudence avait précisé et considérablement infléchi les dispositions du Code civil sur les obligations, par exemple en développant, au cours de ces vingt dernières années, le devoir de bonne foi aussi bien dans la conclusion que dans l'exécution du contrat – ancien article 1134, alinéa 3 (élargi par l'article 1104 actuel), disposition à laquelle les premiers commentateurs du Code civil n'accordait guère d'importance puisqu'ils n'y voyaient qu'une règle d'interprétation des contrats. Par exemple encore, en donnant à l'ancien article 1384, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil (aujourd'hui article 1242, alinéa 1<sup>er</sup>), une portée générale, étrangère à la volonté des rédacteurs du Code civil (arrêt *Jand'heur*)<sup>2</sup>. En un mot, les titres III et IV du livre III du Code civil ne reflétaient plus exactement le droit actuel des obligations<sup>3</sup>.

La nécessité de se référer continuellement à la jurisprudence pour saisir la portée des textes du Code civil en droit des obligations, en avait fait un droit subtil et savant, que les juristes étrangers éprouvaient des difficultés à appréhender. Cette situation aurait dissuadé, selon certains, les parties à un contrat international de désigner la loi française comme loi applicable à leur contrat. Ainsi aurait-elle contribué au déclin de l'influence du droit français dans le monde et, plus particulièrement, en Europe<sup>4</sup>.

- De nombreuses normes de droit européen dérivé – directives de la Commission et règlements du Parlement européens – sont venues modifier le droit français des contrats et ont parfois été directement transposées dans le Code civil français, telle la directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux (anciens articles 1386-1 et suiv. du Code civil, renumérotés 1245 et suiv. du même code lors de la réforme du droit des obligations par l'ordonnance du 10 février 2016<sup>5</sup>).

La question de la refonte des dispositions du Code civil relatives aux obligations en général était donc posée. Une réforme partielle du droit des obligations est finalement intervenue. On en exposera la genèse, son apport au droit positif, sa valeur normative et enfin son application dans le temps<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Cf. *infra*.

<sup>2</sup> Ch. réunies 13 février 1930, *Jand'heur*, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile [G.A.]*, t. II, 14<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2024, n° 234, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde.

<sup>3</sup> Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016.

<sup>4</sup> Sur la question, discutée, de l'attractivité du droit français des obligations réformé, cf. not. Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 67-70 ; J. Mestre « Le bonheur contractuel », *AJ Contrat* 2016, 105 ; I. Eid « Les enjeux de la réforme du code civil et ses innovations », *Dalloz IP/IT* 2016, 245 ; J. Kleinschmidt et D. Groß « La réforme du droit des contrats : perspective allemande sur la balance délicate entre liberté contractuelle et pouvoirs du juge », *RDC* 2015, 674 ; J. Cartwright « Un regard anglais sur les forces et faiblesses du droit français des contrats », *RDC* 2015, 691 ; L. Vogel « Le nouveau droit des contrats : obsolète et contre-productif », *AJ Contrat* 2016, 309 ; O. Tournafond « Les mauvais penchants de la réforme du droit des contrats », *Dr. et patr.* 2015, n° 247, p. 50 ; L. Usunier « L'attractivité du droit français au lendemain de la réforme du droit des contrats, ou le législateur français à la poursuite d'une chimère », *RTD civ.* 2017, 343 et suiv.

<sup>5</sup> Cf. *infra* : § 1 « Genèse de la réforme partielle du droit des obligations », B. « L'ordonnance du 10 février 1996 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ».

<sup>6</sup> Sur ces points, cf. tout particulièrement les explications brillantes, complètes et incisives de M. Yves Lequette, in : Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 57-75.



## § 1 Genèse de la réforme partielle du droit des obligations

Les prémices de cette réforme consistèrent en plusieurs projets de réforme, émanant de sources différentes. Ultérieurement, le gouvernement « légiféra » par une ordonnance du 10 février 2016 « portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ». Enfin, conformément à la procédure habituelle, le Parlement ratifia cette ordonnance.

### A. Les prémices de la réforme du droit des obligations

Un avant-projet de réforme de droit des obligations, dit avant-projet Catala<sup>1</sup>, émanant d'un groupe de professeurs, fut élaboré en 2006. Cependant, le succès et la notoriété que ce projet valut à leurs promoteurs, suscitèrent des vocations concurrentes. Aussi, un autre projet, émanant de l'Académie des sciences morales et politiques, fut préparé sous l'égide du professeur François Terré<sup>2</sup>. Puis le ministère de la justice prépara un troisième texte, diffusé en octobre 2013, lequel reçut un accueil très réservé de la part des juristes français<sup>3</sup>. Ces derniers lui reprochèrent en effet de sacrifier des concepts fondamentaux du droit français des obligations, telle la cause – prétendument ignorée d'autres pays européens comme l'Allemagne, affirmation sur laquelle il y aurait beaucoup à dire – sur l'autel de l'harmonisation du droit européen.

Résumant l'esprit qui anime chacun de ces différents projets, on a pu écrire<sup>4</sup> que le projet Catala se voulait un projet de consolidation, le projet Terré un projet de rupture et le projet de la Chancellerie un compromis entre les deux précédents.

### B. L'ordonnance du 10 février 2016

Aux termes de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 :

« La loi détermine les principes fondamentaux »... « du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ».

En principe, la réforme du droit des obligations aurait donc dû emprunter la forme d'une loi. Cependant, le gouvernement a préféré procéder par voie d'ordonnance, comme l'article 38 de la constitution le lui permet, à la condition d'avoir obtenu une habilitation législative à cet effet. Aux termes de cet article 38, en effet, rappelons-le :

« Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. « Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse.

« A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif. »

<sup>1</sup> Pierre Catala (1930-2012), professeur de droit privé à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas, dirigea l'élaboration de ce projet, d'où le nom utilisé pour le désigner. L'épaulèrent directement : Geneviève Viney (1937-2023), professeur de droit privé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, spécialiste réputée de la responsabilité civile, et Gérard Cornu (1926-2007), professeur de droit privé à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas, auteur entre autres d'un cours de doctorat précurseur (*Regards sur le livre III du titre III du Code civil*, 1976, réimpr. in : *La rénovation du Code civil*, éd. Panthéon-Assas, 2017, pp. 255 et s.).

<sup>2</sup> François Terré (1930-2024), professeur de droit privé, de philosophie du droit et de sociologie du droit à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas.

<sup>3</sup> Cf. par ex. : *varii auctores* « Réforme du droit des contrats : le débat », *Droit et patrimoine* oct. 2014, 37 et suiv.

<sup>4</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 61 et n° 65.

Aussi une loi n° 2015-177 du 16 février 2015, relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (article 8), a-t-elle habilité le Gouvernement à prendre par ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi pour (on appréciera la légèreté et la sobriété du style...) :

« modifier la structure et le contenu du livre III du code civil », « afin de moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme. »<sup>1</sup>

L'article 27 de la loi du 16 février 2015 prévoyait que l'ordonnance réformant le droit des obligations devrait être prise dans un délai de douze mois à compter de la publication de la loi, puis que dans un délai de six mois à compter de la publication de l'ordonnance, un projet de loi de ratification serait déposé devant le Parlement.

Fort de son habilitation législative, le gouvernement présenta, au cours de l'été 2015, un projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. D'aucuns prirent l'habitude d'appeler ce projet, qui reprenait, sur la plupart des points, celui de 2013, « le projet de la Chancellerie », pour le différencier de l'avant-projet Catala et du projet Terré et bien manifester que le Ministère de la justice entendait le promouvoir, malgré les nombreuses réserves doctrinales qu'il avait suscitées dès 2013. On ne pouvait effectivement que déplorer que la Chancellerie persévérât, par orgueil et ivresse du pouvoir sans doute, dans son dessein, en jetant par dessus bord certaines institutions fondamentales du droit des obligations plusieurs fois centenaires voire millénaires.

Entre septembre et décembre 2015, le Conseil d'État examina le projet d'ordonnance. Puis l'ordonnance fut publiée, le 10 février 2016<sup>2</sup>.

### C. La loi de ratification du 20 avril 2018

Afin que l'ordonnance du 10 février 2016 ne devienne pas caduque, un projet de loi de ratification de cette ordonnance a été déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale le 6 juillet 2016, donc à l'intérieur du délai prévu par l'article 27 de la loi du 16 février 2015.

Enfin, la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 a ratifié l'ordonnance du 10 février 2016<sup>3</sup>. A cet égard, la ministre de la justice de l'époque, Mme Taubira, s'était engagée, en imposant une réforme par ordonnance, à ce que les textes puissent être de nouveau débattus lors de l'élaboration de la loi de ratification<sup>4</sup>. Dans ces conditions, le législateur avait le choix entre trois possibilités<sup>5</sup>. Certains, en effet, avaient défendu une ratification pure et simple de l'ordonnance, afin de ne pas compromettre la cohérence d'ensemble de la réforme<sup>6</sup>. Mais, à l'inverse, la ratification aurait pu prendre la forme d'une « revanche démocratique » impliquant une révision des dispositions phares de l'ordonnance, afin de gommer l'aspect social de la

<sup>1</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 25 et suiv.

<sup>2</sup> M. Mekki « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2016, 608 ; B. Mallet-Bricout « 2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats », *RTD civ.* 2016, 463.

<sup>3</sup> M. Mekki « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 : une réforme de la réforme ? », *D.* 2018, 900 ; D. Mazeaud « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », *D.* 2018, 912 ; O. Deshayes, Th. Genicon et Y.-M. Laithier « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 », *JCP* 30 avril 2018, *doctr.* 529 ; *varii auctores*, *Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018*, *RDC* 29 juin 2018/hors série et not. Th. Revet « L'achèvement de la réforme du droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, regard général », p. 4 ; D. Houtcieff « Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats, de la preuve et du régime général des obligations », *Gaz. Pal.* 17 avril 2018, p. 14 ; Th. Andrieu et M.-Ch. Dreux « La réforme du droit des contrats ratifiée : la cohérence et la sécurité juridique préservées », *Gaz. Pal.* 30 avril 2018, p. 13.

<sup>4</sup> [http://www.justice.gouv.fr/publication/j21\\_dp\\_projet\\_ord\\_reforme\\_contrats\\_2015.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_dp_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf) : « Le gouvernement s'est (...) engagé à déposer un projet de loi de ratification spécifique et à l'inscrire à l'ordre du jour du Parlement. Ce dernier pourra ainsi exercer le droit de regard qu'il estimera nécessaire dans le cadre de l'examen de ce projet de loi et modifier le texte sur les points qu'il jugera importants. »

<sup>5</sup> Mekki, *op. cit.*, n° 2.

<sup>6</sup> N. Molfessis « Pour une ratification sèche de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, *Libres propos* », *JCP* 2017, n° 41, 1045.

réforme et, corrélativement, de renforcer sa coloration libérale. D'autres auteurs, enfin, préconisaient une solution intermédiaire, dite de la « ratification-rectification », consistant à ne corriger que les erreurs grossières, les incohérences manifestes et les sources de controverses<sup>1</sup>. Finalement les modifications apportées à l'ordonnance par la loi de ratification témoignent d'une orientation libérale accrue, sans pour autant en défigurer les dispositions<sup>2</sup>. C'est donc la voie de la « ratification-rectification » qui a été retenue<sup>3</sup>.

La méthode choisie pour réformer le droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ayant érudé, dans un premier temps, un débat parlementaire, puisque le parlement a confié au gouvernement le soin d'élaborer cette réforme, a présenté deux inconvénients.

Tout d'abord, à l'occasion de la ratification de l'ordonnance du 10 février 2016, les parlementaires ont apporté, on l'a vu, des modifications aux dispositions de cette ordonnance. Il en est résulté de délicats conflits de lois dans le temps, obligeant l'interprète à distinguer les contrats soumis au droit ancien, ceux soumis à l'ordonnance du 10 février 2016 dans sa version initiale et ceux soumis à l'ordonnance dans sa version modifiée et ratifiée par le Parlement.

Ensuite, cette ordonnance n'a, par hypothèse, pas été formellement précédée de travaux préparatoires permettant d'éclairer la volonté du législateur. La discussion, par la doctrine interposée, que la diffusion du projet de la Chancellerie de 2015 avait suscitée, et le rapport relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 adressé par leurs auteurs au Président de la République, en tiennent lieu<sup>4</sup>. Cependant les commentateurs de l'ordonnance ont, à juste titre, déploré l'indigence et la platitude de ce rapport, rédigé à la hâte par un quarteron de magistrats, afin de pouvoir être remis au Président de la République avant que Mme Taubira, Garde des sceaux de l'époque, ne quitte ses fonctions...

Le vote de la loi de ratification a comblé partiellement cette lacune, puisqu'il a été précédé de débats parlementaires, qu'un auteur a qualifié de travaux « post-préparatoires »<sup>5</sup> (*sic*).

La réforme issue de l'ordonnance du 10 février 2016 soulève trois questions : celle de son apport au droit positif, d'une part, celle de sa valeur normative, d'autre part, celle de l'application de la réforme dans le temps, enfin<sup>6</sup>.

## § 2 Apport des nouvelles dispositions au droit positif<sup>7</sup>

On distinguera les modifications formelles du droit antérieur et les modifications de son contenu.

### A. Présentation formelle de la matière

On rappellera le plan initial de la matière dans le Code civil, avant d'en préciser le plan actuel.

<sup>1</sup> R. Mortier « Pour une ratification-interprétation de l'ordonnance réformant le droit des contrats », *Dr. sociétés* 2017, n° 10, *Repère* 9 ; M. Mekki « Pour une ratification minimaliste de l'ordonnance du 10 février 2016, Propositions en droit des contrats : *less is more...* », *AJ contrat* 2017, 462 ; M. Mekki « Plaidoyer pour une rectification à la marge de l'ordonnance du 10 février 2016 sur la réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 2017, n° 36, p. 11.

<sup>2</sup> Mekki « La loi de ratification... », *op. cit.*, n° 6 ; Revet, *op. cit.*, n° 3.

<sup>3</sup> Deshayes, Genicon et Lathier, « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations... », n° 2.

<sup>4</sup> F. Ancel, B. Fauvarque-Cosson et J. Gest, *Aux sources de la réforme des contrats*, Dalloz, 2017.

<sup>5</sup> Mekki « La loi de ratification... », *op. cit.*, n° 4.

<sup>6</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 39 et suiv., 44 et suiv., 49 et suiv., 54 et suiv. ; L. Leveneur « Présentation générale de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *CCC* n° 5, mai 2016, dossier 2 ; G. Chantepie et N. Dissaux (dir.) « Le nouveau discours contractuel », colloque organisé par l'Université de Lille 2, 10 juin 2016, *RDC* 2016/3, 571.

<sup>7</sup> Leveneur, *op. cit.*, n° 21 et suiv.

## 1. Plan initial de la matière dans le Code civil

D'un point de vue formel, les rédacteurs du Code civil de 1804 avaient traité la matière des obligations en deux titres successifs, les titres III et IV du livre III, lesquels s'intitulaient respectivement :

- « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général »
- « Des engagements qui se forment sans convention »

Les rédacteurs du Code civil avaient ainsi opposé les obligations selon leur source, en distinguant celles dérivant d'un contrat, qu'ils s'étaient efforcés de réglementer avec une relative précision, et les autres, auxquelles ils n'avaient consacré que dix-sept articles. Cette présentation s'expliquait par le fait que, dans leur esprit, le contrat était la source principale, par excellence des obligations : pour eux, on est engagé avant tout parce qu'on l'a voulu.

Cependant, non content d'être déséquilibré, ce plan du Code civil de 1804 était illogique. D'une part, en effet, le développement considérable des sources extra-contractuelles d'obligations – délits, quasi-délits, quasi-contrats – depuis 1804 avait rendu surannées et insuffisantes les dispositions lapidaires du titre IV du livre III. D'autre part, les obligations sont soumises à des règles de fond et de preuve communes, indépendantes de leur source, contractuelle ou extra-contractuelle. Or les rédacteurs du Code civil avaient traité du régime général des obligations et de la preuve des obligations à l'intérieur du titre III consacré aux contrats ou conventions, puisque ceux-ci étaient, pour eux, la source prépondérante d'obligations.

## 2. Plan actuel de la matière dans le Code civil

Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont réparti la matière différemment, en traitant en trois titres, III, IV et IV bis, intitulés respectivement :

- « Des sources d'obligations »
- « Du régime général des obligations »
- De la preuve des obligations »

Ils ont ainsi judicieusement retenu le plan d'exposition suivi la plupart du temps en doctrine, en traitant d'abord des sources d'obligations et ensuite du régime général des obligations. La preuve des obligations fait, quant à elle, l'objet d'un titre distinct, inséré à la suite des titres III et IV et portant le n° IV bis.

Ce nouveau titre IV bis se substitue au titre IV bis de naguère, consacré à la responsabilité du fait des produits défectueux. Les dispositions de cet ancien titre IV bis, qu'une loi du 19 mai 1998 transposant une directive européenne du 25 juillet 1985, avait greffé sur le Code civil, sont déplacées dans le sous-titre 2 du nouveau titre III consacré à la responsabilité extra-contractuelle (articles 1245 et suiv. du Code civil).

On relèvera que le plan choisi par les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 renoue, jusqu'à un certain point, avec la tradition historique. En effet, Pothier<sup>1</sup> n'avait traité du régime général des obligations qu'après en avoir exposé les sources. Les rédacteurs du Code civil avaient malencontreusement innové, en traitant de ce régime à propos des contrats.

## B. Contenu de la matière

S'agissant du fond, les apports de l'ordonnance du 10 février 2016 sont d'une ampleur inégale selon les sources d'obligations et selon qu'ils ont traité de ces dernières ou du régime général et de la preuve des obligations.

### 1. Source des obligations

<sup>1</sup> Pothier, *Traité des obligations*.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Le caractère partiel de la réforme et son ampleur inégale doivent être soulignées.

a. Caractère partiel de la réforme du droit des obligations

L'ordonnance du 10 février 2016 a uniquement réformé le droit des contrats, celui des quasi-contrats – ce qu'à vrai dire, son intitulé n'indique pas –, le régime général et la preuve des obligations.

En ce qui concerne la responsabilité civile, en revanche, l'ordonnance s'est bornée à recodifier, à droit constant, les anciens articles 1382 à 1386 du Code civil, dans lesquels la matière se trouvait en 1804. Ces articles ont été en effet simplement déplacés dans un nouveau sous-titre 3 intitulé « De la responsabilité extracontractuelle », à l'intérieur du nouveau titre III du livre III du Code civil consacré aux sources d'obligations. A cette occasion, ils ont dû être renumérotés 1240 à 1244.

Ces dispositions étant toutefois lapidaires et obsolètes, une réforme de la responsabilité civile apparaît indispensable. Mais elle empruntera, cette fois-ci, la voie d'un projet de loi soumis au Parlement. Le gouvernement avait, à cet égard, élaboré un avant-projet de réforme de la responsabilité civile, ouvert à une consultation publique depuis le 29 avril 2016<sup>1</sup>. Puis, le 13 mars 2017, le Garde des sceaux a déposé, un projet de réforme de la responsabilité civile<sup>2</sup>, lequel tient compte de remarques émises en doctrine sur l'avant-projet. Depuis, cette réforme de la responsabilité civile s'est enlisée.

b. Ampleur inégale de la réforme du droit des obligations

Tout en confirmant pour l'essentiel le droit positif antérieur, l'ordonnance du 10 février 2016 a apporté des modifications parfois importantes au droit des contrats. En comparaison, les quasi-contrats ont fait l'objet de remaniements de moindre ampleur.

α) Contrats

L'ordonnance a sensiblement tempéré le modèle du Code civil de 1804. Pour les rédacteurs de celui-ci, en effet, le contrat étant nécessairement le fruit de la volonté raisonnable des parties, avait force obligatoire sans aucun égard pour son contenu. Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 se sont efforcés de promouvoir un modèle qui se veut plus équilibré, tenant compte de l'infériorité dans laquelle une partie peut se trouver vis-à-vis de l'autre. Pour parvenir à cet objectif, ils ont non seulement codifié une jurisprudence prétorienne, qui avait atténué la rigueur du Code civil en développant diverses notions présentes dans ce Code, telles la cause et la bonne foi, mais encore innové en adoptant des solutions inédites. Il leur est aussi arrivé de revenir sur des solutions jurisprudentielles controversées.

C'est ainsi que, tout en confirmant le principe de la liberté contractuelle (article 1102) et celui de la force obligatoire du contrat (article 1103), l'ordonnance élève parallèlement la bonne foi au rang de principe général gouvernant la négociation, la formation et l'exécution du contrat (article 1104), dans le sillage de la jurisprudence antérieure qui avait amplifié la portée de l'ancien article 1134, alinéa 3, du Code civil, conçu à l'origine comme une simple règle d'interprétation des conventions.

Bien qu'ils aient éliminé des nouveaux textes la notion de cause (anciens articles 1108 et 1131 à 1133 du Code civil), à laquelle ils reprochaient son incertitude, sa polysémie et son ignorance par les droits étrangers, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont aussi repris les solutions que la jurisprudence avait fondée sur cette notion, afin de contenir la portée de la force obligatoire des contrats (articles 1162, 1169 et 1170 du Code civil). Aussi, lors des débats ayant précédé l'adoption de la loi de ratification du 20 avril 2018<sup>3</sup>, le garde des sceaux de l'époque, Mme Nicole Belloubet<sup>4</sup>, a-t-elle pu déclarer :

<sup>1</sup> [http://www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/avpjl-responsabilite-civile.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avpjl-responsabilite-civile.pdf)

<sup>2</sup> [http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet\\_de\\_reforme\\_de\\_la\\_responsabilite\\_civile\\_13032017.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf)

<sup>3</sup> Cf. Deshayes, Genicon et Laithier « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations... », *op. cit.*, n° 10, texte et note 20, et les réf.

<sup>4</sup> Examen en séance publique, 1<sup>re</sup> lecture à l'Assemblée nationale, 11 décembre 2017 ; dans le même sens, déclaration de M. François Pillet, rapporteur, examen en séance publique, 1<sup>er</sup> lecture au Sénat, 17 octobre 2017 : « (...) Le contenu et le but renvoient aux fonctions

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

« la notion de cause a été supprimée mais l'ensemble de ses fonctions sont désormais clairement consacrées dans le code civil (...) Dans l'ordonnance, le choix a été fait d'écarter formellement le terme, tout en prenant soin de consacrer, pour plus de prévisibilité, les fonctions attribuées à la cause par la jurisprudence ».

Comme l'a résumé plaisamment le rapporteur au Sénat de la loi du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016, « si la cause est sortie côté jardin, elle est rentrée côté cour ! »<sup>1</sup>

Mais l'ordonnance du 10 février 2016 pose, par ailleurs, des règles nouvelles, permettant au juge de s'immiscer dans le contrat pour tempérer les excès auxquels la liberté contractuelle et la force obligatoire des contrats sont susceptibles de conduire.

Ainsi l'article 1143 du Code civil prévoit-il que, lorsque la souscription d'un contrat conférant un avantage manifestement excessif à l'une des parties, résulte de l'abus de l'état de dépendance dans lequel l'autre partie se trouve envers elle, ce contrat encourt la nullité pour vice de violence.

Parallèlement, l'article 1171 du Code civil proscriit les clauses abusives, créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, dans les contrats d'adhésion. Cette prohibition ne concernait, jusqu'alors, que les contrats passés entre professionnels et consommateurs et relevait, en conséquence, exclusivement du droit de la consommation. Elle s'applique désormais aux contrats d'adhésion en général, étant entendu qu'il en existe d'autres que ceux passés entre professionnels et consommateurs.

Enfin, l'article 1195 du Code civil consacre, en termes prudents, la théorie de l'imprévision, en permettant, à certaines conditions, au juge de réviser ou de mettre fin à un contrat devenu gravement déséquilibré, en raison de circonstances imprévisibles lors de sa conclusion. Dans le célèbre arrêt *Canal de Craponne*, remontant à 1876, la Cour de cassation avait, au contraire, écarté cette théorie, en se retranchant derrière les termes catégoriques de l'ancien article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil (« Les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites »).

L'ordonnance du 10 février 2016 est revenue, du reste, sur d'autres solutions jurisprudentielles discutées<sup>2</sup> :

- l'article 1124, alinéa 2, du Code civil frappe d'inefficacité la révocation de la promesse antérieure à la levée d'option du bénéficiaire dans la promesse unilatérale de vente, portant ainsi un coup fatal à la tristement célèbre jurisprudence *Cruz*.
- L'article 1130, alinéa 1er, du Code civil condamne la distinction, admise par la jurisprudence dominante, du dol principal et du dol incident.
- L'article 1163, alinéa 2, du Code civil exige que l'objet de l'obligation soit, en principe, déterminé ou déterminable lors de la conclusion du contrat, sans distinguer, contrairement à la jurisprudence antérieure, selon que la prestation est en nature ou consiste dans le paiement d'une somme d'argent.
- L'article 1165 du Code civil semble interdire désormais au juge, en règle générale, de réduire le prix imposé par le créancier à hauteur de l'importance du service rendu dans les contrats de prestation de service, alors que la jurisprudence s'était reconnue un tel pouvoir.

## β) Quasi-contrats

Les nouvelles dispositions sur les quasi-contrats, issues de l'ordonnance du 10 février 2016 (articles 1300 et suivants du Code civil) se bornent à moderniser celles du Code civil de 1804 et à codifier des acquis jurisprudentiels. Elles ne transforment nullement la matière.

---

de la cause, de sorte que la jurisprudence ne se trouvera pas bouleversée (...) Cela ne mérite peut-être pas que l'on modifie l'ordonnance sur ce point (...) J'espère, Mme Mélot, vous avoir au moins rassurée sur le fait que, dans l'ombre, la cause existe encore, et je vous invite en conséquence à retirer l'amendement n° 10 rectifié » ; déclaration de M. Sacha Houlié, rapporteur, examen en séance publique, 1<sup>re</sup> lecture à l'Assemblée nationale, 11 décembre 2017 : « De la notion de cause, nous avons enlevé les éléments qui étaient difficiles pour les étudiants en droit, tout en en conservant l'essence. Si la cause disparaît formellement, plusieurs des fonctions traditionnelles sont conservées, et même consacrées (...) On retrouvera donc dans le code civil une traduction de la notion de cause sans avoir à s'embarrasser de son objet, quasiment indéfinissable ».

<sup>1</sup> Déclaration précitée de M. François Pillet.

<sup>2</sup> L'article 1137, alinéa 2, du Code civil avait également paru remettre en cause la jurisprudence *Baldus*, laquelle exclut l'imputation d'une réticence dolosive à l'acquéreur ayant omis d'informer le vendeur sur la valeur de la chose vendue. Mais la loi de ratification du 20 avril 2018 a, au contraire conforté cette jurisprudence par l'ajout d'un alinéa 3 à l'article 1137.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

L'enrichissement sans cause, jusqu'alors quasi-contrat d'origine jurisprudentielle, a fait son apparition, sous le nom d'enrichissement injustifié, dans le Code civil (articles 1303 et suiv. du Code civil)<sup>1</sup>.

## 2. Régime général et preuve des obligations

Les règles gouvernant le régime général et la preuve des obligations ont été modernisées et parfois modifiées.

L'ordonnance du 10 février 2016, on l'a vu, supprime la distinction des obligations de faire, de ne pas faire et de donner, en les soumettant à un régime juridique uniforme de l'exécution forcée (articles 1221 et suiv. du Code civil, insérés malencontreusement dans le sous-titre I consacré au contrat, alors que ces règles gouvernent l'exécution forcée des obligations quelle qu'en soit la source).

Les formalités d'opposabilité de la cession de créance au débiteur cédé ont été allégées, afin de faciliter la transmission active des obligations (articles 1321 et suiv. du Code civil, not. article 1324). Par ailleurs, on l'a vu, ignorée du Code civil de 1804, la cession de dette est reconnue désormais comme possible, à certaines conditions, et se trouve, à ce titre, réglementée (articles 1327 et suiv. du Code civil).

Les règles relatives au paiement (articles 1342 et suiv. du Code civil) et à la preuve des obligations (articles 1353 et suiv. du Code civil)<sup>2</sup> sont également parfois modifiées, notamment :

- le paiement d'une somme d'argent est désormais portable, c'est-à-dire qu'il doit intervenir au domicile du créancier, sauf volonté contraire des parties (article 1343-4 du Code civil), alors que l'ancien article 1247 du Code civil posait, au contraire, la règle supplétive de volonté du caractère quérable de ce paiement.
- La compensation légale, qui est un mode simplifié de paiement par extinction de dettes réciproques, doit désormais être invoquée pour produire effet (article 1347, alinéa 2, du Code civil), alors que l'ancien article 1291 du Code civil disposait qu'elle se produisait de plein droit, même à l'insu des débiteurs.
- L'assouplissement jurisprudentiel des conditions de la subrogation légale est consacré (article 1346 du Code civil).

### § 3 Valeur normative des nouvelles dispositions

En déposant le projet de loi de ratification dans le délai de six mois qui lui était imparti, conformément à l'article 38 de la constitution, le gouvernement a évité la caducité de l'ordonnance. Avec sa ratification par la loi du 20 avril 2018, cette ordonnance, dans sa version modifiée par la loi de ratification, a acquis une valeur législative, alors qu'auparavant elle n'avait qu'une valeur réglementaire si bien que ses dispositions étaient exposées à un contrôle juridictionnel de l'excès de pouvoir par le juge administratif.

## § 4 Application dans le temps des nouvelles dispositions

Tant l'ordonnance du 10 février 2016 que la loi de ratification du 20 avril 2018 contiennent des dispositions transitoires, d'où une situation fort complexe, qui va heureusement s'estomper progressivement au fur et à mesure de l'écoulement du temps.

### A. Application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016

<sup>1</sup> Cf. *infra* : section 5 « Classifications des obligations », § 2 « Classification fondée sur les sources d'obligations ».

<sup>2</sup> G. Lardeux « Commentaire du titre IV *bis* nouveau du livre III du code civil intitulé "De la preuve des obligations" ou l'art de ne pas réformer », *D.* 2016, 850.

L'article 9 de l'ordonnance du 10 février 2016 détermine le domaine d'application dans le temps de l'ordonnance. Son alinéa 1<sup>er</sup> a fixé l'entrée en vigueur de l'ordonnance au 1<sup>er</sup> octobre 2016<sup>1</sup>. Les alinéas suivants prévoient des dispositions transitoires concernant les contrats en cours, d'une part, les instances en cours, de l'autre. En revanche, aucune disposition transitoire ne vise les autres sources d'obligations que le contrat, ni le régime général et la preuve des obligations.

## 1. Contrats en cours

Bien que la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance soit fixée au 1<sup>er</sup> octobre 2016, l'article 9, alinéa 2 prévoit que « Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public<sup>2</sup> », sous réserve de certaines dispositions particulières visées par l'alinéa 3, applicables dès l'entrée en vigueur de l'ordonnance.

A l'exception de ces dispositions particulières, relatives aux nouvelles actions dites « interrogatoires » (articles 1123, 1158 et 1183) et d'application immédiate, les dispositions nouvelles s'appliquent donc uniquement aux contrats conclus à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016. En revanche, conformément à la doctrine de Roubier<sup>3</sup>, elles ne sont applicables :

- ni aux conditions de formation et aux effets passés des contrats conclus avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016, car la loi nouvelle ne rétroagit pas ;
- ni aux effets à venir de ces contrats, en raison de la règle de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle<sup>4</sup>. Cette règle, en l'occurrence, ne souffre aucune exception, car le législateur a pris soin de préciser que les contrats antérieurs demeuraient soumis à la loi ancienne, « y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public ».

Cette survie de la loi ancienne en matière contractuelle se justifie par la nécessité de préserver la sécurité juridique. Les parties étant convenues d'attribuer certains effets juridiques à leur contrat, ne doivent pas voir leurs prévisions déjouées par l'irruption, en cours d'exécution du contrat, de dispositions législatives ou réglementaires nouvelles.

Bien qu'à défaut de dispositions transitoires contraires de la loi nouvelle, il soit de règle que la loi ancienne survive en matière contractuelle, les alinéas 2 et 3 de l'article 9 de l'ordonnance du 10 février 2016 ne sont pas superflus. En effet, par dérogation à cette règle de la survie de la loi ancienne, la jurisprudence admet, en droit commun transitoire, que la loi nouvelle s'applique parfois immédiatement aux effets futurs de contrats en cours, notamment lorsqu'elle est d'un ordre public particulièrement impérieux. En spécifiant que les contrats conclus avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016 sont soumis à la loi ancienne, y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public, à la seule exception des dispositions relatives aux actions interrogatoires, d'application immédiate, le législateur a donc prévenu toute discussion éventuelle sur l'application immédiate d'autres dispositions, au motif qu'elles auraient relevé d'un ordre public particulièrement impérieux<sup>5</sup>.

La jurisprudence a néanmoins contourné la volonté du législateur de limiter l'application du droit nouveau aux contrats conclus postérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance, en interprétant le droit ancien à la lumière des dispositions nouvelles, motif pris de « l'évolution du droit des obligations »<sup>6</sup>. Dans les litiges qui lui ont été soumis, relatifs à des contrats conclus avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016, la jurisprudence s'est ainsi ralliée à certaines dispositions nouvelles, bien que celles-ci soient juridiquement inapplicables à ces contrats<sup>7</sup>, le cas échéant en revenant sur des solutions controversées

<sup>1</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 45 et suiv. ; Leveneur, *op. cit.*, n° 12 et 15 et suiv. ; S. Gaudemet « Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016 », *JCP* n° 19, 13 mai 2016, 559.

<sup>2</sup> Le passage « y compris... d'ordre public » constitue une adjonction de la loi de ratification du 20 avril 2018 (article 16, III).

<sup>3</sup> P. Roubier, *Le droit transitoire : conflits de lois dans le temps*, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1960, réimpr. Dalloz, prés. L.-A. Barrière, 2008, n° 75 et suiv. ; Civ. 1, 27 mai 1861, S. 61, I, 507 ; Civ. 1, 29 avril 1960, n° 58-10415, B. I, n° 218 ; *G.A.*, t. I, 14<sup>e</sup> éd., Dalloz 2024, n° 9, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *D.* 1960, J. 429, note G. Holleaux ; Com. 15 juin 1962, n° 61-10644, B. III, n° 313 ; *G.A.*, t. I, n° 10, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde.

<sup>4</sup> Civ. 1, 29 avril 1960 et Com. 15 juin 1962, pré. ; Civ. 3, 13 novembre 1984, n° 83-14566, B. III, n° 189.

<sup>5</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 46 ; Leveneur, *op. cit.*, n° 15 ; S. Gaudemet, *op. cit.*, I, A.

<sup>6</sup> Cf. les arrêts cités *infra*.

<sup>7</sup> Des auteurs l'avaient prédit : C. François « Application dans le temps et incidence sur la jurisprudence antérieure de l'ordonnance de réforme du droit des contrats », *D.* 2016, 506 ; d'une manière générale, sur le rôle que la Cour de cassation joue dans la mise en œuvre de la réforme du droit des obligations, cf. O. Deshayes « La réforme de la Cour de cassation », *RDC* 2016/3, 425.



qu'elle avait fait prévaloir et que l'ordonnance du 10 février 2016 condamne pour l'avenir. Elle a ainsi œuvré au rapprochement entre le droit nouveau et le droit ancien des contrats.

Ex. depuis le très contesté arrêt *Cruz*, rendu en 1993, la Cour de cassation estimait que, dans une promesse unilatérale de contrat<sup>1</sup>, la révocation par le promettant de sa promesse, antérieurement à la levée d'option par le bénéficiaire, fait obstacle à la conclusion de la vente<sup>2</sup>. Or l'actuel article 1124, alinéa 1er, condamne cette solution, en énonçant que « La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis. » Au prix d'un revirement de jurisprudence, motivé par « l'évolution du droit des obligations », résultant de l'ordonnance du 10 février 2016, la Chambre sociale de la Cour de cassation a paru se ranger à cette solution pour les promesses unilatérales de contrat conclus antérieurement au 1<sup>er</sup> octobre 2016, malgré l'inapplicabilité de l'article 1124 actuel à ces promesses de contrat<sup>3</sup>. Un tel revirement présente l'avantage de ne pas soumettre les contrats à un régime différent selon la date de leur conclusion. Mais la troisième Chambre civile s'en est, elle, tenue à la jurisprudence traditionnelle pour les promesses conclues avant le 1er octobre 2016, imposant ainsi la survie de la jurisprudence antérieure<sup>4</sup>.

Ex. L'actuel article 1179 du Code civil distingue la nullité relative de la nullité absolue par l'objet de la règle violée<sup>5</sup>. En effet, il prévoit que la nullité est absolue lorsque la règle vise à la défense de l'intérêt général, relative lorsque la règle vise à la seule protection d'un intérêt privé. Selon la Cour de cassation, « l'évolution du droit des obligations », résultant de l'ordonnance du 10 février 2016, doit conduire à attribuer un caractère relatif à la nullité d'un contrat de mandat confié à un agent immobilier sans respecter les formes prévues par la loi, parce qu'elles ont pour seule finalité la protection du mandant, quand bien même ce contrat aurait été conclu avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance<sup>6</sup>. Or, jusque-là, elle décidait que l'inobservation de ces formes entachait le mandat d'une nullité absolue<sup>7</sup>.

Quant aux contrats conclus antérieurement au 1<sup>er</sup> octobre 2016, mais susceptibles de renouvellement, ils seront soumis aux dispositions de l'ordonnance du 10 février 2016 à compter de ce renouvellement. En effet, selon la jurisprudence que, du reste, le nouvel article 1214, alinéa 2, du Code civil confirme, le renouvellement n'est pas une simple reconduction du contrat initial : il donne naissance à un nouveau contrat, au contenu identique. Ce contrat sera donc conclu postérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, dont les dispositions lui seront applicables<sup>8</sup>.

## 2. Autre sources d'obligations, régime général et preuve des obligations

<sup>1</sup> La promesse unilatérale de contrat est un contrat unilatéral, préparant un contrat définitif. Cf. *infra* : 1ère partie « Les sources d'obligations », titre I « Le contrat », sous-titre I « La formation du contrat », Chap. I « La conclusion du contrat », section 1 « La conclusion d'un contrat classique », § 1 « L'offre ou sollicitation », A. « Notion d'offre », 2. « Distinction de l'offre et de l'avant-contrat », a. « La promesse unilatérale de contrat ».

<sup>2</sup> Civ. 3, 15 décembre 1993, *Cruz*, n° 91-10199, B. III, n° 174 ; D. 1994, J. 507, note F. Bénac-Schmidt ; D. 1995, *somm.* 87, obs. L. Aynès ; J.C.P. 1995, II, 22366, note D. Mazeaud ; Civ. 3, 28 octobre 2003, n° 02-14459, RDC 2004, 270, obs. D. Mazeaud ; Civ. 3, 11 mai 2011, n° 10-12875, B. III, n° 77 ; D. 2011, J. 1457, note D. Mazeaud et 1460, note D. Mainguy ; CCC 2011, *comm.* n° 185, note L. Leveneur ; *Defrénois* 2011, p. 1023, obs. L. Aynès ; JCP N 2011, no 1163, rapp. Rouzet ; RLDC 2011/84, n° 4293, obs. Ch. Paulin ; RTD civ. 2011, p. 532, obs. B. Fages ; Com. 13 septembre 2011, D. 2012, J. 130, note A. Gaudemet ; Rev. soc. 2012, 22 ; RTD civ. 2011, 758, obs. B. Fages ; JCP 2011, 1353, note J. Heymann ; Bull. Joly 2012, 10, note F. Danos.

<sup>3</sup> Soc. 21 septembre 2017, n° 16-20103 et 16-20104 (deux arrêts), B. V, n° 148 ; D. 2017, 2007, note D. Mazeaud ; *ibid.* 2289, note B. Bauduin et J. Dubarry ; Gaz. Pal. 10 octobre 2017, p. 13, note M. Latina. N. Molfessis « Promesse d'embauche : la chambre sociale retrouve la voie du droit civil mais s'égare dans la motivation enrichie », JCP 2017, *doctr.* 1238.

<sup>4</sup> Civ. 3, 6 décembre 2018, n° 17-21170 17-21171 F-D, D. 2019, 300 ; *ibid.* 279, obs. M. Mekki ; *ibid.* 298, avis P. Brun ; *ibid.* 301, note M. Mekki ; AJDI 2019, 154 ; AJ Contrat 2019, 94, obs. D. Houtcieff ; JCP 2019, 418, note N. Molfessis ; CCC 2019, *comm.* 39, note L. Leveneur ; RDC 2019, n° 115, p. 22, obs. Y.-M. Laithier ; LEDC 2019, n° 112b24, obs. M. Latina ; Dr. Sociétés 2019, *Repère* 4, obs. J. Heinich.

<sup>5</sup> Cf. *infra* : 1ère partie « Les sources d'obligations », titre I « Le contrat », sous-titre I « La formation du contrat », Chap. IV « La nullité, sanction des conditions de formation du contrat », section 1 « Mise en œuvre de la nullité », § 1 « Critère de distinction des nullités absolues et des nullités relatives ».

<sup>6</sup> Ch. mixte 24 février 2017, n° 15-20411, B. mixte, n° 1 ; D. 2017, 793, note B. Fauvarque-Cosson ; JCP 2017, 305, avis B. Sturlèse et 306, note G. Pignarre ; *ibid.*, 325, n° 5, obs. Y.-M. Serinet ; CCC 2017, *comm.* n° 93, note L. Leveneur ; RTD civ. 2017, 118, obs. H. Barbier.

<sup>7</sup> Civ. 1, 18 octobre 2005, n° 02-16046, B. I, n° 363 ; Civ. 3, 8 avril 2009, n° 07-21610, B. III, n° 80.

<sup>8</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Leveneur, *op. cit.*, n° 16 ; S. Gaudemet, *op. cit.*, I, A.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

L'ordonnance est muette sur l'application dans le temps de ses dispositions autres que celles gouvernant les contrats. Il convient donc d'en revenir à l'article 2 du Code civil et aux règles de conflits de lois dans le temps élaborées par Paul Roubier et consacrées par la jurisprudence.

Ainsi les dispositions nouvelles se sont-elles immédiatement appliquées, au 1<sup>er</sup> octobre 2016, aux effets à venir des situations juridiques extra-contractuelles en cours. En revanche, elles n'ont pas d'effet rétroactif, conformément à l'article 2 du Code civil. Elles ne gouvernent donc rétrospectivement ni la constitution de ces situations juridiques en cours, ni leurs effets passés.

Ex. paiement indu effectué avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016. Les nouvelles dispositions sur la restitution de ce paiement indu sont applicables immédiatement, dès le 1<sup>er</sup> octobre, sous réserve toutefois que l'action en restitution n'ait pas été intentée avant cette date (article 9, alinéa 4, de l'ordonnance du 10 février 2016 précité).

Comme l'ordonnance du 10 février 2016 a repris inchangées les règles relatives à la responsabilité extra-contractuelle, la détermination de son champ d'application dans le temps n'est importante que pour les quasi-contrats, le régime général et la preuve des obligations. Sans bouleverser ces trois dernières matières, elle a, en effet, modifié certaines règles, d'où l'intérêt de savoir si elle est applicable à telle situation extra-contractuelle ou si c'est le droit antérieur qui la régit.

### 3. Instances en cours

Toujours pour des raisons tenant à la sécurité juridique, l'article 9, alinéa 4, de l'ordonnance du 10 février 2016 a pris soin de préciser que, lorsqu'une instance avait été introduite avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance, soit avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. *In fine*, le texte précise que la loi ancienne s'applique alors également en appel et en cassation.

Par cette disposition, les rédacteurs de l'ordonnance ont voulu éviter qu'un plaideur ayant diligenté une action en se fiant au droit des obligations alors applicable, ne soit pris à contre-pied par des dispositions réglementaires nouvelles changeant en cours de procédure la règle sur laquelle il s'était fondé.

## B. Application dans le temps de la loi de ratification du 20 avril 2018

L'article 16 de la loi de ratification du 20 avril 2018 comporte également des dispositions transitoires, ce qui complique encore la situation<sup>1</sup>. Ce texte distingue selon les modifications apportées aux dispositions de l'ordonnance par la loi de ratification.

- A certaines modifications, le législateur a attribué un caractère interprétatif des dispositions existantes de l'ordonnance, avec lesquelles elles sont dès lors réputées faire corps : pour le législateur, ce sont simplement des modifications de rédaction, de pure forme, qui ne portent pas atteinte au fond. Ces modifications sont donc entrées en vigueur à la même date que les dispositions qu'elles interprètent, soit le 1<sup>er</sup> octobre 2016.
- Les autres modifications, considérées comme substantielles, ne sont applicables qu'à compter de l'entrée en vigueur de la loi de ratification, fixée au 1<sup>er</sup> octobre 2018.

Lorsque ces modifications substantielles concernent le droit des contrats, un minutieux découpage dans le temps s'impose donc :

- les contrats conclus avant le 1<sup>er</sup> octobre 2016 sont soumis au droit ancien,
- ceux conclus entre le 1<sup>er</sup> octobre 2016 et le 30 septembre 2018, aux dispositions du code civil dans leur rédaction issue de la version initiale de l'ordonnance du 10 février 2016
- et ceux conclus à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2018, aux dispositions du code civil dans leur rédaction issue de la version modifiée de l'ordonnance par la loi de ratification du 20 avril 2018.

<sup>1</sup> S. Gaudemet « Ratification de la réforme du droit des obligations : le droit transitoire », in : *Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018*, RDC 2018/hors série, p. 59.

## Section 5 : Classifications des obligations

Ces classifications sont fondées soit sur l'objet de l'obligation, soit sur les sources des obligations, soit enfin sur la force de l'obligation.

### § 1 Classifications fondées sur l'objet de l'obligation

C'est-à-dire sur la prestation promise, à laquelle le débiteur s'est engagé envers le créancier<sup>1</sup>. A cet égard, on distingue les obligations de donner, de faire ou de ne pas faire ; les obligations de moyens et les obligations de résultat ; les obligations en nature et les obligations de somme d'argent.

#### A. Obligations de donner, de faire ou de ne pas faire

Cette classification, qui remonte au droit romain, était utilisée à l'ancien article 1101 du Code civil de 1804, pour définir le contrat<sup>2</sup>. Le Code civil la reprenait à l'ancien article 1126, en traitant de l'objet de l'obligation.

Mais l'ordonnance du 10 février 2016 a supprimé toute référence à la distinction des obligations de faire, de ne pas faire et de donner. D'une part, en effet, la nouvelle définition que le contrat reçoit à l'article 1101, n'évoque pas cette distinction. D'autre part, l'article 1163 du Code civil, qui assigne la prestation comme objet à l'obligation, n'y fait pas davantage allusion. Les rédacteurs de l'ordonnance ont justifié leur décision par le fait que ces catégories étaient « essentiellement descriptives »<sup>3</sup>.

Comme il s'agit d'une classification ancienne et traditionnelle, on évoquera néanmoins son contenu, puis les critiques qui lui furent adressées.

#### 1. Contenu de la distinction des obligations de donner, de faire ou de ne pas faire

On définira l'objet de chacune de ces trois obligations.

##### a. Obligation de donner (*dare*)

C'est-à-dire de transférer la propriété d'un objet, par exemple l'obligation pesant sur le vendeur envers l'acheteur dans le contrat de vente.

##### b. Obligation de faire (*facere*)

C'est-à-dire d'accomplir une prestation quelconque : travaux de peinture, consultation juridique, examen médical, etc...

##### c. Obligation de ne pas faire (*non facere*)

<sup>1</sup> Cf. article 1163, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil : « L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. »

<sup>2</sup> Cf. *infra*.

<sup>3</sup> Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016.

C'est-à-dire d'abstention, par exemple résultant d'une clause de non-concurrence dans la vente – cession – d'un fonds de commerce.

## 2. Critique de la distinction des obligations de donner, de faire ou de ne pas faire

Tant la pertinence de la distinction que son intérêt ont été contestés.

### a. Intérêt discutable de la distinction

On enseignait traditionnellement qu'il tenait à la possibilité ou non d'une exécution forcée en nature : possible pour les obligations de donner, elle était théoriquement exclue pour les obligations de faire ou de ne pas faire par l'ancien article 1142 du Code civil (« Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur »).

Mais la jurisprudence avait singulièrement édulcoré la portée de ce principe très discuté en doctrine. En effet, selon la Cour de cassation, l'exécution forcée d'une obligation de faire ou de ne pas faire doit être ordonnée par le juge, lorsqu'elle est possible<sup>1</sup>, c'est-à-dire toutes les fois que cette obligation ne présente pas un caractère éminemment personnel. Dans le cas contraire, en effet, l'exécution forcée est impossible, car elle porterait une atteinte intolérable à la liberté individuelle.

Ex. un peintre ne saurait être contraint à faire le portrait d'un client, un médecin à ausculter un patient.

Dans le sillage de cette jurisprudence, l'ordonnance du 10 février 2016 a donné le primat à l'exécution forcée en nature, quel que soit l'objet de l'obligation. L'article 1221 du Code civil affirme en effet cette primauté, sous deux réserves :

« Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier. »

L'intérêt pratique de la distinction entre obligations de donner, de faire et de ne pas faire s'est ainsi estompé.

### b. Pertinence douteuse de la distinction

Pour traditionnelle et ancienne qu'elle soit, la distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire a été critiquée. Certains l'ont trouvée trop garnie, d'autre incomplète. Les critiques des premiers méritent surtout l'attention.

#### α) Une distinction trop fournie

En droit français, le transfert de propriété s'opère *solo consensu* : le principe est affirmé par l'article 1583 du Code civil à propos du contrat de vente et l'article 1196, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil le réaffirme à propos des contrats translatifs de propriété en général. Certains ont dès lors mis en doute la réalité de l'obligation de donner, dont l'extinction par l'exécution coïnciderait paradoxalement avec la naissance<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 1, 16 janvier 2007, n° 06-13983, B. I, n° 19 ; D. 2007, J. 1119, note O. Gout ; *ibid.* 2966, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; RDC 2007, 719, obs. D. Mazeaud et 741, obs. G. Viney ; JCP 2007, I, 161, obs. M. Mekki ; CCC 2007, 144, note L. Leveneur ; RTD civ. 2007, 342, obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>2</sup> Carbonnier, *Droit civil*, t. II, n° 770 (« l'obligation de donner n'a pas le temps d'exister ») et n° 925, p. 1927 (« Ces obligations ne peuvent exister qu'en théorie et le temps d'un éclair ») ; J. Ghestin « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », D. 1981, Chr. 1, n° 13 ; D. Tallon « Le suprenant réveil de l'obligation de donner », D. 1992, chr. 67 ; M. Fabre-Magnan « Le mythe de l'obligation de donner », RTD civ. 1996, 85 et suiv. ; A.-S. Lucas-Puget, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2005, n° 546 ; Chantepie et Latina, *Le nouveau droit des obligations...*, n° 533 ; *contra* : J. Huet « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », *op. cit.* ; F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Cours de droit civil : Obligations, régime*, PUF, 2013, n° 10 ; Ph. Chauviré, *L'acquisition dérivée de la propriété, le transfert volontaire des biens*, préf.

Sans doute arrive-t-il que, par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi, le transfert de propriété soit différé par rapport à la conclusion du contrat le prévoyant, comme l'énonce expressément l'article 1196, alinéa 2, du Code civil. Toutefois, là encore, l'obligation de transférer la propriété n'est alors effective, exigible, qu'au moment où elle se consume par son exécution : jusque-là, elle est privée de sa consistance<sup>1</sup>.

Ex. le transfert de propriété est différé, notamment, en raison de la nature de la chose, dans une vente portant soit sur une chose future, par exemple une coupe de bois à effectuer, soit sur une chose de genre, dont l'individualisation se fera plus tard : une certaine quantité de fuel, de blé, un certain nombre de bottes de foin, un certain nombre de poussins d'élevage, à prélever sur un stock global... (article 1585 du Code civil). Dans cette hypothèse, l'obligation de donner ne disparaît pas au moment de sa création, mais subsiste jusqu'à ce que le vendeur ait satisfait à son obligation de délivrance, obligation de faire (dans l'opinion majoritaire) qui constitue le corollaire de celle de transférer la propriété de la chose<sup>2</sup>. Mais elle s'éteint au moment même où l'obligation de délivrance devient exigible.

Les nouveaux textes condamnent implicitement la notion d'obligation de donner<sup>3</sup>. En effet, l'article 1196, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil qualifie désormais le transfert de propriété d'objet du contrat lui-même, et il prévoit qu'il s'opère dès la conclusion du contrat, sans le rattacher à l'exécution d'une obligation de donner. Selon l'article 1196, alinéa 3, et l'article 1197 du Code civil, le contrat ayant pour objet l'aliénation de la propriété d'une chose ne donne naissance qu'à une obligation de délivrer cette chose, incombant à celui qui en transfère la propriété.

#### β) Une distinction incomplète ?

Certains auteurs<sup>4</sup> avaient soutenu que la distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire était incomplète et avaient proposé de lui ajouter une obligation de *praestare*, qui se distinguerait des trois autres. Remontant au droit romain, cette obligation consiste à mettre une chose à la disposition du créancier, telle l'obligation de délivrance dans la vente. Elle serait irréductible à l'obligation de donner et à l'obligation de faire. Mais on voyait mal l'intérêt pratique de cette complication supplémentaire.

La distinction de l'obligation de faire et de l'obligation de ne pas faire demeure sans doute commode pour décrire l'objet d'une obligation. Mais cette distinction n'a plus de conséquences juridiques, puisque toutes les obligations, quel que soit leur objet, sont susceptibles d'exécution forcée sous les mêmes conditions.

### B. Obligations de moyens et obligations de résultat

Cette distinction spécifiquement française, a été inventée par la jurisprudence et la doctrine au début du vingtième siècle, plus précisément par René Demogue<sup>5</sup>. Elle était inconnue du Code civil lui-même comme elle l'est de droits étrangers.

---

Th. Revé, LGDJ, 2013 ; *adde* : S. Courdier-Cuisinier « Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner (essai sur les causes d'une controverse doctrinale) », *RTD civ.* 2005, 521 et suiv. ; Fr. Danos « Obligation de donner, de livrer et de délivrer », in : *Liberté, justice, autorité – Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Aynès*, Lextenso LGDJ, 2019.

<sup>1</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 533-534.

<sup>2</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 347 ; Ph. Malinvaud, M. Mekki et J.-B. Seube, *Droit des obligations*, 17<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2023, n° 14.

<sup>3</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>4</sup> G. Pignarre « A la redécouverte de l'obligation de *praestare*. Pour une relecture de quelques articles du code », *RTD civ.* 2001, 41 et suiv.

<sup>5</sup> R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. V, Paris : Rousseau, 1925, n° 1237. L'auteur avait élaboré cette distinction à partir des termes apparemment contradictoires des anciens articles 1137 et 1147 du Code civil. Le premier de ces textes paraissait en effet subordonner la responsabilité du débiteur d'une obligation inexécutée à la preuve de sa faute, tandis que le second semblait la déduire du seul fait de l'inexécution. Cf. H. Mazeaud « Essai de classification des obligations : obligations contractuelles extracontractuelles, obligations déterminées et obligation générale de prudence et de diligence », *RTD civ.* 1936, p. 1 ; J. Frossard, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, préf. R. Nerson, LGDJ, 1965 ; J. Bellissent, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, préf. R. Cabrillac, LGDJ, 2001.

Les articles 1231-1 à 1231-7 de l'ordonnance du 10 février 2016, relatifs à la responsabilité contractuelle, passent la distinction sous silence<sup>1</sup>. Ce silence ne signifie pas nécessairement que les rédacteurs de l'ordonnance ont entendu la condamner, puisqu'ils ont, selon leur expression, légiféré la responsabilité contractuelle « à droit constant »<sup>2</sup>.

Toutefois des faits nouveaux intervenus depuis la publication de l'ordonnance amènent à s'interroger sur la pérennité de la distinction<sup>3</sup>. Tout d'abord, le projet de réforme de la responsabilité civile déposé par le Garde des sceaux le 13 mars 2017 ne mentionne pas non plus cette distinction. L'article 1250 de ce projet se borne, en effet, à énoncer : « Toute inexécution du contrat ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à en répondre. » Ensuite, dans une interview à la *Revue Lamy de droit civil*<sup>4</sup>, ce même Garde des sceaux a évoqué son abandon, relevant son incertitude, son imprécision, son manque de netteté et son peu d'utilité.

Malgré le silence des textes en préparation et cette opinion ministérielle, la distinction n'est probablement pas vouée à une disparition. La jurisprudence avait en effet développé son recours en marge des textes du Code civil de 1804 et elle pourrait ne s'en passer que difficilement, en raison de son intérêt pratique<sup>5</sup>.

### 1. Contenu de la distinction de l'obligation de moyens et de l'obligation de résultat

Dans l'obligation de résultat, le débiteur s'engage à un résultat déterminé, par exemple obligation du transporteur de transporter le voyageur sain et sauf à destination<sup>6</sup> ou, plus généralement, obligation de ne pas faire et obligation de donner, si tant est que cette dernière catégorie d'obligation ait un sens.

Dans l'obligation de moyens, le débiteur promet seulement de mettre en œuvre des moyens, mais sans garantir le résultat, par exemple obligation du médecin de prodiguer à son patient des soins attentifs, diligents et conformes aux données actuelles de la science<sup>7</sup>.

### 2. Intérêt de la distinction de l'obligation de moyens et de l'obligation de résultat

L'intérêt de la distinction se situe au plan de la responsabilité contractuelle, c'est-à-dire de la responsabilité encourue envers son créancier par le débiteur qui n'exécute pas ou exécute mal son obligation née d'un contrat entre eux.

- Lorsque l'obligation est de résultat, le débiteur est responsable contractuellement envers son créancier du seul fait que le résultat n'a pas été atteint, indépendamment de toute faute de sa part. Il ne peut s'exonérer de cette responsabilité qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère qui ne lui est pas imputable, d'un cas de force majeure en d'autres termes – événement imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution, par exemple une maladie imprévisible l'ayant empêché de remplir ses obligations<sup>8</sup>.
- Lorsque, au contraire, l'obligation n'est que de moyens, le débiteur n'est responsable contractuellement que si le créancier démontre qu'il n'a pas accompli les diligences auxquelles il s'était obligé, en d'autres termes s'il démontre que le débiteur a commis une faute.

Remarque : La qualification jurisprudentielle d'obligation de moyens ou de résultat a parfois évolué avec le temps.

<sup>1</sup> Contrairement à l'avant-projet Catala de 2006, dont l'article 1149 l'avait formellement transcrite.

<sup>2</sup> Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016.

<sup>3</sup> P. Jourdain « Quel avenir pour la distinction des obligations de résultat et de moyens ? », *JCP* n° 36, 5 septembre 2016, 909.

<sup>4</sup> « Entretien avec J.-J. Urvoas, Cette réforme est absolument nécessaire pour des raisons de sécurité juridique », *RLDC* juin 2016, n° 138.

<sup>5</sup> Jourdain, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>6</sup> Civ. 21 novembre 1911, *G.A.*, t. II, n° 311, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; Civ. 25 juillet 1922, *D. P.* 1923, 1, 210 ; Civ. 1, 20 avril 1966, n° 64-12943, *B. I.*, n° 228 ; Civ. 1, 3 juillet 2002, n° 99-20217, *B. I.*, n° 183 ; *D.* 2002, *J.* 2631, note J.-P. Gridel ; *D.* 2002, *I.R.* 2306, nldr ; *RTD civ.* 2002, p. 821, n° 3, obs. critiques P. Jourdain.

<sup>7</sup> Civ. 20 mai 1936, *Mercier*, *G.A.*, t. II, n° 190, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde.

<sup>8</sup> Ass. plén. 14 avril 2006, n° 02-11168, *B. Ass. plén.*, n° 5 ; *G.A.*, t. II, n° 213, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *D.* 2006, *J.* 1577, note P. Jourdain.

Ex. par dérogation à son principe selon lequel le médecin n'est tenu que d'une obligation de moyens envers son patient, la Cour de cassation a admis que le médecin est tenu d'une obligation de résultat quant aux matériels et produits qu'il utilise<sup>1</sup>. Elle s'est prononcée dans le même sens pour les maladies nosocomiales<sup>2</sup>. Ces deux solutions ont finalement été consacrées par le législateur dans une loi du 4 mars 2002 (article L. 1142-1 du Code la santé publique).

En outre, la distinction des deux obligations connaît des catégories intermédiaires. Parfois, en effet, la faute du débiteur est présumée, mais la présomption est simple, le débiteur pouvant la combattre en prouvant qu'il n'a pas commis de faute. Ce sont les obligations de résultat atténuées, appelées encore obligations de moyens renforcées.

Ex. Obligation d'entretien et de réparation du véhicule incombant au garagiste<sup>3</sup>.

## C. Obligations en nature et obligations de sommes d'argent

Le contenu de cette distinction coule de sens. Quant à ses intérêts, on se bornera à brièvement les évoquer.

### 1. Contenu de la distinction de l'obligation en nature et de l'obligation de somme d'argent

Par exemple, dans un contrat de vente, l'obligation de délivrance de la chose vendue incombant au vendeur (articles 1582, 1603 et suiv. du Code civil) et l'obligation d'en payer le prix incombant à l'acquéreur (articles 1582, 1650 et suiv. du Code civil).

### 2. Intérêts de la distinction de l'obligation en nature et de l'obligation de somme d'argent

Il existe deux intérêts principaux à cette distinction : celui de la détermination du prix et celui de la dépréciation monétaire.

#### a. Détermination du prix

L'article 1163, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil prévoit, on y reviendra, que l'objet de l'obligation doit être déterminé par les parties ou déterminable par voie de référence à des éléments objectifs indépendants de la volonté de ces parties, pour que le contrat soit valablement formé.

Or cette exigence légale reçoit parfois exception lorsque cet objet consiste dans le paiement du prix. En effet, dans certains contrats, les contrats cadre, d'une part (article 1164, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil) les contrats de prestation de service, d'autre part, le prix peut être unilatéralement fixé par l'une des parties.

#### b. Dépréciation monétaire

L'obligation de somme d'argent pose le problème spécifique de sa dépréciation monétaire, lorsqu'elle s'exécute dans le temps, par exemple le loyer dans le bail d'immeuble.

Le principe est celui du nominalisme monétaire – 1 euro vaut 1 euro : l'article 1343, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil l'affirme pour les obligations de sommes d'argent d'une manière générale et l'article 1895 du Code civil pour l'obligation de remboursement dans un prêt d'argent plus particulièrement.

<sup>1</sup> Civ. 1, 3 mars 1998, *D.* 1999, *J.* 36, note G. Pignarre et Ph. Brun ; Civ. 1, 7 novembre 2000, n° 99-12255, *B.* I, n° 279 ; *D.* 2001, *J.* 2236, obs. D. Mazeaud.

<sup>2</sup> Civ. 1, 29 juin 1999, n° 97-21903, *B.* I, n° 222 ; *JCP* 1999, II, 10138, note P. Sargos ; *RTD civ.* 1999, 841, obs. P. Jourdain.

<sup>3</sup> Civ. 1, 11 mai 2022, n° 20-19732 (B).

Les parties peuvent toutefois s'affranchir de ce principe, de deux façons :

- stipuler, à certaines conditions, une clause d'échelle mobile ou clause d'indexation, dont l'article 1343, alinéa 2, du Code civil prévoit la possibilité. Mais une telle clause est strictement réglementée par différentes lois particulières.
- Stipuler que le montant de la dette dépendra de la valeur d'un bien au moment du paiement. C'est la dette de valeur, dont l'article 1343, alinéa 3, du Code civil prévoit également la possibilité.

## § 2 Classification fondée sur les sources d'obligations

C'est-à-dire sur l'événement qui a donné naissance à l'obligation. Pour classer les obligations par leur source, il convient de répondre à la question suivante : pour quelle raison une personne se trouve obligée envers une autre ?

A cela, le Code civil de 1804 avait répondu qu'on peut être engagé soit parce qu'on l'a voulu, soit en dehors de sa volonté. Il traitait donc successivement « Des contrats et des obligations conventionnelles en général » (anciens articles 1101 à 1369 du Code civil, livre III, ancien titre III) et « Des engagements qui se forment sans convention » (anciens articles 1370 à 1386 du Code civil, livre III, ancien titre IV). Une place de choix était néanmoins faite au contrat dans les sources d'obligations, comme le montre le nombre d'articles qui lui était consacré. Le titre III était en effet tout entier consacré aux contrats, tandis que les autres sources d'obligations étaient reléguées en vrac dans un titre IV, beaucoup plus bref, puisque les engagements qui se forment sans convention étaient expédiés en 16 articles. De fait, le contrat était la source d'obligation de loin la plus importante en 1804, car la période était marquée par l'individualisme et ce qu'on appellera plus tard l'autonomie de la volonté : on ne peut être obligé que parce qu'on l'a voulu.

Inaugurant le titre IV du livre III, l'ancien article 1370 du Code civil énumérait les différentes sources possibles d'obligations, selon les rédacteurs de 1804 :

- « Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé.
- « Les uns résultent de l'autorité seule de la loi ; les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé.
- « Les premiers sont les engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déferée.
- « Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé résultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou des quasi-délits ».

L'ancien article 1370 du Code civil distinguait donc deux sources possibles d'obligations non conventionnelles :

- Les engagements résultant de « l'autorité seule de la loi », c'est-à-dire en dehors de tout acte de volonté, par ex. obligation alimentaire, obligation du tuteur, obligations entre propriétaires voisins – mitoyenneté (articles 651 et suiv. du Code civil).
- Les engagements « naissant d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé », c'est-à-dire les quasi-contrats (anciens articles 1371 et suiv. du Code civil), c'est-à-dire des faits procurant un profit injustifié à autrui, d'une part, et les délits et quasi-délits (anciens articles 1382 et suiv. du Code civil), c'est-à-dire des faits illicites dommageables à autrui, d'autre part.

Cette classification assez bancale des sources d'obligations dans le Code civil s'explique par des raisons historiques. Son origine remonte, en effet, au droit romain<sup>1</sup>.

Initialement le droit romain ne connaissait que deux sources d'obligations : le contrat et le délit<sup>2</sup>. Puis on admit l'existence d'obligations ne découlant ni de contrats ni de délits. Ainsi en fut-il de l'obligation naissant à la charge de celui dont une personne a administré la chose sans en avoir été chargée – gestion d'affaires<sup>3</sup>. De même, l'obligation mise à la charge de l'auteur d'un dommage qui n'avait pas commis un acte entrant dans la liste limitative des délits civils ou prétoriens<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2010, n° 544 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 15.

<sup>2</sup> Gaius, *Institutes*, texte et trad. J. Reinach, Les Belles Lettres, 1979, 2<sup>e</sup> partie, III, 88.

<sup>3</sup> Justinien, *Institutes*, III, XXVII, 1 et suiv.

<sup>4</sup> Justinien, *Institutes*, IV, I, 1 et suiv.



Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Les juristes romains ne donnaient pas de nom à ces sources nouvelles d'obligations, ils disaient empiriquement qu'elles naissaient *ex variis causarum figuris*<sup>1</sup>, c'est-à-dire d'actes, de faits variés ne constituant ni des contrats ni des délits. Quant aux obligations qui naissaient, on les traitait tantôt « comme si » elles étaient nées d'un contrat, tantôt « comme si » elles étaient nées d'un délit. On disait donc que ces obligations naissaient *quasi ex contractu* ou *quasi ex delicto* afin de justifier leur caractère obligatoire<sup>2</sup>. On en vint de la sorte à reconnaître progressivement des catégories nouvelles de sources d'obligations : les quasi-contrats et les quasi-délits.

Pothier, célèbre juriste français du dix-huitième siècle, reprit cette classification quadripartite en ajoutant une cinquième source d'obligations : la loi<sup>3</sup>. Les rédacteurs du Code civil, qui, d'une manière générale, l'ont souvent suivi, lui empruntèrent sa classification, en rédigeant l'article 1370 du Code civil.

Cependant une partie de la doctrine avait reproché à la classification du Code civil d'être à la fois inexacte et incomplète.

- Inexactitude de la classification du Code civil ?

La distinction du délit et du quasi-délit avait été critiquée en raison de son absence d'intérêt. Mais c'est surtout la notion nébuleuse de quasi-contrat, que les auteurs avaient vigoureusement dénoncée.

- Absence d'intérêt à la distinction entre le délit et quasi-délit

Cette distinction est sans intérêt effectivement en droit civil, puisque le délit et le quasi-délit obligent identiquement à réparation (anciens articles 1382 et 1383 du Code civil devenus articles 1240 et 1241 du même code). L'intérêt de la distinction est limité au droit pénal, du point de vue de la répression – distinction entre infractions intentionnelles et délits involontaires.

Sans doute pour tenir compte de cette objection, les actuels articles 1240 et suivants du Code civil traitent ensemble des délits et quasi-délits dans un sous-titre intitulé « La responsabilité extra-contractuelle ».

- Le quasi-contrat : une notion « fautive, inutile et dangereuse » (Planiol, Vizioz)<sup>4</sup>

On avait reproché aux rédacteurs du Code civil de 1804 d'avoir, à la suite de Pothier, imaginé une nouvelle source d'obligations, que le droit romain ignorait. En effet, les juristes romains avaient seulement voulu signifier que, parfois, une obligation prenait naissance comme d'un contrat – *quasi ex contractu* –, bien qu'aucun contrat n'eût été conclu entre les parties. Mais ils n'avaient pas, pour autant, par cette formule, entendu créer une source d'obligations autonome, le quasi-contrat, expression qu'ils n'utilisent du reste pas.

A l'origine, donc, le quasi-contrat s'entendait essentiellement d'une manière négative : une obligation avait pris naissance, alors que son origine ne se trouvait ni dans un contrat, ni dans un délit<sup>5</sup>. On s'explique dès lors les difficultés rencontrées pour définir positivement la notion.

La définition qu'en donne Pothier est plutôt une définition par élimination : « On appelle quasi-contrat le fait d'une personne permis par la loi, qui l'oblige envers une autre, ou oblige une autre personne envers elle, sans qu'il intervienne aucune convention entre elles. »<sup>6</sup>

Celle de l'ancien article 1371 du Code civil, qui se voulait formulée positivement, était vague<sup>7</sup> : « Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et parfois un engagement réciproque des deux parties. » Cette définition était inférieure à celle de Pothier, car les rédacteurs du Code civil avaient omis cette précision essentielle que le fait donnant naissance au quasi-contrat doit être licite<sup>8</sup>. En outre, de prime abord, la lecture de l'ancien article 1371 pouvait laisser penser que le quasi-contrat est presque un contrat. Or il n'en est rien, car l'accord de volontés, indispensable à l'existence d'un contrat, fait en l'occurrence défaut<sup>9</sup>. Pour autant, l'obligation quasi-contractuelle naît bien d'un fait volontaire de l'homme, « purement volontaire de l'homme », y insistaient les rédacteurs du Code civil, contrairement à l'obligation légale au sens strict du terme, telle l'obligation alimentaire.

<sup>1</sup> Justinien, *Digeste*, XLIV, 7, 1 ; Lévy et Castaldo, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>2</sup> Justinien, *Institutes*, III, 13, 2.

<sup>3</sup> R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, réimpr. Dalloz, 2011, préf. J.-L. Halpérin, n° 113-116.

<sup>4</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 1261-1264 ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 5<sup>e</sup> éd., t. II, LGDJ, 1909, n° 811 et s. ; H. Vizioz, *La notion de quasi-contrat*, thèse Bordeaux 1912, spéc. n° 75 ; M. Douchy *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, thèse Aix, 1998 ; E. Descheemaeker « Quasi-contrats et enrichissement injustifié en droit français », *RTD civ.* 2013, 1 et s.

<sup>5</sup> Lévy et Castaldo, *op. cit.*, n° 544.

<sup>6</sup> Pothier, *Traité des obligations*, n° 113.

<sup>7</sup> Cf. not. Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 1261.

<sup>8</sup> V. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Durand et Pédone-Lauriel, t. VII, 1885, art. 1371, n° 4.

<sup>9</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 1262.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Le Code civil distinguait, à la vérité, deux quasi-contrats, auxquels, à la fin du dix-neuvième siècle, la jurisprudence a ajouté un troisième.

La gestion d'affaires (anciens articles 1372 à 1375 du Code civil) est le fait pour une personne – le gérant – d'accomplir un ou plusieurs actes dans l'intérêt d'une autre personne – le géré ou maître de l'affaire – sans y avoir été invitée. La gestion d'affaires ouvre droit à une action en indemnisation de ses débours au profit du gérant à l'encontre du maître de l'affaires. Le paiement de l'indu consiste de la part d'une personne, le *solvens*, à payer ce qui n'était pas dû. Il s'ensuit un enrichissement injustifié de celui qui a reçu le paiement, l'obligeant à restituer le paiement à celui qui l'a effectué à tort (anciens articles 1235, alinéa 1er, et 1376 du Code civil).

A la fin du dix-neuvième siècle, la Cour de cassation a consacré en termes très généraux un nouveau quasi-contrat, en marge de tout texte : l'enrichissement sans cause<sup>1</sup>.

Cependant, selon Planiol<sup>2</sup>, l'obligation quasi-contractuelle n'est en définitive qu'une obligation légale, car elle naît d'un enrichissement injuste, illicite, causé à autrui et non d'un « fait personnel à celui qui se trouve obligé », selon l'expression erronée de l'ancien article 1370 du Code civil. En effet, aussi bien dans le paiement de l'indu, que dans la gestion d'affaires ou dans l'enrichissement sans cause, le fait personnel émane du créancier de l'obligation de restitution, et non du débiteur, celui qui se trouve obligé.

D'où la classification bipartite des sources d'obligations proposée par Planiol, distinguant le contrat, qui « tient lieu de loi » à ceux qui l'ont fait (ancien article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil) et la loi. Mais cette classification n'est pas non plus pertinente, car toute obligation est, en fin de compte, d'origine légale, même l'obligation contractuelle. L'ancien article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil (devenu l'article 1103 nouveau à la suite de l'ordonnance du 10 février 2016), l'indiquait lui-même : « Les conventions légalement formées... ». Les contrats ne font que « tenir lieu de lois à ceux qui les ont faites ». En d'autres termes, le contrat est comparé à la loi, mais il n'est pas placé au même rang que celle-ci.

• Incomplétude de la classification du Code civil ?

Le Code civil français omet l'engagement unilatéral de volonté : espèce d'acte unilatéral, en vertu de laquelle une personne s'obligerait envers autrui par sa seule volonté. En conséquence, certains auteurs lui ont reproché le caractère incomplet de sa classification des sources d'obligation.

Ces critiques dirigées contre la classification des sources d'obligation résultant de l'ancien article 1370 du Code civil avaient amené les auteurs modernes à promouvoir une autre classification bipartite, fondée sur la *summa divisio* des actes juridiques et des faits juridiques :

- Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à créer des effets de droit. L'exemple type en est le contrat, accord de deux ou plusieurs personnes en vue de faire naître des obligations. Mais la catégorie est plus large, car elle comprend aussi l'engagement unilatéral de volonté, lorsque le droit français admet, à titre exceptionnel, qu'une manifestation unilatérale de volonté engendre une obligation à la charge de celui qui l'a souscrite<sup>3</sup>.
- Les faits juridiques sont des événements auxquels la loi attache des effets de droits, indépendamment de la volonté des personnes qui bénéficieront ou souffriront de ces effets. En droit des obligations, on en distingue deux catégories principales : les quasi-contrats, faits juridiques licites, d'une part ; les délits et quasi-délits, faits juridiques illicites, d'autre part.

Cette classification doctrinale moderne des sources d'obligations est finalement voisine de celle du Code civil, même si elle se présente sous un habillage différent<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Req. 16 juin 1892, *G.A.*, t. II, n° 275, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde.

<sup>2</sup> Planiol, *op. cit.*, t. II, n° 811-812.

<sup>3</sup> *Cf. infra*.

<sup>4</sup> Effectivement le Code civil de 1804 suggérait déjà, on l'a vu, une classification bipartite des obligations, suivant qu'elles naissent d'une convention entre les parties ou en dehors de toute convention, en traitant successivement « Des contrats et des obligations conventionnelles en général » (articles 1101 à 1369 du Code civil, livre III, titre III) et « Des engagements qui se forment sans convention » (articles 1370 à 1386 du Code civil, livre III, titre IV).

Comme les auteurs de l'avant-projet Catala avant eux<sup>1</sup>, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 se sont efforcés, d'une manière plus ou moins heureuse, de combiner deux classifications des sources d'obligations : celle du Code civil, qui en distinguait cinq, et celle, moderne, qui les réduisait à deux<sup>2</sup>. Effectivement, l'actuel article 1100, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil énonce :

« Les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi. »

## A. Obligations naissant d'actes juridiques

Aux termes de l'article 1100-1 du Code civil :

« Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux. »  
Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats. »

La notion d'acte juridique (*Rechtsgeschäft*), fondamentale en droit allemand, à telle enseigne que le B.G.B. (*Bürgerliches Gesetzbuch*) lui consacre une section de sa partie générale (*Allgemeiner Teil*)<sup>3</sup>, a ainsi fait son apparition dans le Code civil français.

L'exemple type d'acte juridique est le contrat. Mais l'article 1100-1 du Code civil suggère lui-même que la catégorie est plus large. En effet, elle comprend aussi la convention et l'acte juridique unilatéral. Toutefois la définition du contrat et celle de la convention ont évolué au fil du temps. Quant à la question de savoir si une obligation peut, d'une manière générale, naître par volonté unilatérale, elle demeure controversée.

### 1. Le contrat<sup>4</sup>

L'article 1101 du Code civil en donne la définition suivante :

« Le contrat est un accord de volontés de deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. »

Le contrat est source d'obligations lorsqu'il en crée. Mais il peut aussi modifier, transmettre ou éteindre des obligations préexistantes.

C'est ainsi que l'article 1321, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil qualifie de « contrat » la cession de créance, qui transmet une obligation activement, au lieu de la créer :

« La cession de créance est un contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre le débiteur cédé à un tiers appelé cessionnaire. »

<sup>1</sup> L'article 1101 de l'avant-projet Catala adoptait en effet la distinction des actes juridiques et faits juridiques, mais proposait une classification tripartite, en ajoutant la loi comme troisième source d'obligation. Quant au projet de la Chancellerie de 2015, il distinguait les trois sources d'obligations suivantes, qui se retrouvent dans la version définitive issue de l'ordonnance du 10 février 2016 : « Le contrat », « La responsabilité extracontractuelle », « Les autres sources d'obligations », qu'il identifiait aux trois quasi-contrats traditionnels. Mais, contrairement à cette version définitive, il ne contenait pas d'article recensant les diverses sources d'obligations et remplaçant l'ancien article 1370 du Code civil. Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 se sont donc à la fois inspirés du projet de la Chancellerie et de l'avant-projet Catala.

<sup>2</sup> O. Deshayes, Th. Génicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (Commentaire article par article)*, 2<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2018, art. 1100 ; Cl. Brenner « Source des obligations dans le Code civil rénové : passage à l'acte ou acte manqué ? », *JCP* 2016, n° 18, 2 mai 2016, 524 ; Ph. Rémy « Plans d'exposition et catégories du droit des obligations. Comparaison du projet Catala et des projets européens », in : *Pour une réforme du droit des contrats*, Fr. Terré (dir.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 83 et s., spéc. n° 15 et s. ; *adde*, du même auteur « Réviser le Titre III du Livre troisième du Code civil », *RDC* 2004, p. 1169 ; M. Poumarède « La place de l'acte juridique dans les projets de réforme du droit des obligations », in : *Métamorphoses de l'acte juridique*, M. Nicod (dir) : LGDJ, p. 11.

<sup>3</sup> M. Fromont et J. Knescht, *Droit privé allemand*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ Lextenso, 2017, n° 129 et s. ; B. Fages, *Droit des obligations*, 14<sup>e</sup> éd., LGDJ – Lextenso Editions, 2024, n° 20.

<sup>4</sup> S. Lequette « La notion de contrat », *RTD civ.* 2018, pp. 541 et s.

Pareillement, l'article 1350 du Code civil qualifie de « contrat » la remise de dette, par laquelle le créancier convient avec son débiteur d'éteindre l'obligation en le libérant :

« La remise de dette est le contrat par lequel le créancier libère le débiteur de son obligation. »

Le Code civil de 1804 avait retenu une définition plus étroite du contrat. En effet, l'ancien article 1101 du Code civil définissait le contrat comme « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Pour les rédacteurs du Code civil de 1804, le contrat était donc uniquement une convention créatrice d'obligations. Mais, dans le détail des textes, les rédacteurs du Code civil employaient souvent les deux termes l'un pour l'autre.

## 2. La convention

L'article 1100-1, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, évoque les actes juridiques conventionnels, pour les opposer aux actes unilatéraux. L'« acte juridique conventionnel » ou « convention » renvoie certes à un accord de volontés – *convenire* signifie « venir ensemble », en latin. Mais tout accord de volontés n'est pas un contrat : ce dernier apparaît comme une espèce, appartenant à un genre plus vaste, celui des conventions.

Les nouveaux textes ne définissent pas formellement, il est vrai, la convention<sup>1</sup>, contrairement au contrat, ce que l'on peut déplorer<sup>2</sup>. Mais la combinaison des alinéas 1<sup>er</sup> et 2 de l'article 1100-1 du Code civil permet de déduire cette définition. D'une part, en effet, l'acte juridique est une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit (alinéa 1er). D'autre part, l'acte juridique peut être soit unilatéral, soit conventionnel c'est-à-dire résulter d'un accord de volontés (alinéa 2). La convention désigne donc tout accord de volontés destiné à produire des effets de droit, ceux visés par l'article 1101 précité ou d'autres<sup>3</sup>. Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 se sont effectivement référés à cette définition de la convention dans leur rapport au président de la République<sup>4</sup>.

Le législateur s'est visiblement inspiré d'une formule de Jean Carbonnier<sup>5</sup>, lequel définissait la convention comme « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer un effet de droit quelconque »<sup>6</sup>, pour mieux l'opposer au contrat, notion plus étroite<sup>7</sup>. Il s'est ainsi rallié à un courant doctrinal<sup>8</sup>, selon lequel la force obligatoire du contrat a une portée plus large que la création, la modification, la transmission ou l'extinction d'obligations<sup>9</sup>. Effectivement, un accord de volontés peut également être destiné à créer, modifier ou éteindre une situation juridique insusceptible de se ramener à un rapport d'obligation entre un créancier et un débiteur : ainsi du transfert ou de la création d'un droit réel, par exemple un droit de propriété ou une servitude. Les auteurs appartenant à ce courant avaient

<sup>1</sup> Fages, *op. cit.*, n° 22.

<sup>2</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 68.

<sup>3</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 67 ; Deshayes, Génicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1101 ; Brenner, *op. cit.*, 2 « Les définitions et renvois ».

<sup>4</sup> « L'ordonnance recentre la définition sur la nature du contrat en qualité d'accord de volontés, et sur ses effets résidant en la création mais également la modification, la transmission ou l'extinction d'obligations (contrairement à la convention, notion plus large incluant tout accord de volontés destiné simplement à produire des effets de droit). »

<sup>5</sup> Carbonnier, *Droit civil*, t. II, n° 930.

<sup>6</sup> L'article 1101 du projet de la Chancellerie de 2015 transcrivait cette définition, mais pour définir le contrat ! La version définitive du texte est revenue à une définition plus étroite du contrat, mais plus large que celle du Code civil de 1804. Toutefois la convention est une notion encore plus large, car les effets de droit qu'elle est vouée à entraîner, au lieu de se rapporter à des obligations, peuvent consister en la création, la modification ou l'extinction d'une situation juridique quelconque, notamment d'un droit réel opposable *erga omnes*. Il reste qu'avec la définition élargie du contrat retenue par l'article 1101 nouveau, le champ d'application de la notion de convention se trouve sensiblement rétréci (Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 68).

<sup>7</sup> Cf. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016, à propos de l'article 1101 : « abandonnant la référence aux notions classiques mais discutées d'obligations de donner, de faire ou de ne pas faire (ces catégories étant essentiellement descriptives), l'ordonnance recentre la définition sur la nature du contrat en qualité d'accord de volontés, et sur ses effets résidant en la création mais également la modification, la transmission ou l'extinction d'obligations (contrairement à la convention, notion plus large incluant tout accord de volontés destiné simplement à produire des effets de droit). »

<sup>8</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 100-101.

<sup>9</sup> P. Ancel « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, 771 et s. ; Th. Revet « Le contrat Janus ou la dualisation de la théorie du contrat », in : *Liberté, justice, autorité – Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Aynès*, Lextenso LGDJ, 2019 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 452 ; Houtcieff, *Droit des contrats*, n° 603 et s. ; L. Andreu et N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, Gualino – Lextenso Editions, 9<sup>e</sup> éd., 2024-2025, n° 455.

donc proposé de distinguer la force obligatoire de celle, plus restreinte, de « contenu obligationnel » du contrat.

En évoquant, dans l'article 1100-1, l'acte juridique conventionnel, notion qu'ils ont voulue plus large que celle de contrat au sens de l'article 1101, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont suivi cette analyse. Cependant toutes les conventions obéissent, « en tant que de raison », au régime juridique des contrats, qu'elles en soient ou non (article 1100-1, alinéa 2, du Code civil). Leurs conditions de validité et leurs effets sont donc celles des contrats (même texte). La distinction des deux notions est, en principe, sans incidence sur leur régime juridique.

### 3. L'acte juridique unilatéral<sup>1</sup>

Selon la définition de l'article 1100-1 du Code civil, l'acte juridique unilatéral est une manifestation unilatérale de volonté destinée à produire des effets de droit. Mais l'acte juridique unilatéral n'est pas toujours source d'obligations, loin s'en faut :

- d'une part, nombre d'actes juridiques unilatéraux ne sont pas destinés à créer des obligations : par exemple un testament, la démission d'un salarié ou d'un dirigeant social, le congé donné par le bailleur à son locataire...
- D'autre part, il va de soi qu'on ne saurait, par sa seule volonté unilatérale, rendre autrui débiteur sans qu'il l'ait voulu.

En revanche, on se demande si une personne peut s'obliger envers autrui par seule volonté : c'est la question de l'engagement unilatéral de volonté, espèce d'acte unilatéral parmi d'autres. L'engagement unilatéral de volonté s'oppose au contrat, lequel suppose un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes, soit qu'une seule personne s'oblige – contrat unilatéral –, soit que les parties s'obligent mutuellement et réciproquement – contrat synallagmatique (article 1106 du Code civil).

On examinera le statut de l'engagement unilatéral de volonté *de lege ferenda* (le droit tel qu'il devrait être) puis *de lege lata* (le droit tel qu'il est).

#### a. L'engagement unilatéral de volonté de lege ferenda

De prime abord, on pourrait être tenté de considérer comme naturel qu'une personne puisse s'obliger par sa volonté unilatérale. En effet, la doctrine classique, on le verra<sup>2</sup> fait reposer la force obligatoire du contrat sur le principe de l'autonomie de la volonté, selon lequel la volonté a la faculté de s'obliger elle-même, de se donner à elle-même sa loi contractuelle, aussi intangible pour les parties que l'est la loi votée par le Parlement pour les citoyens (article 1103 du Code civil). Or la volonté est au moins autant autonome lorsqu'elle détermine l'agent à agir isolément que lorsqu'elle doit s'accorder avec la volonté d'autrui<sup>3</sup>. Comme le relève Jean Carbonnier : « il est bien plus naturel à l'homme de vouloir tout seul que de vouloir à deux »<sup>4</sup>. L'engagement par volonté unilatérale devrait donc *a fortiori* lier son auteur, dès lors que le concours des volontés produit un tel effet à l'égard des parties.

Cependant, le droit ne concerne que le rapport extérieur du libre arbitre de l'un au libre arbitre de l'autre, pour paraphraser Kant<sup>5</sup>. Or la théorie de l'engagement unilatéral de volonté implique, au contraire, qu'on puisse s'engager par sa seule volonté envers autrui, même à son insu. Cependant, l'ancien article 1370 du Code civil ne citait pas l'engagement unilatéral de volonté dans les sources

<sup>1</sup> J. Martin de la Mouette, *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, thèse Toulouse, préf. P. Raynaud, Paris : Bernard Frère, 1951.

<sup>2</sup> Cf. *infra* : 1<sup>re</sup> partie « Les sources d'obligations », titre 1 « L'acte juridique (le contrat) », chap. préliminaire « Notions générales sur le contrat », section 2 « Principes généraux gouvernant les contrats ».

<sup>3</sup> Cf. F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, préf. R. Saleilles, LGDJ, 1919, réimpr. 2016, t. II, n° 172 bis, p. 163.

<sup>4</sup> Carbonnier, *Droit civil*, t. II, n° 933.

<sup>5</sup> Kant, *Premiers principes métaphysiques de la doctrine du droit*, « Introduction à la doctrine du droit », § B, trad. Philonenko, p. 104.

d'obligations qu'il énumérait : contrat, quasi-contrat, délit, quasi-délit et loi. Attribuer une force obligatoire en droit à l'engagement unilatéral ne revenait-il dès lors pas à confondre la morale et le droit ? Pour reprendre les expressions de Carbonnier<sup>1</sup>, la théorie de l'engagement unilatéral de volonté ressemble à « une exaspération métaphysique de l'autonomie de la volonté, une hypertrophie (germanique ?) du sentiment de l'honneur dans un droit qui ne confond pas l'engagement d'honneur avec l'obligation civile<sup>2</sup>. »

La doctrine classique était attachée à la lettre du Code civil de 1804. Aussi la question de l'admission de l'engagement unilatéral de volonté comme source d'obligation fut-elle âprement discutée. Pour justifier le silence de l'article 1370, interprété comme une exclusion, une partie de la doctrine éleva des objections théoriques à cette admission<sup>3</sup>, tandis que d'autres auteurs novateurs la défendirent<sup>4</sup>, en s'inspirant de la doctrine germanique<sup>5</sup> et en invoquant l'exemple du droit allemand. A dire vrai, ils sollicitèrent ce dernier exemple. En effet, contrairement à une idée répandue dans la doctrine française, le droit allemand exclut, d'une manière générale, qu'on puisse s'obliger par sa seule volonté<sup>6</sup>. Au contraire, le § 311 *Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse* (1) du *B.G.B.* énonce formellement :

« Un contrat (*Vertrag*) entre les parties est requis pour la fondation d'un rapport d'obligation par acte juridique comme pour la modification de son contenu, pour autant que la loi n'en dispose pas autrement<sup>7</sup>.

A ce principe, le *B.G.B.* n'admet en réalité que deux exceptions, où la volonté unilatérale suffit à engendrer une obligation : la fondation<sup>8</sup> et la promesse de récompense<sup>9</sup>.

Leur engouement pour la théorie de l'engagement unilatéral de volonté poussa même certains auteurs français à prétendre analyser le contrat lui-même en la combinaison de deux engagements unilatéraux<sup>10</sup> ! Sans aller jusqu'à tenter ainsi de faire du contrat une espèce d'un genre plus large que serait l'engagement unilatéral, on doit convenir que les objections théoriques adressées à l'admission de celui-ci ne paraissent pas déterminantes. C'est donc plutôt l'opportunité de cette admission qui doit être débattue<sup>11</sup>.

Les objections théoriques sont principalement au nombre de trois. On a fait valoir, en premier lieu, que la volonté d'une personne étant assez puissante pour la lier, elle devrait être tout aussi puissante pour la délier<sup>12</sup>. Or il n'est d'engagement véritable qu'irrévocable. Mais l'argument procède d'une

<sup>1</sup> Carbonnier, *Droit civil*, t. II, n° 933.

<sup>2</sup> Sur l'engagement d'honneur, auquel force obligatoire est parfois refusée, cf. *infra* : 1<sup>re</sup> partie « Les sources d'obligations », titre I « Le contrat (l'acte juridique) », chapitre préliminaire « Notions générales sur le contrat », section 1 « Définition du contrat », § 1 Exclusion de certaines situations ressemblant à un contrat », C. « Engagements d'honneur ».

<sup>3</sup> R. Elias, *Théorie de la force obligatoire de la volonté unilatérale*, thèse Paris, Larose et Tenin, 1909, spéc. p. 62 et suiv. ; Martin de la Moutte, *op. cit.*, not. n° 320 ; Marty et Raynaud, *Les obligations*, t. 1, *Les sources*, n° 356.

<sup>4</sup> R. Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*, thèse Paris, Giard, 1891 ; R. Saleilles, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, 3<sup>e</sup> éd., 2<sup>e</sup> tirage, Rousseau & Cie, 1923, réimpr. La Mémoire du Droit, 2001, n° 138 et s., 245 et s., 278 et s. ; M.-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, thèse Aix, 1989, préf. J. Mestre, PU Aix-Marseille, 1995 ; C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé. Recherche sur les sources de l'obligation*, thèse Paris 2, préf. Y. Lequette, 2007 ; Ph. Jestaz « L'engagement par volonté unilatérale », in : *Les obligations en droit français et en droit belge, Convergences et divergences*, Bruylant, 1994, pp. 3-16 ; A. Sériaux « L'engagement unilatéral en droit positif français actuel », in : Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, pp. 7-20.

<sup>5</sup> H. Siegel, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht. Eine germanistische Studie*, Franz Vahlen Verlag, Berlin, 1873.

<sup>6</sup> Brox & Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, § 3, 1 ff ; Saleilles, *Étude sur la théorie générale de l'obligation...*, *op. cit.*, n° 142-144 ; Fromont et Knetsch, *Droit privé allemand*, n° 134.

<sup>7</sup> „Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.“ C'est nous qui traduisons.

<sup>8</sup> § 83 *Stiftungsverfassung und Stifterwille* (2) *B.G.B.*

<sup>9</sup> § 657 *B.G.B.* Cf. *infra*.

<sup>10</sup> Worms, *op. cit.*, pp. 184 et s. Cf. Jestaz, *op. cit.*, p. 5.

<sup>11</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 83-85 et les réf. aux ouvrages des partisans et adversaires de l'admission de l'engagement unilatéral comme source d'obligation ; Flour, Aubert et Savaux, *L'acte juridique*, n° 1021-1025.

<sup>12</sup> M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2<sup>e</sup> éd., t. VI, par P. Esmein, LGDJ, 1952, n° 10.

confusion entre la liberté de se lier ou non, d'une part, celle de se lier et de se délier, d'autre part<sup>1</sup>. La première n'implique en effet nullement la seconde : celui qui choisit librement de s'engager perd sa liberté de se dédire. Le droit positif pourrait donc tout à fait décider qu'une personne est libre de s'engager par sa volonté unilatérale, sans lui laisser la possibilité de révoquer cet engagement. On a soutenu, en deuxième lieu, qu'une obligation ne saurait se concevoir sans un créancier. Cependant, l'auteur de l'acte unilatéral peut, en certains cas, désigner son bénéficiaire. Dans les autres cas, ce bénéficiaire sera déterminé au moment où il déclarera vouloir en profiter<sup>2</sup>, comme c'est le cas dans la stipulation pour autrui (articles 1205 et suivants du Code civil), que d'aucuns tentèrent d'ailleurs jadis d'expliquer par la théorie de l'engagement unilatéral<sup>3</sup>. En troisième lieu, le principe de l'indépendance des individus s'opposerait à ce qu'une personne soit rendue créancière à son insu<sup>4</sup>. On retrouve là le reproche d'une confusion entre la morale et le droit. Mais ce principe d'indépendance est suffisamment préservé par la faculté laissée à chacun de ne pas se prévaloir des droits dont il est titulaire. Les objections théoriques ne sont donc pas convaincantes.

Reste à savoir si, en pratique, l'admission de l'engagement unilatéral de volonté comme source d'obligation serait opportune. C'est la méthode empirique de la libre recherche scientifique, que François Gény invitait à suivre en la matière<sup>5</sup> comme en d'autres. Elle revient à se demander si cette admission serait dangereuse et si elle serait utile<sup>6</sup>. Tout d'abord, l'engagement unilatéral de volonté peut, certes, présenter des risques pour son auteur et pour les tiers. D'une part, en effet, l'auteur de l'engagement risque de s'engager à la légère, alors que, pour la formation d'un contrat, un accord de volontés est requis. D'autre part, les créanciers éventuels rencontreront des difficultés à démontrer l'existence d'un véritable engagement. Ces risques peuvent toutefois être conjurés en subordonnant l'existence d'un engagement à une volonté unilatérale suffisamment déterminée et extériorisée. Ensuite, l'utilité de l'engagement unilatéral de volonté peut être discutée dans bien des cas. En effet, la théorie de l'engagement unilatéral a souvent été invoquée pour justifier *a posteriori* des solutions découlant de règles préexistantes, telle, par exemple, celles relatives à la stipulation pour autrui. En l'absence de telles règles, d'autres sources d'obligations sont susceptibles de fonder les solutions souhaitables sans que le recours à la théorie de l'engagement unilatéral de volonté soit indispensable. C'est dire que si cette théorie doit se voir reconnaître un rôle en droit français, ce rôle ne saurait être que subsidaire.

La promesse de récompense (exemple : « chat perdu, récompense à qui le retrouvera ») fournit une bonne illustration que le droit français n'a pas nécessairement besoin de la théorie de l'engagement unilatéral de volonté pour dégager des solutions défendables<sup>7</sup>.

Le § 657 *B.G.B. (Bindendes Versprechen)*<sup>8</sup> fonde le caractère obligatoire de la promesse publique de récompense sur la théorie de l'engagement unilatéral : l'auteur de la promesse est obligé de payer la récompense à celui qui a accompli l'acte soumis à récompense, lors même qu'il n'aurait pas agi en considération de la promesse<sup>9</sup>. Cette dernière précision prouve que la promesse de récompense engage le promettant indépendamment d'une acceptation quelconque.

L'art. 919, § 1, *K.C. (Kodeks cywilny)* polonais contient une disposition similaire. Contrairement au § 657 *B.G.B.*, il ne précise pas, il est vrai, que la promesse a effet quand bien même l'auteur de l'acte n'aurait pas agi en considération de celle-ci. Mais là où la loi ne distingue pas, l'interprète n'a pas non plus à le faire. Ici encore, le promettant est donc tenu, celui qui a accompli le service aurait-il ignoré la promesse, pourvu toutefois que celle-ci soit publique et assortie d'un délai.

<sup>1</sup> Flour, Aubert et Savaux, *L'acte juridique*, n° 1022 ; Jestaz, *op. cit.*, p. 13-14.

<sup>2</sup> Jestaz, *op. cit.*, pp. 12-13.

<sup>3</sup> Cf. not. Worms, *op. cit.*, pp. 114 et s. ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, 1938, t. II, n° 304.

<sup>4</sup> Cf. Carbonnier, *op. cit.*, t. II, n° 933.

<sup>5</sup> Gény, *op. cit.*, t. II, n° 172 bis, not. pp. 162 et s.

<sup>6</sup> *Ibid.*, n° 172 bis-174, pp. 163 et s. ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 85.

<sup>7</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 85 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 13<sup>e</sup> éd., LGDJ Lextenso, 2024, n° 251.

<sup>8</sup> „Wer durch öffentliche Bekanntmachung eine Belohnung für die Vornahme einer Handlung, insbesondere für die Herbeiführung eines Erfolges, aussetzt, ist verpflichtet, die Belohnung demjenigen zu entrichten, welcher die Handlung vorgenommen hat, auch wenn dieser nicht mit Rücksicht auf die Auslobung gehandelt hat.“

<sup>9</sup> H. Brox, W.-D. Walker, *Allgemeiner Teil des BGB*, 37ste Auflage, München : Franz Vahlen, 2013, n° 142 ; des mêmes auteurs, *Allgemeines Schuldrecht*, § 3, 2 ff.

Toutefois, le § 658 *B.G.B.* et l'art. 919, § 2, *K.C.* prévoient que, sauf stipulation contraire, l'auteur de la promesse peut efficacement révoquer son engagement, tant que personne n'a rendu le service sujet à récompense. L'engagement unilatéral du promettant est donc révocable, ce qui conduit à fortement tempérer l'affirmation du caractère obligatoire de la promesse de récompense par la seule volonté du promettant en droits allemand et polonais.

Mais, en droit français, l'efficacité juridique de la promesse de récompense peut, du moins jusqu'à un certain point, être justifiée indépendamment de la théorie de l'engagement unilatéral, à laquelle le droit allemand et le droit polonais recourent. La promesse de récompense peut en effet s'analyser en une offre de contracter, que celui qui rend le service demandé a tacitement acceptée lorsqu'il en a eu connaissance, en rendant le service demandé<sup>1</sup>. Cette explication contractualiste est d'ailleurs également retenue en *Common Law*.

Lorsque, à l'inverse, l'auteur du service n'avait pas connaissance de la promesse, aucun contrat n'a toutefois pu se former, faute pour les volontés de s'être rencontrées. Cependant, le promettant sera obligé à récompense sur le fondement de la gestion d'affaire ou de l'enrichissement injuste, sous réserve néanmoins que les conditions de l'un ou l'autre de ces deux quasi-contrats soient remplies, car le droit n'a pas vocation à imposer systématiquement la rémunération des services rendus<sup>2</sup>. Ainsi le droit français confère-t-il, dans une certaine mesure, une efficacité juridique à la promesse de récompense, sans le secours de la théorie de l'engagement unilatéral.

#### b. L'engagement unilatéral de volonté de lege lata

Pas plus en 1804 que dans sa nouvelle rédaction issue de l'ordonnance du 20 février 2016, le Code civil ne cite l'engagement unilatéral de volonté parmi les sources d'obligations. Dans le sillage de Pothier, l'ancien article 1370 énumérait cinq sources d'obligations : le contrat, les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits et la loi. Gény avait toutefois vivement contesté le caractère nécessairement limitatif de cette énumération<sup>3</sup>. Quant à l'actuel titre III du livre III du Code, il est ordonné en trois sous-titres : le premier est consacré au contrat, le deuxième à la responsabilité extra-contractuelle et, si le troisième est intitulé « Autres sources d'obligations », son contenu se réduit en réalité aux quasi-contrats, figure distincte de l'engagement unilatéral de volonté.

En revanche, les dispositions actuelles consacrent une application jurisprudentielle particulière de cette notion, celle de la transformation unilatérale d'une obligation naturelle en obligation civile par une promesse de l'exécuter (article 1100, alinéa 2, du Code civil)<sup>4</sup>.

Au contraire, le *B.G.B.* allemand consacre l'essentiel de sa partie générale (§ 104 - § 185) à la théorie générale de l'acte juridique<sup>5</sup>, sans pour autant, on l'a vu, ériger l'engagement unilatéral de volonté en source générale d'obligations. Mais, par pragmatisme, notamment pour éviter d'ajouter une nouvelle strate de règles compliquant encore la matière, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 se sont abstenus de forger une théorie générale de l'acte juridique, qui serait venue coiffer le contrat et l'acte unilatéral<sup>6</sup>.

Cette ambiguïté des textes a donné lieu à des différences d'interprétation. Pour certains auteurs<sup>7</sup>, la place de l'article 1100 en tête d'un titre consacré aux « Sources d'obligations » conduirait à penser que l'engagement unilatéral de volonté serait désormais reconnu par le Code civil, d'autant que le rapport accompagnant l'ordonnance se prononce explicitement en ce sens<sup>8</sup>. Selon ce rapport, en effet, l'acte juridique conventionnel ou unilatéral, visé par l'article 1100-1, alinéa 1<sup>er</sup>, « inclut l'engagement unilatéral de volonté ». Les rédacteurs de l'ordonnance auraient ainsi décidé de rompre avec le droit

<sup>1</sup> Cf. *infra*.

<sup>2</sup> Flour, Aubert et Savaux, *L'acte juridique*, n° 1026.

<sup>3</sup> Gény, *op. cit.*, t. II, n° 172 bis, p. 161.

<sup>4</sup> Cf. *infra* : § 3 « Classification fondée sur la force de l'obligation : obligation civile et obligation naturelle ».

<sup>5</sup> Carbonnier, *Droit civil*, t. II, n° 933.

<sup>6</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 62.

<sup>7</sup> Deshayes, Genicon et Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations...*, art. 1100-1.

<sup>8</sup> « Ce texte (l'article 1100), en précisant que l'acte juridique peut être conventionnel ou unilatéral, inclut l'engagement unilatéral de volonté, catégorie d'acte unilatéral créant, par la seule volonté de son auteur, une obligation à la charge de celui-ci. »



antérieur. Mais, pour la plupart des interprètes<sup>1</sup>, au contraire, en ne reconnaissant, dans l'article 1100, alinéa 2, que la transformation d'une obligation naturelle en obligation civile par volonté unilatérale, les rédacteurs de l'ordonnance auraient implicitement exclu que l'on puisse créer, d'une manière générale, des obligations unilatéralement.

En d'autres termes, les uns estiment que la combinaison de l'article 1100-1, alinéa 1<sup>er</sup>, lequel énonce que les actes créateurs d'effets de droit peuvent être unilatéraux, avec l'article 1100, alinéa 2, révèle que cette dernière disposition ne constitue qu'une application particulière d'un principe général, selon lequel l'engagement unilatéral est source d'obligation. Les autres, à rebours, interprètent à contrario l'article 1100, alinéa 2, en considérant que l'admission de l'efficacité de l'engagement unilatéral dans un cas particulier l'exclut implicitement dans les autres cas.

En faveur de cette dernière interprétation, on peut relever que les rédacteurs de l'ordonnance ont condamné une solution qui avait été parfois comprise comme une des rares applications jurisprudentielles de la théorie de l'engagement unilatéral<sup>2</sup>. En effet, la Cour de cassation avait décidé que l'offre assortie d'un délai survivait au décès du pollicitant survenu avant l'expiration de ce délai et passait aux héritiers<sup>3</sup>. Ainsi, soutenaient certains, la volonté unilatérale du pollicitant aurait-elle été la source d'une obligation de maintien de l'offre pendant la durée fixée<sup>4</sup>, obligation que la disparition de cette volonté ne saurait affecter. Or, en sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016, l'article 1117, alinéa 2, du Code civil condamne cette solution, en disposant que l'offre est caduque en cas d'incapacité ou de décès de son auteur, sans distinguer, comme la jurisprudence antérieure le faisait à propos du décès, entre l'offre assorti d'un délai et l'offre qui n'en comporte pas. Les rédacteurs de l'ordonnance ont donc écarté la théorie de l'engagement unilatéral de volonté dans cette hypothèse précise.

A la vérité, certains arrêts de la Cour de cassation<sup>5</sup> rendus sous l'empire du droit antérieur à la réforme de l'ordonnance du 10 février 2016 ont reconnu l'efficacité de l'engagement unilatéral de volonté dans d'autres hypothèses que celle de la transformation d'une obligation naturelle en obligation civile ou de la survivance de l'offre assortie d'un délai au décès de son auteur. Toutes les décisions citées en ce sens ne sont cependant pas également probantes<sup>6</sup>. En tout état de cause, la volonté unilatérale pourrait-elle être créatrice d'obligations en dehors du cas prévu par l'article 1100, alinéa 2, dans le sillage de la jurisprudence antérieure, que cela continuera probablement de ne l'être que dans des hypothèses relativement marginales. Les sources incontestées d'obligations que sont le contrat, la responsabilité extra-contractuelle et les quasi-contrats suffisent la plupart du temps à satisfaire l'exigence de justice d'après laquelle une personne doit être reconnue débitrice d'une autre.

<sup>1</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 66 ; Terré, Simler, Lequette et Chénédedé, *op. cit.*, n° 87 ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 84 ; Brenner, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>2</sup> Flour, Aubert et Savaux, *L'acte juridique*, n° 1024.

<sup>3</sup> Cf. *infra* : 1<sup>re</sup> partie « Le contrat (l'acte juridique) », sous-titre I « La formation du contrat », chap. I « La conclusion du contrat » ; Civ. 1, 25 juin 2014, n° 13-16529, *B. I.*, n° 117 ; *RDC* 2014, 601, obs. Y.-M. Laithier ; *ibid.* 2015, 33, obs. R. Libchaber. La Cour de cassation ne s'était prononcée qu'à propos de l'hypothèse d'un décès du pollicitant, mais elle aurait sans aucun doute adopté une solution identique dans l'hypothèse de celle d'une incapacité de ce pollicitant, si elle avait été saisie de la question.

<sup>4</sup> Obligation distincte de celle portant sur le contenu du contrat à conclure : Worms, *op. cit.*, pp. 171 et s. et le renvoi à Siegel, *op. cit.* (pp. 59 et s.).

<sup>5</sup> Soc. 21 janvier 1997, n° 94-19019, *B. V.*, n° 30 : efficacité de l'engagement unilatéral opposé à un employeur qui prétendait s'en affranchir ; Soc. 25 novembre 2003, n° 01-17501, *B. V.*, n° 294 ; *JCP* 2004, I, 163, n° 6, obs. G. Viney ; *RTD civ.* 2004, 733, obs. J. Mestre et B. Fages ; *idem* ; Com. 12 décembre 2018, n° 17-22268, *RDC* 2019, 16, obs. Y.-M. Laithier ; *Gaz. Pal.* 9 avril 2019, 18, note D. Houtcieff ; *RTD civ.* 2019, 312, obs. H. Barbier : « geste commercial » d'un fournisseur susceptible de l'obliger comme procédant d'un engagement unilatéral ; cet arrêt est d'autant plus remarquable que ce geste aurait pu, comme le pourvoi le suggérait, s'analyser en une offre, que l'acquéreur aurait tacitement acceptée en donnant ainsi naissance à un contrat unilatéral obligeant le fournisseur. Cf. Fages, *Droit des obligations*, n° 6 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, 20<sup>e</sup> éd., LGDJ Lextenso, 2023, n° 13 ; Terré, Simler, Lequette et Chénédedé, *Les obligations*, n° 87 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 66.

<sup>6</sup> Parfois cités comme ayant également fait application de la théorie de l'engagement unilatéral de volonté, d'autres arrêts de la Cour de cassation sont moins probants : Com. 28 mars 2000, n° 98-12074, *B. IV.*, n° 73 ; *RTD civ.* 2000, 835, obs. J. Mestre et B. Fages ; Soc. 28 juin 2000, n° 98-42147, *B. V.*, n° 258 ; Civ. 3, 12 février 2013, n° 11-21314, *RDC* 2013, 865, obs. Th. Genicon ; Civ. 1, 10 septembre 2015, n° 14-20498, *D.* 2015, 2361, note D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2016, 339, obs. H. Barbier. Dans ces quatre arrêts, en effet, le moyen écarté ne contestait qu'on pût, d'une manière générale, s'engager unilatéralement. La Cour de cassation n'y a donc, semble-t-il, pas répondu à la question, qui ne lui était pas posée, de la valeur juridique de l'engagement unilatéral de volonté.

En droit français, avant comme après la réforme de l'ordonnance du 10 février 2016, l'engagement unilatéral de volonté ne saurait dès lors être, au mieux, qu'une source d'obligations d'appoint<sup>1</sup>.

Aux termes de l'article 1100-1, alinéa 2, du Code civil, les actes juridiques unilatéraux :

« obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats. »

Dans les cas rares où l'engagement unilatéral de volonté sera source d'obligations, il convient donc de lui appliquer le régime juridique du contrat, ce qui était déjà admis avant la réforme de l'ordonnance du 10 février 2016.

## B. Obligations naissant de faits juridiques

Aux termes de l'article 1100-2, alinéa 1er, du Code civil :

« Les faits juridiques sont des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit. »

Ainsi la loi attache-t-elle des effets de droits aux faits juridiques, indépendamment de la volonté des personnes qui bénéficieront ou souffriront de ces effets. Il en existe en droit de la famille, tel le décès d'une personne, la naissance d'un enfant, etc...

En droit des obligations, on en distingue deux catégories principales, respectivement réglementées par le sous-titre II relatif à la responsabilité extra-contractuelle et le sous-titre III relatif aux autres sources d'obligations (article 1100-2, alinéa 2, du Code civil).

La naissance de l'obligation s'explique alors par la nécessité de rétablir, dans un patrimoine, un état antérieur que le fait juridique avait rompu, par un retour au *statu quo ante*<sup>2</sup>. Dans certains cas, ce patrimoine a subi une atteinte, dans d'autres cas, à l'inverse, il s'est trouvé accru sans justification. On peut ainsi distinguer les faits juridiques dommageables à autrui et les faits juridiques profitables à autrui<sup>3</sup>.

### 1. Faits juridiques dommageables à autrui : responsabilité extra-contractuelle

Ils relèvent du sous-titre II du titre III du livre III du Code civil intitulé « La responsabilité extracontractuelle » (articles 1240 et suiv. du Code civil).

Ce sont des agissements qui causent un dommage à autrui, d'une manière illicite. ils engagent la responsabilité de leur auteur et l'obligent à réparer le dommage causé.

Il ne suffit pas, en effet, d'avoir causé un dommage à autrui, pour être obligé de le réparer. Encore faut-il que le fait générateur de ce dommage apparaisse contraire au droit, parce qu'il consiste soit dans une faute, intentionnelle ou bien d'imprudence ou de négligence (articles 1240 et 1241), soit dans le fait d'une chose ou d'une personne dont on a la garde et dont on doit, en conséquence, juridiquement répondre (articles 1242 à 1244).

### 2. Faits juridiques profitables à autrui : quasi-contrats

Le Code civil les répertorie dans le sous-titre III du titre III du livre III intitulé « Autres sources d'obligations » (articles 1300 et suiv. du Code civil). Contrairement aux faits juridiques dommageables à autrui, les faits juridiques profitables à autrui sont licites. Mais ils sont la source d'une obligation pour celui qui en bénéficie, car le profit qu'il en retire apparaît injustifié.

<sup>1</sup> Fages, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 87. Comp. Bénabent, *op. cit.*, n° 13, *in fine*.

<sup>2</sup> Carbonnier, *op. cit.*, t. II, n° 1114.

<sup>3</sup> *Ibid.*

L'article 1300, alinéa 1er, du Code civil donne des quasi-contrats une définition qui ne brille pas par sa précision :

« Les quasi-contrats sont des faits purement volontaires dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui. »

En trois chapitres successifs, le sous-titre III distingue trois quasi-contrats (article 1300, alinéa 2) : la gestion d'affaires (articles 1301 et suiv.), le paiement de l'indu (articles 1302 et suiv.) et l'enrichissement injustifié (articles 1303 et suiv.). Les deux premiers étaient déjà connus du Code civil de 1804. La jurisprudence avait ajouté le troisième, à la fin du dix-neuvième siècle, comme on l'a vu précédemment.

Ces trois quasi-contrats « nommés » ne sont pas nécessairement les seuls. En effet, interprété *a contrario*, l'article 1300, alinéa 2, suggère qu'il pourrait y en avoir d'autres, que le sous-titre III ne régleme pas : « Les quasi-contrats régis par le présent sous-titre sont la gestion d'affaire, le paiement de l'indu et l'enrichissement injustifié. » Le législateur semble donc avoir voulu laisser à la jurisprudence le pouvoir d'en reconnaître, le cas échéant, d'autres.

On évoquera, brièvement pour l'instant, les trois quasi-contrats légalement réglementés.

#### a. Gestion d'affaires

C'est le fait pour une personne – le gérant – d'accomplir un ou plusieurs actes dans l'intérêt d'une autre personne – le géré ou maître de l'affaire – sans y avoir été invitée. La gestion d'affaires se distingue donc d'un contrat de mandat en ce qu'elle est spontanée, et non pas consécutive à un contrat. La gestion d'affaires ouvre notamment droit à une action en remboursement de ses débours au profit du gérant à l'encontre du maître de l'affaires (articles 1301 et suiv. du Code civil, notamment article 1301-2).

#### b. Paiement de l'indu

L'expression signifie payer ce qui n'était pas dû. Il s'ensuit un enrichissement injustifié de celui qui a reçu le paiement. Or, aux termes de l'article 1302, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil<sup>1</sup> :

« Tout paiement suppose une dette ; ce qui a été payé sans être dû est sujet à restitution ».

La restitution, la « répétition » disait-on jadis<sup>2</sup>, a lieu au profit de celui qui a acquitté à tort l'obligation, que ce soit par erreur ou non. Le paiement indu fait donc naître une obligation de restitution à la charge de l'*accipiens* envers le *solvens*, sanctionnée par une action en justice, comme le précise l'article 1302-1 du Code civil :

« Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû doit le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu. »

#### c. Enrichissement injustifié

La gestion d'affaires et le paiement de l'indu sont apparues, en définitive, comme des applications particulières d'un principe général, selon lequel on ne saurait s'enrichir de manière injustifiée au détriment d'autrui<sup>3</sup>. C'est la raison pour laquelle, à la fin du dix-neuvième siècle, la Cour de cassation a consacré en termes très généraux un nouveau quasi-contrat, en marge de tout texte : l'enrichissement sans cause<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> L'actuel article 1302 reprend presque mot à mot l'ancien article 1235 du Code civil.

<sup>2</sup> Cf. ancien article 1235 du Code civil.

<sup>3</sup> Descheemaeker, *op. cit.*, *passim*.

<sup>4</sup> Req. 16 juin 1892, préc.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Elle a ensuite enserré l'action fondée sur l'enrichissement sans cause, qu'elle a accordée à l'appauvri à l'encontre de l'enrichi, à des conditions assez strictes. La condition fondamentale réside dans l'absence de cause, c'est-à-dire que tant l'enrichissement que l'appauvrissement doivent être sans justification juridique. Ce ne serait pas le cas si l'enrichissement provenait d'un contrat passé entre l'enrichi et l'appauvri ou entre l'enrichi et un tiers, ou bien encore si l'appauvrissement provenait d'une obligation légale, par exemple une obligation alimentaire.

Sous le nom d' « enrichissement injustifié », pour éviter toute référence à la notion désormais honnie de cause<sup>1</sup>, l'enrichissement sans cause a reçu, avec l'ordonnance du 10 février 2016 une consécration législative (articles 1303 et suiv. du Code civil), alors qu'il n'était, jusqu'à alors, qu'un quasi-contrat d'origine jurisprudentielle.

### C. Obligations naissant de l'autorité seule de la loi

Sans doute, d'une manière générale, la loi est-elle la source, au moins médiate, de toutes les obligations. En effet, le contrat, les quasi-contrats, la responsabilité extra-contractuelle ne sont sources d'obligations que parce que la loi l'a prévu. Mais il arrive qu'une obligation naisse de la seule autorité de la loi, sans qu'un fait générateur doive s'être produit selon les conditions prévues par la loi<sup>2</sup>.

Ex. obligation naissant entre propriétaires voisins concernant les distances à respecter pour les plantations, la réparation ou l'entretien d'un mur mitoyen (articles 651 et suiv. du Code civil), obligation alimentaire entre descendants et ascendants (articles 205 et suiv. du Code civil).

La consécration de cette troisième source d'obligations a été critiquée<sup>3</sup>, car elle paraît de nature à engendrer des chevauchements avec la catégorie des faits juridiques<sup>4</sup>. En effet, rappelons-le, aux termes de l'article 1100-2, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, « Les faits juridiques sont des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit. » Or on imagine mal que la loi impose une obligation à une personne sans rattacher cette obligation à un agissement ou, à tout le moins, à un événement : par exemple, c'est la conception de l'enfant qui est à l'origine de l'obligation alimentaire incombant aux parents, la situation de propriétaire qui est à l'origine des obligations de voisinage. Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont tenu à combiner la classification des sources d'obligations de Pothier et du Code civil de 1804, juxtaposant la loi aux autres sources d'obligations, et la classification moderne dualiste des sources d'obligations distinguant les actes et les faits juridiques. Il n'est pas certain que ce choix soit judicieux.

## § 3 Classification fondée sur la force de l'obligation : obligation civile et obligation naturelle<sup>5</sup>

Il convient d'évoquer la notion d'obligation naturelle, puis les effets juridiques que le droit positif lui reconnaît exceptionnellement.

<sup>1</sup> Reprochant à la notion de cause sa malléabilité et son incertitude, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 l'ont bannie des nouveaux textes, on le verra.

<sup>2</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 63.

<sup>3</sup> Brenner, *op. cit.*, *passim*.

<sup>4</sup> *Contra* : Chantepie et Latina, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>5</sup> G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. II, LGDJ, 1957, n° 1327-1346 ; Carbonnier, *Droit civil*, t. II, n° 922 et n° 924 ; E.-H. Perreau « Les obligations de conscience devant les tribunaux », *RTD civ.* 1913, 503 ; R. Savatier, *Des effets et de la sanction du devoir moral devant les tribunaux*, thèse Poitiers, 1916 ; C. Thomas, *Essai sur les obligations naturelles en droit privé français*, thèse Montpellier, 1932 ; G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1949, n° 186 s. ; J. Flour « La notion d'obligation naturelle et son rôle en droit civil », *Trav. Ass. H. Capitant*, t. VII, 1952, Montréal, Eugène Doucet, 1956, 813 ; J.-J. Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, thèse Toulouse, préf. J. Maury, LGDJ 1955, n° 322 s. ; « Les obligations naturelles, la jurisprudence et le droit », in : *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz & Sirey, 1961, t. II, 321 s. ; M. Gobert, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, préf. J. Flour, Sirey, 1957 ; M. Rotondi « Quelques considérations sur le concept d'obligation naturelle et son évolution », *RTD civ.* 1979, 1 ; N. Molfessis « L'obligation naturelle devant la Cour de cassation », *D.* 1997, *Chr.* 85 ; M. Julienne « Obligation naturelle et obligation civile », *D.* 2009, 1709 ; M. Coudrais « L'obligation naturelle : une idée moderne ? », *RTD civ.* 2011, 453 ; F. Chénéde « Colmet de Santerre, la notion d'obligation naturelle », *RDC* 2014, 133 ; K. Bellis, *Système de l'obligation naturelle*, thèse Paris 2, 2018 ; du même auteur : résumé de sa thèse, *Droits* 2019, n° 69, pp. 191-218.

## A. Notion d'obligation naturelle

Toute obligation, on l'a vu, comprend normalement une sanction : si elle n'est pas exécutée par le débiteur, le créancier peut l'y contraindre par l'exécution forcée ou, à défaut, par une exécution par équivalent – dommages-intérêts. Par exception à ce principe, on admet cependant parfois qu'il y a une obligation qui n'est pas assorti d'un pouvoir de contrainte : l'obligation naturelle, par opposition à l'obligation civile. L'obligation naturelle est donc un *debitum* sans *obligatio*, une *Schuld* sans *Haftung*<sup>1</sup>.

Inscrit dans le chapitre du titre III du livre III consacré au quasi-contrat dit du paiement de l'indu, l'article 1302 du Code civil atteste de la réalité juridique de la notion :

« Tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû est sujet à restitution.  
« La restitution n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. »

L'article 1302, alinéa 2, reprend presque à l'identique l'ancien article 1235, alinéa 2, du Code civil, remontant à 1804. Mais le texte se borne à indiquer un effet de l'obligation naturelle, à savoir faire obstacle à une demande en restitution du paiement au motif que celui-ci serait indu. Il ne définit pas la notion. La doctrine classique s'efforçait de ramener l'obligation naturelle à une obligation civile imparfaite ; la doctrine moderne la considère exclusivement comme l'expression d'un devoir moral<sup>2</sup>.

### 1. Conception classique : l'obligation naturelle, une obligation civile imparfaite

Les auteurs classiques, notamment Aubry et Rau, étaient soucieux de maintenir étanche la frontière entre le droit et la morale. Aussi le droit ne pouvait-il, selon eux, reconnaître d'effets à l'obligation naturelle, que parce que celle-ci était une obligation juridique et ne s'identifiait pas à un vague devoir moral<sup>3</sup>. L'obligation naturelle était donc une obligation civile imparfaite, que le législateur n'avait pas entendu assortir d'un caractère coercitif.

Dans une certaine mesure, cette conception étroite de l'obligation naturelle pouvait se recommander de du droit romain et de Domat<sup>4</sup>. D'après une citation de Julien, reproduite dans le *Digeste*<sup>5</sup>, l'obligation naturelle a le même fondement que l'obligation civile. Toutefois, les jurisconsultes romains n'ont jamais systématisé la notion : ils n'en avaient qu'une approche empirique<sup>6</sup>. De même, pour l'illustrer, Domat<sup>7</sup> se borne à citer l'impossibilité pour l'incapable, qui a payé une dette en exécution d'un contrat nul pour incapacité, de le « répéter », en reproduisant une solution romaine. L'article 1302, alinéa 2, du Code civil généralise aujourd'hui cette règle particulière, en l'étendant à tout acquittement volontaire d'une obligation naturelle.

Ce sont surtout Aubry et Rau, qui, influencés par la doctrine allemande, ont donc systématisé la notion d'obligation naturelle. Selon eux et d'autres auteurs classiques du dix-neuvième siècle, l'obligation naturelle consiste, plus précisément, en une obligation civile soit avortée, soit dégénérée :

- Une obligation civile avortée, telle une obligation créée par un contrat nul pour incapacité ou pour vice de forme ;

<sup>1</sup> Carbonnier, *op. cit.*, t. II, n° 924, p. 1924 ; Dupeyroux, *Contribution à la théorie de l'acte juridique à titre gratuit*, n° 344 et s.

<sup>2</sup> Cf. la brillante synthèse de Mme Gobert (*op. cit.*, p. 1 et s.).

<sup>3</sup> C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, 6<sup>e</sup> éd. par E. Bartin, Marchal et Billard, 1943, § 297 ; F. Laurent, *Principes de droit civil français*, Pédone et Bruylant, t. XVII, 1875, n° 1-6 ; V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 8<sup>e</sup> éd., t. IV, Delamotte, 1877, n° 669 et s. ; G. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XIII, *Obligations*, vol. 2, par G. Baudry-Lacantinerie et L.-J. Barde, 3<sup>e</sup> éd., Larose & Tenin, 1907, n° 1652. Cette assimilation de l'obligation naturelle à une obligation civile fut portée à son paroxysme par J. Bonnecase, qui fit de l'obligation naturelle une obligation civile conditionnelle (*Supplément au traité théorique et pratique de Baudry-Lacantinerie*, t. V, Sirey, 1930, n° 111-153, spéc. n° 147 et s.).

<sup>4</sup> Sur l'histoire de la notion d'obligation naturelle, cf. Lévy et Castaldo, *Histoire du droit civil*, n° 656-658 ; Carbonnier, *op. cit.*, t. II, n° 924, p. 1923.

<sup>5</sup> *Dig.* XLVI, 1, *De fidejuss.*, 16, 4 ; P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz, 1929, 2<sup>e</sup> partie, pp. 679 et s.

<sup>6</sup> Lévy et Castaldo, *op. cit.*, n° 657.

<sup>7</sup> J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1<sup>re</sup> partie, livre I, titre I, sect. 5, n° 9.

- une obligation civile dégénérée, éteinte par la prescription.

S'inspirant d'une formule de Pothier<sup>1</sup>, Aubry et Rau<sup>2</sup>, il est vrai, rangeaient également les « engagements d'honneur »<sup>3</sup> dans les obligations naturelles, mais uniquement pour dénier effet civil à de tels engagements, en indiquant simplement qu'ils ne devaient pas donner d'action en justice au créancier.

## 2. Conception moderne : l'obligation naturelle, expression d'un devoir moral

Marcel Planiol<sup>4</sup>, puis Georges Ripert<sup>5</sup> et Jacques Flour<sup>6</sup>, notamment, ont dénoncé le caractère artificiel de l'analyse de l'obligation naturelle en une obligation civile imparfaite. Les auteurs classiques s'évertuent en effet à conférer une juridicité à l'obligation naturelle, pour tenter de la distinguer du devoir moral. Mais l'absence de caractère coercitif de l'obligation naturelle constitue une différence fondamentale, essentielle avec une obligation civile, et non une différence simplement accidentelle. Aussi, tant que le devoir de conscience n'est pas devenu une obligation civile, l'obligation n'existe en réalité pas :

« Il n'y a aucun inconvénient d'ailleurs à conserver l'expression d'obligation naturelle pour désigner le devoir de conscience pris en considération par le juge en vue de ses effets civils. Il faut simplement se garder de croire au caractère naturel de cette obligation beaucoup moins imposée par la nature des choses que l'obligation civile »<sup>7</sup>.

« Il n'est pas d'autre obligation que l'obligation civile, car il ne peut y avoir d'obligation qui n'oblige pas. Toute la question est de savoir comment le devoir moral peut se transformer en obligation civile »<sup>8</sup>.

La doctrine actuelle<sup>9</sup> et la jurisprudence<sup>10</sup> considèrent ainsi que l'obligation naturelle répond à un devoir moral, un devoir de conscience<sup>11</sup>, dont l'accomplissement ne peut dès lors être exigé du « débiteur » par le « créancier ». Telle était déjà la conception de départ de Pothier, qui l'avait empruntée aux jusnaturalistes comme Pufendorf<sup>12</sup>. Cependant, loin de chercher à nettement séparer le droit positif et la morale, comme le fit la doctrine de l'Exégèse au dix-neuvième siècle, l'École du droit de la nature et des gens affirmaient l'existence d'un droit naturel, qu'ils considéraient comme un ensemble de préceptes moraux découverts par la raison. Aussi, pour n'obliger le « débiteur » qu'en son fort intérieur, l'obligation naturelle avait-elle bien, pour eux, un caractère juridique. Malgré l'influence de Pufendorf,

<sup>1</sup> Pothier, *Traité des obligations*, n° 173-174 :

**173** « On appelle *Obligation naturelle*, celle, qui dans le fort de l'honneur et de la conscience, oblige celui qui l'a contractée à l'accomplissement de ce qui y est contenu. »

**174** « Les obligations sont ordinairement civiles et naturelles tout ensemble » (...)

« Il y a aussi des obligations qui sont seulement des obligations naturelles, sans être obligations civiles. Ces obligations, dans le fort de l'honneur et de la conscience, obligent celui qui les a contractées à les accomplir ; mais la loi civile refuse l'action à celui envers qui elles sont contractées pour en poursuivre en justice l'exécution.

« Ces obligations ne sont qu'improprement obligations, car elles ne sont pas un lien de droit *vinculum juris*. Elles n'imposent pas à celui qui les a contractées une véritable nécessité de les accomplir, puisqu'il ne peut y être contraint par celui envers qui il les a contractées : et c'est néanmoins dans cette *nécessité* que consiste le caractère de l'obligation, *vinculum juris quo necessitate adstringimur* : elles sont seulement *pudoris et æquitatis vinculum*. »

<sup>2</sup> Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, *loc. cit.*

<sup>3</sup> Sur cette notion, *cf. infra* : 1<sup>re</sup> partie « Les sources d'obligations », titre I « Le contrat (l'acte juridique) », chapitre préliminaire « Notions générales sur le contrat », section 1 « Définition du contrat », § 1 « Exclusion de situations ressemblant à un contrat », C. « Engagements d'honneur ».

<sup>4</sup> Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n° 337.

<sup>5</sup> Ripert, *La règle morale...*, n° 187-192 ; Ripert et Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. II, n° 1333-1334.

<sup>6</sup> Flour « La notion d'obligation naturelle et son rôle en droit civil », *op. cit.*, pp. 817-818.

<sup>7</sup> Ripert, *op. cit.*, n° 193, p. 378.

<sup>8</sup> *Ibid.*, n° 194, p. 380.

<sup>9</sup> *Ibid.*, n° 192 ; Flour, *op. cit.*, pp. 819-820 ; *adde* : Bénabent, *Droit des obligations*, n° 5. Pour une synthèse des conceptions classique et moderne de l'obligation naturelle, *cf.* Carbonnier, *op. cit.*, t. II, n° 922.

<sup>10</sup> Civ. 1, 6 octobre 1959, n° 57-12609, *B. I.*, n° 383 ; *D.* 1960, *J.* 515, note Ph. Malaurie.

<sup>11</sup> Encore faut-il s'entendre sur la conscience dont il est question. *Cf.* D. Fenouillet, *La conscience*, préf. G. Cornu, LGDJ, 1993, n° 172 : la source de l'obligation naturelle ne résiderait pas dans la conscience individuelle du débiteur, mais dans la morale collective, la conscience collective de la règle morale.

<sup>12</sup> S. Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, trad. J. Barbeyrac, Bâle, 1732, t. I, livre III, chap. IV, § VI.

Pothier n'avait finalement reconnu, quant à lui, d'autres obligations naturelles que celles que la doctrine du dix-neuvième siècle appellera les obligations civiles avortées ou dégénérées<sup>1</sup>.

Selon la Cour de cassation, les juges du fond apprécient souverainement l'existence d'une obligation naturelle<sup>2</sup>. D'une façon générale, la jurisprudence ne limite pas son domaine aux obligations civiles avortées ou dégénérées, dans lequel la doctrine classique avait voulu cantonner cette « obligation ».

Ex. obligation civile éteinte par prescription, obligation d'assistance entre membres d'une même famille non tenus d'une obligation alimentaire, ainsi les frères et sœurs entre eux, obligation d'assistance du concubin envers la concubine abandonnée.

Cette assimilation de l'obligation naturelle à un devoir de conscience se retrouve dans l'article 1100, alinéa 2, du Code civil.

## B. Effets juridiques de l'obligation naturelle

Si l'obligation naturelle n'accède en principe pas à la vie juridique, ce principe connaît des exceptions. Toute la question est effectivement de savoir comment le devoir moral, que l'obligation naturelle traduit, peut se muer, se transformer en obligation civile<sup>3</sup>. L'article 1100, alinéa 2, du Code civil, y répond, en énonçant les effets juridiques traditionnels, limités, de l'obligation naturelle, en consolidant la jurisprudence antérieure<sup>4</sup>.

L'article 1100 du Code civil énonce, on s'en souvient :

« Les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi.  
« Elles peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui. »

Dans les deux hypothèses visées par l'alinéa 2 de l'article 1100, une obligation civile contraignante va naître. Le devoir de conscience envers autrui renvoie à la notion d'obligation naturelle, même si les rédacteurs du texte ont évité d'employer cette dernière expression. Le rapport des rédacteurs de l'ordonnance au président de la République confirme du reste expressément que la disposition a pour objet de consacrer la jurisprudence relative à la transformation de l'obligation naturelle. Ainsi l'obligation naturelle peut-elle se transformer en obligation civile contraignante, soit par son exécution volontaire, soit par la promesse de l'exécuter, comme le décidait la jurisprudence. L'article 1100, alinéa 2, du Code civil doit être relié à l'article 1302, alinéa 2, lequel fait expressément référence à la notion d'obligation naturelle<sup>5</sup>.

Cependant, la rédaction de l'article 1100 est trompeuse, car elle suggère que, dans les cas prévus par son alinéa 2, la source de l'obligation ne serait ni un acte juridique, ni un fait juridique, ni l'autorité seule de la loi, par exception à l'alinéa 1<sup>er</sup>. Or, en réalité, l'obligation civile issue de la transformation d'une obligation naturelle résulte bien d'un acte juridique<sup>6</sup>, sinon d'un contrat. En effet, l'exécution volontaire d'un devoir de conscience, en d'autres termes son paiement, répond à la définition de l'acte juridique unilatéral, manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit<sup>7</sup>. Il en va de même de la promesse d'exécuter un tel devoir<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Pothier, *op. cit.*, n° 191-197.

<sup>2</sup> Civ. 1, 11 octobre 2017, n° 16-24533 (P) ; *D.* 2018, 371, obs. M. Mekki ; *Dr. fam.* janvier 2018, repère 1, M. Nicot ; *RTD civ.* 2018, 194, obs. M. Grimaldi ; Civ. 3, 26 janvier 2022, n° 20-23436, *JCP N* 13 mai 2022, 1159, n° 1, obs. M. Mekki.

<sup>3</sup> Ripert, *op. cit.*, n° 194, p. 380.

<sup>4</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 65.

<sup>5</sup> Deshayes, Genicon et Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, art. 1100, art. 1302.

<sup>6</sup> Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1100.

<sup>7</sup> Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, *loc. cit.* ; *contra* : Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 64 (pour ces auteurs, ce serait un fait juridique).

<sup>8</sup> La question est discutée en doctrine de savoir si les notions d'obligation naturelle et de libéralité sont compatibles. Pour certains, l'exécution volontaire ou la promesse d'exécuter un devoir de conscience ne saurait constituer une donation, même indirecte (Carbonnier, *op. cit.*, t. II, n° 922, pp. 1919-1920 ; Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, n° 375 et s.). En effet, l'auteur du paiement ou de la promesse est animé de l'intention de se libérer d'une dette préexistante, fût-elle naturelle, et non

## 1. Efficacité du paiement de l'obligation naturelle

Il résulte de l'article 1302, alinéa 2, du Code civil que le paiement d'une obligation naturelle ne peut faire l'objet d'une demande en restitution. Or le paiement indu est sujet à restitution, comme le précise l'alinéa 1<sup>er</sup>. En admettant l'efficacité de l'acquiescement volontaire d'une obligation naturelle, le législateur reconnaît donc la réalité juridique de celle-ci.

L'exemple type est le paiement d'une dette prescrite, dont le créancier ne pouvait plus exiger le paiement en justice. L'accomplissement de la prescription extinctive laisserait subsister une obligation naturelle. A dire vrai, cette obligation naturelle n'est rien d'autre que le devoir moral, qui, malgré l'extinction de l'obligation civile, subsiste, de s'acquiescer de sa dette. En l'exécutant volontairement, le créancier la transformerait en obligation civile<sup>1</sup>. Le paiement étant dès lors dû, le créancier ne peut en exiger ultérieurement la restitution<sup>2</sup>.

Le terme « paiement » ne doit pas être mal compris. Dans la langue courante, en effet, le paiement est le versement d'une somme d'argent. Mais, en droit des obligations, le paiement est un mode d'extinction de l'obligation par l'exécution volontaire de la prestation due, quelle qu'elle soit. Cette définition résulte aujourd'hui de l'article 1342, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, inséré en tête d'un chapitre IV « L'extinction de l'obligation », du titre IV du livre III du Code civil consacré au « régime général des obligations » :

« Le paiement est l'exécution volontaire de la prestation due. »

Le paiement efficace de l'obligation naturelle peut donc avoir pour objet une prestation en nature, au lieu d'une somme d'argent<sup>3</sup>. Quel qu'en soit l'objet, en tout cas, l'obligation civile, qui prend naissance par le paiement de l'obligation naturelle, est mort-née<sup>4</sup>. En effet, le paiement éteint cette obligation civile éphémère en laquelle il avait transformé l'obligation naturelle.

De prime abord, on pourrait penser qu'en excluant la restitution du paiement à l'égard des obligations naturelles « volontairement » acquittées, l'article 1302, alinéa 2, contient une simple redondance, renvoyant au caractère nécessairement volontaire de tout paiement, affirmé par l'article 1342, alinéa 1<sup>er</sup>. Mais, en réalité, l'adverbe « volontairement » a une signification plus exigeante dans l'article 1302, alinéa 2 que dans l'article 1342, alinéa 2. Pour que le *solvens* ne puisse obtenir restitution, il faut en effet que son paiement ait été fait en pleine connaissance de cause, c'est-à-dire qu'il ait su ne pas être obligé civilement<sup>5</sup>.

La nature juridique du paiement est controversée en doctrine<sup>6</sup>. On hésite, en effet, entre la qualification d'acte juridique et celle de fait juridique. Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont évité de prendre parti. Il existe, malgré tout, une forte tendance doctrinale à considérer le paiement comme un

de l'intention libérale caractéristique des libéralités. Pour d'autres, fût-ce pour s'acquiescer d'un devoir de conscience, il a bien la volonté de s'appauvrir sans contrepartie, révélatrice d'une intention libérale (Flour, *op. cit.*, pp. 821-823). La jurisprudence tend à adopter ce second point de vue (Civ. 1, 6 octobre 1959, préc.). L'intérêt de distinguer obligation naturelle et donation tient à l'utilisation de la notion d'obligation naturelle pour éluder les règles de fond et de forme des donations (M. Gobert, *op. cit.*, pp. 54-73). Cf. *infra* : 1<sup>re</sup> partie « Les sources d'obligations », titre I « Le contrat (l'acte juridique) », chapitre préliminaire « Notions générales sur le contrat », section 3 « Classification des contrats », § 2 « Classifications fondées sur le contenu du contrat », C. « Contrats à titre onéreux et contrats à titre gratuit ».

<sup>1</sup> Ripert (*op. cit.*, n° 197, p. 384) et Mme Gobert (*op. cit.*, pp. 25 s) ont critiqué le recours à l'obligation naturelle dans cette hypothèse. Selon cet auteur, en effet, la prescription extinctive ne fait pas disparaître l'obligation civile : son effet est purement processuel, à savoir l'extinction de l'action en paiement de l'obligation. Dès lors, en payant une dette prescrite, le créancier exécuterait une obligation civile, et non pas une obligation naturelle. Cela suffirait à expliquer l'efficacité du paiement, affirmé jadis par l'article 1235, alinéa 2, et aujourd'hui par l'article 1302, alinéa 2. Dans le même sens : S. Ravenne, note ss. Civ. 1, 9 décembre 2018, *JCP* 2019, *Act.* 306.

<sup>2</sup> Civ. 1, 6 juillet 1987, n° 86-10831, *B. I.*, n° 224 ; Civ. 1, 19 décembre 2018, n° 17-27855, *JCP* 2019, *Act.* 306, note S. Ravenne.

<sup>3</sup> Civ. 1, 6 juillet 1987, préc.

<sup>4</sup> Dupeyroux, *Contribution à la théorie de l'acte juridique à titre gratuit*, n° 369.

<sup>5</sup> Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. XXVII, n° 46.

<sup>6</sup> Sur l'ensemble de la controverse, cf. Carbonnier, *Droit civil*, t. II, n° 1248 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 1412 et n° 1449 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, L. Andreu et V. Forti, *Droit civil, Les obligations. Le rapport d'obligation*, 11<sup>e</sup> éd., Lefebvre Dalloz, 2024, n° 218 ; G. Loiseau, « Réflexion sur la nature juridique du paiement », *JCP* 2006, éd. G, I, 171.



acte juridique unilatéral, en dépit de sa soumission au régime de la liberté de la preuve gouvernant les faits juridiques<sup>1</sup>.

Mais quoi qu'il en soit de cette controverse, la transformation de l'obligation naturelle en obligation civile par son acquittement volontaire résulte, elle, indubitablement d'un acte juridique, au sens de l'article 1100, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil. En effet, le paiement doit être effectué, on l'a vu, en pleine connaissance de cause de l'existence d'une simple obligation naturelle, à laquelle le *solvens* entend néanmoins donner une efficacité juridique en l'acquittant volontairement. Cet acte juridique est toutefois unilatéral, et non pas conventionnel, car il ne suppose pas l'accord de l'*accipiens*<sup>2</sup>.

Suivant en cela la doctrine dominante, la jurisprudence<sup>3</sup> analysa longtemps le paiement en général comme un acte juridique, dont la preuve devait être en principe rapportée par écrit, conformément aux dispositions des anciens articles 1341 et suivants du Code civil, que les articles 1359 et suivants ont aujourd'hui remplacés. Nonobstant l'opinion contraire d'une partie importante de la doctrine<sup>4</sup>, le paiement n'est, il est vrai, pas un contrat<sup>5</sup>, car, dès lors qu'il porte sur la totalité de la dette, il n'exige pas l'accord du créancier. En effet, sauf motif légitime, ce dernier ne peut refuser le paiement, même émanant de quelqu'un d'autre que le débiteur, comme le précise l'article 1342-1 du Code civil. Cependant, pour unilatéral qu'il soit, le paiement n'en constitue pas moins, pour cette doctrine dominante, un acte juridique, dans la mesure où il implique une manifestation de volonté du *solvens* en vue de produire des conséquences de droit, à savoir l'extinction de la dette par son exécution<sup>6</sup>.

Toutefois, certains auteurs soutinrent, au contraire, que le paiement serait un fait juridique, un mécanisme purement objectif, car il ne postule d'autres éléments qu'une obligation préexistante et une prestation conforme à cette obligation<sup>7</sup>. Sous l'influence de ces auteurs, la Cour de cassation a fini par opérer un revirement de jurisprudence : le paiement serait un fait juridique, comme tel susceptible d'être prouvé par tous moyens<sup>8</sup>. Mais cette analyse s'applique malaisément à l'acquittement volontaire d'une obligation naturelle. En effet, celle-ci ne préexiste pas à son paiement, dont l'effet est de faire accéder un devoir de conscience à la vie juridique en le transformant en obligation civile.

Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont choisi de ne pas trancher explicitement la controverse. Certes, l'article 1342, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil définit désormais le paiement comme « l'exécution volontaire de la prestation due ». On serait tenté d'en déduire que le paiement constitue bien un acte juridique unilatéral, comme la doctrine dominante le soutient traditionnellement, dès lors qu'il suppose une manifestation de volonté unilatérale du débiteur, mais non le consentement du créancier. Cependant, l'article 1342-8 du Code civil a consacré la dernière jurisprudence la Cour de cassation, en énonçant que « Le paiement se prouve par tout moyen. » Or les actes juridiques se prouvent en principe par écrit (articles 1359 et suivants du Code civil). Le paiement obéit donc au principe de la liberté de la preuve applicable aux seuls faits juridiques (article 1358 du Code civil).

## 2. Caractère contraignant de la promesse d'exécuter une obligation naturelle

La jurisprudence a estimé effectivement que le « débiteur » peut transformer l'obligation naturelle en obligation civile, en promettant unilatéralement de l'exécuter, sans qu'il soit nécessaire que le « créancier » de cette obligation naturelle donne son accord<sup>9</sup>. L'article 1100, alinéa 2, du Code civil codifie cette jurisprudence.

<sup>1</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 932 ; Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1342 et art. 1342-8 ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 1743-1744 ; Bénabent, *Droit des obligations*, n° 747.

<sup>2</sup> Comp. Dupeyroux, *Contribution à la théorie de l'acte juridique à titre gratuit*, n° 369 : l'adhésion du créancier naturel à cette décision de transformation de l'obligation naturelle en obligation civile serait nécessaire. Mais l'auteur ne semble pas pour autant faire de l'acquittement volontaire de l'obligation naturelle un contrat.

<sup>3</sup> Civ. 1, 5 octobre 1976, n° 75-12099, n° B. I, n° 282 ; Civ. 1, 15 décembre 1982, n° 80-14981, B. I, n° 365 ; Civ. 1, 19 mars 2002, n° 98-23083, B. I, n° 101.

<sup>4</sup> Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil de Beudant*, 2<sup>e</sup> éd., t. VIII, par G. Lagarde, n° 460 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 1412 ; Flour, Aubert, Savaux, Andreu et Forti, *Le rapport d'obligation*, n° 218 ; M.-J. Pierrard « Les procédés de preuve du paiement », *RTD civ.* 1948, 438 et suiv. ; Y. Loussouarn, obs. *RTD civ.* 1970, 767 ; G.G., note *JCP* 1974, II, 17760.

<sup>5</sup> Loiseau, *op. cit.* ; Bénabent, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>6</sup> Bénabent, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>7</sup> N. Catala, *La nature juridique du paiement*, thèse, préf. J. Carbonnier, LGDJ, 1961.

<sup>8</sup> Civ. 1, 16 juillet 2004, n° 01-14618, B. I, n° 202 ; *CCE* 2005, n° 31, note Ph. Stoffel-Munck ; Civ. 1, 16 septembre 2010, n° 09-13947, B. I, n° 173 ; *D.* 2010, *Pan.* 2671, obs. Ph. Delebecque ; *D.* 2011, *Chr. C. cass.* 622, obs. Cl. Creton ; *JCP* 2010, n° 940, obs. G. Deharo ; *CCC* 2010, n° 266, note L. Leveneur ; *RDC* 2011, 103, obs. R. Libchaber ; *RLDC* 2010/76, n° 3992, obs. A. Paulin et S. Hocquet-Berg ; cf. G. Loiseau, obs. *JCP* éd. G n° 42, 18 octobre 2010, 1040, chronique « Régime de l'obligation », § 15 ; *Rapport de la C. cass.* 2012, livre 3, partie 3. Cf. ég. Civ. 2, 17 décembre 2009, n° 06-18649, *RTD civ.* 2010, 325, obs. B. Fages : cet arrêt affirme la liberté de la preuve du paiement, sans néanmoins prendre parti explicitement sur la nature juridique de ce dernier.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

La doctrine classique parlait volontiers de « novation » de l'obligation naturelle en obligation civile<sup>1</sup>. Mais, pour évocatrice qu'elle soit, cette terminologie est inexacte. En effet, l'article 1329, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil définit la novation de la manière suivante :

« La novation est un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle, qu'elle crée. »

Cette définition de la novation est traditionnelle : l'ancien article 1271, 1<sup>o</sup>, du Code civil la donnait déjà, en des termes proches du texte actuel de l'article 1239, alinéa 1<sup>er</sup>. Or l'obligation naturelle n'étant véritablement une obligation, l'obligation civile que la promesse de l'exécuter engendre, n'en est pas la novation. Aussi bien la Cour de cassation rejette-t-elle cette qualification, qu'elle juge « impropre »<sup>2</sup>.

Le terme « promesse », que l'article 1100, alinéa 2, emploie, ne doit pas prêter à malentendu. Dans la jurisprudence sur l'obligation naturelle et dans cette disposition légale, il ne désigne pas, comme habituellement, un contrat préparatoire à un contrat définitif<sup>3</sup>. La « promesse » consiste en l'occurrence en un engagement unilatéral de volonté. Certes, habituellement, celui-ci n'est pas une source d'obligations, on le sait. Mais, sous l'influence, la pression de la règle morale, la jurisprudence, désormais confortée par le législateur lui-même, en a jugé autrement à propos de l'obligation naturelle. Par le recours à celle-ci, la règle morale vient ainsi « perturber »<sup>4</sup> l'ordre juridique positif, en déformant la théorie classique des sources d'obligations. On peut douter néanmoins de l'intérêt pratique de cette perturbation<sup>5</sup>. L'engagement étant dans l'intérêt exclusif du créancier, son acceptation le transformant en un contrat unilatéral ne fera en effet que rarement défaut. En règle générale, l'acceptation doit même en ce cas être présumée, selon la jurisprudence, par dérogation au principe selon lequel le silence ne vaut pas consentement<sup>6</sup>.

## Section 6 : Place de la théorie générale des obligations au sein du droit civil

La théorie générale des obligations y occupe une place éminente à tous égards, en raison de son importance pratique et théorique.<sup>7</sup>

### § 1 Importance pratique

La théorie générale des obligations est la mise en forme juridique des rapports économiques entre les hommes et les entreprises. Les règles gouvernant le contrat en général (sous-titre I du titre III du livre III du Code civil) contiennent les règles de base applicables à tous les contrats, sous réserve de la réglementation particulière applicable à tel ou tel type de contrat (article 1105 du Code civil). La

<sup>9</sup> Civ. 1, 10 octobre 1995, n° 93-20300, *B. I.*, n° 352 ; *D.* 1996, *Somm.* 120, obs. R. Libchaber et 1997, *J.* 155, note G. Pignarre ; Civ. 1, 4 janvier 2005, n° 02-18904, *B. I.*, n° 4 ; *D.* 2005, 1393, note G. Loiseau ; *JCP* 2005, II, 10159, note M. Mekki ; *RTD civ.* 2005, 397, obs. J. Mestre et B. Fages ; Civ. 1, 3 octobre 2006, n° 04-14388, *B. I.*, n° 428 ; Civ. 1, 21 novembre 2006, n° 04-16370, *B. I.*, n° 503 ; Civ. 1, 11 octobre 2017, préc. ; Civ. 3, 26 janvier 2022, n° 20-23436, *JCP N* 13 mai 2022, 1159, n° 1, obs. M. Mekki. Rapp. Civ. 1, 3 octobre 2006, n° 04-14388, *B. I.*, n° 428 ; *D.* 2007, *Pan.* 1465, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2006, 418, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2007, 98, obs. J. Hauser ; Civ. 1, 17 oct. 2012, n° 11-20.124, *D.* 2012, 2518, et 2013, 411, note G. Pignarre ; *ibid.* 2013, 391, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *RTD civ.* 2012, 720, obs. B. Fages ; *LEDC*, 1<sup>er</sup> déc. 2012, n° 11, p. 6, obs. G. Guerlin.

<sup>1</sup> Cf. par ex. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXVII, n° 45 ; Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n° 339.

<sup>2</sup> Civ. 1, 10 octobre 1995, préc.

<sup>3</sup> Cf. *infra* : 1<sup>re</sup> partie « Les sources d'obligations », titre I « Le contrat (l'acte juridique) », chap. préliminaire « Notions générales sur le contrat », section 1 « Définition du contrat », § 2 « Inclusion des accords préalables » ; sous-titre I « La formation du contrat », chap. I « La conclusion du contrat », section 3 « Les contrats préparatoires ».

<sup>4</sup> M. Gobert, *op. cit.*, p. 151 et suiv. ; Flour, Aubert et Savaux, *L'acte juridique*, n° 1024 ; Molfessis « L'obligation naturelle devant la Cour de cassation », *op. cit.*, *passim*. Pour une critique sévère, et à notre sens empreinte de parti pris, de l'analyse de Mme Gobert, cf. Dupeyroux « Les obligations naturelles, la jurisprudence et le droit », pp. 329 et s.

<sup>5</sup> Flour « La notion d'obligation naturelle et son rôle en droit civil », *op. cit.*, pp. 825-826. Cf. Dupeyroux, *Contribution à la théorie de l'acte juridique à titre gratuit*, n° 374 : la promesse d'exécuter une obligation naturelle serait une « convention », mais l'acquiescement du créancier pourrait, la plupart du temps, être présumé.

<sup>6</sup> Cf. *infra* : première partie « Les sources d'obligations », titre I « Le contrat (l'acte juridique) », sous-titre I « La formation du contrat », chapitre I « La conclusion du contrat », section 2 « La conclusion d'un contrat classique », § 2 « L'acceptation », B. « Forme de l'acceptation », 3. « Silence ».

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

responsabilité civile représente de son côté un contentieux considérable, non seulement en matière d'accidents de la circulation, mais en tous domaines.

## § 2 Importance théorique

Cette importance théorique tient au fait que le droit des obligations renferme les principes fondamentaux du droit privé et qu'il manifeste une tendance à l'universalité.

### A. Réunion de tous les principes fondamentaux

Le droit des obligations comprend à peu près tous les principes fondamentaux du droit privé, non seulement du droit civil, mais aussi du droit des affaires et d'autres branches du droit privé. En effet, il n'existe pas un droit des contrats spécifiques au Code de commerce en droit français<sup>1</sup>.

### B. Tendance à l'universalité

Cette propension à l'universalité du droit des obligations a débouché sur le mythe de son immutabilité, que sa variabilité dans le temps et dans l'espace dément.

#### 1. Le mythe de l'immutabilité du droit des obligations

Il existe un mythe de l'immutabilité du droit des obligations. Raymond Saleilles considérait le droit des obligations comme une matière essentiellement théorique et abstraite, fondée sur la logique juridique<sup>2</sup>. Il y aurait ainsi une sorte de mathématique universelle du droit des obligations, invariable dans le temps comme dans l'espace. Mais la réalité est plus nuancée.

#### 2. La réalité changeante du droit des obligations

En réalité, le droit des obligations n'est ni invariable dans l'espace, ni immuable dans le temps.

##### a. Variabilité dans l'espace<sup>3</sup>

Certes, les droits qui, comme le droit français, ont puisé leurs sources dans le droit romain présentent des analogies évidentes, pour lui emprunter leurs principaux éléments<sup>4</sup>. Mais la théorie générale des obligations n'est pas pour autant strictement identique dans toute l'Europe. Depuis le début du dix-neuvième siècle, trois codes civils différents ont eu une influence comparable en Europe continentale : Le Code civil français (1804), le *B.G.B.* allemand (1900) et le Code civil suisse (1907). L'*A.B.G.B.* autrichien (1812)<sup>5</sup> a connu aussi un certain retentissement en Europe. Certains pays ont emprunté aux uns et aux autres pour constituer leur propre code civil, tels la Pologne ou la Hongrie (emprunts au Code civil autrichien et au Code civil suisse pour cette dernière).

Les droits anglo-saxons, quant à eux, obéissent fréquemment à des logiques différentes.

La commission européenne s'est préoccupée des distorsions du droit des contrats entre les Etats membres de l'Union, distorsions ressenties par certains comme un obstacle à la réalisation d'un marché unique. Aussi divers travaux ont-ils été menés, avec son aval ou non, tendant à mettre sur pied des principes communs de droit européen des contrats (principes Lando, commission « Von Bar »...).

<sup>1</sup> En dépit des termes équivoques de l'ancien article 1107, alinéa 2, *in fine* du Code civil : « les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce ». L'article 1105 du Code civil, qui remplace l'ancien article 1107, n'a d'ailleurs pas repris ce renvoi au droit commercial.

<sup>2</sup> R. Saleilles, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand*, 3<sup>e</sup> éd., Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1925, réimpr. La Mémoire du Droit, 2001, n° 1.

<sup>3</sup> L. Vogel (ss. la dir. de) « Le monde des Codes civils », in : *1804-2004 Le Code civil – un passé, un présent, un avenir*, Paris : Dalloz, 2004.

<sup>4</sup> Saleille, *Essai sur la théorie générale de l'obligation*, n° 2.

<sup>5</sup> F.-S. Meissel et L. Pfister (dir.), *Le Code civil autrichien (ABGB) – Un autre bicentenaire*, Editions Panthéon-Assas, 2015.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Finalement, la Commission européenne a déclaré, dans une communication du 11 octobre 2004, que, pour respecter la culture juridique et administrative propre à chaque État, elle n'envisageait pas de proposer un Code civil européen qui harmoniserait le droit des contrats et se bornerait à proposer un code purement facultatif. Toutefois, dans une résolution du 23 mars 2006, le Parlement européen envisage, quant à lui, un « instrument contraignant » à long terme tout au moins. Les réactions des juristes français, mais aussi des juristes d'autres pays, ont été plus que réservées<sup>1</sup>.

En s'obstinant toutefois dans son projet de code européen des contrats, voire d'un Code civil européen, par l'engagement d'une nouvelle consultation<sup>2</sup>, que les réactions négatives à la première aurait dû rendre inutile, la Commission européenne s'attira de virulentes critiques<sup>3</sup>.

En définitive, il n'y a pas d'universalité du droit des obligations, mais une simple tendance à l'universalité, dans la mesure où le raisonnement juridique repose dans tous les pays sur les mêmes techniques ou sur des techniques voisines. Mais la diversité s'explique par le fait que la logique juridique est mise au service de fins morales, économiques, politiques qui varient selon les pays. Le droit des obligations n'est pas une fin en soi.

b. Mutabilité dans le temps

Le droit des obligations se modifie, même si c'est moins vite et de manière moins spectaculaire que les autres branches du droit. Par exemple, au formalisme du droit romain a succédé, à partir du dix-septième siècle, le consensualisme, consacré ultérieurement par le Code civil. Par exemple aussi, jadis fondée essentiellement sur la faute, la responsabilité civile l'est davantage aujourd'hui sur l'idée de risque ou de garantie.

On a vu que l'ordonnance du 10 février 2016 avait récemment codifié la plupart des modifications jurisprudentielles apportées au droit des obligations depuis 1804, tout en introduisant elle-même son lot d'innovations.

\*  
\* \*

## PLAN DU COURS

La preuve, notamment celle des obligations, ayant été étudiée en première année, on n'y reviendra pas et on suivra le plan suivant, qui est celui de l'ordonnance du 10 février 2016 :

1<sup>re</sup> partie : Les sources d'obligations

2<sup>e</sup> partie : Le régime général des obligations, c'est-à-dire les règles applicables aux obligations indépendamment de leur source

<sup>1</sup> Y. Lequette « Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. Von Bar », *D.* 2002, *Chr.* 2202 ; du même auteur « Vers un Code civil européen ? », *Pouvoirs* nov. 2003, 97 et suiv. ; G. Cornu « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.* 2002, *Chr.* 351 ; V. Heuzé « A propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats », *JCP* 2002, I, 152 ; Ph. Malinvaud « Réponse – hors délai – à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats », *D.* 2002, *Chr.* 2542 ; cf. cpdt., favorables : Cl. Witz « Plaidoyer pour un Code européen des obligations », *D.* 2000, *Chr.* 79 ; B. Fauvarque-Cosson « Faut-il un Code civil européen ? », *RTD civ.* 2002, 463 et suiv.

<sup>2</sup> B. Fauvarque-Cosson « Précisions sur le projet de droit européen des contrats », *RDC* 2011, 1045 et suiv.

<sup>3</sup> Y. Lequette « Le Code européen est de retour », *RDC* 2011, 1028 et suiv.

## PREMIÈRE PARTIE : LES SOURCES D'OBLIGATIONS

Il s'agit donc, plus précisément, des sources des créances et des dettes. L'article 1100, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil énonce une classification des obligations selon leur source<sup>1</sup> :

- dans l'acte juridique, la volonté prédomine dans la naissance de l'obligation, même si, en dernière analyse, c'est la loi qui est la source au moins médiate de l'obligation :
  - pour l'essentiel le contrat
  - subsidiairement l'engagement unilatéral de volonté  
les règles gouvernant sa formation et son exécution sont empruntées au contrat (article 1100-1, alinéa 2, du Code civil), il ne fera donc pas l'objet d'une étude spécifique, qui amènerait à des répétitions, d'autant qu'il reste regardé comme une source marginale d'obligations par la doctrine dominante.
- dans le fait juridique, la loi est source de l'obligation, sans volonté du débiteur de s'obliger :
  - la responsabilité extracontractuelle (les délits et quasi-délits civils dans le langage du Code civil de 1804)
  - les quasi-contrats.
- enfin certaines obligations naissent de la seule autorité de la loi.

On pouvait donc s'attendre à ce que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 suivent le plan qu'ils avaient eux-mêmes esquissé dans l'article 1100, alinéa 1<sup>er</sup>, en dressant une classification tripartite des sources d'obligations. Mais tel n'est pas le cas, car ils ont adopté un plan purement descriptif, en traitant successivement du contrat (sous-titre I), de la responsabilité extracontractuelle (sous-titre II) et des autres sources d'obligations (sous-titre III).

Encore convient-il de remarquer qu'en dépit de son intitulé compréhensif, le sous-titre III « Les autres sources d'obligations » ne régleme, en réalité, que les quasi-contrats, lesquels sont des faits juridiques, et non des engagements naissant de l'autorité seule de la loi visés *in fine* par l'article 1100, alinéa 1<sup>er</sup>. Il est vrai que la source directe de ces derniers engagements étant la loi elle-même, il suffit de s'y reporter, sans qu'une réglementation d'ensemble apparaisse nécessaire<sup>2</sup>. Aussi, en traiter en détail conduirait à s'aventurer dans la description d'une source résiduelle d'obligations, dont les manifestations sont ponctuelles et marginales par rapport à la théorie générale des obligations : le droit des biens avec les obligations liées à la mitoyenneté, le droit de la famille avec les obligations alimentaires, etc... On laissera donc de côté « l'autorité seule de la loi » comme source d'obligations dans cette 1<sup>re</sup> partie du cours.

Au lieu du plan purement descriptif adopté par les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016, on suivra le plan, d'origine doctrinale<sup>3</sup>, des sources d'obligations que l'article 1100, alinéa 1<sup>er</sup>, suggère. Sous un habillage différent, ce plan, du reste, correspond à celui du Code civil de 1804 :

Titre I : Le contrat (l'acte juridique)

Titre II : Le fait juridique (les « engagements qui se forment sans convention » selon la terminologie du Code civil de 1804, c'est-à-dire la responsabilité extracontractuelle et les quasi-contrats)

<sup>1</sup> Cf. *supra* : Introduction générale, § 3 « Classifications des obligations », B. « Classification fondées sur les sources des obligations ».

<sup>2</sup> Les rédacteurs du Code civil de 1804 avaient, sur ce point, procédé de même. Si, en effet, ils avaient mentionné, dans l'ancien article 1370, les engagements résultant de la seule autorité de la loi, ils s'étaient bornés à renvoyer aux dispositions légales particulières à l'origine de tels engagements.

<sup>3</sup> Ce plan était en effet suivi par l'avant-projet Catala de 2006.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

## **TITRE I : LE CONTRAT (L'ACTE JURIDIQUE)**

Chapitre préliminaire : Notions générales  
Sous titre I : La formation du contrat  
Sous titre II : Les effets du contrat

## CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : NOTIONS GÉNÉRALES SUR LE CONTRAT

Le sous-titre 1<sup>er</sup> du titre III, consacré au contrat, débute par un chapitre intitulé « Dispositions liminaires », traitant des trois points suivants, qu'on expliquera en trois sections successives :

- section 1 : Définition du contrat
- section 2 : Principes généraux gouvernant les contrats
- section 3 : Classifications des contrats

### Section 1 : Définition du contrat

L'article 1101 du Code civil donne du contrat, rappelons-le, la définition suivante :

« Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. »

L'ancien article 1101 du Code civil, on s'en souvient, en donnait une définition plus restreinte : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. » Dans la terminologie des rédacteurs du Code civil de 1804, le contrat consistait donc en un accord de volontés créateur d'obligations pour les parties.

Dans le sillage de Pothier<sup>1</sup>, les rédacteurs du Code civil avaient ainsi distingué le contrat de la convention. Selon l'ancien article 1101 du Code civil, en effet, le contrat se présentait en effet comme une espèce, dont la convention était le genre<sup>2</sup>. Si, enseignait-on<sup>3</sup>, tout contrat est donc une convention, l'inverse n'est, en revanche, pas vrai : certaines conventions ne créent pas d'obligations, mais les transmettent, les modifient ou les éteignent ; d'autres ne portent pas sur un droit personnel.

Mais, souvent, en pratique, les termes « convention » et « contrat » étaient employés comme synonymes. L'article 1101 du projet de la Chancellerie avait tiré les conséquences de cette tendance à assimiler les deux notions, en donnant du contrat une définition élargie, reprise de Carbonnier<sup>4</sup>, la faisant coïncider avec celle de convention. En effet, selon le texte du projet, le contrat était « destiné à créer des effets de droit », et pas seulement des obligations.

L'ordonnance du 10 février 2016 abandonne cette définition très large du contrat et revient à la distinction du contrat et de la convention, tout en redéfinissant le premier et en suggérant implicitement une définition de la seconde. Il résulte en effet de l'article 1100-1, alinéa 1er, du Code civil, que la convention est un accord de volontés destiné à produire des effets de droit. Si ces effets de droit consistent à soit créer, soit modifier, transmettre ou éteindre des obligations, la convention est un contrat, en vertu de l'article 1101 du Code civil. Mais, de toute façon, les conventions obéissent « en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats », qu'elles fassent, ou non, partie de cette dernière catégorie<sup>5</sup>.

La convention en général et le contrat en particulier, étant destinés à produire des effets de droit, ne constituent pas des contrats les accords où les parties n'ont pas eu en vue de tels effets. En revanche, les accords préalables à des contrats sont des contrats, car la volonté de s'engager y est réelle.

<sup>1</sup> Pothier, *Traité des obligations*, n° 3.

<sup>2</sup> Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, 6<sup>e</sup> éd. par Bartin, § 340.

<sup>3</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 77.

<sup>4</sup> Carbonnier, *Droit civil*, t. II, n° 930.

<sup>5</sup> Cf. *supra* : « Introduction générale au droit des obligations », § 3 « Classifications des obligations », B. « Classification fondée sur les sources d'obligations », 1. « Obligations naissant d'actes juridiques », b. « La convention ».

## § 1 Exclusion de certaines situations ressemblant à un contrat

Ce sont des cas où on n'a pas voulu véritablement s'engager en droit. Ils correspondent à des « situations d'amitié » au sens large, dans lesquelles les parties ont entendu que leurs relations restent hors du droit<sup>1</sup>, dans le non-droit pour reprendre le titre d'un fameux article de Jean Carbonnier<sup>2</sup>. On peut en distinguer, avec plus ou moins de netteté trois catégories principales : les actes de pure courtoisie, les actes de complaisance et les engagements d'honneur<sup>3</sup>.

### A. Actes de pure courtoisie

Les parties n'ont pas entendu nouer des relations contractuelles, mais l'une a voulu simplement faire preuve de courtoisie, de civilité. Aucun contrat ne s'est alors formé<sup>4</sup>.

Ex. rendez-vous, galant ou non, invitation à dîner...

### B. Actes de complaisance<sup>5</sup>

Une personne a simplement voulu rendre service à une autre, lui « complaire », sans avoir l'intention de s'engager dans les liens d'un contrat<sup>6</sup>.

Ex. transport bénévole : celui qui prend gracieusement à son bord un passager, ainsi un auto-stoppeur ou, mieux encore, une auto-stoppeuse, n'assume pas un contrat de transport<sup>7</sup> ; de même, pour le médecin consultant un ami, qui n'entend pas pour autant s'engager dans les liens d'un contrat médical ; de même pour une association proposant un voyage touristique à ses adhérents, dont elle confie l'organisation à une agence de voyage, sans percevoir elle-même de rémunération<sup>8</sup>.

La jurisprudence ne distingue pas nettement cette hypothèse de la précédente. Il lui est arrivé, en effet, de qualifier d'« acte de pure courtoisie », étranger à l'existence de relations contractuelles, le fait pour une personne de s'être bornée à vouloir en aider une autre<sup>9</sup>. Il est vrai que le terme « complaisance » a le plus souvent une connotation péjorative, car il est employé pour désigner soit un document faux établi pour rendre service<sup>10</sup>, soit l'attitude de quelqu'un qui ferme les yeux sur des agissements condamnables<sup>11</sup> ou les facilite parce qu'il y a intérêt<sup>12</sup>. C'est ainsi qu'on parle d'un arrêt de travail ou d'une attestation de

<sup>1</sup> Pothier, *Obligations*, n° 3.

<sup>2</sup> J. Carbonnier « L'hypothèse du non-droit », *APD* 1963, reproduit in : J. Carbonnier, in : *Flexible droit (pour une sociologie du droit sans rigueur)*, Éditions juridiques associées, LGDJ, réimpr. 2013, p. 25-47.

<sup>3</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 88-89.

<sup>4</sup> Civ. 2, 25 avril 1968, n° 66-13.583 66-13.974, *B. II*, n° 115 ; Civ. 2, 26 janvier 1994, n° 92-14398, *JCP* 1994, I, 3809, obs. G. Viney ; *RTD civ.* 1994, 864, obs. P. Jourdain : ces arrêts déduisent de ce qu'aucun contrat ne s'est formé, l'application des règles de la responsabilité extracontractuelle. Comp. *infra*, dans une situation voisine, où les juges estiment qu'un contrat d'assistance bénévole s'est formé entre les parties. Com. 5 mai 2009, n° 08-10474 : encouragements de « pure courtoisie », émanant d'une société envers une autre durant des pourparlers, sans qu'elle ait confirmé la conclusion du contrat, ni entretenu sa partenaire dans l'illusion de cette conclusion, de sorte qu'aucune faute consistant en un manquement à la bonne foi dans la conduite des pourparlers ne pouvait lui être imputée.

<sup>5</sup> Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, n° 254-255 ; A. Viandier « La complaisance », *JCP* 1980, I, 2987.

<sup>6</sup> Cf. par ex. Soc. 5 juillet 1965, n° 64-12.648, *B. IV*, n° 538 ; Soc. 19 décembre 1968, n° 67-14.237, *B. V*, n° 614 ; Civ. 3, 7 mars 1969, n° 67-12590, *B. III*, n° 204.

<sup>7</sup> Civ. 1, 8 décembre 1965, n° 64-11.080, *B. I*, n° 688 ; Civ. 2, 24 février 1966, n° 64-12.431 et n° 64-13.184, *B. II*, n° 263 ; Civ. 2, 11 juillet 1966, n° 64-13.644, *B. II*, n° 763 et Civ. 1, 5 février 1980, n° 78-14538 et n° 78-14883, *B. I*, n° 47, *a contrario*.

<sup>8</sup> Civ. 1, 22 juin 2017, n° 16-14035 (P).

<sup>9</sup> Civ. 2, 25 avril 1968 et Civ. 2, 26 janvier 1994, préc. ; Bastia 25 novembre 2015, RG 14/00529. Rapp. Ass. plén. 16 novembre 2001, n° 99-20114, *B. ass. plén.*, n° 13.

<sup>10</sup> Cf. par ex. Soc. 9 octobre 1991, n° 89-41.705, *B. V*, n° 402 ; Civ. 2, 8 juillet 2021, n° 20-13304 ; Com. 19 juin 2024, n° 22-23306.

<sup>11</sup> Cf. par ex. Civ. 1, 6 mars 1962, n° 60-11.860, *B. I*, n° 138 ; Civ. 2, 6 janvier 1971, n° 69-12998, *B. II*, n° 6 ; Soc. 20 avril 2022, n° 20-10852 (B).

<sup>12</sup> Cf. par ex. Civ. 1, 1<sup>er</sup> juillet 1965, n° 63-13.699, *B. I*, n° 443.



complaisance ou de la complaisance d'un employeur envers un salarié coupable de propos sexistes, racistes, antisémites d'un de ses salariés. Sans doute est-ce une raison pour laquelle la jurisprudence actuelle tend à délaisser l'expression d'acte de complaisance et de lui préférer celle d'acte de courtoisie, pour désigner un acte irréprochable accompli à dessein de rendre service à autrui.

Il lui arrive néanmoins de juger qu'un contrat d'assistance bénévole s'est formé entre les parties<sup>1</sup>. La distinction entre l'acte de complaisance, qui exclut tout contrat entre les parties, et le contrat d'assistance bénévole ou de service gratuit est souvent assez artificielle et la jurisprudence n'y a recours que pour fonder l'obligation incombant à l'assisté envers l'assistant de l'indemniser des dommages subis<sup>2</sup>.

Le Code civil régleme d'ailleurs lui-même des contrats de service gratuits, tels le prêt à usage<sup>3</sup> ou le dépôt non salarié<sup>4</sup>. Les dispositions qu'il leur consacre sont toutefois assez succinctes, raison pour laquelle la doctrine du dix-neuvième siècle les qualifiait de « petits contrats ». En effet, fruits de l'amitié, ces contrats tutoient le non-droit, relèvent davantage des mœurs et de la sociologie juridique que de la science juridique<sup>5</sup> : Platon n'aime-t-il pas à répéter le proverbe pythagoricien « entre amis, tout est commun » ?<sup>6</sup> Le droit n'a donc vocation à intervenir qu'à la marge, pour trancher des difficultés que les parties seraient en peine de résoudre spontanément. Du moins était-ce la conception des rédacteurs du Code civil.

Cependant, la jurisprudence fonde, le cas échéant, l'obligation d'indemnisation résultant d'un acte de courtoisie ou de complaisance sur une autre source<sup>7</sup> : responsabilité extracontractuelle du fait personnel<sup>8</sup> ou du fait des choses<sup>9</sup> ou bien encore quasi-contrat de gestion d'affaires (article 1301-2, alinéa 2, du Code civil)<sup>10</sup>.

### C. Engagements d'honneur<sup>11</sup>

L'engagement d'honneur est un *gentlemen's agreement*, dont la force repose uniquement sur le sens de l'honneur des parties qui y souscrivent. Son exécution dépend seulement de la loyauté respective des parties, lesquelles s'interdisent tout recours judiciaire. Il se rencontre en droit international public, dans les relations familiales et en droit commercial<sup>12</sup>.

<sup>1</sup> Soc. 3 mai 1968, n° 67-11.582, *B. V.*, n° 224 ; Civ. 1, 27 janvier 1993, n° 91-12131, *B. I.*, n° 42 ; *RTD civ.* 1993, 584, obs. P. Jourdain : circonstances très proches de celles de Civ. 2, 26 janvier 1994, où les règles de la responsabilité extracontractuelle avaient pourtant été appliquées ; Civ. 2, 12 septembre 2013, n° 12-23530, *RDC* 2014, 16, obs. Th. Génicon.

<sup>2</sup> Fages, *Droit des obligations*, n° 21 ; A. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 15<sup>e</sup> éd., Lextenso, 2024, n° 631.

<sup>3</sup> Articles 1875 et s. du Code civil. Selon l'article 1875 : « Le prêt à usage est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à charge par le preneur de la rendre après d'en être servi. » Aux termes de l'article 1876 : le prêt à usage « est essentiellement gratuit. »

<sup>4</sup> Articles 1915 et s. du Code civil. L'article 1915 énonce : « Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature. » Aux termes de l'article 1917 du Code civil : « Le dépôt proprement dit est un contrat essentiellement gratuit. » Une rémunération du dépositaire peut néanmoins être convenue (article 1928). Le contrat est alors un « dépôt salarié », par opposition au dépôt « proprement dit ».

<sup>5</sup> Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, n° 6 ; J. Carbonnier « Variations sur les petits contrats », in : *Flexible droit...*, *op. cit.*, pp. 339-344.

<sup>6</sup> κοινὰ τὰ φίλων : Platon, *Lysis*, texte et trad. M. Croiset, Les Belles Lettres, 1921 ; prés. et trad. L.-A. Dorion, Garnier-Flammarion, 2004, 207 c ; Platon, *République*, texte et trad. E. Chambry, Les Belles Lettres, 1932 ; trad. G. Leroux, Garnier-Flammarion, 2016, IV, 424 a et V, 449 c ; Platon, *Lois*, texte et trad. E. des Places et A. Diès, Les Belles Lettres, 1951-1956 ; trad. L. Brisson et J.-F. Pradeau, Garnier-Flammarion, 2006, V, 739 c.

<sup>7</sup> Bénabent, *op. cit.*, *loc. cit.* Cf. *infra* : titre II « Le fait juridique », sous-titre I « L'obligation de réparer le dommage causé injustement à autrui (la responsabilité extracontractuelle) » et sous-titre II « L'obligation de compenser l'avantage injustement reçu d'autrui (les quasi-contrats) », chap. I « La gestion d'affaires ».

<sup>8</sup> Civ. 2, 26 janvier 1994, préc.

<sup>9</sup> Civ. 2, 25 avril 1968, préc.

<sup>10</sup> Civ. 1, 26 janvier 1988, n° 86-10742 86-12447, *B. I.*, n° 25 ; *D.* 1989, *J.* 405, note D. Martin ; *JCP* 1989, II, 21217, note Y. Dagorgne-Labbé ; *RTD civ.* 1988, 539, obs. J. Mestre.

<sup>11</sup> Carbonnier, *Droit civil*, t. II, n° 922, p. 1919 et n° 923, p. 1922 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 89 ; B. Oppetit « Les engagements d'honneur », *D.* 1979, *Chr.* 107, reproduit in : B. Oppetit, *Droit et modernité*, PUF, 1998, pp. 277-299 ; D. Ammar, *Essai sur le rôle de l'engagement d'honneur*, thèse Paris 1, 1990 ; B. Beignier, *L'honneur et le droit*, thèse Paris 2, préf. J. Foyer, LGDJ, 1995, réimpr. 2014.

<sup>12</sup> Civ. 1, 10 novembre 1970, n° 68-14105.

Comme l'observait en effet Pothier<sup>13</sup> :

« Il y a des promesses que nous faisons de bonne foi, et avec la volonté actuelle de les accomplir, mais sans une intention d'accorder à celui à qui nous les faisons le droit d'en exiger l'accomplissement ; ce qui arrive lorsque celui qui promet déclare en même temps qu'il n'entend pas néanmoins s'engager ; ou bien lorsque cela résulte des circonstances, ou des qualités de celui qui promet, ou de celui à qui la promesse est faite. »

Partisane, on l'a déjà dit, d'une nette séparation du droit et la morale, la doctrine classique refusait tout effet juridique à un l'engagement l'honneur<sup>2</sup>. Celui qui déclare s'engager sur l'honneur n'a-t-il pas voulu signifier n'être que moralement tenu ? Mais ne pourrait-on, à l'inverse, soutenir que la référence faite à l'honneur peut quelquefois renforcer la valeur obligatoire de l'engagement<sup>3</sup> ? Ainsi Ripert estimait-il incontestable la reconnaissance légale du devoir moral de tenir la parole donnée, que l'engagement d'honneur exprime<sup>4</sup>.

En droit commercial, notamment, la jurisprudence analyse parfois l'engagement d'honneur en un acte juridique civilement obligatoire<sup>5</sup>. C'est dire que, d'une manière générale, le juge ne s'estime nullement lié par la volonté des parties de placer leur accord en dehors du domaine du droit : il lui arrive d'attacher des effets de droit à un tel accord, alors même que les parties avaient manifesté une volonté contraire<sup>6</sup>.

## § 2 Inclusion des accords préalables à un contrat

Parfois le contrat peut être conclu immédiatement, par exemple lorsqu'on achète une chose dans un magasin. Mais, d'autre fois, la conclusion du contrat définitif suppose un certain délai. Dans l'attente du contrat définitif, les parties passent un accord préalable. Ce dernier n'en est pas moins d'ores et déjà un véritable contrat. Il peut s'agir soit d'un contrat préparatoire, soit d'un contrat cadre.

### A. Avant-contrat (ou contrat préparatoire)<sup>7</sup>

Le plus courant est la promesse de contrat. C'est un contrat préparatoire à un autre contrat, lui définitif. On le rencontre très fréquemment dans le domaine de la vente immobilière, où il est difficile de conclure d'emblée un contrat définitif. En effet, la conclusion de ce dernier suppose l'accomplissement de formalités et la réalisation de conditions, qui requièrent l'un et l'autre du temps. Dans l'attente du contrat définitif, les parties établissent donc une promesse de contrat. Une figure moins contraignante, sur laquelle on reviendra, est le pacte de préférence.

<sup>13</sup> Pothier, *Traité des obligations*, n° 3.

<sup>2</sup> Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, 6<sup>e</sup> éd. par Bartin, § 297 ; *adde* : Laurent, *Principes de droit civil*, t. XV, 1875, n° 430.

<sup>3</sup> Oppetit, *op. cit.*, p. 281.

<sup>4</sup> Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n° 197, texte et note 4.

<sup>5</sup> Civ. 29 avril 1973, *D.P.* 73, 1, 107 ; Req. 26 janvier 1874, *D.P.* 75, 1, 23 ; Nancy 21 juin 1902, *D.P.* 1902, 2, 471, pourvoi rejeté par Req. 4 juillet 1904, *S.* 1905, 1, 37 ; Com. 23 décembre 1968, n° 67-13.046, *B. IV*, n° 374 ; Com. 23 janvier 2007, n° 05-13189, *B. IV*, n° 12 ; *D.* 2007, *I.R.* 442, obs. X. Delpech ; *JCP* 2008, I, 152, n° 12, obs. Ph. Simler ; *RTD civ.* 2007, 340, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2007, 697, obs. Y.-M. Laithier : engagement inséré dans un protocole transactionnel, expressément qualifié « d'exclusivement moral » ; implicitement : Com. 18 janvier 2011, n° 09-69831, *B. IV*, n° 3 ; *D.* 2012, *Pan.* 450, obs. S. Amrani-Mekki ; *JCP* 2011, 952, obs. G. Loiseau ; *RDC* 2011, 789, obs. Y.-M. Laithier ; *RLDC* 2011/80, n° 4153, obs. A. Paulin ; Soc. 20 novembre 2019, n° 17-26532 (P). *Cf.* ég. envisageant qu'un engagement d'honneur puisse avoir force obligatoire en matière familiale : Civ. 2, 27 novembre 1985, n° 84-13971, *B. II*, n° 178 ; *RTD civ.* 1986, 749, obs. J. Mestre.

<sup>6</sup> *Cf.* not. Com. 23 décembre 1968 et Com. 23 janvier 2007, préc. ; Oppetit, *op. cit.*, pp. 290-293 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 89 ; Houtcieff, *op. cit.*, n° 64 et s. ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 82.

<sup>7</sup> M. Geninet, *Théorie générale des avant-contrats*, thèse Paris 2, 1985 ; D.R. Martin « Des promesses précontractuelles », in : *Études offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, 487 et s.

Alors que le Code civil de 1804 ignorait presque complètement les avant-contrats, les articles 1123 et 1124 actuels du Code civil leur sont désormais consacrés. Ils définissent les deux espèces d'avant-contrats, le pacte de préférence et la promesse unilatérale de contrat, et en fixent le régime juridique.

Mais il existe d'autres contrats préparatoires que la promesse de contrat et le pacte de préférence. Le plus souvent, en effet, les contrats à l'enjeu important sont précédés de négociations, rythmées par des accords préparatoires, dont le Code civil ne parle pas<sup>1</sup>.

## B. Contrat cadre

C'est un type de contrat fréquemment pratiqué dans les relations commerciales, notamment entre fabricant et détaillants. Les parties définissent les principales règles qui gouverneront leurs relations ultérieures, puis, en exécution de ce contrat cadre, concluent des contrats successifs pour son application.

Ex : « contrat de bière », par lequel un brasseur conclut un contrat cadre avec son détaillant, prévoyant l'octroi d'un prêt et d'une assistance à l'installation d'un fonds de commerce de café ou bar, en contrepartie desquels le détaillant s'engage à s'approvisionner en bière exclusivement auprès du brasseur ou de tel distributeur désigné par lui ; dans des contrats ultérieurs, les parties détermineront, par exemple chaque année, les quantités de bière à livrer et le prix de celle-ci.

Tenant compte du fait que ces contrats cadre sont appelés à obéir à un régime spécifique, essentiellement au point de vue de la fixation du prix des fournitures (article 1164 du Code civil), les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 en ont défini la notion à l'article 1111 du Code civil<sup>2</sup> :

« Le contrat cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution. »

## Section 2 : Principes généraux gouvernant les contrats

On dressera un inventaire de ces principes, avant de mesurer leur autorité.

### § 1 Identification des principes généraux gouvernant les contrats

Les rédacteurs du Code civil de 1804 avaient conservé le silence sur d'éventuels principes généraux du droit des contrats. Le droit des contrats n'en est pas moins traditionnellement dominé par le principe fondamental de l'autonomie de la volonté. Ce principe doit sa paternité à la doctrine de la fin du dix-neuvième siècle, étant donné le mutisme du Code de 1804. Mais il a beaucoup perdu de sa vigueur avec le temps. Il est apparu, en effet, que les excès auxquels ce principe pouvait conduire s'opposaient à ce qu'il fût élevé en principe unique rendant compte de l'ensemble des solutions du droit des contrats.

Se conformant aux termes de l'article 8 de la loi d'habilitation du 16 février 2015<sup>3</sup>, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont remédié aux lacunes du Code civil dans sa rédaction de 1804. Ils ont en

<sup>1</sup> Cf. *infra* : sous-titre I « La formation du contrat », chap. I « La conclusion du contrat », section 1 « Les négociations pré-contractuelles ».

<sup>2</sup> Cf. *infra* : § 2 « Classifications des contrats », 3. « Contrats cadre et contrats d'application ».

<sup>3</sup> Le Gouvernement était autorisé, selon les termes de l'habilitation, à prendre par voie d'ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi pour, notamment « Affirmer les principes généraux du droit des contrats tels que la bonne foi et la liberté contractuelle ».

effet posé trois principes fondateurs du droit des contrats, dans le chapitre « Dispositions liminaires » du sous-titre consacré au contrat<sup>1</sup> :

- la liberté contractuelle (article 1102),
- la force obligatoire des contrats (article 1103),
- le devoir de bonne foi (article 1104).

Selon les rédacteurs de l'ordonnance, l'énumération de ces trois principes exprime l'un des objectifs essentiels de cette ordonnance, consistant à trouver un équilibre entre justice contractuelle et autonomie de la volonté<sup>2</sup>. La liberté contractuelle et la force obligatoire des contrats sont effectivement des manifestations du principe de l'autonomie de la volonté. Au contraire, le principe de bonne foi est un principe concurrent, destiné à en corriger la brutalité.

## A. L'autonomie de la volonté

On expliquera successivement la signification du principe, ses conséquences juridiques, sa critique.

### 1. Signification du principe de l'autonomie de la volonté

Le mot « autonomie » est composé des termes grecs αὐτός (soi-même) et νομός (loi). L'expression d'autonomie de la volonté signifie donc littéralement que la volonté se donne à elle-même sa loi.

A l'origine, l'autonomie de la volonté est le principe fondateur de la morale kantienne, et non un principe juridique. Selon Kant, plus précisément, l'autonomie de la volonté, qu'il définit comme la « propriété de la volonté d'être à elle-même sa loi », est le principe unique de la moralité<sup>3</sup>. En effet, le concept de moralité implique, pour Kant, que la volonté se soumette à la loi morale, par pur respect pour cette dernière, par devoir<sup>4</sup>. L'impératif moral ne peut donc être qu'un impératif catégorique, commandant immédiatement une action à la volonté, et non en considération des conséquences ou du but attachés à cette action<sup>5</sup>. Or il ne peut en aller ainsi que si la volonté est tout à la fois soumise à la loi morale et originairement législatrice<sup>6</sup>. De fait, si la volonté était seulement soumise à la loi, comme les prédécesseurs de Kant l'ont postulé à tort, elle serait déterminée par un autre mobile que le simple respect de la loi. La volonté serait alors hétéronome, ce qui contredirait l'impératif catégorique.

Or l'autonomie de la volonté n'est rien d'autre que la liberté. L'être raisonnable a immédiatement conscience en lui de la loi morale. Mais, de cette dernière, il faut conclure à la réalité du concept de liberté<sup>7</sup>. En effet, c'est parce qu'il est libre de se soumettre à cette loi morale, par seul respect pour celle-ci, que l'être raisonnable est moralement responsable : sans la liberté, aucune imputation morale ne serait concevable. « Une volonté libre et une volonté soumise à la loi morale, c'est tout un »<sup>8</sup>.

L'autonomie de la volonté est, pour Kant, exclusivement le fondement de la moralité. Aussi n'évoque-t-il pas ce concept dans son ouvrage dédié à la philosophie du droit<sup>9</sup>. On a donc contesté que l'autonomie de la volonté dans la philosophie critique ait un rapport avec l'autonomie de la volonté comme principe juridique<sup>10</sup>. Les juristes français auraient, en réalité, découvert, à la

<sup>1</sup> M. Mekki « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015, 816 ; N. Blanc « Dispositions préliminaires – Analyse des articles 1101 à 1110 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 29 avril 2015, p. 3 et suiv. ; Ph. Dupichot « Les principes directeurs du droit français des contrats », *RDC* 2013, 387 et suiv.

<sup>2</sup> Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 : « Les articles 1102, 1103 et 1104 énoncent ensuite les principes de liberté contractuelle, de force obligatoire du contrat et de bonne foi. Ce choix de mettre en exergue trois principes fondamentaux exprime l'un des objectifs essentiels poursuivis par l'ordonnance : il s'agit de trouver un équilibre entre justice contractuelle et autonomie de la volonté. »

<sup>3</sup> I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, trad. française sous le titre *Fondements de la métaphysique des mœurs* (1785), trad. V. Delbos, Vrin, 2<sup>e</sup> section ; du même auteur : *Kritik der praktischen Vernunft*, trad. française sous le titre *Critique de la raison pratique* (1788), trad. F. Picavet, PUF, 1<sup>ère</sup> partie, livre 1<sup>er</sup>, chap. 1<sup>er</sup> « Des principes de la raison pure pratique », I « De la déduction des principes de la raison pure pratique ».

<sup>4</sup> Kant, *Fondements...*, 1<sup>re</sup> section.

<sup>5</sup> Kant, *Fondements...*, 2<sup>e</sup> section.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Kant, *Critique de la raison pratique*, préf.

<sup>8</sup> Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, 3<sup>e</sup> section : „also ist ein freier Wille und ein Wille unter sittlichen Gesetzen einerlei. ”

<sup>9</sup> I. Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (*Premiers principes métaphysiques de la doctrine du droit*), 1796.

<sup>10</sup> V. Ranouilh, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, préf. J.-Ph. Lévy, PUF, 1980.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

fin du dix-neuvième siècle, un principe étranger à la philosophie kantienne. Ils l'auraient d'abord fait en droit international privé, pour justifier le libre choix par les parties de la loi applicable à leur contrat international. Puis, les civilistes français se seraient, à leur tour, emparés du concept, pour l'ériger en fondement du droit interne des contrats.

Ce ne serait que postérieurement à ce mouvement doctrinal, qu'Emmanuel Gounot, auteur d'une thèse célèbre, critique, sur l'autonomie de la volonté, soutenue en 1912, aurait prétendu faire dériver ce principe de la morale kantienne<sup>1</sup>, à une période où, précisément, celui-ci commençait à connaître un inexorable déclin. La démarche de Gounot illustrerait ainsi le fameux adage de Hegel, selon lequel la philosophie arrive toujours trop tard, à un moment où la réalité a achevé son processus et s'est accomplie : « Ce n'est qu'à la tombée de la nuit que la chouette de Minerve prend son envol »<sup>2</sup>. La raison n'a en effet pris conscience d'elle-même qu'alors que le principe de l'autonomie de la volonté avait épuisé ses effets.

## 2. Conséquences juridiques du principe de l'autonomie de la volonté

Quoi qu'il en soit de la réalité du lien de filiation entre la philosophie critique et le principe juridique de l'autonomie de la volonté, ce principe, pour les juristes, signifie que le contrat oblige les parties, parce qu'il est l'œuvre de leurs volontés libres, parce qu'elles se sont données à elles-mêmes leur loi. Peu importe donc la « matière » du contrat, son contenu, seules comptent les volontés qui en sont à l'origine : « Qui dit contractuel, dit juste »<sup>3</sup>.

Les juristes ont tiré du principe de l'autonomie de la volonté trois conséquences, à propos de chacune desquelles le déclin du principe est aujourd'hui patent : la liberté contractuelle, l'effet relatif du contrat et enfin et surtout, sa force obligatoire.

### a. Liberté contractuelle

On précisera l'étendue de cette liberté contractuelle, puis on en résumera les différents aspects.

#### α) Étendue de la liberté contractuelle

L'article 1102 du Code civil consacre le principe de la liberté contractuelle sous ses différents aspects, en l'assortissant néanmoins d'une double limite, tenant au respect nécessaire de la loi et à l'interdiction de déroger aux règles intéressant l'ordre public<sup>4</sup> :

« Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.

La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public. »

La liberté contractuelle est, en outre, constitutionnellement garantie. En effet, se fondant sur l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le Conseil constitutionnel exige que les atteintes que le législateur y porterait, soient justifiées par l'intérêt général et qu'elles ne soient pas disproportionnées par rapport à l'objectif poursuivi<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse Dijon 1912.

<sup>2</sup> G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, trad. française sous le titre *Principes de la philosophie du droit*, trad. J.-F. Kervégan, 2<sup>e</sup> éd., PUF, 2013, *Vorrede* (préface) ; „so kommt [...] die Philosophie ohnehin immer zu spät“. „die Eule der Minerva beginnt erst mit der einbrechenden Dämmerung ihren Flug“.

<sup>3</sup> A. Fouillé, *La science sociale contemporaine*, Paris : 1880, *passim*.

<sup>4</sup> Dans sa version du projet de la Chancellerie de 2015, l'article 1102 mentionnait une troisième limite à la liberté contractuelle, en interdisant encore de « porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché » (Mekki « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *op. cit.*). Avec sa rédaction définitive, les auteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont renoncé à conférer à la jurisprudence française un contrôle de la proportionnalité de l'atteinte aux droits fondamentaux, semblable à celui que la Cour européenne des droits de l'homme pratique. Néanmoins les droits fondamentaux peuvent résulter de règles touchant à l'ordre public et, en cela, l'article 1102, alinéa 2, interdit d'y déroger par contrat (Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 97).

<sup>5</sup> Cons. Const. 13 juin 2013, n° 2013-672 DC.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Le sens de l'article 1102 du Code civil et son articulation avec l'article 6 du Code civil, qui se trouve dans le titre préliminaire de ce code, méritent d'être précisés<sup>6</sup>.

- L'alinéa 2 ne fait pas double emploi avec la formule de l'alinéa 1<sup>er</sup> *in fine*<sup>2</sup>. En effet, la liberté contractuelle non seulement peut être restreinte par des dispositions légales, mais encore doit respecter les exigences de l'ordre public. Or ce dernier n'est pas seulement textuel, car la Cour de cassation s'est arrogée le pouvoir d'en déterminer le contenu même en dehors de tout texte<sup>3</sup>. Les limites tenant à la loi et celles tenant à l'interdiction de déroger à l'ordre public ne se superposent dès lors pas entièrement.
- La question se pose, de l'articulation entre l'article 6 du Code civil, remontant à 1804, et l'article 1102 du même code, issu de l'ordonnance du 10 février 2016. En effet, alors qu'ils semblent avoir le même objet, les deux textes ne sont pas rédigés d'une manière strictement identique.

Aux termes de l'article 6 du Code civil :

« On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

A la lecture de ce texte, on recense trois différences de rédaction avec l'article 1102. Cependant, on ne doit pas en conclure que les deux textes ont une signification opposée.

- L'article 6 parle de conventions, et non du contrat. Mais le mot « convention » correspondait en 1804 à ce que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont appelé contrat : un accord de volontés destinés à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations (article 1101 du Code civil). Si on interprète l'article 6 en respectant la volonté du législateur de 1804, son champ d'application est donc le même que celui de l'article 1102 nouveau.

Comprendrait-on, du reste, le mot « convention » dans l'article 6 dans un autre sens, celui, plus général, que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 lui ont conféré dans l'article 1100-1, alinéa 1<sup>er</sup><sup>4</sup>, que les articles 6 et 1101 ne seraient pas, pour autant, contradictoires. En effet, l'article 1100-1, alinéa 2, soumet, en tant que de raison, les conventions aux conditions de validité des contrats. Ainsi, à l'instar des contrats, les autres conventions sont-elles régies par le principe de la liberté contractuelle, sous réserve de ne pas déroger aux règles intéressant l'ordre public.

- L'article 6 interdit de déroger aux « lois » qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, tandis que l'article 1102 interdit de déroger aux « règles » qui intéressent l'ordre public. Mais, comme on l'a expliqué précédemment, depuis bien longtemps la Cour de cassation a affirmé l'existence d'un ordre public virtuel, dont elle se reconnaît le pouvoir de déterminer le contenu, à côté de l'ordre public textuel. Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 n'ont donc fait que tirer les conséquences de ce pouvoir créateur jurisprudentiel, en parlant, dans l'alinéa 2 de l'article 1102, de « règles », expression susceptible d'inclure celles posées par la jurisprudence, en plus de celles posées par la loi.
- Alors que l'article 6 interdit de déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent « l'ordre public et les bonnes mœurs », l'article 1102 prohibe uniquement les atteintes aux règles qui intéressent « l'ordre public ».

<sup>6</sup> C. Pérès « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie (à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet) », *D.* 2009, 381.

<sup>2</sup> Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 111 et suiv.

<sup>3</sup> Civ. 4 décembre 1929, *G.A.*, t. I, n° 17, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *D.H.* 1930, 50 ; *S.* 1931, 1, 49, note P. Esmein ; Civ. 1, 29 octobre 2014, n° 13-19729, *B. I.*, n° 178 ; *D.* 2015, 242, note A.-S. Epstein ; *ibid.*, 246, note D. Mainguy ; *ibid.*, 529, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *CCC* 2015, *comm.* 1, obs. L. Leveneur ; *RTD civ.* 2015, 102, obs. J. Hauser et 121, obs. H. Barbier ; *RDC* 2015, 370, obs. C. Pérès.

<sup>4</sup> *Cf. supra* : « Introduction générale au droit des obligations », § 3 « Classifications des obligations », B. « Classification fondée sur les sources d'obligations », 1. « Obligations naissant d'actes juridiques », b. « La convention ».

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont justifié leur abandon de toute référence aux bonnes mœurs dans le nouveau titre III du livre III, par le caractère désuet de la notion et par le développement que la jurisprudence a donné à la notion d'ordre public<sup>1</sup>.

Il est vrai que le contenu de la notion de bonnes mœurs s'est singulièrement rétréci ces dernières années, à la faveur d'un courant législatif et jurisprudentiel libéral, certains diront permissif : par exemple sont valables les conventions de courtage matrimonial, les donations ou les testaments consentis à l'occasion d'une relation adultère, quels qu'en soient les motifs<sup>2</sup>... Mais il ne faudrait pas conclure, par une interprétation *a contrario* hasardeuse de l'article 1102, que les parties ont désormais toute licence de conclure un contrat au contenu attentatoire aux bonnes mœurs ! Simplement les bonnes mœurs ou, du moins, ce qu'il en reste, sont désormais un aspect de l'ordre public. Aussi l'interdiction de déroger aux règles intéressant celui-ci permet-elle de sanctionner l'atteinte qui serait portée à celles-là<sup>3</sup>.

Sous ces deux limites, tenant au respect de la loi et à l'interdiction de déroger aux règles d'ordre public, la liberté contractuelle, selon l'article 1102, prévaut aussi bien quant au fond que quant à la forme.

### β) Aspects de la liberté contractuelle

La liberté contractuelle se manifeste tant en ce qui concerne le fond du droit qu'en la forme.

- Liberté contractuelle quant au fond

Elle comporte trois aspects : la liberté de contracter ou de ne pas contracter, d'une part ; celle de choisir son cocontractant, d'autre part ; celle de fixer le contenu du contrat, enfin.

- Liberté de contracter ou de ne pas contracter : elle est largement battue en brèche, par exemple assurance obligatoire, droit du locataire au renouvellement de son bail commercial ou d'habitation, interdiction du refus de vente ou de prestation de service du professionnel envers le consommateur...
- Liberté de choisir son cocontractant<sup>4</sup> : dans la vente, notamment, les droits de préemption légaux viennent fréquemment la limiter, que ce soit au profit d'une personne privée en situation d'infériorité par rapport à l'autre partie ou de l'État, par ex. droit de préemption du locataire dans les baux à usage d'habitation, droit de préemption urbain au profit des communes, droit de préemption de l'État en matière de vente d'œuvres d'art...
- Liberté de fixer le contenu du contrat

Cet aspect de la liberté contractuelle est limité, on l'a vu, par la notion d'ordre public. Cette dernière notion est en pleine expansion, car on a assisté au développement d'une réglementation impérative foisonnante dans un but de protection de certaines catégories de contractants (salarié, locataire, consommateur, etc...). Comme le déclarait le père Henri-Dominique Lacordaire dès le milieu du dix-neuvième siècle : « Entre le fort et le faible, c'est la liberté qui asservit, la loi qui affranchit »<sup>5</sup>. Cette réglementation est donc apparue nécessaire, pour protéger la partie la plus faible dans les contrats d'adhésion.

<sup>1</sup> Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016.

<sup>2</sup> Ass. plén. 29 octobre 2004, n° 03-11238, *B. plén.*, n° 12 ; *G.A.*, t. I, n° 35, obs. très critiques F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *BICC* n° 612, 1<sup>er</sup> février 2005, rapport Bizot, conclusions D. Allix ; *D.* 2004, 3175, note D. Vigneau ; *JCP* 2005, II, 10011, note F. Chabas ; *CCC* 2005, n° 40, note L. Leveneur ; dans le même sens : *Civ.* 1, 25 janvier 2005, n° 96-18978, *B. I.*, n° 35 ; *RTD civ.* 2005, p. 439, n° 2, obs. critiques M. Grimaldi.

<sup>3</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 96 ; Perès, *op. cit.*, n° 3.

<sup>4</sup> Soc. 9 mars 2016, n° 14-24632.

<sup>5</sup> J.B.H Lacordaire, 52<sup>e</sup> conférence de Notre Dame, 1848.

- Liberté contractuelle quant à la forme

Elle s'exprime par le principe du consensualisme : la volonté étant libre, ne saurait être assujettie à aucune forme. Comme l'énonce l'article 1172, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, sur lequel on reviendra<sup>1</sup> : « Les contrats sont par principe consensuels. » Mais on assiste à une renaissance actuelle du formalisme :

- formalisme direct, exigé pour la validité<sup>2</sup> ;
- formalisme indirect, de publicité ou de preuve : publicité foncière, par exemple.

b. Effet relatif du contrat

On ne peut être engagé que par sa volonté, pas par celle des autres. S'il ne figure pas dans les dispositions liminaires du sous-titre consacré au contrat, le principe est, en revanche, affirmé par l'article 1199 du Code civil<sup>3</sup> :

« Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties.  
Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV. »

Mais il existe des exceptions et des atténuations à ce principe :

- Exceptions prévues par le Code civil lui-même, qu'il annonce dans l'article 1199 *in fine* : stipulation pour autrui (articles 1205 et suiv. du Code civil), notamment ;
- Existence de contrats collectifs, dérogeant au principe de l'effet relatif du contrat<sup>4</sup>
- Atténuation jurisprudentielle : certains tiers peuvent agir en exécution du contrat, ainsi le sous-acquéreur qui se voit transmettre l'action en garantie attachée à la chose vendue.

c. Force obligatoire du contrat

C'est le corollaire essentiel du principe de l'autonomie de la volonté. Le principe de l'autonomie de la volonté a fourni rétrospectivement<sup>5</sup> le fondement théorique de la règle énoncée dans l'ancien article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil et inscrite désormais à l'article 1103 du Code civil : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

Le principe de la force obligatoire des contrats était naguère inscrit dans l'ancien article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, dans un chapitre de l'ancien titre III consacré à « l'effet des obligations »<sup>6</sup>. L'insertion du texte parmi les dispositions liminaires dédiées au contrat, fait du principe de la force

<sup>1</sup> Cf. *infra* : section 3 « Classification des contrats », § 1 « Classifications fondées sur les conditions de formation des contrats », A. « Contrats consensuels, solennels, réels ».

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Ancien article 1165 du Code civil.

<sup>4</sup> Cf. *infra* : section 3 « Classification des contrats », § 1 « Classifications fondées sur les conditions de formation des contrats », D. « Contrats individuels et contrats collectifs ».

<sup>5</sup> Houtcieff, *op. cit.*, n° 71. En effet, les rédacteurs du Code civil de 1804 n'avaient pas songé à fonder la règle sur la théorie kantienne de l'autonomie de la volonté. Ce n'est qu'à partir de la fin du dix-neuvième siècle que la doctrine a entrepris de justifier cette règle en faisant appel à la notion d'autonomie de la volonté.

<sup>6</sup> Aux termes de l'ancien article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Le nouvel article 1103 du Code civil est rédigé à l'identique, si ce n'est que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont substitué le terme « contrats » à celui de « conventions ». Mais, qu'elles répondent ou non à la définition de l'article 1101 du Code civil, les conventions ont aussi force obligatoire, puisque l'article 1100-1 du Code civil les soumet, « en tant que de raison » au régime juridique des contrats, notamment quant à leurs effets, (cf. *supra* : « Introduction générale au droit des obligations », section 4 « Classifications des obligations », § 2 « Classification fondée sur les sources d'obligations », A. « Obligations naissant d'actes juridiques », b. « La convention »).



Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

obligatoire des contrats une « ligne directrice » du droit des contrats<sup>1</sup>, à l'égal de la liberté contractuelle (article 1102) ou de la bonne foi des parties (article 1104)<sup>2</sup>.

Ce déplacement du texte se justifie, dès lors que la bonne foi est elle-même devenue un principe général du droit des contrats, au lieu d'être cantonnée, comme dans le Code civil de 1804, aux effets du contrat (ancien article 1134, alinéa 3). On aurait mal compris, en effet, que le principe de la bonne foi parût, aux yeux du législateur, plus important que celui de la force obligatoire des contrats. Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont donc pris le parti d'élever aussi ce dernier au rang de principe général, précédant la bonne foi dans l'ordre d'énumération de ces principes.

Mais ce principe de la force obligatoire des contrats, qui s'impose aux parties comme au juge, connaît des atteintes en droit contemporain.

α) Force obligatoire du contrat à l'égard des parties

Les parties sont liées par le contrat qu'elles ont elles-mêmes conclu, quel qu'en soit le contenu. Peu importe, notamment, que dans un contrat synallagmatique, comportant des obligations réciproques selon la définition qu'en donne l'article 1106, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil<sup>3</sup>, les prestations ne soient pas équivalentes : le contrat n'en est pas moins valable, du moins en principe (article 1168 du Code civil).

Corollaire de l'article 1103, l'article 1193 du Code civil interdit, en principe, à une partie de révoquer ou de modifier unilatéralement un contrat :

« Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise. »

Cependant, le contenu du contrat n'est pas toujours indifférent à sa validité. L'article 1171, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil en est une preuve<sup>4</sup> :

« Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. »

En outre, on le verra, la législation contemporaine permet parfois à la partie la plus faible, notamment le consommateur dans ses rapports avec le professionnel, de revenir sur son consentement. L'article 1122 du Code civil mentionne l'existence de cette faculté de rétractation, lorsqu'une disposition spéciale la prévoit.

Ex. L'article L. 221-18 du Code de la consommation ouvre au consommateur une faculté de rétractation d'ordre public pendant quatorze jours, dans les contrats conclus avec un professionnel à distance ou hors l'établissement de ce professionnel (contrats à domicile, notamment).

β) Force obligatoire du contrat à l'égard du juge

Le juge doit respecter le contrat ; traditionnellement il ne peut le réviser, car, sinon, il permettrait indirectement à la partie qui l'a saisi, de s'affranchir du lien obligatoire. Cependant l'article 1195, alinéa 2, du Code civil ouvre, à certaines conditions, la possibilité au juge de réviser un contrat à exécution successive devenu gravement déséquilibré, en raison de circonstances imprévisibles lors de la conclusion de ce contrat.

<sup>1</sup> Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ; D. Houtcieff (dir.), *Le renouveau de la force obligatoire du contrat*, RDC 2024/4, 82 et s.

<sup>2</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 99.

<sup>3</sup> Cf. *infra* : section 3 « Classifications des contrats », § 2 « Classifications fondées sur le contenu des contrats », B. « Contrats synallagmatiques et contrats unilatéraux ».

<sup>4</sup> Cf. *infra* : section 3 « Classifications des contrats », § 1 « Classifications fondées sur les conditions de formation des contrats », B. « Contrats de gré et contrats d'adhésion », 2. « Intérêts de la distinction ».

### 3. Critique du principe de l'autonomie de la volonté

Les atteintes à la liberté contractuelle et à la force obligatoire du contrat, toujours plus nombreuses en droit contemporain, ont incité à une remise en cause du principe de l'autonomie de la volonté en doctrine.

De nombreuses réactions doctrinales se sont en effet manifestées à l'encontre de ce despotisme de la volonté individuelle, que l'autonomie de la volonté suppose. Hans Kelsen<sup>1</sup>, Emmanuel Gounot<sup>2</sup>, Georges Rouhette<sup>3</sup> puis Jacques Ghestin<sup>4</sup>, Mme Suzanne Lequette<sup>5</sup> et bien d'autres encore ont soutenu que l'utilité sociale était en réalité le fondement de la force obligatoire du contrat, et non la volonté des parties.

## B. La bonne foi<sup>6</sup>

On expliquera en quel sens la bonne foi doit s'entendre en droit des contrats, puis on exposera les controverses doctrinales relatives à la portée du devoir de bonne foi en droit des contrats et enfin la consécration de ce devoir en droit positif.

### 1. Notion de bonne foi en droit des contrats

La notion de bonne foi s'entend de deux principales manières en droit français contemporain<sup>7</sup>, comme, du reste, dans bien d'autres systèmes juridiques étrangers<sup>8</sup>. C'est dans son second sens qu'elle s'entend surtout en droit des contrats.

#### a. La bonne foi subjective : le contraire de la mauvaise foi

Dans ce premier sens, la bonne foi est un état psychique, subjectif, dont le contraire est la mauvaise foi : elle consiste en une croyance erronée, à laquelle la loi attache certains effets de droit<sup>9</sup>.

C'est ainsi qu'on parle, par exemple, en droit des biens, de la la bonne foi du possesseur évincé qui, ignorant les vices de son titre de propriété, fait les fruits siens, selon les articles 549 et 550 du Code civil combinés ; ou encore de la bonne foi permettant au possesseur d'invoquer soit l'usucapion

<sup>1</sup> H. Kelsen « La théorie juridique de la convention », *APD* 1940, pp. 48 et s.

<sup>2</sup> Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé...*, *op. cit.*, n° 57.

<sup>3</sup> G. Rouhette, *Contribution critique à l'étude de la notion de contrat*, thèse dactyl. dir. R. Rodière, Paris, 1965, spéc. p. 349 et s., p. 391 et s. et n° 153, p. 479.

<sup>4</sup> J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013, n° 237 et s. Plus précisément, selon cet auteur, ce seraient l'utile et le juste qui fonderaient la force obligatoire du contrat. *Cf. é.g.*, du même auteur : « Le contrat en tant qu'échange économique », *Rev. d'économie industrielle* 2000, pp. 81-100.

<sup>5</sup> S. Lequette, *Le contrat-coopération, contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. Brenner, Economica, 2010, spéc. n° 30, p. 34 ; du même auteur : « La notion de contrat », *RTD civ.* 2018, pp. 541 et s., n° 9-13.

<sup>6</sup> R. Jabbour, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, préf. L. Aynès, LGDJ, 2016 ; S. Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, préf. M. Fabre-Magnan, PUAM, 2012 ; P. Ancel, Les sanctions du manquement à la bonne foi contractuelle en droit français à la lumière du droit québécois, *Revue juridique Themis* 45-1, 2011. 87 s.

<sup>7</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 128 ; Flour, Aubert et Savaux, *L'acte juridique*, n° 191 ; R. Vouin, *La bonne foi, notion et rôles actuels en droit privé français*, préf. J. Bonnacase, LGDJ, 1939, spéc. n° 29 ; G. Lyon-Caen « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD. civ.* 1946, p. 75 et suiv. ; G. Cornu, *Regards sur le titre III du livre III du Code civil ("Des contrats ou des obligations conventionnelles en général")*, cours D.E.A. De Droit privé, Paris : Les Cours de Droit, 1977, réimpr. Éditions Panthéon-Assas, 2017, n° 289-290 ; J. Ghestin, *La formation du contrat*, n° 264 ; Houtcieff, *Droit des contrats*, n° 635 et suiv. *Cf. infra* : sous-titre II « Les effets du contrats », chap. I « L'exécution du contrat ». Certains auteurs attribuent même trois significations, et non pas seulement deux, à la notion de bonne foi (Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 102 ; Y. Loussouarn « Rapport de sythèse », *in* : *La bonne foi (journées louisianaises)*, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Litec, 1992, 7 et s.

<sup>8</sup> P. Van Ommeslague « Rapport général », *in* : *La bonne foi (journées louisianaises)*, *op. cit.*, p. 26 et s.

<sup>9</sup> A. Breton « Des effets civils de la bonne foi », *Rev. crit. lég. jur.* 1926, p. 86 et suiv.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

abrégee de dix ans en matière immobilière s'il a en plus un juste titre, en application de l'article 2272, alinéa 2, du Code civil, soit la règle « En fait de meuble, la possession vaut titre » de l'article 2276, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil.

En droit des contrats, on peut donner l'exemple de celui qui, dans des pourparlers, fait naître une espérance de conclusion d'un contrat, alors qu'il n'a pas l'intention de la satisfaire. De fait, l'article 1112, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, sur lequel on reviendra, dispose :

« l'initiative, le déroulement et la rupture des relations contractuelles (...) doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. »

Cette disposition représente une application particulière du principe de bonne foi posé à l'article 1104 du Code civil.

Sans être d'école, l'hypothèse de la mauvaise foi d'une partie à un contrat n'est toutefois pas la plus répandue. C'est la raison d'ailleurs pour laquelle, d'une manière générale, la bonne foi se présume (article 2274 du Code civil). Aussi l'utilité de la notion de bonne foi en droit des contrats est-elle liée à un élargissement de cette notion.

b. La bonne foi objective : le devoir de bonne foi

Dans son second sens, objectif, élargie, la bonne foi consiste en un devoir, une norme objective de comportement imposant à un sujet de droit une attitude morale et loyale dans ses relations à autrui, en particulier à une partie envers son cocontractant. La transgression de cette norme, puisqu'elle est objective, peut n'être pas intentionnelle et résulter d'une attitude simplement désinvolte, empreinte de légèreté blâmable, trahissant une indifférence excessive aux intérêts de l'autre partie. Ainsi l'auteur de cette transgression doit-il en répondre juridiquement, quand bien même il ne l'aurait pas commise délibérément et ne serait pas de « mauvaise foi » au sens subjectif du terme.

C'est la conception de la bonne foi retenue par nombre de droits étrangers<sup>1</sup> (allemand<sup>2</sup>, suisse<sup>3</sup>, polonais<sup>4</sup> et belge<sup>5</sup>, par exemple), à laquelle la jurisprudence française s'est implicitement ralliée en droit des contrats, donnant ainsi au devoir de bonne foi une portée beaucoup plus ample que si la bonne foi s'était entendue seulement du contraire de la mauvaise foi au sens psychique du terme. Les projets européens relatifs au droit des obligations attribuent également une importance essentielle à ce devoir de bonne foi.

L'ordonnance du 10 février 2016 ayant, pour l'essentiel, vocation à consolider la jurisprudence antérieure, il ne fait guère de doute que la bonne foi au sens de l'article 1104 du Code civil, comme on le verra, doit s'entendre principalement en un sens objectif.

<sup>1</sup> P. Van Ommeslaghe « Rapport général », in : *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées louisianaises, p. 25 et s. ; Y.-M. Laithier « Les principes directeurs du droit des contrats en droit comparé », *RDC* 2013, 410 et suiv.

<sup>2</sup> En droit allemand, la bonne foi sert non seulement de règle d'interprétation des contrats (§ 157 B.G.B. : « *Verträge sind so auszulegen, wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern* »), mais encore de règle de conduite s'imposant au débiteur dans l'exécution du contrat (§ 242 B.G.B. : « *Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern* »). Cf. Brox & Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, § 7, 2 ff ; B. Jaluzot, *La bonne foi dans les contrats, étude comparative de droit français, allemand et japonais*, préf. F. Ferrand, Paris : Dalloz, 2001.

<sup>3</sup> Article 2, alinéa 2, du Code civil suisse : « Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. » Ce texte figure dans le titre préliminaire du Code civil suisse, ce qui lui confère une portée générale.

<sup>4</sup> Article 5 Kodeks cywilny (K.C.) : « *Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społecznogospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.* » (« Il n'est pas permis de faire de son droit un usage qui serait contraire à la destination socio-économique de ce droit ou aux principes de la vie commune en société. Une telle action ou omission du titulaire du droit n'est pas considérée comme un exercice du droit et ne bénéficie pas de la protection juridique »). Les « principes de la vie commune en société » englobent la bonne foi. Cf. par ex. W. Popiotek « Rapport polonais », in : *La bonne foi*, travaux de l'Association Henri Capitant, p. 325 et s.

<sup>5</sup> Cf. par ex. J. Périlleux « Rapport Belge », in : *La bonne foi*, travaux de l'Association Henri Capitant, p. 237 et s. ; P. Van Ommeslaghe « La rigueur contractuelle et ses tempéraments selon la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in : *Etudes offertes à Jacques Ghestin – Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, p. 881 et suiv., n° 10.

## 2. Controverses doctrinales sur la portée du devoir de bonne foi en droit des contrats

Elles ont opposé les tenants du solidarisme contractuel à ses détracteurs.

### a. Le solidarisme contractuel

Une doctrine importante a promu le concept de solidarisme contractuel. Le solidarisme est un courant de pensée apparu au début du vingtième siècle et dont le chef de file fut le philosophe Léon Bourgeois<sup>1</sup>. Ce courant de pensée a inspiré des juristes français, notamment René Demogue<sup>2</sup>, juriste de la première moitié du vingtième siècle. Depuis la fin du siècle dernier, il connaît une authentique ferveur doctrinale, chez des auteurs comme M. Christophe Jamin et M. Denis Mazeaud, notamment<sup>3</sup>.

Le solidarisme contractuel avait pris appui sur l'ancien article 1134, alinéa 3, du Code civil, aux termes duquel « Elles [les conventions] doivent être exécutées de bonne foi »<sup>4</sup>.

Les partisans de l'autonomie de la volonté avaient tenté de minimiser la portée de cette disposition, dans laquelle ils ne voyaient qu'une règle d'interprétation de la volonté des parties. D'après eux, le texte se borne à imposer au débiteur une exécution du contrat respectueuse de son esprit, telle que les parties ont pu raisonnablement l'envisager. Il n'aurait été qu'une disposition destinée à compléter l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'ancien article 1134, aux termes duquel « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. »

Mais René Demogue, au contraire, attribua une portée considérable à l'ancien article 1134, alinéa 3, en l'érigeant en correctif, et non plus en complément, à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article. L'ancien article 1134, alinéa 3 aurait astreint les parties, créancier comme débiteur, à se comporter de bonne foi dans l'exécution du contrat, au-delà du seul respect de la volonté des parties. Selon Demogue<sup>5</sup> et ses épigones, le contrat ne serait en effet pas le résultat d'une tension entre des intérêts divergents, mais :

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

L'ancien article 1134, alinéa 3, dont l'article 1104 actuel reprend le contenu en en élargissant le champ d'application, imposerait ainsi à chacune des parties, dans l'exécution du contrat, la prise en considération de l'intérêt du cocontractant. Les parties seraient tenues non seulement un devoir de loyauté, mais encore un devoir de coopération, de collaboration l'une envers l'autre. Le devoir de bonne foi dans l'exécution du contrat impliquerait ainsi l'existence d'une « solidarité entre créancier et débiteur dans l'intérêt social ».

<sup>1</sup> Sur la doctrine du solidarisme en général, cf. F. Ewald, *L'Etat providence*, Grasset, 1986, p. 349 et suiv., not. p. 358 et s. ; A.-J. Arnaud, *Les juristes face à la société du XIXème siècle à nos jours*, PUF, 1975, p. 86-88.

<sup>2</sup> R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1911, réimpr. Editions La Mémoire du Droit, 2011, p. 158 et suiv. ; pour l'application du solidarisme aux effets du contrats, du même auteur, *Traité des contrats en général*, t. VI, Paris, Rousseau, 1932, n° 12 et suiv. Demogue tient le solidarisme pour une des notions de base du droit. Cf. Ch. Jamin « Henri Capitant et R. Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », in : *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, p. 125 et suiv., p. 135 et s.

<sup>3</sup> Ch. Jamin « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in : *Etudes offertes à Jacques Ghestin, le contrat au début du XXIème siècle*, LGDJ, 2001, réimpr. 2014, p. 441 et s. ; D. Mazeaud « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », in : *L'avenir du droit, mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF et Editions du Jurisclasseur, 1999, p. 604 et s. ; D. Mazeaud « Sécurité juridique versus moralité contractuelle », in : *Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 439 et s. ; L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel : mythe ou réalité ?*, Economica, 2004 ; A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, thèse Dijon, 2003, publiée Litec, 2006.

<sup>4</sup> Cf. *infra* : sous-titre II « Les effets du contrats », chap. I « L'exécution du contrat », section 1 « Domaine d'application de la loi contractuelle », sous-section 1 « Domaine d'application de la loi contractuelle dans l'espace », § 2 « Obligations rattachées au contrat », B. « Obligations complémentaires », 1. « Devoir de bonne foi ».

<sup>5</sup> Demogue, *Traité des obligations en général*, t. VI, n° 3, n° 12 et suiv., n° 23-24.

### b. Critique du solidarisme contractuel

Une doctrine abondante a critiqué la théorie du solidarisme contractuel<sup>1</sup>. Résumant l'esprit de ces critiques, Jean Carbonnier a souligné que « l'outrance peut perdre une idée juste » et regretté<sup>2</sup> :

« qu'à une époque où le mariage s'était peut-être un peu trop transformé en contrat, certains aient rêvé de transformer tout contrat en mariage. »

Plus récemment, en des formules caustiques, M. Yves Lequette a dénoncé l'utopisme d'une théorie qui fonde ses espoirs sur l'avènement d'un « monde contractuel meilleur »<sup>3</sup>. Selon cet auteur, en effet, les intérêts des parties au contrat sont, au contraire, « structurellement divergents ». L'idée « de solidarité ou de fraternité », « qui uniraient naturellement tous les membres du genre humain ne témoigne pas d'une connaissance approfondie des ressorts de l'âme humaine ». Dans leur grande majorité, en effet, les hommes portent naturellement « plus d'attention à leur propres intérêts qu'à ceux d'autrui ». Or « le droit des contrats doit être conçu en fonction de l'homme tel qu'il est et non tel qu'on voudrait qu'il fût. » Le solidarisme contractuel fait ainsi bon marché de l'antagonisme des intérêts présidant à toute relation contractuelle. A vouloir bâtir le contrat sur un fondement essentiellement moral, on court le risque d'un étouffement de la liberté contractuelle sous un dirigisme judiciaire, qui imposerait sa conception de la bonne foi sans égard au respect de la volonté des parties.

### 3. Consécration du devoir de bonne foi en droit des contrats

La jurisprudence a donné une importance croissante au devoir de bonne foi. Puis l'ordonnance du 10 février 2016 l'a consacré à l'actuel article 1104 du Code civil déjà cité.

#### a. Consécration jurisprudentielle du devoir de bonne foi

Ces trente dernières années, la jurisprudence avait donné au devoir de bonne foi une portée de plus en plus importante, en imposant à chacune des parties une loyauté, voire quelquefois une coopération envers son cocontractant non seulement dans l'exécution du contrat<sup>4</sup>, mais encore dans sa formation<sup>5</sup>.

#### b. Consécration légale du devoir de bonne foi

Avec l'ordonnance du 10 février 2016, le devoir de bonne foi dans le droit français des contrats a été renforcé. D'une part, il acquiert une portée générale ; d'autre part, certaines de ses applications particulières sont codifiées.

##### α) Affirmation d'un devoir général de bonne foi en droit des contrats

Selon la doctrine classique, que certains auteurs suivaient encore avant la réforme issue de l'ordonnance du 10 février 2016, la bonne foi n'aurait été, on l'a vu, qu'une règle d'interprétation

<sup>1</sup> Cornu, *Regards sur le titre III du livre III du Code civil 'Des contrats ou obligations conventionnelles en général'*, *op. cit.*, n° 280 ; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 274 ; Flour, Aubert et Savaux, *L'acte juridique*, n° 166 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 42 et s. ; D. Cohen « La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance », *op. cit.*, n° 28 et s., p. 529 et s. ; Y. Lequette « Bilan des solidarismes contractuels », in : *Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008 ; N. Molfessis « Remarques sur la doctrine en droit des contrats », *Revue de droit d'Assas*, n° 3, février 2011, p. 51 et s., not. n° 5 ; Stoffel-Munck, note ss. Com. 15 janvier 2002, *D.* 2002, *J.* 1974, n° 17-18.

<sup>2</sup> Carbonnier, *Droit civil*, t. II, n° 1030, p. 2119.

<sup>3</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 42 et s., n° 49 ; Y. Lequette « Bilan des solidarismes contractuels », in : *Etudes de droit privé offertes à Paul Didier*, Economica, 2008, 247 et s.

<sup>4</sup> Cf. *infra* : sous-titre II « Les effets du contrat », chap. I « L'exécution du contrat », section 1 « Domaine d'application de la loi contractuelle », sous-section 1 « Domaine d'application de la loi contractuelle dans l'espace », § 2 « Obligations rattachées au contrat », B. « Obligations complémentaires », 1. « Devoir de bonne foi ».

<sup>5</sup> Cf. *infra* : sous-titre I « La formation du contrat », chap. I « La conclusion du contrat » et chap. II « Les conditions de validité du contrat ».

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

des contrats<sup>1</sup>. Les représentants de la doctrine classique et ceux qu'elle a inspirés procédaient en effet à une lecture réductrice et traditionnelle de l'ancien article 1134, alinéa 3, du Code civil, aux termes duquel les conventions « doivent être exécutées de bonne foi ».

Cette lecture reposait sur deux justifications :

- Justification historique : le texte signifierait simplement l'abandon de la distinction romaine des contrats de droit strict, dont le contenu était déterminé par le sens littéral des termes employés, et des contrats de bonne foi, dont l'interprétation pouvait être plus souple.
- Justification tirée de la place du texte : l'ancien article 1134, alinéa 3, était enchâssé entre l'ancien article 1134, alinéa 1<sup>er</sup> affirmant le principe de la force obligatoire des conventions et l'ancien article 1135 du Code civil, qui concernait l'interprétation des conventions.

L'obligation de bonne foi a pu servir effectivement, en jurisprudence, à imposer au débiteur ou au créancier une exécution du contrat respectueuse de son esprit, telle que les parties ont pu raisonnablement l'envisager<sup>2</sup>. Mais la jurisprudence, comme on l'a déjà souligné, avait fini par lui conférer un rôle plus éminent, allant bien au-delà de l'interprétation du contrat.

Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 en ont tiré les conséquences, en élevant le devoir de bonne foi au rang de principe général du droit des contrats, en l'inscrivant dans les dispositions liminaires du sous-titre du titre III consacré au contrat. L'actuel article 1104 du Code civil énonce en effet :

« Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.  
Cette disposition est d'ordre public. »

La lettre et la place de l'article 1104 appellent deux observations.

- D'une part, l'article 1104 du Code civil attribue un domaine plus étendu au devoir de bonne foi que l'ancien article 1134, alinéa 3, ne le faisait. En effet, ce dernier n'évoquait le devoir de bonne foi qu'à propos de l'exécution du contrat, tandis que l'article 1104 en fait un principe irriguant l'ensemble du droit des contrats, de la négociation du contrat à son exécution, en passant par sa formation.
- D'autre part, la nouvelle disposition rompt définitivement avec la thèse classique qui réduisait la bonne foi à une simple règle d'interprétation des conventions et elle entérine l'extension considérable que la jurisprudence avait donnée à la notion. L'article 1104 figure en effet dans la division du sous-titre I sur les contrats intitulée « dispositions liminaires », et non dans celle consacrée à « l'interprétation des contrats » (articles 1188 à 1192 du Code civil).

La rupture avec la thèse classique est d'autant plus avérée, que le nouvel article 1104, alinéa 2, ajoute : « Cette disposition est d'ordre public. » Ainsi le devoir de bonne foi s'impose-t-il, sans que la volonté des parties puisse le tenir en échec<sup>3</sup>. Il ne trouve donc pas son fondement dans la volonté implicite des parties. L'article 1104 confère au devoir de bonne foi le caractère d'une norme objective, indépendante de cette volonté. Le caractère d'ordre public de l'article 1104 mérite d'être souligné, car, sauf dispositions contraires, l'ordonnance du 10 février 2016 est supplétive de volonté<sup>4</sup>, sous réserve de l'existence de certaines dispositions impératives par essence<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, 6<sup>e</sup> éd. par Bartin, § 346 ; *cf.*, rattachant l'obligation de bonne foi au principe de l'autonomie de la volonté : R. Desgorges, *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, thèse Paris II, 1992, spéc. p. 119-120.

<sup>2</sup> Civ. 1, 10 novembre 1964, n° 62-13.827, B. I, n° 497, *a contrario*. Rapp. Civ. 1, 31 mars 1992, n° 89-13534, B. I, n° 93.

<sup>3</sup> *Cf.* Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 128 ; J. Mestre « Pour un principe de bonne foi mieux précisé », *RLDC* mars 2009, n° 58, p. 9.

<sup>4</sup> Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016.

<sup>5</sup> Déclaration du garde des sceaux, Mme Nicole Belloubet, devant l'Assemblée nationale, lors de l'examen du texte de la loi de ratification en première lecture (discussion sur l'amendement n° 3) : « certains textes, par exemple ceux relatifs aux conditions de validité du contrat et à leur sanction, sont par essence d'ordre public sans que cela soit rappelé expressément. Il faut également admettre que les textes qui reconnaissent des droits à des tiers ne peuvent être écartés par les parties. En outre, il existe des textes tels que ceux porteurs de

Pour autant, l'article 1104 ne donne aucune définition de la bonne foi et, en particulier, il ne précise pas si celle-ci se réduit à un devoir de loyauté ou bien va jusqu'à imposer, comme le voudraient Demogue et ses disciples, une obligation de coopération entre les parties au contrat<sup>1</sup>.

### β) Applications particulières du devoir de bonne foi en droit des contrats

Deux dispositions du Code civil, notamment, constituent des applications particulières du devoir contractuel de bonne foi. Elles imposent en effet un tel devoir et sanctionnent le fait d'y manquer, l'une dans les négociations contractuelles (article 1112 du Code civil), l'autre à propos de l'obligation conditionnelle (article 1304-3 du Code civil).

Tout d'abord, en énonçant le principe selon lequel les négociations précontractuelles sont gouvernées par les exigences de la bonne foi<sup>2</sup>, l'article 1112 du Code civil fait écho à l'article 1104 du Code civil. Aux termes de l'alinéa 1<sup>er</sup> de cet article, en effet, on s'en souvient :

« L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations contractuelles (...) doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. »

Certes, la partie de mauvaise foi méconnaît cette disposition. Mais il en va de même de celle qui manquerait à la loyauté contractuelle sans être de mauvaise foi au sens subjectif du terme. En effet, l'article 1112, alinéa 2, prévoit une responsabilité « en cas de faute commise dans les négociations ». Dans le silence du texte sur les caractères de la faute exigée, l'interprète n'a pas à distinguer<sup>3</sup> selon la gravité de la faute : il doit se reporter au droit commun de la responsabilité civile, en vertu duquel chacun répond du dommage causé non seulement de sa faute intentionnelle, mais encore de son imprudence ou de sa négligence (articles 1240 et 1241 du Code civil). Une faute d'imprudence ou de négligence dans la conduite des pourparlers, fût-elle légère, suffit donc à engager la responsabilité de son auteur envers l'autre partie, s'il en résulte un préjudice pour cette dernière. Telle est d'ailleurs la position que la jurisprudence avait adoptée avant l'ordonnance du 10 février 2016<sup>4</sup>.

Le Code civil fait également application du devoir de bonne foi à propos de l'obligation conditionnelle. La condition est un événement futur et incertain, dont dépend la perfection – condition suspensive – ou l'anéantissement – condition résolutoire – d'une obligation contractuelle (articles 1304, 1304-6 et 1304-7 du Code civil).

Ex. conclusion d'un bail sous la condition suspensive de la mutation professionnelle du preneur dans la ville où se situe le bien loué.

Ex. vente d'un bien immobilier sous condition suspensive d'obtention par l'acquéreur d'un prêt destiné à financer l'acquisition.

« En cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé », selon l'article 1304-6, alinéa 3, du Code civil. Inversement, « l'accomplissement de la condition résolutoire éteint rétroactivement l'obligation », aux termes de l'article 1304-7 du Code civil :

Ex. le preneur n'obtient pas sa mutation professionnelle. Son obligation de prendre à bail le logement dans la ville où il devait être muté, est réputée n'avoir jamais existé.

Cependant, aux termes de l'article 1304-3 du Code civil, lequel reprend une règle qui figurait déjà dans l'ancien article 1178 du Code civil, en en élargissant la portée :

« La condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement.

La condition résolutoire est réputée défaillie si son accomplissement a été provoqué par la partie qui y avait intérêt. »

---

définitions ou de classifications, pour lesquels une clause contraire serait un non-sens. Enfin, la jurisprudence pourra, dans le cadre de sa mission d'interprétation de la loi, qualifier d'impératifs certains textes : c'est l'ordre public virtuel » ; C. Pérès « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP* 2016, 770 ; Deshayes, Genicon et Laithier « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations... », n° 6.

<sup>1</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénédy, *op. cit.*, n° 128.

<sup>2</sup> Cf. *infra* : sous-titre I « La formation du contrat », chap. I « La conclusion du contrat ».

<sup>3</sup> *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* : là où la loi ne distingue pas, nous ne devons pas non plus le faire.

<sup>4</sup> Cf. *infra* : sous-titre I « La formation du contrat », chap. I « La conclusion du contrat », section I « La conclusion d'un contrat classique », § 1 « L'offre ou sollicitation », A. « Notion d'offre », 1. « Distinction de l'offre et des pourparlers ».

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

L'hypothèse visée par l'article 1304-3 est celle où une partie influe, par son comportement, sur la réalisation ou la défaillance de la condition, de manière à provoquer l'anéantissement de l'obligation conditionnelle. Le législateur a en effet estimé juste de présumer, selon la formule de Demolombe, « que les parties s'en sont remises pour l'accomplissement de la condition au cours naturel des choses et qu'elles ont entendu que l'événement devrait seul prononcer sur le sort de la convention »<sup>1</sup>. En faisant obstacle, par son fait, à l'accomplissement de la condition suspensive ou à la défaillance de la condition résolutoire, alors que la condition est un événement par essence indépendant de la volonté des parties, la partie manque donc à son devoir de loyauté envers son cocontractant. Le plus souvent, la déloyauté émane du débiteur, qui cherche à se soustraire à son engagement en provoquant soit la défaillance de la condition suspensive, soit l'accomplissement de la condition résolutoire.

L'article 1304-3 sanctionne cette déloyauté, en réputant fictivement accomplie la condition suspensive ou défaillie la condition résolutoire. Il en résulte que la partie qui avait empêché l'accomplissement de la condition suspensive ou provoqué l'accomplissement de la condition résolutoire, demeure engagée. Même si l'article 1304-3 n'emploie pas expressément l'expression, cette disposition fait application du devoir de bonne foi dans l'exécution du contrat.

Ex. l'acheteur regrette un achat immobilier, contracté sous la condition suspensive d'obtention d'un prêt destiné à en financer l'acquisition. Aussi cherche-t-il à revenir indirectement sur son engagement, qu'il sait irrévocable en vertu des articles 1103 et 1193 du Code civil. Pour échapper à son obligation de payer le prix, il va donc manœuvrer pour ne pas obtenir son prêt ou tout simplement s'abstenir des diligences nécessaires à cette obtention. Cette attitude provoquera la défaillance de la condition suspensive. D'après l'article 1304-6, alinéa 3, du Code civil, la conséquence devrait en être que son obligation, soumise à cette condition, sera réputée n'avoir jamais existé. Mais l'article 1304-3, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil empêche le débiteur de parvenir à ses fins, en réputant fictivement accomplie la condition suspensive, malgré, en réalité, sa défaillance.

A suivre la tendance de la jurisprudence antérieure<sup>2</sup>, la sanction de l'article 1304-3 a vocation à s'appliquer même si la défaillance ou l'accomplissement de la condition est imputable à un simple défaut de diligence de la partie qui y avait intérêt<sup>3</sup>. Une mauvaise foi au sens subjectif du terme n'est donc, ici encore, pas requise.

## § 2 Autorité des principes généraux gouvernant les contrats

Ces principes généraux n'ont pas une autorité supérieure aux autres règles régissant les contrats. D'après les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016, ils ne constitueraient pas des « principes directeurs », mais donneraient simplement des « lignes directrices » (*sic*).

### A. Absence d'autorité supérieure des principes généraux gouvernant les contrats

Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont pris soin d'insister sur le fait que les dispositions liminaires consacrées au contrat ne constituent pas des principes directeurs du droit des contrats, au sens précis où divers projets européens l'entendent<sup>4</sup>. En effet, l'autorité de ces dispositions liminaires, soulignent-ils, n'est en aucun cas supérieure aux autres dispositions du nouveau titre III relatives au contrat :

« elle ne constituent pas pour autant des règles de niveau supérieur à celles qui suivent et sur lesquelles les juges pourraient se fonder pour justifier un interventionnisme accru : « il s'agit bien plutôt de principes destinés à faciliter l'interprétation de l'ensemble des règles applicables au contrat, et au besoin à en combler les lacunes ».

<sup>1</sup> Ch. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. XXV, A. Lahure, 1878, n° 349.

<sup>2</sup> Civ. 3, 25 avril 1978, n° 76-13933, B. III, n° 158 ; Com. 23 novembre 1993, n° 91-21846, B. IV, n° 422 ; Civ. 3, 19 avril 2000, n° 98-19187, B. III, n° 85 ; *RTD civ.* 2001, 143, obs. J. Mestre et B. Fages ; Civ. 3, 10 septembre 2008, n° 07-16177, B. III, n° 132 ; Civ. 3, 15 décembre 2010, n° 10-10473, B. III, n° 225

<sup>3</sup> Fages, *Droit des obligations*, n° 150.

<sup>4</sup> Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 ; Y.-M. Laithier « Les principes directeurs du droit des contrats en droit comparé », *RDC* 2013, 410 et suiv. ; C. Péres « Observations sur "l'absence" de principes directeurs à la lumière du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *RDC* 2015, 647.



En particulier, le juge ne saurait prendre appui sur le principe de bonne foi pour justifier un interventionnisme accru dans l'exécution du contrat, au mépris des dispositions réglementant la formation et les effets du contrat. La notion de bonne foi reste en effet, chacun en conviendra, imprécise et incertaine. Aussi son utilisation judiciaire sans discernement menacerait-elle la sécurité juridique des parties.

## B. Les principes généraux gouvernant les contrats, simples lignes directrices

Toujours d'après les rédacteurs de l'ordonnance, les règles générales posées par les articles 1102 et 1104 du Code civil sont simplement destinées à donner des « lignes directrices » au droit des contrats.

Mais, à dire vrai, à dire vrai, la question de savoir si les principes énumérés par le nouveau chapitre liminaire du titre III du livre III méritent, ou non, la qualification de « principes directeurs » ou constituent de simples « lignes directrices » (*sic*) n'est qu'une querelle de mots. Le tout est, effectivement, de s'entendre sur la portée juridique exacte de ces dispositions. A cet égard, la volonté du législateur a donc été clairement de ne pas en faire des dispositions qui prévaudraient sur les autres dispositions du Code civil relatives au contrat.

## Section 3 : Classifications des contrats

Comme le faisait déjà le Code civil de 1804, les dispositions liminaires actuelles du sous-titre 1 consacré au contrat dans le titre III du livre III énoncent différentes classifications des contrats, aux articles 1105 à 1111-1. L'ordonnance du 10 février 2016 a ajouté des classifications que les textes de 1804 ignoraient, mais que la doctrine avait plus ou moins dégagées. Ces classifications sont établies, les unes d'après les conditions de formation des contrats, les autres d'après leur contenu.

### § 1 Classifications fondées sur les conditions de formation des contrats

On distingue, à cet égard :

- les contrats consensuels, solennels, réels
- les contrats de gré à gré et les contrats d'adhésion
- les contrats cadre et les contrats d'application
- les contrats individuels et les contrats collectifs

#### A. Contrats consensuels, solennels, réels

Dans sa version de 1804, le Code civil ne mentionnait pas cette classification. Celle-ci a une origine doctrinale, les auteurs ayant constaté que des dispositions du Code civil relatives à certains contrats exigeaient, outre l'échange des consentements, une formalité supplémentaire pour être valablement formés. L'article 1109 du Code civil codifie la distinction des contrats consensuels, solennels et réels<sup>1</sup>, en définissant chacun d'eux :

« Le contrat est consensuel lorsqu'il se forme par le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression.

Le contrat est solennel lorsque sa validité est subordonnée à des formes déterminées par la loi.

<sup>1</sup> Cf. D. Deroussin « Les contrats réels », *RDC* 2015, 734, critiquant la consécration législative de la catégorie controversée du contrat réel.

Le contrat est réel lorsque sa formation est subordonnée à la remise d'une chose. »

### 1. Contrat consensuel

Il est conclu par le seul échange des consentements, en dehors de tout écrit ou de toute autre formalité. C'est le droit commun, même s'il subit des accrocs de plus en plus fréquents. En effet, aucune des trois conditions de validité du contrat prévues par l'article 1128 du Code civil ne prévoit de quelconque exigence de forme. Le texte ne prévoit pas non plus que le consentement doive être manifesté selon certaines formes.

L'article 1172 du Code civil affirme le principe du consensualisme, et ses exceptions tenant à l'existence de certains contrats solennels et réels :

- « Les contrats sont par principe consensuels.
- « Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formalités déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation.
- « En outre, la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d'une chose. »

Le plus répandu des contrats, la vente, est un contrat consensuel par excellence<sup>1</sup>. L'article 1583 du Code civil le précise, du reste, expressément :

- « Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. »

### 2. Contrat solennel

Il est soumis, à peine de nullité, à des formes diverses, pouvant avoir pour but la protection des parties, la protection des tiers ou la préservation de l'ordre public. En droit moderne, le plus souvent cette forme consiste en l'établissement d'un écrit, soit notarié, soit même quelconque.

- Acte notarié : contrat de mariage (article 1394 du Code civil), donation (article 931 du Code civil), hypothèque (article 2409 du Code civil), subrogation conventionnelle par le débiteur (article 1346-2 du Code civil).
- Acte écrit quelconque, c'est-à-dire sous seing privé : de très nombreux contrats sont concernés, par ex. cession de créance (article 1322 du Code civil)<sup>2</sup>, cession de dette (article 1327, alinéa 2, du Code civil)<sup>3</sup>, mandat d'achat, de vendre, de louer donné à un agent immobilier (articles 1<sup>er</sup> et 6 de la loi du 2 janvier 1970), crédit à la consommation (articles L. 312-18 du Code de la consommation), contrat de courtage matrimonial (article 6 de la loi du 23 juin 1989), contrat de travail à durée déterminée (article L. 1245-1 du Code du travail : à défaut, il ne vaut que comme contrat de travail à durée indéterminée) ; mais pas le contrat de bail à usage d'habitation, malgré les termes de l'article 3, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 6 juillet 1989<sup>4</sup>, qui reste soumis aux dispositions de l'article 1714 du Code civil, aux termes desquelles « on peut louer par écrit ou verbalement ».

### 3. Contrat réel

<sup>1</sup> Civ. 3, 27 novembre 1990, n° 89-14033, B. III, n° 255 ; JCP 1992. II. 21808, note Y. Dagorne-Labbé ; D. 1992, *Somm.* 195, obs. G. Paisant ; RTD civ. 1991. 315, obs. J. Mestre.

<sup>2</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 859.

<sup>3</sup> L'alinéa 2 de l'article 1327 constitue une adjonction de la loi de ratification du 20 avril 2018. La cession de dette est ainsi devenue un contrat solennel, à l'instar de la cession de créance. La disposition n'est applicable qu'aux cessions de dette conclues à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2018 (article 16, I, de la loi de ratification).

<sup>4</sup> Civ. 3, 24 février 1999, *Petites affiches* n° 78, 20 avril 1999, p. 6, note A.P.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Ce type de contrat se forme par la remise d'une chose (*res*). Il s'agit d'une survivance, généralement critiquée, du droit romain, qui constitue une solennité, un formalisme.

Les contrats réels, parfois appelés aussi, de manière discutable, contrats de restitution, sont en nombre limité. La catégorie est en voie de régression, sinon de disparition comme certains auteurs l'ont soutenu<sup>1</sup>.

Une partie de la doctrine<sup>2</sup> critique effectivement le maintien de cette catégorie : elle y dénonce un vestige du droit romain, en contradiction avec le principe du consensualisme consacré par le droit français moderne. Selon cette doctrine, les prétendus contrats réels ne seraient que des contrats consensuels et synallagmatiques.

Mais d'autres auteurs<sup>3</sup> objectent que cette critique date d'une époque où le consensualisme était roi, ce qui n'est plus le cas de nos jours, où on assiste, au contraire, à une renaissance du formalisme pour mieux protéger le consentement en prévenant des emportements irréflectifs. La consécration de cette catégorie dans l'article 1109 du Code civil n'est peut-être donc pas si anachronique qu'elle pourrait le sembler de prime abord.

Les contrats suivants sont réels :

- le prêt à usage (article 1875 du Code civil) ;
- le prêt de consommation (article 1892 du Code civil)<sup>4</sup>, sauf, selon la jurisprudence<sup>5</sup>, lorsqu'il est consenti par un professionnel du crédit : il devient alors consensuel<sup>6</sup> ;
- le dépôt (article 1915 du Code civil) ;
- le don manuel, qui, selon la jurisprudence, n'a « d'existence que par la tradition réelle que fait le donateur de la chose donnée »<sup>7</sup>. La jurisprudence en admet la validité<sup>8</sup>, par tempérament au principe posé par l'article 931 du Code civil, selon lequel toute donation, à peine de nullité, doit être consentie par acte authentique.

## B. Contrats de gré à gré et contrats d'adhésion

<sup>1</sup> Cf. par ex. G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Les obligations*, 2<sup>e</sup> éd., t. I, Sirey, 1988, n° 60 ; Bénabent, *Droit des obligations*, n° 153 ; H. Capitant, *De la cause des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1927, réimpr. La Mémoire du Droit, 2012, avant-propos D. Mazeaud, n° 23 ; Ch. Larroumet et S. Bros, *Les obligations, le contrat*, 7<sup>e</sup> éd., Economica, 2014, n° 522 ; F. Combescure « Existe-t-il des contrats réels en droit français ? », *Rev. crit. lég. jur.* 1903, 477 et suiv. ; M.-N. Jobard-Bachelier « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? », *RTD civ.* 1985, 1 et suiv.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Carbonnier, *op. cit.*, t. II, n° 1008, p. 2077 ; J. Ghestin *La formation du contrat*, t. I, 4<sup>e</sup> éd., par J. Ghestin, G. Loiseau G. et Y.-M. Serinet, Lextenso Editions, 2013, n° 452 ; Houtcieff, *op. cit.*, n° 124 ; rappr. Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, n° 243.

<sup>4</sup> Civ. 1, 20 juillet 1981, n° 80-12529, *B. I.*, n° 267 ; *G.A.*, t. II, n° 318, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *RTD civ.* 1982, 427, obs. Ph. Rémy ; Civ. 1, 19 juin 2008, n° 06-19056, *B. I.*, n° 175 ; Civ. 1, 14 janvier 2010, n° 08-18581, *B. I.*, n° 7 ; *D.* 2010, 620, 1<sup>re</sup> espèce, note J. François ; *ibid.*, *Pan.* 259, obs. V. Avena-Robardet.

<sup>5</sup> Civ. 1, 28 mars 2000, n° 97-21422, *B. I.*, n° 105 ; *G.A.*, t. II, n° 319, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *D.* 2000, *J.* 482, note S. Piedelièvre ; *ibid.* 2000, *Somm.* 358, obs. Ph. Delebecque ; *ibid.* 2001, *Somm.* 1615, obs. M.-N. Jobard-Bachelier ; *ibid.* 2002, *Somm.* 640, obs. D. R. Martin ; *JCP* 2000, II, 10296, concl. J. Sainte-Rose ; Civ. 1, 19 juin 2008, n° 06-19753, *B. I.*, n° 174 ; *D.* 2008, *A.J.* 1825, obs. X. Delpech ; *D.* 2008, *pan.* 2369, n° 5, obs. Cl. Creton ; *J.C.P.* 2008, II, 10150, note A. Constantin.

<sup>6</sup> Civ. 1, 14 janvier 2010, n° 08-13160, *B. I.*, n° 6 ; *D.* 2010, 620, 2<sup>e</sup> espèce, note J. François ; *ibid.*, *Pan.* 259, obs. V. Avena-Robardet ; *ibid.*, *Chr. C. cass.* 2092, obs. Cl. Creton ; *ibid.*, 2011, *Pan.* 1643, obs. R. Martin ; *JCP* 2010, n° 380, obs. N. Dissaux ; *Gaz. Pal.* 8 avril 2010, n° 98, p. 17, obs. D. Houtcieff ; *RLDC* 2010/69, n° 3733, obs. C. Le Gallou ; *RD banc. fin.* 2010, n° 45, obs. X. Lagarde ; *LPA* 25 janvier 2011, n° 17, p. 19, note A. Cayrol ; Com. 1<sup>er</sup> octobre 2013, n° 12-25392, *Gaz. Pal.* 9 novembre 2013, n° 313, p. 20, obs. B. Bury ; Civ. 1, 29 juin 2022, n° 21-15082 (B).

<sup>7</sup> Civ. 1, 11 juillet 1960, n° 58-11232, *B. I.*, n° 382 ; *D.* 1960, *J.* 702, note P. Voirin.

<sup>8</sup> Req. 5 août 1878, *D.P.* 79, 1, 253 (motifs).

La différence est à caractère sociologique, plus que proprement juridique. Elle est d'origine doctrinale, issue des célèbres travaux de Raymond Saleilles<sup>1</sup>, à la paternité duquel l'expression « contrat d'adhésion » revient<sup>2</sup>. L'article 1110 du Code civil l'a consacrée. On exposera la classification, puis ses intérêts.

## 1. Exposé de la distinction

L'article 1110 du Code civil définit successivement le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion.

### a. Contrat de gré à gré

Aux termes de l'article 1110, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil :

« Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont négociables entre les parties. »

C'est donc un contrat dont les clauses peuvent faire l'objet d'une libre discussion entre les parties : un contrat négociable, sinon effectivement négocié. Il correspond à la conception classique du contrat, celle que les rédacteurs du Code civil ont certainement eue en vue en 1804, même s'ils ne l'ont pas explicitement exprimée.

### b. Contrat d'adhésion

Dans ce contrat, la position de force d'une des parties interdit, au contraire, toute discussion, toute négociation des conditions et même parfois du prix. Ainsi que l'article 1110, alinéa 2, du Code civil l'énonce :

« Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties. »

Aussi l'autre partie n'a-t-elle le choix qu'entre d'adhérer en bloc au contrat proposé ou refuser de contracter : « c'est à prendre ou à laisser ». Tel est le cas notamment de nombreux contrats conclus entre professionnels et consommateurs.

Ex. contrat de transport ferroviaire (souscription d'un billet) ou aérien, contrat d'assurance, contrat de fourniture de gaz ou d'électricité, contrat d'abonnement téléphonique, contrat d'accès à Internet proposé par un fournisseur d'accès à Internet (provider).

Pour Raymond Saleilles<sup>3</sup>, le contrat d'adhésion serait une manifestation de l'efficacité juridique de la déclaration unilatérale de volonté. Dans un contrat d'adhésion, celui qui dicte ses clauses et conditions à autrui s'engagerait en réalité unilatéralement : sa volonté serait la source exclusive du lien juridique. Quant à l'adhésion de l'autre partie, elle ne serait pas un élément constitutif de l'acte, mais simplement l'accomplissement d'une condition mise à l'exécution de l'acte par l'auteur de l'acte lui-même.

Il en résulterait notamment deux conséquences, d'après Saleilles. D'une part, il serait inutile de rechercher si celui qui a adhéré au contrat a eu effectivement connaissance de ses clauses ; il suffirait qu'il ait été à même d'en prendre connaissance. D'autre part, l'interprétation du contrat d'adhésion

<sup>1</sup> R. Saleilles, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, F. Pichon, 1901, n° 891, p. 229 ; Demogue, *Traité des obligations en général*, t. II, n° 616 et s. ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 262-267 ; G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, préf. B. Goldman, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1976 ; A. Rieg « Contrat type et contrat d'adhésion », *Trav. et recherches Inst. droit comparé de Paris*, t. XXXIII, 1970, p. 105 et s. ; F. Chénéde « Raymond Saleilles. Le contrat d'adhésion », *RDC* 2012, 1017. Cf. ég. G. Dereux « De la nature juridique des contrats d'adhésion », *RTD civ.* 1910, 593 ; V. Pichon, *Les contrats d'adhésion (leur interprétation et leur nature)*, thèse Lyon, 1913 ; R. de Saint Rémy, *De la révision des clauses léonines dans les contrats d'adhésion (étude et analyse de jurisprudence)*, thèse Paris 1928 ; M. Domergue, *Les contrats d'adhésion*, thèse Toulouse, 1936 ; J.-Y. Choley, *L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans le contrat d'adhésion*, thèse Aix, 1975.

<sup>2</sup> Carbonnier, *op. cit.*, t. II, n° 954.

<sup>3</sup> Les explications qui suivent résument les développements contenus dans les ouvrages suivants : Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 265-267 ; Chénéde « Raymond Saleilles. Le contrat d'adhésion », *op. cit.*

devrait échapper aux règles générales d'interprétation des contrats. Ces dernières préconisent la recherche de la volonté commune des parties (article 1188 du Code civil, ancien article 1156 du même code). Mais, en l'occurrence, la volonté commune faisant défaut, le contrat d'adhésion devrait être interprété en prenant en compte la seule volonté de celui qui en a rédigé les clauses. Il en irait de la même manière que, pour l'interprétation d'une loi, où on doit rechercher la volonté du législateur, et non celle des gouvernés.

Le publiciste Léon Duguit se rallia à cette analyse « anti-contractualiste »<sup>1</sup>. Mais la grande majorité des civilistes la rejeta, en invoquant plusieurs arguments<sup>2</sup>. Tout d'abord, la rencontre des volontés formant un contrat ne requiert pas nécessairement une discussion libre et égale des parties ; l'essentiel est que celui qui accepte les conditions qui lui sont proposées soit libre ou non de le faire. Ensuite, le contrat n'implique pas nécessairement l'égalité sociale et économique des parties : l'égalité en droit n'est pas l'égalité en fait. Aussi bien est-ce la raison pour laquelle la loi intervient pour protéger la partie la plus faible dans certaines circonstances. Enfin, prétendre faire échapper le contrat d'adhésion aux règles d'interprétation des contrats n'est pas rendre service à la partie la plus faible. Cela revient en effet à consacrer la loi du plus fort, qui disposerait ainsi d'une sorte de pouvoir réglementaire à l'égard de ceux qui adhèrent au contrat.

La jurisprudence s'en est tenue à l'analyse « contractualiste » du contrat d'adhésion, notamment en lui reconnaissant force obligatoire en application de l'ancien article 1134 du Code civil. Elle a, certes, assuré, avec une efficacité variable, la protection de la partie la plus faible, mais en recourant aux principes généraux du droit des contrats<sup>3</sup>. En classant le contrat d'adhésion parmi les contrats, l'article 1110, alinéa 2, conforte cette jurisprudence.

Cela dit, la formule employée par l'article 1110, alinéa 2, du Code civil, pour définir le contrat d'adhésion, appelle deux précisions :

- L'impossibilité de négocier un ensemble de clauses, qui sont déterminées à l'avance par une des parties, caractérise le contrat d'adhésion, et non simplement le fait, pour une partie, de ne pas les avoir négociées. Le contrat d'adhésion s'oppose donc bien au contrat de gré à gré, dont, aux termes de l'article 1110, alinéa 1<sup>er</sup>, les clauses sont, au contraire, négociables, l'auraient-elles été effectivement ou non.
- Cette impossibilité de négocier doit porter sur un ensemble de clauses. Il ne suffit donc pas, pour qu'un contrat soit qualifié d'adhésion, qu'une clause isolée apparaisse non négociable. Mais l'article 1110, alinéa 2, n'indique pas le critère permettant de qualifier d'« ensemble » plusieurs clauses insérées dans le contrat. Sans doute en sera-t-il ainsi, lorsque l'essentiel des stipulations du contrat, c'est-à-dire les clauses les plus importantes et peut-être les plus nombreuses, sont non négociables<sup>4</sup>. Le contrat tombera alors sous la qualification de contrat d'adhésion.

La définition restrictive du contrat d'adhésion, inscrite initialement dans l'article 1108, alinéa 2, du projet de la Chancellerie – devenu, après modifications, l'article 1110 du Code civil – avait été critiquée, dans la mesure où seul relevait de cette qualification, le contrat dont « les stipulations essentielles » ont été soustraites à la libre discussion, pour être déterminées par l'une des parties<sup>5</sup>. En outre, on avait fait observer que le projet consacrait la notion, sans lui assigner un régime spécifique, ce qu'il aurait pu faire par une limitation du domaine de l'interdiction des clauses abusives, qu'il proposait au contraire de généraliser<sup>6</sup>. Ces critiques furent entendues, puisque, d'une part, l'ordonnance du 10 février 2016, dans l'article

<sup>1</sup> L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2<sup>e</sup> éd., Félix Alcan, 1920, réimpr. La Mémoire du Droit, 1999, p. 121 et s.

<sup>2</sup> Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2<sup>e</sup> éd., t. VI, par P. Esmein, n° 123 ; Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n° 57 et suiv. ; Marty et Raynaud, *Les obligations*, t. I, n° 130 ; Mazeaud, *Obligations : théorie générale*, par Chabas, n° 87 ; Ghestin, *Le contrat*, n° 74 ; L. Jossierand « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.* 1937, n° 5.

<sup>3</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 266 et la jurisprudence citée.

<sup>4</sup> Th. Revet « L'achèvement de la réforme du droit commun du contrat, du régime général et de la preuve des obligations, regard général », in : *Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018*, *RDC* 2018/hors série, n° 5. ; N. Blanc « Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification », in : *Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018*, *RDC* 2018/hors série, n° 16. *Adde* : Ph. Stoffel-Munck « Pour une conception raisonnable du contrat d'adhésion », in : *Liberté, justice, autorité – Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Aynès*, Lextenso LGDJ, 2019.

<sup>5</sup> R. Boffa « Article 1108 : le contrat d'adhésion », *RDC* 2015, 736.

<sup>6</sup> *Ibid.*

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

1110 du Code civil, donna du contrat d'adhésion une formule plus large ; d'autre part, l'article 1171 du Code civil limite désormais l'interdiction des clauses abusives aux contrats d'adhésion, comme on le verra.

Dans sa version antérieure à sa modification par la loi de ratification du 20 avril 2018, l'article 1110 du Code civil définissait de la manière suivante le contrat de gré à gré et le contrat d'adhésion :

« Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties.  
« Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties. »

Mais M. Thierry Revet, notamment, contesta ces définitions<sup>1</sup>. Pour cet auteur, en effet, le contrat d'adhésion se caractérise par l'impossibilité d'en négocier le contenu. Aussi, d'une part, l'article 1110 du Code civil encourait-il le reproche, surtout dans son alinéa 1<sup>er</sup>, de se référer à un critère de distinction tiré de la négociation effective des clauses, et non de leur négociabilité. D'autre part, en liant la définition du contrat d'adhésion à la présence de « conditions générales », l'article 1110, alinéa 2, réservait-il la qualification de contrat d'adhésion aux contrats de « masse », conclu par une partie avec un grand nombre d'adhérents. Or, dès lors qu'il comprend un ensemble de clauses imposées par une partie à l'autre sans que celle-ci puisse les négocier, un contrat est d'adhésion, quand bien même ces clauses ne consisteraient pas en des conditions générales, standardisées, applicables à un grand nombre de contractants<sup>2</sup>. La définition du contrat d'adhésion retenue par l'article 1110, alinéa 2, était donc tout à la fois trop extensive et trop étroite. La loi de ratification du 20 avril 2018 a consacré ces propositions doctrinales, en modifiant la rédaction de l'article 1110<sup>3</sup>.

## 2. Intérêts de la distinction

L'intérêt de la distinction entre contrats de gré à gré et contrats d'adhésion est double.

### a. Soumission à des règles d'interprétation en partie différentes

Comme on le verra ultérieurement, dans le doute, le contrat de gré à gré « s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur », tandis que le contrat d'adhésion s'interprète « contre celui qui l'a proposé » (article 1190 du Code civil).

### b. Prohibition des clauses abusives dans les seuls contrats d'adhésion

Les clauses abusives, induisant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat, sont interdites dans les seuls contrats d'adhésion et seulement si elles sont non négociables (article 1171 du Code civil).

## C. Contrats cadre et contrats d'application

On exposera la distinction, puis son intérêt.

### 1. Exposé de la distinction

Aux termes de l'article 1111 du Code civil :

<sup>1</sup> Th. Revet « Les critères du contrat d'adhésion. Article 1110 nouveau du code civil », *D.* 2016, 1771, not. n° 7 et 8 ; dans le même sens : D. Fenouillet « Le juge et les clauses abusives », *in* : M. Mekki (dir.), *Le juge auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, *RDC* 2016, 358 ; M. Mekki « Fiche pratique sur le contrat d'adhésion », *Gaz. Pal.* 22 mars 2016, p. 16.

<sup>2</sup> *Contra*, défendant une conception restrictive du contrat d'adhésion, l'assimilant aux contrats de masse : F. Chénéde « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », *JCP* 2016, *Act.* 776.

<sup>3</sup> Houtcieff, *Droit des contrats*, n° 129-4 ; Mazeaud « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », *op. cit.*, n° 16 ; Mekki « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 », *op. cit.*, n° 31 ; N. Blanc « Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification », *in* : *Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018*, *RDC* 2018/hors série, n° 7 et suiv. ; Th. Revet « L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse », *D.* 2018, 124 ; du même auteur « L'achèvement de la réforme du droit commun du contrat, du régime général et de la preuve des obligations, regard général », *op. cit.*, n° 5. L'article 1110 du Code civil en sa version modifiée n'est applicable qu'aux contrats conclus à partir du 1<sup>er</sup> octobre 2018, date de l'entrée en vigueur de la loi de ratification du 20 avril 2018 (article 16, I de la loi).

« Le contrat cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures ».

Toujours d'après ce texte, le contrat cadre s'oppose aux « contrats d'application », qui « en précisent les modalités d'exécution. »

## 2. Intérêt de la distinction

L'intérêt de la notion de contrat cadre tient à la faculté de fixer unilatéralement le prix, ouverte dans un tel contrat par l'article 1164 du Code civil. En droit commun, conformément à l'article 1163 du Code civil, un contrat n'est en effet valable que si le prix en est déterminé par les parties ou, à tout le moins déterminable au moment de sa conclusion, sans qu'une nouvelle intervention des parties ou *a fortiori* d'une seule d'entre elles soit ultérieurement nécessaire pour le fixer<sup>1</sup>. Or l'article 1164 du Code civil déroge à ce principe pour les contrats cadre, en autorisant une seule des deux parties à le fixer unilatéralement, sauf au juge à intervenir *a posteriori* si cette partie a abusé de son droit de fixation unilatérale, en octroyant à l'autre partie des dommages-intérêts ou en prononçant la résiliation du contrat.

## D. Contrats individuels et contrats collectifs

Cette classification est ignorée du Code civil, même dans ses nouvelles dispositions, sans doute parce qu'elle intéresse plus le droit du travail que la théorie générale des obligations.

### 1. Contrats individuels

Ils représentent le droit commun et répondent à la conception non seulement du public, mais du Code civil lui-même : ce sont des contrats conclus entre deux ou plusieurs personnes et dont les effets ne concernent que ces seuls contractants.

### 2. Contrats collectifs

Ils font échec au principe de l'effet relatif des contrats (article 1199 du Code civil) : ils vont engager un groupe de personnes plus large que le cercle des cocontractants.

Ex. le plus connu : les conventions collectives, qui engagent employeurs et salariés de la branche professionnelle considérée, même s'ils ne sont pas affiliés aux syndicats signataires de la convention et même s'ils ne sont pas syndiqués.

## § 2 Classifications fondées sur le contenu des contrats

Le Code civil distingue, à cet égard :

- les contrats nommés et les contrats innomés
- les contrats synallagmatiques et les contrats unilatéraux
- les contrats à titre onéreux et les contrats à titre gratuit
- les contrats commutatifs et les contrats aléatoires

<sup>1</sup> Cf. *infra* : sous-titre I « La formation du contrat », chap. II « Les conditions de validité du contrat », section 3 « Le contenu du contrat », sous-section 1 « Certitude du contenu contractuel », § 1 « Déterminabilité de l'objet de la prestation », B. « Prestations consistant dans le paiement d'une somme d'argent ».

- les contrats à exécution instantanée et les contrats à exécution successive

## A. Contrats nommés et contrats innomés

Prévue aujourd'hui par l'article 1105 du Code civil, cette distinction est d'origine romaine. Elle n'y avait pas la même portée qu'en droit actuel.

L'article 1105 du Code civil peut être considéré comme un texte charnière, de transition entre les principes généraux du droit des contrats et les classifications des contrats. D'une part, en effet, il énonce le principe général selon lequel, sous réserve de dispositions particulières, tous les contrats sont soumis aux règles générales du sous-titre 1<sup>er</sup> « Le contrat » du titre III du livre III du Code civil. Mais, d'autre part, il énonce une première classification des contrats, en distinguant les contrats nommés et innomés. Or cette distinction conserve son intérêt, malgré la soumission de tous les contrats, nommés ou innomés, aux règles générales.

### 1. Exposé de la distinction

On expliquera la notion de contrat nommé, puis celle de contrat innomé.

#### a. Contrat nommé

Les contrats nommés sont ceux qui sont prévus et réglementés par la loi. Ils sont de plus en plus nombreux. A l'origine, il s'agit des contrats réglementés par les titres VI à XVII du livre III du Code civil : vente, échange, louage d'ouvrage, louage de services (travail), contrat de société, prêt, dépôt, contrats aléatoires comme le jeu, le pari ou la rente viagère, mandat, transaction.

Les contrats nommés sont, en outre, de plus en plus réglementés de manière impérative. En effet, les règles du Code civil qui leur sont consacrées sont, pour la plupart, supplétives de volonté. Mais la majorité d'entre eux est désormais soumise à des dispositions impératives extérieures au Code civil : ainsi le contrat de travail, le bail, le contrat d'assurance et même la vente, afin de protéger les consommateurs. On assiste à un développement très important des contrats spéciaux, entraînant une transformation sournoise de la théorie générale des obligations.

#### b. Contrat innomé<sup>1</sup>

Les contrats innomés ne sont pas prévus et réglementés par la loi, même si, parfois, ils portent un nom usuel. Ils sont :

- soit issus d'une pratique courante : contrat d'hôtellerie, contrat de location de coffre-fort, « coup de main guadeloupéen »<sup>2</sup> (*sic*)... ;
- soit créés spécialement pour tel besoin particulier, entre telles personnes.

### 2. Intérêts de la distinction

L'intérêt de la distinction est différent en droit contemporain de ce qu'il était en droit romain.

#### a. Intérêt de la distinction en droit romain

Le droit romain était un droit procédural, qui n'avait pas de théorie du contrat en général. Un accord de volontés n'y avait de valeur juridique, que s'il se coulait dans le moule d'un contrat nommé –

<sup>1</sup> P.-Y. Gautier « Boire, manger, stocker : la place des contrats innomés dans l'ordre juridique », in : *Etudes en l'honneur du professeur Jérôme Huet*, LGDJ-Lextenso, 2017.

<sup>2</sup> Civ. 1, 22 mars 2012, n° 10-20749, B. I, n° 63.



Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

vente, dépôt, commodat, prêt à usage – auquel la loi ou le prêteur accordait une action. A défaut, ce contrat, « innomé », était dépourvu d'efficacité juridique : *ex nudo pacto, non nascitur actio*<sup>1</sup>. Néanmoins le droit romain a évolué, puisque, sous Justinien, le créancier qui avait exécuté sa prestation bénéficiait d'une action soit en exécution, soit en résolution, soit encore en répétition<sup>2</sup>.

A l'époque moderne, le droit des contrats est devenu consensualiste<sup>3</sup> : Dumoulin<sup>4</sup>, Domat et les représentants de l'École du droit de la nature et des gens, notamment, admettent que les conventions puissent valablement se former par le seul échange des consentements, *solo consensu*, sans l'observation de formes particulières. Peu importe, pour qu'elles reçoivent effet obligatoire, que la partie qui s'en prévaut ait exécuté sa prestation ou non.

La distinction des contrats nommés et innomés a dès lors perdu son importance, puisque les uns et les autres sont désormais soumis à des règles générales communes. C'est ce que l'article 1105, alinéa 1<sup>er</sup>, énonce :

« Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre. »

Au début du dix-neuvième siècle, l'affirmation de ce principe pouvait sembler nécessaire, à l'occasion de la promulgation d'un Code civil destiné à unifier le droit civil français, en le fondant sur des principes généraux qui ne s'étaient affirmés que depuis peu. Aussi l'ancien article 1107, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil l'énonçait-il<sup>5</sup>.

Mais il n'en va plus de même aujourd'hui, où la soumission de tous les contrats, qu'ils soient ou non nommés, à un régime de droit commun, va de soi. En conséquence, les auteurs du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations de 2015 avaient supprimé toute référence à la distinction des contrats nommés et innomés. Mais l'initiative fut vivement dénoncée<sup>6</sup>, comme symbolisant un renoncement du législateur français à un droit commun des contrats, au profit de règles spéciales aux différents contrats. Aussi l'ordonnance du 10 février 2016 a-t-elle finalement rétabli la distinction.

#### b. Intérêt de la distinction en droit actuel

De fait, la distinction des contrats nommés et innomés n'a pas perdu tout intérêt avec la règle posée par l'actuel article 1105, alinéa 1<sup>er</sup>. En effet, elle continue de commander en partie le régime juridique applicable au contrat considéré. Il suffit, pour s'en convaincre, de reprendre le texte de l'article 1105 en entier, avec ses trois alinéas :

« Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre.  
« Les règles particulières à certains contrats sont établis dans les dispositions propres à chacun d'eux.  
« Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières. »

- L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1105 affirme l'existence de règles générales applicables à tous les contrats, inscrites dans le sous-titre 1<sup>er</sup> « Le contrat » du titre III du livre III du Code civil (articles 1101 à 1231-7 du Code civil).
- Cependant, l'alinéa 2 de l'article 1105 annonce l'existence, en outre, de règles particulières auxquelles certains contrats sont soumis, dans des dispositions propres à chacun d'eux. Elles se juxtaposent aux règles générales, y ajoutent ou les précisent.

<sup>1</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 95 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, 13<sup>e</sup> éd., Lextenso, 2024, n° 4.

<sup>2</sup> Lévy et Castaldo, *Histoire du droit civil*, n° 516 et s.

<sup>3</sup> Lévy et Castaldo, *op. cit.*, n° 535 et s.

<sup>4</sup> « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles, et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain. »

<sup>5</sup> « Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre ».

<sup>6</sup> Y. Lequette « Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », *RDC* 2015, 616 et suiv.

- Enfin, l'alinéa 3 de l'article 1105 précise que les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières. Il arrive en effet que le régime juridique d'un contrat spécial comporte une disposition particulière incompatible avec les règles générales applicables à tous les contrats. Il sera alors dérogé à ces règles générales, qui seront, sur le point objet de la disposition particulière, écartées, conformément à l'adage *specialia generalibus derogant*<sup>1</sup>.

Tous les contrats sont donc soumis en principe aux mêmes règles générales. Mais d'autres règles relatives aux contrats nommés les précisent, y ajoutent, voire parfois y dérogent<sup>2</sup>. Ce n'est, en revanche, par définition, pas le cas pour les contrats innomés. Ceux-ci sont en effet soumis uniquement aux règles générales et, pour le reste, à ce dont les parties sont convenues.

Si, néanmoins, les parties à un contrat innomé ne se sont pas ou se sont insuffisamment exprimées sur le contenu de leur accord et que le juge est saisi d'un litige, il lui faudra procéder à une opération de qualification de ce contrat, pour déterminer les règles qui lui sont applicables, en sus des règles générales du sous titre I du titre III du livre III. En effet :

- soit le contrat innomé se ramène en réalité à un contrat nommé ;

Ex. le contrat d'entretien d'ascenseur n'est rien d'autre qu'un contrat de louage d'ouvrage, dont le Code civil traite dans le titre VIII de son livre III.

- Soit le contrat innomé est un hybride ;

Ex. le contrat de location de coffre-fort conclu avec une banque est un intermédiaire entre un louage et un dépôt.

- Soit, enfin, le contrat innomé est sui generis, ne se ramène à aucune catégorie connue.

Dans les deux derniers cas, le régime propre des contrats innomés résulte des solutions dégagées par la pratique sous le contrôle de la jurisprudence.

## B. Contrats synallagmatiques et contrats unilatéraux

Traditionnelle, la distinction est aujourd'hui prévue par l'article 1106 du Code civil. On en exposera le contenu, avant d'en souligner les intérêts.

### 1. Exposé de la distinction

On exposera le principe de distinction, puis ses difficultés d'application.

<sup>1</sup> H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 3<sup>e</sup> éd., Litec, 1992, n° 400.

<sup>2</sup> Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2009 ; D. Mazeaud « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », in : G. Pignarre (dir.), *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations – Rétrospectives et perspectives à l'heure du bicentenaire du Code civil*, Dalloz 2005, 73 s. ; *varii auctores*, *Une théorie générale des contrats spéciaux ?* », débat, *RDC* 2006, 597 et suiv. ; E. Savaux « La notion de théorie générale, son application en droit des contrats. Théorie générale du contrat et théorie générale des contrats spéciaux », *LPA* 28 novembre 2012, n° 238, p. 4 s. ; F. Pollaud-Dulian « Du droit commun au droit spécial – et retour », in : *Aspects contractuels du droit des affaires – Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925 s. ; N. Balat « A propos du nouveau droit commun des contrats », in : *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Grimaldi – Liber amicorum*, LGDJ, 2020, p. 1 s. Plus largement, sur le droit commun et le droit spécial : B. Saintourens, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, thèse Bordeaux I, 1986 ; N. Balat, *Essai sur le droit commun*, thèse Université Panthéon-Assas, préf. M. Grimaldi, LGDJ, 2016 ; L. Lucienne, *Specialia generalibus derogant*, thèse Université de Tours, 2020 ; R. Gassin « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, *chr.* 91 ; J.-P. Chazal « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in : *Études du droit de la consommation – Liber amicorum Jean-Calais Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279 s. ; Ch. Goldie-Genicon « Droit commun et droit spécial », *RDA* février 2013, p. 29 s. ; Ph. Jestaz « Droit commun et droit spécial », *RTD civ.* 2022, p. 837 s.

a. Principe de distinction

Aux termes de l'article 1106 du Code civil :

« Le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres.

Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci. »

Comme l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article l'énonce, les contrats synallagmatiques engendrent donc des obligations réciproques de chacune des parties envers l'autre, par exemple la vente, le louage de chose ou d'ouvrage. D'après l'alinéa 2 de ce texte, dans les contrats unilatéraux, au contraire, il n'existe pas de réciprocité, mais un débiteur et un créancier. Du moins est-ce le cas le plus fréquent, car plusieurs débiteurs peuvent aussi être unilatéralement obligés envers plusieurs créanciers, comme l'indique le texte. Ainsi sont des contrats unilatéraux, la promesse unilatérale de vente, le prêt<sup>1</sup>, à moins que celui-ci ne soit consenti par un professionnel du crédit<sup>2</sup>.

b. Difficultés d'application

Le contrat unilatéral ne doit pas être confondu avec l'acte unilatéral. En effet, à la différence de ce dernier, le contrat unilatéral, comme tout contrat, suppose un accord de volontés<sup>3</sup>.

Par ailleurs, il arrive parfois que, dans un contrat unilatéral par nature, apparaissent des obligations réciproques. On parle alors d'un contrat synallagmatique imparfait. Les règles spécifiques au contrat synallagmatique recevront alors application. Cela peut :

- résulter d'une stipulation volontaire : par ex. dépôt salarié (article 1928, 2<sup>o</sup>, du Code civil), contrat de dépôt faisant l'objet d'une rémunération stipulée au profit du dépositaire ;
- être une conséquence légale : par ex. la loi prévoit que, même si aucune rémunération n'est convenue à son profit, le dépositaire a droit à être indemnisé des frais exposés pour assurer la conservation de la chose déposée (article 1947 du Code civil).

2. Intérêts de la distinction

Ils tiennent à la preuve et au fond.

a. Intérêt tenant à la preuve

Les contrats synallagmatiques obéissent à l'exigence du « double original » (article 1375 du Code civil), alors que les contrats unilatéraux, quand l'engagement qu'ils renferment porte sur une somme d'argent, doivent répondre aux conditions de l'article 1376 du même Code.

b. Intérêt tenant au fond du droit

Les obligations réciproques d'un contrat synallagmatique sont interdépendantes, d'où des règles particulières gouvernant les conséquences de l'inexécution, par l'une des parties, de ses obligations, sur les obligations de l'autre partie : exception d'inexécution et application de la théorie des risques<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 1, 27 février 2013, n° 11-22640.

<sup>2</sup> Cf. *supra*.

<sup>3</sup> Civ. 1, 12 juillet 2006, *RLDC* 2007/35, n° 2382, obs. I. Maria.

<sup>4</sup> Cf. *infra* : sous-titre II « Les effets du contrats », chap. 2 « L'inexécution du contrat ».

### C. Contrats à titre onéreux et contrats à titre gratuit<sup>1</sup>

Traditionnelle également<sup>2</sup>, la distinction résulte aujourd'hui de l'article 1107 du Code civil. On exposera, là encore, le contenu et les intérêts de la distinction.

#### 1. Exposé de la distinction

On examinera le principe de distinction, puis on évoquera ses difficultés d'application.

##### a. Principe de distinction

Aux termes de l'article 1107 du Code civil :

« Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure.  
Il est à titre gratuit lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie. »

On expliquera la notion de contrat à titre onéreux, puis celle de contrat à titre gratuit.

##### α) Contrat à titre onéreux

Dans les contrats à titre onéreux, chacun des contractants fournit donc une prestation et reçoit une contrepartie voulue (article 1107, alinéa 1<sup>er</sup>).

L'avantage qu'une partie reçoit de l'autre en contrepartie de celui qu'elle lui procure, est souvent une somme d'argent, un prix, comme, par exemple dans la vente (article 1582 du Code civil), le louage de choses ou bail (articles 1709 du Code civil), le louage d'ouvrage ou contrat d'entreprise (article 1710 du Code civil).

Mais cet avantage peut aussi consister en autre chose qu'un prix, comme dans l'échange, « contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre » (article 1702 du Code civil). En effet, le prix représente la valeur attribuée par les parties au bien aliéné en contrepartie de son paiement, sans constituer en lui-même un bien ou une chose au sens de l'article 1702<sup>3</sup> : il est « autre chose » que la chose de l'article 1702<sup>4</sup>, pour reprendre une plaisante remarque du tribun Faure lors des travaux préparatoires du Code civil<sup>5</sup>. S'il n'en était pas ainsi, l'échange se confondrait avec la vente. Or les rédacteurs du Code civil ont voulu les distinguer, en les réglementant séparément aux titres VI, d'une part, et VII, d'autre part, du livre III du Code civil et en soumettant l'échange à un régime différent à quelques égards de celui de la vente. En particulier, contrairement à la vente qui l'est exceptionnellement (articles 1674 et suivants du Code civil : lésion du vendeur de plus des sept douzièmes dans la vente immobilière), l'échange n'est jamais rescindable pour lésion (article 1707 du Code civil).

##### β) Contrat à titre gratuit

<sup>1</sup> J. Champeau, *Etude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, thèse Strasbourg, 1931 ; J.-J. Dupeyroux, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, thèse Toulouse, préf. J. Maury, LGDJ 1955.

<sup>2</sup> Anciens articles 1105 et 1106 du Code civil, qui traitaient respectivement du « contrat de bienfaisance » et du « contrat à titre onéreux ».

<sup>3</sup> Bigot-Préameneu « Présentation au corps législatif et exposé des motifs » du titre du Code civil relatif à l'échange », in : P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, Videcocq, 1936, p. 210-211 ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Seignat, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XIX, *De la vente et de l'échange*, 3<sup>e</sup> éd., Larose & L. Tenin, 1908, n° 127 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2<sup>e</sup> éd., t. X, par J. Hamel, LGDJ, 1956, n° 393.

<sup>4</sup> C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, t. V, 6<sup>ème</sup> éd. par P. Esmein, Editions techniques, 1947, § 360, p. 182.

<sup>5</sup> « Rapport au Tribunat » sur le titre du Code civil relatif à l'échange, in : Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, p. 214.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

L'ancien article 1105 définissait « le contrat de bienfaisance » comme « celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit. » Cette formule, « avantage purement gratuit », restait imprécise et énigmatique. Aussi la définition n'était-elle guère satisfaisante.

Les contrats à titre gratuit supposent une absence voulue de contrepartie à l'avantage procuré par une partie à l'autre (article 1107, alinéa 2).

Il résulte effectivement des termes de l'article 1107, alinéa 2, que la définition du contrat à titre gratuit repose à la fois sur l'intention des parties et sur l'existence objective, ou non, d'un avantage réciproque<sup>1</sup>. Pour qu'un contrat reçoive la qualification de contrat à titre gratuit, une des parties doit en effet non seulement ne pas recevoir de contrepartie à l'avantage qu'elle procure à autre, mais encore n'en avoir point attendu : « ... une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie. » L'une des parties a donc eu la volonté d'avantager l'autre sans escompter de contrepartie.

Tel est le cas dans la donation ou les contrats désintéressés tel le prêt à usage<sup>2</sup>. De fait, le genre des contrats à titre gratuit se subdivise en deux espèces distinctes<sup>3</sup> :

- les libéralités, notamment la donation, dans lesquelles le contractant s'engage pour enrichir le patrimoine d'autrui. L'article 894 du Code civil donne la définition de la donation :

« La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte. »

- Les contrats de service gratuit<sup>4</sup>, dans lesquels le contractant a pour dessein de rendre service à autrui, tels le prêt à usage (articles 1875 et 1876 du Code civil), ainsi que le prêt de consommation (article 1892 du Code civil), le dépôt (articles 1915, 1917, 1927 du Code civil), le mandat (articles 1984 et 1986 du Code civil) et le cautionnement (article 2288 du Code civil) lorsqu'ils ne sont pas rémunérés. Contrairement à l'auteur d'une libéralité, le contractant qui rend service n'appauvrit pas son patrimoine : il subit simplement un manque à gagner, car le service qu'il rend et dont son cocontractant tire avantage, aurait pu lui permettre de prétendre à une rémunération.

## b. Difficultés d'application

Ces difficultés d'application sont principalement au nombre de trois : la preuve du caractère gratuit ou onéreux du contrat, la logique défailante de la distinction, enfin son incomplétude.

### α) Preuve du caractère gratuit ou onéreux

L'article 1107 définit dans son alinéa 1<sup>er</sup> le contrat à titre onéreux et dans son alinéa 2 seulement le contrat à titre gratuit. Il est en effet naturel que, lorsqu'on procure un avantage à autrui, on attende un avantage en contrepartie. Dans une « économie libérale », « la norme est l'onéreux »<sup>5</sup>.

Pour que l'existence d'un contrat à titre gratuit soit retenue, la volonté de rendre service à autrui sans recevoir de contrepartie doit donc être établie, par celui qui prétend avoir bénéficié d'un tel contrat<sup>6</sup>. En d'autres termes, la gratuité ne se présume pas : c'est au contraire l'onérosité du contrat

<sup>1</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 125 ; Fages, *op. cit.*, n° 30.

<sup>2</sup> Article 1875 et s. du Code civil, et notamment art. 1876, précité : « Ce prêt est essentiellement gratuit ». Dans un langage vieilli, l'ancien article 1105 du Code civil appelait le contrat à titre gratuit un « contrat de bienfaisance ». Mais la terminologie était tombée en désuétude (*cf.* Ch. Alleaume « Existe-t-il une catégorie de contrats de bienfaisance ? », *LPA* 28 novembre 2012, n° 238, p. 21 et s.).

<sup>3</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 101 ; Bénabent, *op. cit.*, n° 21 ; H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. IV, vol. 2, *Successions Libéralités*, 3<sup>e</sup> éd. par A. Breton, Montchrestien, 1980, n° 1326 ; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil – Les successions et les libéralités*, par P. Raynaud, Sirey, 1983, n° 300 et suiv.

<sup>4</sup> M. Boitard, *Les contrats de service gratuits*, thèse Paris, 1941.

<sup>5</sup> Chantepie et Latina, *Le nouveau droit des obligations...*, n° 124 ; Terré, Lequette, Simler et Chénéde, *op. cit.*, n° 101.

qui doit être présumée. Celle-ci correspond en effet à la situation la plus probable. Or, d'une manière générale, l'institution d'une présomption repose sur l'idée de probabilité<sup>1</sup>.

β) Logique défailante de la distinction

En bonne logique, un contrat à titre onéreux devrait être le contraire d'un contrat à titre gratuit. Mais ce n'est pas ce qui résulte de la confrontation des deux alinéas de l'article 1107. En effet, d'après cet article, le contrat à titre onéreux ne répond qu'à un critère objectif, le contrat à titre gratuit à un double critère, objectif et subjectif :

- Le contrat à titre onéreux est celui où chacune des parties reçoit un avantage de l'autre en contrepartie de celui qu'elle lui procure (alinéa 1<sup>er</sup>).
- Le contrat à titre gratuit suppose qu'une partie ne reçoive ni n'attende de contrepartie à l'avantage qu'elle procure à l'autre (alinéa 2).

En revanche, le contrat dans lequel une partie ne reçoit pas de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure, encore qu'elle en escomptât un, ne répond à la définition d'aucun des deux alinéas de l'article 1107. A s'en tenir à la lettre de l'article 1107, ce contrat ne serait donc ni à titre gratuit ni à titre onéreux ! Mais cette conclusion est tout à fait impossible, car un contrat ne peut être, à l'évidence, qu'à titre onéreux ou à titre gratuit, intéressé ou désintéressé.

Les avant-projets Catala et Terré avaient évité cet écueil, en retenant un critère de distinction exclusivement subjectif, tiré de l'intention des parties, pour différencier le contrat à titre onéreux du contrat à titre gratuit. L'avant-projet Catala, notamment, définissait le contrat à titre onéreux comme celui où chacune des parties a entendu recevoir de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure et le contrat à titre gratuit celui où une partie a entendu procurer à l'autre un avantage sans recevoir de contrepartie<sup>2</sup>.

En réalité, la rédaction bancale de l'article 1107 actuel impose un rapprochement de ce texte avec une autre disposition, l'article 1169 du Code civil, afin de résoudre la difficulté que cette rédaction soulève. Aux termes de l'article 1169, en effet :

« Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire »<sup>3</sup>

Une contrepartie « illusoire » est une contrepartie à laquelle la partie qui s'engage a cru, mais qui, en réalité, fait défaut – une contrepartie « fallacieuse ou chimérique », selon la formule traditionnelle de la jurisprudence<sup>4</sup>. Une contrepartie « dérisoire » est une contrepartie tellement insignifiante qu'elle ne mérite pas la qualification de contrepartie, si bien que, là encore, la contrepartie à l'engagement fait défaut<sup>5</sup>.

<sup>6</sup> Civ. 1, 6 janvier 1969, n° 67-10401, *B. I.*, n° 8 : vente à prix dérisoire (sol. implicite) ; Civ. 1, 4 novembre 1981, n° 80-12926, *B. I.*, n° 327 ; *G.A.*, t. I, n° 150, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde : don manuel (sol. implicite) ; Civ. 1, 22 mars 2012, n° 10-20749, *B. I.*, n° 63 : « coup de main guadeloupéen » (sol. implicite).

<sup>1</sup> Cf. par ex. G. Cornu, *Droit civil – Introduction au droit*, 13<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Domat, 2007, n° 202.

<sup>2</sup> Article 1102-2 du projet Catala :

« Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties entend recevoir de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure. Le contrat est à titre gratuit lorsque l'une des parties entend procurer à l'autre un avantage sans recevoir de contrepartie. »

Cf., dans ce rapport : G. Cornu « Sources des obligations – définitions (art. 1101 à 1103), pp. 25 et s., spéc. p. 27.

<sup>3</sup> Pour une analyse détaillée de ce texte, Cf. *infra* : sous-titre I « La formation du contrat », chap. II « Conditions de validité du contrat », section 3 « Contenu du contrat », sous-section 3 « L'équilibre contractuel ».

<sup>4</sup> Civ. 3, 25 octobre 1977, n° 76-10816, *B. III.*, n° 355 ; Com. 30 juin 1987, n° 84-16752, *B. IV.*, n° 163. Cf. par ex. Civ. 1, 20 février 1973, n° 71-13855, *B. I.*, n° 63 ; *D.* 1974, *J.* 37, note Ph. Malaurie : convention prévoyant la rémunération d'un concierge pour présenter son successeur au propriétaire, alors que le droit de présentation n'existant pas, ne pouvait être « cédé ».

<sup>5</sup> Ainsi une vente à prix dérisoire (Civ. 1, 18 mai 2004, n° 01-01888 ; Civ. 3, 2 novembre 2011, n° 10-24354), ce qui est le cas notamment, lorsque le prix de vente est inférieur aux revenus nets que la chose vendue aurait procurés au vendeur, si celui-ci l'avait conservée dans son patrimoine. En effet, le vendeur ne retire alors aucun avantage du contrat de vente, n'y trouve en réalité aucun intérêt.

Ainsi, selon l'article 1169, le contrat est bien à titre onéreux, dès lors que chacune des parties a voulu obtenir de l'autre une contrepartie à l'avantage qu'elle lui procure, cette contrepartie ferait-elle, en réalité, défaut. Mais, dans cette dernière hypothèse, le contrat à titre onéreux est nul, car la partie qui n'obtient pas la contrepartie escomptée, s'est engagée sans raison, sans « cause » disait-on autrefois<sup>1</sup>. En conséquence, le juge, saisi d'une demande en nullité de la part de la partie qui y a intérêt, prononcera son anéantissement (article 1178, alinéas 1<sup>er</sup> et 2, du Code civil).

### γ) Incomplétude de la distinction

L'ancien article 1106 du Code civil définissait le contrat à titre onéreux par les obligations mutuelles qu'il engendre :

« Le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou faire quelque chose. »

Cette définition se chevauchait avec celle du contrat synallagmatique. Or, contrairement à ce que le texte suggérait ainsi, un contrat unilatéral peut être à titre onéreux et même un contrat synallagmatique à titre gratuit.

Ex. prêt à intérêt (contrat à titre onéreux, mais unilatéral, sauf lorsque le prêteur est un établissement de crédit).

Ex. donation avec charges (contrat à titre gratuit, mais synallagmatique), ainsi donation d'une somme d'argent pour financer un voyage d'études, la charge est dans l'intérêt du donataire et non du donateur.

L'actuel article 1107 du Code civil corrige ce défaut de l'ancien texte. En effet, en se référant à des « avantages » mutuels, et non plus à des obligations mutuelles, il met fin à la confusion antérieure entre la définition du contrat synallagmatique et celle du contrat à titre onéreux.

Toutefois, conformément à une conception traditionnelle du contrat, sa définition du contrat à titre onéreux n'englobe que les contrats d'échange *lato sensu*<sup>2</sup>, où chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle lui procure. Or le droit contemporain connaît un nombre croissant de contrats à titre onéreux qui n'ont pas pour substrat un échange. Ce sont les contrats d'intérêt commun, colorés d'une *animus cooperandi*. L'avantage que les parties attendent d'un contrat d'intérêt n'est pas une valeur fournie par le cocontractant, mais celui résultant de la participation à une entreprise commune, « produit de leur synergie » et à la réalisation de laquelle elles ont intérêt<sup>3</sup> : contrat de société (article 1832, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil), mandat d'intérêt commun, contrat cadre (article 1111 du Code civil)... La réalisation de ces contrats s'inscrit dans la durée : par exemple, le contrat cadre, on l'a vu, doit être suivi de contrats d'application destinés à en préciser les modalités d'exécution. A ces contrats d'intérêt commun, la définition du contrat à titre onéreux de l'article 1107 est inadaptée<sup>4</sup>.

## 2. Intérêts de la distinction

Ils sont divers :

- La libéralité est soumise à un formalisme destiné à protéger le disposant : elle doit être impérativement constaté dans un acte authentique, selon l'article 931 du Code civil. Toutefois, la jurisprudence a atténué ce formalisme légal, en admettant un formalisme de substitution avec les dons

<sup>1</sup> Cf. par ex. Civ. 3, 21 septembre 2011, n° 10-21900, B. III, n° 152 ; D. 2011, 2711, note D. Mazeaud ; JCP 2011, 1276, note J. Ghestin ; RDC 2012, 47, obs. E. Savaux et 130, obs. J.-B. Seube ; CCC 2011, n° 252, note L. Leveneur ; Com. 24 juin 2014, n° 12-27908, D. 2014, 2488 ; JCP 2014, n° 1337, obs. J. Ghestin ; AJCA 2014, 280, obs. J. Dubarry ; RTD civ. 2014, 884, obs. H. Barbier.

<sup>2</sup> Et non au sens strict du terme, de l'article 1702 précité du Code civil.

<sup>3</sup> S. Lequette « La notion de contrat », RTD civ. 2018, pp. 541 et s., n° 9-13.

<sup>4</sup> S. Lequette « Réforme du droit commun des contrats et contrats d'intérêt commun », D. 2016, 1148 et suiv. ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 101.

manuels<sup>1</sup>, les donations déguisées et les donations indirectes<sup>2</sup>. Ces donations sont donc valables, malgré l'inobservation par les parties des formes de l'article 931.

- La libéralité est plus facilement attaquant par les créanciers de l'auteur de la libéralité, par l'action paulienne. En effet, confirmant la jurisprudence antérieure, l'article 1341-2 du Code civil permet au créancier d'agir pour faire déclarer inopposables les actes de son débiteur passé en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude. Le créancier n'a donc pas à rapporter la preuve de cette connaissance, si le tiers cocontractant avait bénéficié d'une libéralité ou, plus largement, d'un acte à titre gratuit<sup>3</sup>.
- Les droits de mutation sont plus lourds dans les libéralités que dans les actes à titre onéreux.
- Il existe des règles dérogatoires au droit commun des contrats protégeant la partie rendant service dans les contrats de service à autrui, tel le prêt à usage (articles 1885, 1889 et 1891 du Code civil).

## D. Contrats commutatifs et contrats aléatoires

Tout aussi traditionnelle, la distinction est aujourd'hui énoncée par l'article 1108 du Code civil. C'est une subdivision des contrats à titre onéreux, dont il faudra exposer, là encore, le contenu et les intérêts.

### 1. Exposé de la distinction

Aux termes de l'article 1108 du Code civil :

« Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit.

Il est aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes attendus, d'un événement incertain. »

#### a. Contrat commutatif

La définition que l'article 1108, alinéa 1<sup>er</sup>, donne du contrat commutatif est très proche de celle qui figurait dans l'ancien article 1104, alinéa 1<sup>er</sup><sup>4</sup>. Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont simplement substitué le terme « avantage », pour désigner ce que chacune des parties procure à l'autre et qu'elle regarde comme l'équivalent de ce qu'elle reçoit. Pour désigner cet avantage, l'ancien texte se référait en effet à l'objet d'une obligation de donner ou d'une obligation de faire. Or l'ordonnance du 10 février 2016 ayant fait disparaître cette distinction, la définition du contrat commutatif devait être adaptée en conséquence.

Concrètement, le contrat commutatif suppose une prestation déterminée *ne varietur* lors de la conclusion du contrat, par exemple un contrat de vente moyennant un prix exprimé en capital.

Dans un contrat commutatif synallagmatique, toutefois, l'avantage ainsi procuré par chacune des parties à l'autre n'est regardé que comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit. Pour qu'un tel contrat soit valable, peu importe donc, en principe, que cet avantage procurée soit effectivement l'équivalent de celui reçu. De fait, l'article 1168 du Code civil dispose :

<sup>1</sup> Req. 5 août 1878, *D.P.* 79, 1, 253 (motifs). *Cf. supra* : § 1 « Classifications fondées sur les conditions de formation des contrats », A. « Contrats consensuels, solennels, réels », 3. « Contrats réels ».

<sup>2</sup> Civ. 1, 27 novembre 1961, n° 59-13331, *B. I.*, n° 553 : « les donations indirectes, comme les donations déguisées, échappent aux règles de forme édictées par [l'article 931 du Code civil] pour la validité des donations entre vifs ». Sur le concept de donation indirecte et son rôle en droit français, *cf.* not. A.-L. Randegger, *La donation indirecte : recherches sur l'instrumentalisation de sa qualification*, thèse Paris Panthéon-Assas, dir. Cl. Brenner, 2022.

<sup>3</sup> Civ. 1, 1<sup>er</sup> juillet 1975, n° 74-11109, *B. I.*, n° 213 ; Civ. 1, 23 avril 1981, n° 79-16756, *B. I.*, n° 130.

<sup>4</sup> Pour une application, *cf.* Civ. 1, 10 juin 1986, n° 84-14241, *B. I.*, n° 159 ; *RTD civ.* 1987, 535, obs. J. Mestre.



Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

« Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence entre les prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement. »

Un contrat commutatif déséquilibré n'en est donc pas moins, en principe, valable, sauf disposition légale contraire.

b. Contrat aléatoire

L'article 1108, alinéa 2, a corrigé la définition imparfaite que l'ancien article 1104, alinéa 2, avait donné de ce contrat.

Contrairement à ce qui se passe dans le contrat commutatif, dans le contrat aléatoire, l'une des prestations dépend, dans son existence ou son étendue, d'un événement incertain<sup>1</sup>, d'un aléa, dont il résulte une chance de gain et un risque de perte pour chacune des parties. L'existence de cet aléa est abandonné au pouvoir souverain des juges du fond<sup>2</sup>. Son objet diffère selon les cas :

- aléa portant sur l'existence de la prestation : contrat d'assurance ;
- aléa portant sur l'étendue de la prestation : contrat de vente moyennant un prix consistant en partie ou en totalité en une rente viagère.

Ex. Jeanne Calment, jadis doyenne des français, morte plus que centenaire, avait vendu sa maison en viager à un notaire, lequel, du coup, avait fait une très mauvaise affaire, sans pouvoir remettre en cause le contrat.

Pour qu'un contrat soit aléatoire, il ne suffit pas qu'une des prestations soit soumise à un aléa. Il faut encore que les avantages ou les pertes qui dépendent de cet aléa concernent chacune des parties<sup>3</sup>. En d'autres termes, l'aléa doit être partagé<sup>4</sup>. Si une seule des parties court un risque de perte, tandis qu'il ne peut que profiter à l'autre, le contrat est commutatif.

L'article 1108 du Code civil donne du contrat commutatif et du contrat aléatoire des définitions comparables à celles de l'ancien article 1104 du Code civil. Cependant l'ancien article 1964, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, qui ouvrait le titre XII « Des contrats aléatoires » du livre III du Code civil, paraissait retenir une définition du contrat aléatoire différente de celle de l'ancien article 1104, alinéa 2.

Aux termes de l'ancien article 1104, alinéa 2, « Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire. » En revanche, selon l'ancien article 1964, alinéa 1<sup>er</sup>, « Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendant d'un événement incertain. » Ainsi l'ancien article 1104, alinéa 2, paraissait-il subordonner la qualification de contrat aléatoire à l'existence d'un aléa pour les parties au contrat, tandis que l'ancien article 1964, alinéa 1<sup>er</sup>, semblait se contenter de l'existence d'un aléa pour une seule des parties.

Mais, en réalité, les deux textes se complétaient, plutôt qu'ils ne s'opposaient<sup>5</sup>. En effet, un contrat n'est aléatoire que s'il existe une chance de gain ou un risque de perte pour chacune des parties, comme l'énonçait l'ancien article 1104, alinéa 2 et comme le suggère l'actuel article 1108, alinéa 2. Toutefois l'événement incertain, d'où cette chance de gain ou ce risque de perte dépend, peut n'affecter l'existence ou l'étendue que d'une seule des obligations<sup>6</sup>. C'est ce que l'ancien article 1964, alinéa 1<sup>er</sup>, signifiait vraisemblablement, bien que la rédaction en fût imparfaite.

Par exemple, un contrat de vente moyennant rente viagère a bien un caractère aléatoire, car la chance de gain ou le risque de perte existe bien pour chacune des parties, alors même que seule l'obligation du débirentier de payer une rente au crédi-rentier est affectée d'un aléa dans son étendue. En revanche, contrairement à ce que la jurisprudence jugeait naguère<sup>7</sup>,

<sup>1</sup> Civ. sect. com. 10 juin 1960, n° 57-11524, B. III, n° 225 ; S. 1961, 1, 42, note Auteserre.

<sup>2</sup> Civ. 3, 23 octobre 1969, n° 67-14669, B. III, n° 670 ; Civ. 3, 30 octobre 1969, n° 68-13437, B. III, n° 707 ; Civ. 3, 6 novembre 1969, n° 67-12438, B. III, n° 723 ; JCP 1970, II, 16502, note A. Bénabent.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 novembre 2011, n° 10-16270, B. I, n° 168 ; D. 2012, 589, note M. Séjean ; RDC 2012, 396, obs. Y.-M. Laithier.

<sup>4</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 133.

<sup>5</sup> Civ. 3, 4 juillet 2007, n° 06-13275, B. III, n° 124 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 103, note 3.

<sup>6</sup> Civ. 3, 4 juillet 2007, préc. ; Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, n° 924 ; du même auteur, *Droit des obligations*, n° 24 ; Terré, Simler et Lequette, *op. cit., loc. cit.* ; Malaurie, Aynès et Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, n° 678.

<sup>7</sup> Civ. 1<sup>ère</sup> sect. civ., 17 avril 1956, B. I, n° 169 ; D. 1956, J. 427 ; Civ. 1<sup>ère</sup> sect. civ., 3 novembre 1960, n° 59-10667, B. I, n° 471.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

un contrat de révélation de succession<sup>1</sup> n'est pas aléatoire, dans la mesure où seul le généalogiste, à l'exclusion de l'héritier, court un risque<sup>2</sup>. Aussi la Cour de cassation a-t-elle fini par rejeter la qualification aléatoire de ce contrat. Elle en avait déduit que la rémunération du généalogiste pouvait être judiciairement révisée, si elle présentait un caractère excessif, lésionnaire<sup>3</sup>. Toutefois le nouvel article 1165 du Code civil, on le verra, semble désormais exclure ce pouvoir judiciaire de révision du prix dans les contrats de prestation de service, d'une manière générale.

Pour mettre fin aux équivoques suscitées par les rédactions différentes des anciens articles 1104, alinéa 2, et 1964 du Code civil, l'ordonnance du 10 février 2016 (article 5, 8°) a abrogé le second. Désormais la seule définition légale du contrat aléatoire est donc celle inscrite dans les règles générales applicables à tous les contrats, à l'article 1108, alinéa 2, du Code civil.

Les rédacteurs du Code civil ont consacré un titre spécifique du livre III, le titre XII, aux contrats aléatoires. Mais, à la vérité, ils n'y ont traité que de certains d'entre eux : le jeu et le pari, le contrat de rente viagère. Le contrat d'assurance, contrat par nature aléatoire<sup>4</sup>, très important et répandu en pratique, est, quant à lui, réglementé en détail dans le Code des assurances. Il est également des contrats aléatoires jurisprudentiels, tel le bail à nourriture<sup>5</sup>.

La transaction<sup>6</sup>, contrat par lequel les parties mettent fin à un litige les opposant par des concessions réciproques (article 2044, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil), peut aussi être considérée comme un contrat aléatoire<sup>7</sup>. Pour une partie de la doctrine<sup>8</sup>, il est vrai, la transaction serait un contrat commutatif, car les obligations imposées à chacune des parties par la transaction, les « concessions réciproques » (article 2044, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil) sont fixées *ne varietur* et, partant, ne sont pas soumises à un aléa dans leur étendue ou leur principe. Mais, malgré ses apparences rigoureuses et bien qu'elle ne soit pas foncièrement inexacte, la démonstration semble insuffisamment poussée<sup>9</sup>. En effet, chacune des parties à la transaction ne consent de sacrifice qu'en contemplation de la chance de gain ou du risque de perte qu'un procès implique pour elle. Ce procès est bien un événement incertain, car s'il s'engageait ou se déroulait jusqu'à son terme, son issue en serait aléatoire. La conclusion d'une transaction aux prestations fixées invariablement ne fait pas disparaître l'aléa inhérent au procès, même si ce dernier n'aura jamais lieu ou ne sera pas dénoué par un jugement.

<sup>1</sup> L. Leveneur « Une application du concept de bien-information : pour un renouvellement de l'approche du contrat de révélation de succession », in : *Etudes offertes à Pierre Catala : Le droit privé à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Litec, 2001, p. 771 et suiv.

<sup>2</sup> Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, n° 924 ; J.-Ch. Laurent « Le contrat de révélation de succession », *Rev. crit. lég. jur.* 1931, 398 et suiv., spéc. 421 ; *contra* : Capitant, *De la cause des obligations*, n° 101 ; A. Rouast « La réduction judiciaire de la rémunération des généalogistes », *JCP* 1954, I, 1179 ; Leveneur, *op. cit.*, n° 12 et 21.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 23 novembre 2011, préc. Pour la critique de ce pouvoir de révision, au nom du caractère aléatoire du contrat, cf. Rouast et Leveneur, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>4</sup> Pour le rappel du principe, cf. Civ. 2, 6 mai 2021, n° 19-25395 (P).

<sup>5</sup> Civ. 3, 8 janvier 1970, n° 67-14671, *B. III*, n° 28 ; Civ. 1, 26 avril 1988, n° 86-12481, *B. I*, n° 121 ; Civ. 1, 22 juin 1999, n° 97-12112 ; Civ. 3, 4 juillet 2007, n° 06-13275, *B. III*, n° 124. Le bail à nourriture est un contrat par lequel une personne, le bailleur à nourriture, s'engage à subvenir entièrement aux besoins vitaux d'une autre, le preneur à nourriture, sa vie durant, en contrepartie du versement d'un capital en argent, d'une redevance périodique ou de l'aliénation d'un bien (Malaurie, Aynès et Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, n° 709). C'est un contrat empreint d'*intuitus personae* (Soc. 9 février 1961, n° 59-10918, *B. IV*, n° 185 ; *D.* 1961, *J.* 255 ; Civ. 3, 11 décembre 1974, n° 73-13334, *B. III*, n° 458 ; Civ. 3, 8 mars 1983, n° 82-11066, *B. III*, n° 69) et à l'aléa renforcé (Malaurie, Aynès et Gautier, *op. cit.*, *loc. cit.* ; J. Carbonnier, obs. *RTD civ.* 1962, 367 ; Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, n° 987). Celui-ci tient en effet non seulement à la durée, mais encore à l'objet de la prestation du bailleur à nourriture : la prestation prend fin à la date incertaine du décès du preneur et son étendue dépend des besoins de ce dernier, qui peuvent s'accroître en cas de maladie, par exemple.

<sup>6</sup> Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, n° 991 et s. ; J. Raynard et J.-B. Seube, *Droit des contrats spéciaux*, 11<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2024, n° 596 et s. ; Malaurie, Aynès et Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, n° 714 et s. ; L. Boyer, *La notion de transaction : contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, th. Toulouse, Sirey, 1947 ; R. Merle, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, thèse Toulouse, Rousseau 1948 ; J. De Gavre, R. Marcq et M. Gevers, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, Bruxelles : Bruylant, 1947 ; F. Boulan, *La transaction en droit privé positif*, th. dact., Aix, 1971 ; L. Mayer « La transaction, un contrat spécial ? », *RTD civ.* 2014, 523 et s.

<sup>7</sup> Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, n° 993 et n° 995-996 ; Malaurie, Aynès et Gautier, *op. cit.*, n° 718. Cf. Com. 2 octobre 2001, n° 98-19694, *B. IV*, n° 154.

<sup>8</sup> Raynard et Seube, *Droit des contrats spéciaux*, n° 596 ; rappr. G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, 3<sup>e</sup> éd., PUF, 1996, p. 47.

<sup>9</sup> Bénabent, *op. cit.*, n° 993.

Ainsi l'exigence même de concessions réciproques à la charge de chacune des parties<sup>1</sup> s'explique-t-elle bien par le caractère aléatoire du contrat de transaction. La transaction a pour cause un aléa, résidant dans l'incertitude de l'issue d'un procès. Chacune des parties accepte donc une chance de gain ou un risque de perte en la concluant, conformément à la définition que l'article 1108, alinéa 2, du Code civil, donne du contrat aléatoire. Il en résulte qu'en l'absence de chance de gain pour une des parties, qui ferait des concessions, et de risque de perte pour l'autre, qui n'en ferait aucune, la transaction serait dépourvue de contrepartie. Elle serait dès lors nulle en application des articles 1169 et 2044 du Code civil<sup>2</sup>.

Le particularisme de la transaction tient toutefois au fait que l'une comme l'autre des parties ignorera toujours si, en transigeant, elle a fait une bonne ou une mauvaise affaire. Au contraire, dans d'autres contrats aléatoires, elle l'apprendra tôt ou tard : par exemple, dans un contrat de vente d'immeuble moyennant rente viagère, le décès du crédirentier fait disparaître l'aléa lié à l'incertitude sur la date de ce décès. Dans la transaction, les parties évitent l'événement aléatoire, au lieu de s'y soumettre. Mais l'avantage qu'elles escomptent chacune de la conclusion du contrat, n'en est pas moins affecté d'une incertitude révélatrice d'un contrat aléatoire.

Les rédacteurs du Code civil ont consacré à la transaction un titre distinct du livre III du Code civil, le titre XV. Cependant, qu'ils en aient traité ailleurs que dans le titre XII de ce livre III consacré spécifiquement aux contrats aléatoires, n'implique pas qu'ils l'aient regardée comme un contrat commutatif. D'une part, en effet, le titre XII du livre III n'a jamais eu l'ambition d'être exhaustif. D'autre part, l'importance que les rédacteurs du Code civil attachait à la transaction comme mode d'extinction d'un litige, pour des motifs idéologiques<sup>3</sup>, explique probablement qu'ils lui aient consacré un titre entier.

## 2. Intérêts de la distinction

L'aléa chasse non seulement la lésion, mais encore l'erreur.

### a. L'aléa chasse la lésion

<sup>1</sup> L'exigence de concessions réciproques ne figurait pas dans la rédaction initiale de l'article 2044 du Code civil, remontant à 1804. C'est la jurisprudence qui l'avait posée (Req. 17 avr. 1894, *S.* 96, 1, 459 (sol. implicite) ; Civ. 13 mars 1922, *D.P.* 1925, 1, 139 ; Civ. 1, 4 mai 1976, n° 74-12526, *B. I.* n° 157 ; Com. 22 novembre 1988, n° 87-13522, *B. IV.* n° 320 ; Civ. 1, 3 mai 2000, n° 98-12819, *B. I.* n° 130 ; Com. 27 mai 2012, n° 11-17185, *B. IV.* n° 213 ; *D.* 2012, 2900). Les juges du fond apprécient souverainement la présence de ces concessions réciproques : Civ. 1, 17 janvier 1961, 58-10.717, n° *B. I.* n° 43 ; Com. 16 juin 1964, n° 61-11.340, *B. III.* n° 312 ; Civ. 3, 28 novembre 2007, n° 06-19272, *B. III.* n° 214 ; *JCP* 2008, I, 138, n° 7, obs. Th. Clay ; *CCC* 2008, *comm.* 90, note L. Leveneur. *Cf.* Ch. Jarrosson « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.* 1997, *Chr.* 267 ; Mayer, *op. cit.*, n° 10 et suiv. En ajoutant cette exigence dans l'article 2044, la loi n° 2016-1547 « justice du XXI<sup>e</sup> siècle » du 18 novembre 2016 a codifié la jurisprudence.

<sup>2</sup> Dépourvue de cause et donc nulle en application de l'article 1131 du Code civil, disait-on avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, de laquelle le mot même de cause a été banni. Peu importe, en revanche, l'importance relative des concessions réciproques (Soc. 17 mars 1982, n° 80-40455, *B. V.* n° 180 ; Soc. 13 mai 1992, n° 89-40844, *B. V.* n° 307 ; *RTD civ.* 1992, 783, obs. P.-Y. Gautier). En effet, en l'absence de disposition légale dérogeant au principe posé par l'article 1168 du Code civil, selon lequel dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence entre les prestations n'est pas une cause de nullité, la transaction n'est pas rescindable pour lésion (sur l'exclusion de la lésion dans les transactions, *cf.* les explications de Bigot de Préameneu dans sa présentation du titre XV du livre III au Corps législatif, *in* : Fenet, *op. cit.*, t. XV, p. 109. En revanche, si, malgré les apparences, une des parties ne faisaient pas véritablement de concessions, celles-ci étant illusoire ou dérisoires, la transaction encourrait la nullité sur le fondement de l'article 1169 du Code civil : les concessions de l'autre partie n'auraient alors pas de contrepartie (*cf.*, dans le droit antérieur à l'ordonnance du 10 février 2016 : Civ. 1, 4 mai 1976, *préc.* ; Soc. 18 mai 1999, n° 96-44628, *B. IV.* n° 223 ; Soc. 28 novembre 2000, n° 98-43635, *B. V.* n° 399).

<sup>3</sup> La transaction prévient ou éteint un litige judiciaire par la volonté des parties. Or un tel hommage rendu à la toute-puissance de la volonté ne pouvait que les séduire : il suffit de se reporter aux déclarations enthousiastes faites au cours des travaux préparatoires du Code civil, à l'occasion de l'examen du titre XV du livre III, pour s'en convaincre (P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XV, Videcoq, 1836, p. 103 et suiv. - présentation au Corps législatif du titre XV par Bigot de Préameneu - et p. 113 et suiv. - rapport du tribun Albisson). La transaction était tenue pour le mode idéal de résolution des litiges, au point que le législateur de 1804 lui avait conféré, dans l'ancien article 2052, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code, une autorité identique à celle d'un jugement. Le législateur de 1804 étant imprégné de l'idée qu'un contrat ne pouvant être que l'œuvre de volontés raisonnables, la transaction était effectivement, de son point de vue, la meilleure manière de terminer un différend entre les parties (Carbonnier, *Droit civil*, t. I, n° 89, p. 160). L'éloge de la transaction participait de ce qu'on appellera plus tard le dogme de l'autonomie de la volonté

Dans les contrats aléatoires, l'annulation pour lésion (défaut d'équivalence, déséquilibre des prestations au moment de la formation du contrat) est toujours exclue<sup>1</sup>.

Certes, d'une manière générale, selon l'article 1168 du Code civil :

« Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence entre les prestations n'est pas une cause de nullité du contrat ».

Toutefois, on l'a vu, le texte réserve expressément le cas de dispositions légales contraires. Or de telles dispositions dérogatoires sont, par hypothèse même, inapplicables à un contrat aléatoire : celui-ci n'encourt jamais la nullité pour lésion, y compris dans les hypothèses où, par dérogation au principe général posé par l'article 1168 du Code civil, la loi aurait exceptionnellement admis cette nullité si le contrat avait été commutatif. En effet, dans un contrat aléatoire, la chance de gain et le risque de perte corrélatif ayant été voulus, aucune des parties ne saurait se plaindre de ce que cette perte se réalise ; en acceptant de jouer, on accepte d'éventuellement perdre : « L'aléa chasse la lésion »<sup>2</sup>.

Ex. par exception au principe posé par l'article 1168 du Code civil, le vendeur peut solliciter la rescision – terme vieilli qui, dans le langage des rédacteurs du Code civil de 1804, signifie annulation – d'une vente immobilière pour lésion, en application des articles 1674 et suivants du même code ; mais il ne le pourra pas, si la vente a été consentie moyennant une rente viagère<sup>3</sup>.

L'article 1168 du Code civil ne distingue pas, il est vrai, suivant que le contrat synallagmatique est commutatif ou aléatoire. Cependant, c'est uniquement dans un contrat commutatif que, selon la définition de l'article 1108, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, « chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit. » En effet, dans un contrat aléatoire, d'après l'article 1108, alinéa 2, « les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et en pertes qui en résulteront, d'un événement incertain. » Le contrat aléatoire est bien à titre onéreux, mais c'est la chance de gain, dépendant d'un événement incertain, qui, pour chacune des parties, est l'avantage qu'elle reçoit en contrepartie de celui qu'elle procure<sup>4</sup>, le risque de perte qu'elle court. Dans un contrat commutatif, l'avantage que chacune des parties s'engage à procurer à l'autre est regardé comme l'équivalent de ce qu'elle reçoit<sup>5</sup>. En revanche, aucune des parties à un contrat aléatoire n'entend procurer à l'autre un avantage qu'elle regarde comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit<sup>6</sup>. Chacune d'entre elles a la chance de gain pour contrepartie à son obligation et accepte corrélativement de courir un risque de perte. Par définition même, le défaut d'équivalence entre les prestations ne se rencontre dès lors jamais dans un tel contrat, si bien que l'article 1168 du Code civil lui est inapplicable<sup>7</sup>.

#### b. L'aléa chasse l'erreur

D'après l'article 1133, alinéa 3, du Code civil, « L'acceptation d'un aléa sur une qualité de la prestation exclut l'erreur relative à cette qualité. » Par exemple, l'acquéreur qui a accepté expressément ou tacitement de courir un risque quant à l'authenticité d'une œuvre d'art, ne pourra ultérieurement obtenir la nullité de la vente pour erreur, s'il se confirme que l'œuvre n'était effectivement qu'une copie. On reverra la question à propos de l'erreur sur les qualités essentielles de la prestation, vice du consentement.

<sup>1</sup> Bénabent, *Droit des obligations*, n° 195 ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 157 et n° 341.

<sup>2</sup> D. Bakouche, *L'excès en droit civil*, thèse Paris 2, préf. M. Gobert, LGDJ, 2005, n° 133 et suiv. ; J. Déprez « La lésion dans les contrats aléatoires », *RTD civ.* 1955, 1 et suiv. ; F. Grua « Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs », *RTD civ.* 1983, 263 et suiv.

<sup>3</sup> Cf. par ex. Req. 6 mai 1946, *D.* 1946, *J.* 287 ; *RTD civ.* 1946, 324, obs. J. Carbonnier ; Civ. 3, 30 octobre 1969, préc. ; Civ. 3, 12 décembre 1973, n° 72-14244, *B.* III, n° 629 ; Civ. 3, 5 novembre 2008, n° 07-17106.

<sup>4</sup> Civ. sect. com. 10 juin 1960, préc. ; Civ. 3, 4 juillet 2007, n° 06-13275, préc.

<sup>5</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 136. L'ancien article 1104, alinéa 2, du Code civil énonçait « Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire ». Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont abandonné cette formulation trop approximative, que la jurisprudence récente avait évitée (Civ. 3, 4 juillet 2007, préc., parlant d'« avantage » et non d'équivalent, à propos d'un bail à nourriture). En effet, la chance de gain ne constitue pas, à proprement parler, un équivalent à l'engagement de chacune des parties. Elle remplace l'équivalent voulu du contrat synallagmatique, elle en tient lieu. Aussi l'article 1108, alinéa 2, nouveau, définit-il le contrat aléatoire comme un contrat dans lequel l'avantage reçu par l'une des parties dépend d'un événement incertain, au lieu d'être regardé comme l'équivalent de l'avantage qu'elle procure à l'autre partie, comme dans le contrat commutatif.

<sup>6</sup> Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 341 ; Dissaux et Jamin, *op. cit.*, article 1169, p. 66.

<sup>7</sup> Fages, *op. cit.*, n° 31 ; Disseaux et Jamin, *op. cit.*, *loc. cit.* ; comp. Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 429.

## E. Contrats à exécution instantanée et contrats à exécution successive

Bien que le Code de 1804 ne l'eût pas formellement exprimée, cette distinction est traditionnelle. Des intérêts importants s'y attachent en effet. Aussi le nouvel article 1111-1 du Code civil l'introduit-il expressément. On expliquera le contenu de la distinction, puis ses intérêts.

### 1. Exposé de la distinction

Aux termes de l'article 1111-1 :

Le contrat à exécution instantanée est celui dont les obligations peuvent s'exécuter en une prestation unique.

Le contrat à exécution successive est celui dont les obligations d'au moins une partie s'exécutent en plusieurs prestations échelonnées dans le temps.

Dans le contrat instantané ou à exécution instantanée, l'exécution est ainsi prévue en une seule fois, en un seul trait de temps, par exemple une vente au comptant. Dans le contrat successif ou à exécution successive, au contraire, l'exécution est échelonnée dans le temps, ainsi un bail ou un contrat de travail.

### 2. Intérêts de la distinction

Certaines questions ne se posent que pour les contrats à exécution successive, car elles découlent de l'échelonnement de l'exécution du contrat dans le temps :

- la révision pour imprévision d'un contrat devenu gravement déséquilibré en raison de circonstances qui étaient imprévisibles lors de la conclusion du contrat (article 1195 du Code civil). La question se pose, par définition même, uniquement pour les contrats successifs ;
- la faculté de résiliation unilatérale dans les contrats successifs à durée indéterminée (article 1211 du Code civil), quoique réglementée dans certains contrats, comme le contrat de travail ;
- la prorogation conventionnelle (article 1213 du Code civil), le renouvellement (article 1214 du Code civil) et la tacite reconduction (article 1215 du Code civil) des contrats successifs à durée déterminée.

## SOUS-TITRE I : LA FORMATION DU CONTRAT

Quatre questions se posent à propos de la formation du contrat, que les dispositions du nouveau titre III du Code civil résolvent successivement<sup>1</sup> et qui feront l'objet des quatre chapitres successifs du présent sous-titre :

- Comment le contrat se forme-t-il, est-il conclu ? Chap. I
- Quelles en sont les conditions de validité ? Chap. II
- A quelles formes, formalités au sens large doit-il parfois obéir, malgré le principe général du consensualisme ? Chap. III
- Quelle sanction (la nullité) affecte le contrat irrégulièrement formé, qui ne remplit pas les conditions légales de validité ? Chap. IV

---

<sup>1</sup> Sous-titre 1<sup>er</sup> « Le contrat », chap. II « La formation du contrat », du nouveau titre III du livre III du Code civil.

## CHAPITRE I : LA CONCLUSION DU CONTRAT

Aux termes de l'article 1113, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil :

« Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager. »

Le contrat consiste en effet en un accord d'au moins deux volontés, c'est-à-dire de deux (au minimum) manifestations de volontés (offre et acceptation) qui se sont rencontrées (moment et lieu du contrat).

Dans la pratique, il existe, à dire vrai, une diversité des situations :

- tantôt il n'existe pas de discussion ou négociation préalable ;

Ex. achat dans un supermarché, à un distributeur automatique (billet de train, pass Navigo, aliments ou boisson, préservatifs...) et, en général, dans tout contrat d'adhésion.

- tantôt, au contraire, il y a discussion préalable, schéma classique avec pourparlers, offre, acceptation ;
- tantôt, enfin, entre les pourparlers et le contrat définitif, les parties concluent un avant-contrat, un contrat préparant le contrat définitif : promesse de vente ou pacte de préférence.

Mais le droit français ne distingue pas, tout au moins la théorie générale, et applique les mêmes règles à la conclusion du contrat dans l'un et l'autre cas. Ces règles furent longtemps d'origine jurisprudentielle et doctrinale, car le Code civil de 1804 était resté silencieux sur la naissance de l'accord des volontés, nécessaire à la formation du contrat. Les actuels articles 1112 et suivants du Code civil traitent, en revanche, cette question, tantôt en reprenant les solutions antérieures, sauf à les préciser, tantôt en les écartant.

Les dispositions du Code civil sur la conclusion du contrat se décomposent en règles de droit commun, applicables au contrat classique, et en règles spéciales, gouvernant le contrat électronique. On les examinera successivement, sauf à le faire brièvement s'agissant des secondes.

- Section 1 : les négociations précontractuelles
- Section 2 : la conclusion d'un contrat classique
- Section 3 : les contrats préparatoires
- Section 4 : la conclusion d'un contrat électronique.

### Section 1 : Les négociations précontractuelles

Le Code civil de 1804 était muet sur les règles applicables aux négociations préalables à la conclusion du contrat. En s'aidant du droit commun de la responsabilité extra-contractuelle résultant des articles 1382 et 1383 du Code civil<sup>1</sup>, la jurisprudence avait progressivement élaboré le régime juridique des pourparlers contractuels<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Aujourd'hui numérotés 1280 et 1281 du Code civil.

<sup>2</sup> J. Schmidt « La période précontractuelle en droit français », *RID comp.* 1990, 545 et s. ; J. Mestre « La période précontractuelle et la formation du contrat », in : *Le contrat : questions d'actualité*, sous la direction scientifique de L. Aynès, *LPA* n° 90, 5 mai 2000, p. 7 et s. ; D. Mazeaud « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », in : *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, LGDJ, 2001, 637 et s.

Elle avait également imposé un devoir d'information pré-contractuel aux parties, tout particulièrement au professionnel traitant avec un profane. Elle en sanctionnait la méconnaissance par la responsabilité civile extra-contractuelle et surtout par la nullité du contrat pour réticence dolosive, sur le fondement de l'ancien article 1116 du Code civil, qu'elle avait interprété extensivement.

L'ordonnance du 10 février 2016 a comblé les lacunes du code civil de 1804. Composant une sous-section du sous-titre I du titre III du livre III intitulée « Les négociations », les articles 1112 à 1112-2 codifient pour l'essentiel les solutions jurisprudentielles antérieures. Ils fixent les règles gouvernant la conduite des négociations pré-contractuelles, d'une part ; font peser sur chacune des parties un devoir d'information envers l'autre partie, d'autre part.

## § 1 Conduite des négociations précontractuelles

Dans le silence du Code civil de 1804, la jurisprudence avait précisé le régime juridique des négociations précontractuelles, des « pourparlers » selon l'expression consacrée. Les actuelles dispositions du titre III du livre III du Code civil en reprennent les solutions. Repris de la jurisprudence antérieure, le régime des pourparlers repose, on l'a dit, sur la liberté et la bonne foi.

### A. Liberté combinée avec la bonne foi

L'article 1112, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil affirme que la conduite des pourparlers est libre, sous réserve de satisfaire aux exigences de la bonne foi.

#### 1. Principe de liberté

Aux termes de l'article 1112, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil :

« L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations contractuelles sont libres. »

La liberté prévaut donc à toutes les étapes, de l'entrée en négociations à la rupture de celle-ci, en passant par leur déroulement<sup>1</sup>. Cette liberté dans les négociations pré-contractuelles est un aspect du principe d'ordre public de la liberté contractuelle énoncé par l'article 1102 du Code civil.

La plupart du temps, dans les relations commerciales, les opérations très importantes donnent toutefois lieu à une négociation longue et difficile. Celle-ci est alors jalonnée d'accords préparatoires, par lesquels les parties peuvent convenir de restreindre progressivement leur liberté de négocier.

La terminologie est assez mal fixée en la matière. On distingue couramment les lettres d'intention, qui définissent les différentes étapes de la négociation, et les accords de principe ou accords partiels, qui enregistrent les points sur lesquels les parties se sont déjà entendues dans l'attente du contrat définitif, auquel elles ne parviendront que par étapes.

La portée juridique des accords de principe prête souvent à contestation.

#### 2. Exigence de bonne foi

L'article 1112, alinéa 1<sup>er</sup>, *in fine*, ajoute cependant que l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations :

<sup>1</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 170-172.



« doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.

On peut hésiter entre deux analyses du cadre juridique des négociations pré-contractuelles.

Dans une première approche on peut être tenté de considérer que l'article 1112, alinéa 1<sup>er</sup>, édicte un principe de liberté, tempéré par l'exigence impérative de bonne foi<sup>1</sup>. Cette approche correspond à la jurisprudence qui s'était développée sur la rupture des pourparlers antérieurement à l'ordonnance du 11 février 2016. Selon la Cour de cassation, en effet, la responsabilité de l'auteur de la rupture préjudiciable à l'autre partie était engagée s'il avait abusé de son droit de rompre les pourparlers<sup>2</sup>. Or l'abus de droit s'entend traditionnellement d'un tempérament au principe d'impunité, dont le titulaire d'un droit ou d'une liberté jouit dans son exercice, serait-ce au détriment d'autrui. Aussi l'abus de droit n'est-il souvent considéré comme caractérisé qu'en cas de faute qualifiée, et non de faute simplement légère<sup>3</sup>.

Cependant, l'article 1112, alinéa 1<sup>er</sup>, déclarant successivement que la conduite des négociations est libre, puis que les exigences de la bonne foi doivent être impérativement respectées, on peut y voir aussi deux principes généraux juxtaposés<sup>4</sup>. L'article 1104 du Code civil vient à l'appui de cette dernière analyse. Il pose en effet, on s'en souvient<sup>5</sup>, un principe général d'ordre public de bonne foi, égal en valeur au principe de liberté contractuelle affirmé par l'article 1102 :

« Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. »

Or l'article 1112-1, alinéa 1<sup>er</sup>, constitue une application particulière du principe posé à l'article 1104. Si on suit cette analyse, aucune hiérarchie ne devrait être instituée entre la liberté et la bonne foi dans les négociations pré-contractuelles, dès lors que l'une et l'autre dérivent de deux principes généraux d'égale valeur.

Cela dit, le choix entre ces deux présentations, l'une traditionnelle, l'autre novatrice, de la disposition de l'article 1112, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil apparaît essentiellement d'ordre théorique. Il n'emporte en effet pas à coup sûr des conséquences juridiques concrètes. Si la bonne foi exigée des parties dans la négociations est, il est vrai, un principe, leur responsabilité devrait être plus facilement engagée que si c'est un tempérament à leur liberté de les mener à leur gré, fondé sur l'abus de droit. Mais, en fait, on va le voir, la jurisprudence dominante antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 n'accordait aucune impunité particulière à l'auteur d'une rupture dommageable des pourparlers : elle lui appliquait le droit commun de la responsabilité civile délictuelle et quasi-délictuelle.

## B. Sanction de la méconnaissance des exigences de la bonne foi

L'article 1112, alinéa 2, qualifie juridiquement la violation des exigences de la bonne foi dans les négociations et en indique les conséquences :

« En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages. »

<sup>1</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 248.

<sup>2</sup> *Ibid.* Cf. *infra* : B. « Sanction de la méconnaissance des exigences de la bonne foi ».

<sup>3</sup> Pour un exemple extrême et bien connu : Req. 3 août 1915, *Clément-Bayard*, *D.P.* 1917, 1, 79 ; *S.* 1920, 1, 300 ; *G.A.*, t. I, n° 81, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde. Cf. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. II, 6<sup>e</sup> éd. par Bartin, § 194, p. 287, note 19 (à propos du droit de propriété) ; R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, LGDJ, 1951, t. I, n° 39, spéc. p. 55, texte et note 2 ; R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français de Charles Beudant*, t. IX bis, par Rodière, Rousseau & Cie, n° 1437 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux et L. Andreu, *Les obligations. Le fait juridique*, 15<sup>e</sup> éd., Lefebvre Dalloz, 2023, n° 154 ; Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 6<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2023, n° 342).

<sup>4</sup> Cf. Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 173, qui tirent argument de la rédaction de l'article 1112, alinéa 1<sup>er</sup>, pour estimer que les négociations contractuelles sont gouvernés par deux principes antagonistes juxtaposés dans le texte, la liberté et la bonne foi, et non par un principe, la liberté, qui serait simplement tempéré par l'exigence de bonne foi.

<sup>5</sup> Cf. *supra* : chap. préliminaire « Notions générales sur le contrat », section 3 « Principes généraux gouvernant les contrats ».

Ces règles s'appliquent notamment à la rupture des pourparlers. Selon la jurisprudence antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, en effet, leur rupture obéit ainsi à un principe, assorti d'un tempérament :

- Liberté de rompre, aspect fondamental de la liberté de contracter ou de ne pas contracter<sup>1</sup>.
- Obligation de loyauté, manifestation de l'exigence de bonne foi, dans la négociation<sup>2</sup>.

La nature et le régime de la responsabilité instituée par l'article 1112, alinéa 2, doivent être examinés, en s'aidant des enseignements de la doctrine et de la jurisprudence antérieures à l'ordonnance du 10 février 2016<sup>3</sup>.

### 1. Nature de la responsabilité encourue

D'après l'article 1112, alinéa 2, le manquement à la bonne foi dans les négociations constitue une faute susceptible d'engager la responsabilité civile de l'auteur du manquement.

Mais aucun contrat n'ayant, par hypothèse, été conclu, l'auteur du manquement ne saurait encourir une responsabilité contractuelle, résultant de la violation d'une obligation d'origine contractuelle. Il ne peut donc engager que sa responsabilité délictuelle (articles 1240 et 1241 du Code civil, anciens articles 1382 et 1383 du même code), extra-contractuelle si on préfère. Telle est la solution traditionnellement retenue par la doctrine dominante<sup>4</sup> et la jurisprudence<sup>5</sup>. Il n'en irait autrement que dans l'hypothèse où un accord de négociation aurait été conclu. La responsabilité obéirait alors aux règles de la responsabilité contractuelle. Sans doute est-ce la raison pour laquelle les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont évité de préciser, dans l'article 1112, alinéa 2, la nature de la responsabilité encourue. Mais, hormis cette hypothèse, la responsabilité est bien délictuelle.

Le célèbre juriste allemand Rudolf von Ihering estimait, au contraire, que l'action en responsabilité pour échec des pourparlers avait une base contractuelle<sup>6</sup>. Selon lui, en effet, les parties se seraient implicitement engagées, l'une envers l'autre, à ne se causer aucun dommage par le fait de la conclusion du contrat. Mais on peut objecter à cette analyse que lorsque les pourparlers ont été rompus, le contrat n'est pas formé : ce n'est pas un contrat conclu, dont l'auteur de la rupture aurait empêché l'exécution. Le contrat « naissant », concept trompeur dont Ihering se sert pour étayer son argumentation, est, en réalité, un contrat inexistant, mort-né. Du reste, la doctrine et la jurisprudence française se prononcent en faveur de la nature délictuelle de la responsabilité consécutive à l'annulation d'un contrat, à rebours, ici encore, de ce qu'enseignait Ihering<sup>7</sup>. La raison fondamentale en est que « le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé » (article 1178, alinéa 2, du Code civil, codifiant un principe antérieur). *A fortiori* la responsabilité résultant de l'inexistence d'un contrat<sup>8</sup>, dont le projet a avorté à cause de l'attitude d'une partie, doit avoir cette même nature délictuelle, hormis dans l'hypothèse où les parties avaient antérieurement conclu un accord de négociation, que l'une d'elles n'a pas respecté.

Le § 311 *Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse* (2) du *B.G.B.*, il est vrai, a opté, quant à lui, pour la nature contractuelle de la responsabilité encourue, lorsque le contrat n'a été

<sup>1</sup> Civ. 1, 20 décembre 2012, n° 11-27340 ; Civ. 3, 31 mai 2018, n° 17-17539.

<sup>2</sup> Com. 25 février 2003, n° 01-12660.

<sup>3</sup> P. Mousseron « Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle », *RTD com.* 1998, 243 ; J. Ghestin « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive de pourparlers », *JCP* 2007, I, 155 et 157.

<sup>4</sup> Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. I, 6<sup>e</sup> éd., par Bartin, Marchal & Billard, 1936, § 37, pp. 230-231, texte et note 3 et p. 235 (pour l'acte « simplement » nul, et non pas inexistant).

<sup>5</sup> Com. 7 mars 2006, n° 04-17177 ; Civ. 3, 13 juillet 2010, n° 09-15898.

<sup>6</sup> R. von Ihering « De la *culpa in contrahendo* ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites », in : *Œuvres choisies*, trad. O. de Meulenaëre, t. II, Chevalier-Marescq & Cie, 1893, pp. 1-100, n° 11-12. Pour un résumé de la thèse de Ihering et sa critique sur ce point, cf. E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, publié par H. Desbois et J. Gaudemet, Sirey, 1937, réimpr. Dalloz, prés. D. Mazeaud, 2004, pp. 197-198.

<sup>7</sup> Cf. *infra* : chap. IV « La nullité du contrat », section 3 « Effets de la nullité », 3. « Responsabilité consécutive à l'annulation du contrat », A. « Nature de la responsabilité ».

<sup>8</sup> Sur la théorie de l'inexistence, cf. *infra* : chap. IV « La nullité du contrat », section 2 « Mise en œuvre de la nullité », § 2 « Nullité absolue et nullité relative », B. « Critère de distinction de la nullité absolue et de la nullité relative », 1. « Critère classique de distinction tiré de la gravité du vice », b. « Incertitude du critère classique de distinction », β) « Nullité absolue et inexistence ».

qu'amorcé. Mais cette solution s'explique par le souci des rédacteurs du *B.G.B.* de soustraire cette responsabilité aux limitations au dommage réparable que le § 823 *Schadensersatzpflicht* de ce code institue en matière de responsabilité délictuelle. Pareilles limitations quant au dommage réparable ne se retrouvent pas en droit français, où règne le principe de la réparation intégrale de tout dommage licite et certain<sup>1</sup>.

## 2. Régime juridique de la responsabilité encourue

Conformément aux articles 1240 et 1241 du Code civil, la partie qui recherche la responsabilité de l'autre partie, en lui reprochant d'avoir manqué aux exigences de la bonne foi dans l'initiative, le déroulement ou surtout la rupture des pourparlers, devra prouver une faute<sup>2</sup> lui ayant causé un dommage.

Cette responsabilité civile soulève néanmoins deux difficultés : en premier lieu, une faute quelconque suffit-elle pour engager la responsabilité de l'auteur dans les négociations ou bien une faute qualifiée est-elle requise ? En second lieu, de quel préjudice la victime de la faute peut-elle obtenir réparation ?

### a. Faute requise

Un arrêt de la première Chambre civile avait naguère exigé l'intention de nuire ou, à tout le moins, la mauvaise foi de l'auteur de la rupture pour engager sa responsabilité<sup>3</sup>, par exemple faire traîner les pourparlers alors qu'on n'entend pas, en réalité, contracter<sup>4</sup>. Mais il est resté isolé. En effet, la jurisprudence dominante se satisfait d'une simple légèreté blâmable<sup>5</sup>, qu'une rupture sans motifs légitimes<sup>6</sup> révèle. Or la légèreté blâmable correspond à une simple faute d'imprudence ou de négligence, au sens de l'article 1241 du Code civil, et non à une faute délibérée. Ainsi la désinvolture de l'auteur de cette rupture, qui aura fait naître chez son partenaire une confiance qu'il aura ensuite trompée, engagera sa responsabilité<sup>7</sup>. Cette confiance sera d'autant plus forte et sa trahison d'autant plus condamnable, que les pourparlers sont avancés<sup>8</sup> ou que le partenaire investi de cette confiance est un professionnel<sup>9</sup>.

Cette jurisprudence dominante devrait se maintenir sous l'empire des nouvelles dispositions du titre III du livre III du Code civil. En effet, l'article 1112, alinéa 2, du Code civil incrimine, d'une manière générale, la « faute commise dans les négociations », sans la subordonner à l'intention de nuire ou même à la mauvaise foi de son auteur. Or, là où la loi n'a pas distingué, l'interprète ne doit pas non plus le faire.

Certes, l'article 1112, alinéa 1<sup>er</sup>, dispose littéralement, on l'a vu, que l'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers « doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. » Mais l'expression ne doit pas prêter à malentendu : malgré les apparences, elle ne signifie pas que la mauvaise foi de l'auteur de la rupture soit requise pour engager sa responsabilité<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> Cf. Cours de droit des obligations, 2<sup>e</sup> semestre.

<sup>2</sup> Cf. par ex. Civ. 3, 31 mai 2018, préc. ; Civ. 3, 20 octobre 2021, n° 20-17118.

<sup>3</sup> Civ. 1, 12 avril 1976, n° 74-11770, B. I, n° 122 ; *RTD civ.* 1977, 127, obs. critiques G. Durry. Cf. déjà, antérieurement : Com. 20 mars 1972, n° 70-14154, B. IV, n° 93 ; *JCP* 1973, II, 17543, note J. Schmidt ; *RTD civ.* 1972, 779, obs. G. Durry.

<sup>4</sup> Com. 20 mars 1972, préc. ; Com. 31 mars 1992, n° 90-14867, B. IV, n° 145 ; Civ. 1, 6 janvier 1998, n° 95-19199, B. I, n° 7 ; *JCP* 1998, II, 10066, note B. Fages ; *Deffrénois* 1998, 743, obs. D. Mazeaud.

<sup>5</sup> Civ. 3, 3 octobre 1972, n° 71-12993, B. III, n° 491 ; Com. 12 octobre 1993, n° 91-19456 ; Com. 22 février 1994, n° 91-18842, B. IV, n° 79 ; *RTD civ.* 1994, 849, obs. J. Mestre ; Civ. 2, 10 octobre 2002, n° 01-03079, *a contrario* ; Com. 26 mars 2008, n° 07-11026, *a contrario*. Cf. J. Mestre et B. Fages « Rupture des pourparlers : pot-pourri de comportements fautifs », *RTD civ.* 2003, p. 282, n° 1.

<sup>6</sup> Com. 7 janvier 1997, n° 94-21561, D. 1998, 41, 1<sup>re</sup> espèce, note P. Chauvel ; Com. 22 avril 1997, n° 94-18953, D. 1998, 41, 2<sup>e</sup> espèce, note P. Chauvel (Si, cependant, dans cette affaire, la Chambre commerciale raisonne en termes de rupture de pourparlers au mépris des règles de la bonne foi, il s'agissait, en réalité, de la rétractation intempestive d'une offre) ; Com. 11 juillet 2000, n° 97-18275, *LPA* n° 57, 21 mars 2001, p. 19, note Y. Dagonne-Labbé.

<sup>7</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 248.

<sup>8</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, *loc. cit.* ; cf. par ex. Com. 31 mars 1992 et Com. 7 janvier 1997, préc. ; Com. 7 avril 1998, n° 95-20361, *JCP E* 1999, 579, note J. Schmidt-Szalewski ; Civ. 1, 14 juin 2000, n° 98-17494, *CCC* 2000, n° 157, note L. Leveneur ; Civ. 3, 22 novembre 2018, n° 17-22773, *a contrario*.

<sup>9</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, *loc. cit.* ; cf. par ex. Com. 31 mars 1992, préc.

Comme on l'a, en effet, vu précédemment<sup>1</sup>, la notion de bonne foi se comprend au moins de deux façon différentes en droit français et dans d'autres droits continentaux européens. Dans un premier sens, la bonne foi est un état psychique, subjectif, dont le contraire est la mauvaise foi. Mais, dans un second sens, objectif, la bonne foi consiste en un devoir, une norme de comportement dont le respect s'impose au sujet de droit, dans ses relations avec autrui : il doit alors répondre de sa transgression, quand bien même il ne l'aurait pas commise délibérément et ne serait pas de « mauvaise foi ».

Or les articles 1104 et 1112, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil se réfèrent manifestement à la bonne foi en ce second sens, objectif, de la notion. Un manquement à l'exigence de bonne foi dans l'initiative, la conduite ou la rupture des pourparlers peut dès lors engager la responsabilité de son auteur, que celui-ci ait eu l'intention de nuire à l'autre partie ou soit de mauvaise foi au sens subjectif de la notion, ou bien qu'il ait eu simplement une conduite désinvolte, blâmable en raison de sa légèreté<sup>2</sup>. La faute, l'abus, dans la rupture des pourparlers notamment, n'en devra pas moins être établie, pour obtenir réparation<sup>3</sup>. Il ne faut l'admettre qu'avec précaution, sous peine d'annihiler la liberté de contracter ou non<sup>4</sup>.

Soucieuse de préserver la liberté contractuelle, la Cour de cassation a aussi exclu, sauf exception, qu'il puisse y avoir faute à provoquer l'échec de pourparlers, en concluant un contrat avec une partie qu'on savait en négociation avec un tiers, pour la conclusion d'un contrat ayant le même objet<sup>5</sup> :

« le simple fait de contracter, même en connaissance de cause, avec une personne ayant engagé des pourparlers avec un tiers ne constitue pas, en lui-même et sauf s'il est dicté par l'intention de nuire ou s'accompagne de manœuvres frauduleuses, une faute de nature à engager la responsabilité de son auteur ».

## b. Préjudice réparable

En règle générale, l'évaluation du préjudice réparable dans la responsabilité civile est une question de fait, abandonnée au pouvoir souverain des juges du fond. En matière de pourparlers, la Cour de cassation, puis le législateur, ont néanmoins été conduits à poser certaines directives quant au préjudice susceptible d'être réparé.

### α) Chefs de préjudice indemnisables

La victime de pourparlers conduits ou rompus de manière fautive pourra obtenir la réparation de son préjudice, consistant dans les frais de négociation inutilement engagés<sup>6</sup>. L'échec des pourparlers est effet la cause directe de ce préjudice<sup>7</sup>. Mais ce n'est pas le seul chef de préjudice réparable<sup>8</sup> : la victime pourra notamment aussi obtenir l'indemnisation de la perte d'une chance de contracter avec un tiers<sup>9</sup>.

### β) Chefs de préjudice ne donnant lieu à indemnisation

<sup>10</sup> Cf. toutefois : Deshayes, Genicon et Laithier, *Réforme du droit des contrats...* », art. 1112, selon lesquels « c'est davantage la mauvaise foi qui sert de repère ».

<sup>1</sup> Cf. *supra* : chap. préliminaire « Notions générales sur le contrat », section 2 « Principes généraux gouvernant les contrats », § 1 « Identification des principes généraux gouvernant les contrats », B. « La bonne foi ».

<sup>2</sup> Com. 22 avril 1997, préc.

<sup>3</sup> Cf. par ex. Civ. 3, 20 octobre 2021, n° 20-17118.

<sup>4</sup> Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, par Esmein, n° 133, pp. 154-155.

<sup>5</sup> Com. 26 novembre 2003, *Manoukian*, n° 0010243 et n° 00-10949, B. IV, n° 186 ; *G.A.*, t. II, n° 162, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *D.* 2004, J. 869, note S. Dupré-Dallemagne ; *D.* 2004, *somm.* 2922, obs. critiques E. Lamazerolles ; *JCP* 2004, I, 163, n° 18 et suiv., obs. G. Viney ; *JCP E* 2004, 738, note Ph. Stoffel-Munck et 601, obs. J.-J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker ; *RTD civ.* 2004, p. 80 et 85, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2004, 257, obs. D. Mazeaud ; *Rev. soc.* 2004, p. 325, obs. N. Mathey.

<sup>6</sup> Com. 26 novembre 2003, *Manoukian*, n° 0010243 et n° 00-10949, préc.

<sup>7</sup> Civ. 1, 6 janvier 1998, préc.

<sup>8</sup> Civ. 3, 28 juin 2006, n° 05-14229.

<sup>9</sup> Com. 7 avril 1998, préc.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

En revanche, comme le confirme désormais l'article 1112, alinéa 2, du Code civil :

« Les dommages et intérêts ne peuvent avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages. »

Ces solutions sont empruntées à la jurisprudence antérieure. Elles prévalent également dans nombre de systèmes étrangers<sup>1</sup>.

Il va de soi, tout d'abord, que la victime ne saurait obtenir, à titre de réparation, l'exécution en nature du contrat avorté ou des dommages-intérêts compensant les avantages escomptés de ce contrat. Cela reviendrait à donner effet, directement dans le premier cas, indirectement dans le second, à un contrat qui n'a pas été conclu, au mépris de la liberté contractuelle<sup>2</sup>.

Mais la perte de la chance de réaliser les gains que la conclusion du contrat permettait d'espérer, en cas de rupture abusive des pourparlers, ne constitue pas non plus un préjudice réparable<sup>3</sup>. Deux motifs semblent pouvoir les justifier<sup>4</sup>.

Tout d'abord, la faute commise dans l'exercice du droit de rompre les pourparlers n'est pas, selon la Cour de cassation, la cause d'un tel dommage<sup>5</sup>. En effet, c'est la rupture qui est à l'origine de ce dommage, et non la faute commise dans cette rupture. Or la rupture de pourparlers n'est pas, en elle-même, source de responsabilité, dès lors qu'elle est libre. Elle n'est donc pas la cause.

Ensuite, plus profondément, permettre à la victime de la rupture fautive de pourparlers d'obtenir réparation de la perte de la chance de réaliser les gains que la conclusion du contrat permettait d'espérer, la placerait dans une situation proche de celle qui aurait été la sienne, si le contrat avait été effectivement conclu. L'atteinte ainsi portée à la liberté de rompre les pourparlers risquerait d'en remettre indirectement en question le principe. Comme un auteur l'a écrit, la responsabilité ne doit pas servir simultanément à tirer les conséquences de la rupture fautive des pourparlers et à simuler leur poursuite<sup>6</sup>.

En d'autres termes, la détermination du préjudice réparable s'effectue en prenant en compte « l'intérêt négatif » que la victime de la rupture aurait eu à ne pas s'engager dans une négociation infructueuse, et non « l'intérêt positif » (*Vertragsinteresse*) qu'elle aurait retiré de la conclusion et de l'exécution du contrat escompté<sup>7</sup>. A l'étranger, le § 122 *Schadensersatzpflicht des*

<sup>1</sup> Y.-M. Laithier « La distinction entre "intérêt positif" et "intérêt négatif" à l'épreuve des avant-contrats », in : *L'avant contrat, actualité du processus de formation des contrats*, ss. la dir. d'O. Deshayes, PUF, 2008, p. 153 et suiv.

<sup>2</sup> Terré, Lequette et Chénéde, obs. préc., n° 5

<sup>3</sup> Com. 26 novembre 2003, préc. ; Civ. 3, 28 juin 2006, n° 04-20040, *B. III*, n° 164 ; *D.* 2006, *J.* 2963, note critique D. Mazeaud ; *D.* 2006, *pan.* 2638, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *JCP* 2006, II, 10130, note O. Deshayes ; *ibid.* I, 166, n° 6, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *CCC* 2006, n° 223, note L. Leveneur ; *RTD civ.* 2006, 754, obs. J. Mestre et B. Fages ; Civ. 3, 7 janvier 2009, n° 07-20783, *B. III*, n° 5 ; *RTD civ.* 2009, 113, obs. B. Fages ; Com. 18 septembre 2012, n° 11-19629, *B. IV*, n° 163 ; *D.* 2012, 2241, obs. X. Delpech ; *RTD civ.* 2012, 721, obs. B. Fages ; *RDC* 2013, 98, obs. O. Deshayes ; Civ. 1, 19 décembre 2013, n° 12-26459, *B. I*, n° 253 ; Civ. 3, 7 septembre 2017, n° 15-21862 (arrêt rendu sous l'empire des textes antérieurs à l'ordonnance du 10 février 2016, bien qu'il soit postérieur à celle-ci) ; Com. 5 juin 2024, n° 23-14904. Dans sa rédaction initiale issue de l'ordonnance du 10 février 2016, l'article 1112, alinéa 2, se bornait à énoncer que « Les dommages et intérêts ne peuvent avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu. » Cependant, la jurisprudence *Manoukian* allait plus loin, en excluant également la réparation de la perte d'une chance de tirer profit du contrat qui n'a pas été conclu (*cf. supra* : texte). La loi de ratification du 20 avril 2018 a donc modifié le texte, pour le mettre en conformité avec cette jurisprudence (Mekki « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016... », *op. cit.*, n° 22 ; Mazeaud « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », *op. cit.*, n° 9 ; Deshayes, Genicon et Laithier « Ratification de l'ordonnance... », *op. cit.*, n° 14 ; B. Fages « La conclusion du contrat et les vices du consentement dans la loi de ratification du 20 avril 2018 », in : *Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018*, *RDC* 2018/hors série, p. 15 et suiv., n° 3). L'article 16 de la loi confère un caractère interprétatif à cette modification. Faisant corps avec la disposition initiale qu'elle a pour objet d'interpréter, la modification s'applique donc rétroactivement à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 d'où cette disposition était issue.

<sup>4</sup> Terré, Lequette et Chénéde, obs. préc., n° 6 et 7 et les réf.

<sup>5</sup> Outre les arrêts précédemment cités, *cf. ég.*

<sup>6</sup> Deshayes, note préc., *JCP* 2006, II, 10130 ; Terré, Lequette et Chénéde, obs. préc.

<sup>7</sup> Laithier, *op. cit.*, *passim*. ; G. Viney, *JCP* 2004, I, 163, n° 21.

*Anfechtenden* (1) du *B.G.B.* allemand consacre implicitement la distinction entre ces deux catégories d'intérêts<sup>1</sup>, que Ihering fut le premier à élaborer<sup>2</sup>.

## § 2 Information d'une partie envers l'autre<sup>3</sup>

Dans une société d'indépendance et de responsabilité, il semble naturel de considérer qu'il appartient à chacun de veiller à ses intérêts, en s'informant lui-même. Telle fut longtemps la position de notre droit : *emptor debet esse curiosus*, disait-on – « l'acheteur doit être curieux »<sup>4</sup>. Toutefois, la loyauté présidant à la formation des rapports contractuels paraît commander qu'une partie communique spontanément à son partenaire les informations susceptibles d'influencer le consentement de celui-ci<sup>5</sup>. Depuis le milieu du dix-neuvième siècle, un mouvement de pensée a insisté sur la nécessité de protéger le consentement de celui qui n'est pas véritablement en mesure de s'informer lui-même. A un devoir de se renseigner a ainsi graduellement succédé, en jurisprudence, un devoir d'informer. Parachevant cette évolution, l'article 1112-1 du Code civil impose un devoir d'information de chacune des parties envers l'autre, tout en l'enserrant dans certaines conditions, afin de rassurer les milieux économiques :

« Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.

Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants. »

L'étendue de ce devoir légal d'information, son régime probatoire et les sanctions de sa violation seront successivement étudiés.

### A. Étendue du devoir d'information d'une partie envers l'autre

La partie qui a connaissance d'une information, est tenue de la porter à la connaissance de l'autre, lorsque deux conditions sont remplies, la première relative à l'importance de l'information, la seconde à l'ignorance légitime ou à la confiance légitime de l'autre partie (article 1112-1, alinéa 1<sup>er</sup>).

Ce devoir d'information est d'ordre public<sup>6</sup>. Comme l'énonce, en effet, l'article 1112-1, avant-dernier alinéa :

« Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. »

<sup>1</sup> „Ist eine Willenserklärung nach § 118 nichtig oder auf Grund der §§ 119, 120 angefochten, so hat der Erklärende, wenn die Erklärung einem anderen gegenüber abzugeben war, diesem, andernfalls jedem Dritten den Schaden zu ersetzen, den der andere oder der Dritte dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere oder der Dritte an der Gültigkeit der Erklärung hat.“

<sup>2</sup> Ihering « De la culpa in contrahendo... », *op. cit.*, n° 9 ; Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, p. 196.

<sup>3</sup> Y. Boyer, *L'obligation de renseignement dans la formation du contrat*, thèse Aix-Marseille, préf. Y. Lobin, PUAM, 2018 ; M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information en droit des contrats. Essai d'une théorie*, thèse Paris 1, 1991, LGDJ, préf. J. Ghestin, 1992, réimpr. LGDJ, 2014.

<sup>4</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 332.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Com. 5 avril 2023, n° 21-17319 (B).

## 1. Importance déterminante de l'information pour le consentement

Tout d'abord, l'information doit avoir une importance déterminante pour le consentement de l'autre partie. L'article L. 1112-1, alinéa 3, précise quelles sont ces informations déterminantes :

« Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. »

Les composantes du contenu du contrat sont celles envisagées par les articles 1163 et suivants du Code civil : prix, prestation<sup>1</sup>...

Dans les rapports entre professionnels et consommateurs, les articles L. 111-1 et suivants du Code de la consommation imposent un devoir d'information général et détaillé au professionnel sur le contenu du contrat.

Le devoir d'information de l'article 1112-1 n'est en principe pas un devoir de conseil : la partie doit transmettre à l'autre les informations visées, mais elle n'est pas astreinte, d'une manière générale, à lui fournir un conseil personnalisé, adapté à sa situation individuelle<sup>2</sup>. Toutefois il en va différemment dans les rapports entre professionnels et consommateurs, en raison des dispositions spécifiques du Code de la consommation et d'une jurisprudence sévère pour le professionnel, notamment dans la vente de professionnels à consommateurs.

Le vendeur professionnel doit en effet, selon la Cour de cassation, indiquer à l'acquéreur profane si le bien est adapté ou non à la fin qu'il se propose, en d'autres termes le conseiller sur l'opportunité de son acquisition<sup>3</sup>. Selon la formule qu'on retrouve dans plusieurs arrêts récents, l'obligation de conseil impose au vendeur professionnel « de se renseigner sur les besoins de l'acheteur afin d'être en mesure de l'informer sur l'adéquation de la chose proposée à l'utilisation qui en est prévue »<sup>4</sup>.

## 2. Ignorance légitime de l'information ou confiance légitime accordée au cocontractant

Ensuite, pour que l'article 1112-1 joue, l'autre partie doit, légitimement, ignorer cette information ou faire confiance à son cocontractant. Ces formules sont, il faut bien en convenir, fort imprécises.

L'article 1112-1, alinéa 2, précise néanmoins :

« Ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. »

Une partie n'est donc pas tenue d'informer l'autre de la valeur de la prestation. Cette information n'est pas de celles qu'une partie ignore légitimement ou au sujet de laquelle il doit faire confiance à son cocontractant. Tel est notamment le cas de la valeur de la chose à laquelle cette prestation se rapporte, comme dans la vente. L'objet de l'obligation du vendeur, la prestation (article 1163, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil) se rapporte en effet à la chose vendue. L'article 1112-1 consacre ainsi la fameuse jurisprudence

<sup>1</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 183. Pour l'exclusion d'un devoir d'information du vendeur professionnel envers l'acquéreur profane quant au caractère « économiquement irréparable », mais « techniquement réparable » d'un véhicule, réparé conformément aux règles de l'art, *cf.* Civ. 1, 30 novembre 2016, n° 15-27935.

<sup>2</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>3</sup> Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, n° 203 ; Civ. 1, 5 décembre 1995, n° 94-12376, *B. I.*, n° 453 ; Civ. 1, 7 avril 1998, n° 96-16148, *B. I.*, n° 150 ; CCC 1998, n° 97, note L. Leveneur ; *Gaz. Pal.* 1999, 1, 109, obs. M. Peisse ; Com. 4 janvier 2005, n° 03-16790, CCC 2005, n° 108, note L. Leveneur ; Civ. 1, 28 octobre 2010, n° 09-16913, *B. I.*, n° 215 ; *D.* 2010, *Actu.* 2580, obs. X. Delpech ; *RDI* 2010, 616, obs. Ph. Malinvaud ; CCC 2011, n° 1, note L. Leveneur ; *RLDC* 2011/78, n° 4076, obs. A. Paulin ; Civ. 1, 28 juin 2012, n° 11-17860, CCC 2012, n° 251, note L. Leveneur ; Civ. 1, 11 décembre 2013, n° 12-23372, *LPA* 29-30 mai 2014, n° 107-108, p. 16, note E. Martin-Hocquenghem ; *RTD com.* 2014, 176, obs. B. Bouloc.

<sup>4</sup> Civ. 1, 28 octobre 2010 et Civ. 1, 28 juin 2012, *préc.* ; Civ. 1, 11 mai 2022, n° 20-22210 (B), *préc.*

*Baldus*<sup>1</sup>, sur laquelle on reviendra à propos du dol<sup>2</sup>. En revanche, l'acquéreur avait été déclaré tenu d'une obligation d'information envers le vendeur relative à la consistance du bien vendu<sup>3</sup>.

## B. Régime probatoire du devoir d'information

L'article 1112-1, alinéa 4, répartit le fardeau de la preuve entre chacune des parties :

« Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie. »

Le texte applique ainsi tout simplement les règles générales relatives à la charge de la preuve énoncées à l'article 1353 du Code civil au devoir d'information :

« Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.  
Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. »

La preuve de l'existence du devoir d'information et la preuve de son exécution seront tour à tour exposées.

### 1. Preuve de l'existence du devoir d'information

C'est en principe à celui qui se prévaut d'un manquement au devoir d'information de rapporter la preuve que les conditions légales d'existence d'un tel devoir, énoncées par l'article 1112, alinéa 1<sup>er</sup>, sont remplies. Il s'agit tout simplement de l'application au devoir d'information du principe général énoncé par l'article 1353, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil.

Mais il arrive qu'une loi spéciale ait imposé un devoir d'information particulier d'une partie envers l'autre. Dans cette hypothèse, fréquente dans les contrats conclus entre professionnels et profanes, la partie invoquant la violation du devoir d'information bénéficiera d'une présomption légale irréfragable de l'existence d'un tel devoir.

Ex. il existe des obligations d'information multiples dans la vente d'immeuble, sur la surface (loi Carrez), sur la présence de plomb, d'amiante, de termites, etc...

En marge de la loi, la jurisprudence antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 avait fait montre d'une assez grande casuistique.

Ainsi la Cour de cassation avait-elle jugé que « le vendeur professionnel est tenu d'une obligation de renseignement à l'égard de son client »<sup>4</sup>, mais qu'en revanche, il ne l'est pas envers un acquéreur averti<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 1, 3 mai 2000, aff. *Baldus*, n° 98-11381, B. I, n° 131 ; D. 2002, 928, 1<sup>re</sup> espèce, obs. O. Tournafond ; JCP 2001, II, 10510, note Ch. Jamin ; RTD civ. 2000, p. 566, n° 4, obs. J. Mestre et B. Fages ; Civ. 3, 17 janvier 2007, n° 06-10442, B. III, n° 5 ; G.A., t. II, n° 178, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; D. 2007, J. 1051, note critique D. Mazeaud et 1054, note approbative Ph. Stoffel-Munck ; JCP 2007, II, 10042, note Ch. Jamin ; CCC 2007, n° 117, note. L. Leveneur ; RDC 2007, 703, obs. Y.-M. Laithier ; RTD civ. 2007, 335, obs. J. Mestre et B. Fages. Comp. Com. 27 février 1996, *Vilgrain*, n° 94-11241, B. IV, n° 65 ; D. 1996, 518, note Ph. Malaurie ; *ibid.* 591, note J. Ghestin ; JCP 1996, II, 22665, note J. Ghestin ; RTD civ. 1997, 114, obs. J. Mestre ; Com. 12 mai 2004, n° 00-15618, B. IV, n° 94 ; JCP 2004, I, 173, n° 1, obs. A. Constantin ; RDC 2004/4, 923, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2004, 500, obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>2</sup> Cf. *infra*: Chapitre II « La validité du contrat », section 1 « Le consentement des parties », sous-section 2 « L'intégrité du consentement. »

<sup>3</sup> Civ. 3, 15 novembre 2000, n° 99-11203, B. III, n° 171 ; D. 2002, *somm.* 928, 2<sup>e</sup> espèce, obs. O. Tournafond ; RTD civ. 2001, p. 355, n° 4, obs. J. Mestre et B. Fages : composition du sous-sol d'un terrain destiné à être exploité comme carrière. Néanmoins, en l'espèce, au-delà de la réticence, il y avait mensonge et même manœuvre.

<sup>4</sup> Civ. 1, 15 mai 2002, n° 99-21521, B. I, n° 132 ; JCP 2002, I, 184, § 1, n° 1 et suiv., obs. F. Labarthe ; RTD civ. 2003, 84, obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>5</sup> Civ. 3, 7 mai 2014, n° 13-15073. Cf. F. Viney « Absence de nullité du contrat pour réticence dolosive du vendeur lorsque l'acquéreur est averti : quelles justifications ? », D. 2014, 1751.



Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Inversement, la Cour de cassation avait admis que l'acquéreur a une obligation d'information envers le vendeur, relative à la composition du sous-sol d'un terrain destiné à être exploité comme carrière<sup>1</sup>. En revanche, elle avait jugé – jurisprudence *Baldus* – qu'il n'y a pas d'obligation d'information de l'acheteur, même professionnel, envers le vendeur relative à la valeur de la chose vendue, solution aujourd'hui consacrée par l'article 1112, alinéa 2, du Code civil, on la vu<sup>2</sup>.

## 2. Preuve de l'exécution du devoir d'information

Conformément, là encore, au principe général posé à l'article 1353, alinéa 2, du Code civil, l'existence d'un devoir d'information ayant été démontré, c'est à la partie qui en est tenue de démontrer qu'elle l'a exécuté, en fournissant cette information.

Avant la réforme de l'ordonnance du 10 février 2016, la jurisprudence avait déjà fait application de ce principe dans la vente de professionnel à consommateur<sup>3</sup>.

## C. Sanctions de la violation du devoir d'information

L'article 1112-1, dernier alinéa, précise les sanctions attachées à la violation du devoir d'information :

« Outre la responsabilité qui en était tenu, le manquement à ce devoir peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants. »

La violation du devoir d'information est donc doublement sanctionnée.

### 1. Responsabilité civile extracontractuelle

Bien que l'article 1112-1, dernier alinéa ne le précise pas, la responsabilité encourue par la partie qui manque à son devoir d'information ne peut être qu'extracontractuelle (articles 1240 et 1241 du Code civil) et non contractuelle. En effet, aucun contrat n'étant, par hypothèse, encore formé, on ne saurait imputer à cette partie une inexécution d'une obligation contractuelle.

A cette responsabilité civile s'ajoute, en droit spécial de la consommation, une responsabilité pénale du professionnel qui omet de fournir les informations requises (articles L. 131-1 et suiv. du Code de la consommation).

### 2. Annulation du contrat pour vice du consentement

Le cas échéant le contrat pourra être annulé pour vice du consentement, à la demande de la partie créancière du devoir d'information. Les trois vices du consentement susceptibles d'entraîner l'annulation du contrat sont, on y reviendra<sup>4</sup>, l'erreur, le dol et la violence (articles 1130 et suivants du Code civil). Il ne saurait y avoir violence de la partie d'une partie dans le fait d'avoir manqué à son devoir d'information. Mais l'autre partie pourra se prévaloir, selon les cas, d'une erreur sur les qualités essentielles de la prestation<sup>5</sup> ou d'un dol<sup>6</sup>, pour autant du moins que les conditions prévues par la loi pour une annulation sur le fondement d'un vice du consentement soient remplies.

<sup>1</sup> Civ. 3, 15 novembre 2000, *B. III*, n° 171 ; *D.* 2002, *somm.* 928, 2° espèce, obs. O. Tournafond ; *RTD civ.* 2001, p. 355, n° 4, obs. J. Mestre et B. Fages. Toutefois, en l'espèce, au-delà de la réticence, il y avait mensonge et même manœuvre. La portée de l'arrêt demeure donc incertaine.

<sup>2</sup> Civ. 1, 3 mai 2000, *Baldus* et Civ. 3, 17 janvier 2007, préc.

<sup>3</sup> Civ. 1, 28 octobre 2010, préc. ; Civ. 1, 9 décembre 2010, n° 09-72955 ; Civ. 1, 28 juin 2012 et Civ. 1, 11 décembre 2013, préc.

<sup>4</sup> Cf. *infra* : Chapitre II « La validité du contrat », section 1 « Le consentement des parties », sous-section 2 « L'intégrité du consentement. »

<sup>5</sup> Civ. 1, 27 juin 2018, n° 17-15039, *D.* 2019, 279, obs. M. Mekki ; *RTD civ.* 2018, 657, obs. H. Barbier.

<sup>6</sup> Civ. 1, 10 mai 1989, n° 87-14294, *B. I*, n° 187 ; *RTD civ.* 1989, 738, obs. J. Mestre ; Civ. 1, 26 novembre 1991, n° 90-14978, *B. I*, n° 331 ; *RTD civ.* 1992, 605, obs. M. Bandrac.

L'article 1112-1 *in fine* spécifie bien que le manquement au devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat « dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants ». Le contrat ne saurait donc encourir l'annulation du seul chef d'un manquement à la bonne foi précontractuelle<sup>1</sup> : ce manquement doit être à l'origine d'un vice du consentement de l'autre partie. De fait, la bonne foi ne figure pas au nombre des conditions de validité du contrat énumérées limitativement par l'article 1128 du Code civil<sup>2</sup>.

La réticence dolosive, variété atténuée du dol, consistant dans le fait d'avoir exploité l'erreur du cocontractant en s'abstenant exprès de lui communiquer des informations déterminantes pour son consentement, sera souvent invoquée. Toutefois, selon l'article 1137, alinéa 2, du Code civil, confirmant la jurisprudence antérieure, la réticence dolosive suppose une dissimulation intentionnelle. Or ce ne sera pas toujours le cas.

Lorsque les conditions d'une annulation du contrat pour erreur ou pour dol ne seront pas réunies, le cocontractant victime d'un manquement au devoir d'information en sera réduit à rechercher la responsabilité civile extra-contractuelle de l'autre partie, comme on l'a vu.

## Section 2 : La conclusion d'un contrat classique

Comme l'énonce l'article 1113, dont l'alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil a déjà été reproduit plus haut :

« Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager.  
Cette volonté peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur. »

On étudiera donc successivement :

- § 1 : L'offre
- § 2 : L'acceptation
- § 3 : La rencontre des volontés

### § 1 L'offre ou pollicitation

On traitera de la notion d'offre, de ses modalités et de son régime juridique.

#### A. Notion d'offre

Les caractéristiques de l'offre, permettant d'en cerner la notion, sa distinction d'avec une proposition d'entrer en pourparlers et un avant-contrat seront successivement exposés.

##### 1. Caractéristiques de l'offre

Aux termes de l'article 1114 du Code civil :

<sup>1</sup> Civ. 1, 1<sup>er</sup> juillet 2020, n° 18-26.352, *D.* 2021. 310, obs. R. Boffa et M. Mekki ; *RTD civ.* 2021, 395, obs. H. Barbier.

<sup>2</sup> *Cf. infra* : Chapitre II « La validité du contrat » ; H. Barbier « Le point sur les sanctions du devoir de bonne foi de l'article 1104 du Code civil », *RTD civ.* 2021, 394 et s.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation.

L'offre est ainsi une proposition précise, dont la fermeté exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation, de telle sorte que celle-ci suffise à former le contrat.

a. Précision de l'offre

L'offre doit être précise, c'est-à-dire qu'elle doit comprendre les éléments essentiels du contrat proposé, par exemple la chose et le prix pour la vente<sup>1</sup>.

Cela dit, le droit spécial, notamment le droit de la consommation, impose souvent des mentions obligatoires complémentaires dans l'offre.

Ex. crédit mobilier (articles L. 312-18 et suiv. du Code de la consommation), crédit immobilier (articles L. 316-24 et L. 316-25 du Code de la consommation), contrat de fourniture d'électricité ou de gaz naturel (articles L. 224-3 et L. 224-4 du Code de la consommation), contrat conclu sous forme électronique (articles 1127-1 et 1127-3 du Code civil).

b. Fermeté de l'offre

L'offre doit être ferme, ce qui exclut une proposition équivoque<sup>2</sup> ou bien une proposition assortie de réserves ou d'une condition, contredisant dans tous les cas la volonté de l'auteur d'être lié en cas d'acceptation.

Ainsi définie, l'offre doit être distinguée des pourparlers et de l'avant-contrat.

## 2. Distinction de l'offre et des pourparlers

Ces derniers peuvent, le cas échéant, précéder l'offre, la préparer. Les pourparlers correspondent concrètement à deux cas de figure, par lesquels ils se distinguent d'une offre :

- Soit une proposition insuffisamment précise :

Ex. annonce portant sur la vente d'un appartement ou d'un véhicule, sans indication de prix ou assortie de la mention « prix à débattre ».

De fait, l'article 1114 du Code civil précise *in fine* qu'à défaut, pour une proposition, de contenir les éléments essentiels du contrat envisagé, « il y a seulement invitation à entrer en négociation. »

- Soit une proposition insuffisamment ferme, avec réserve ou sous condition :

- Réserve expresse

Ex. « sous réserve de l'acceptation du dossier » pour un prêt.

- Réserve tacite, éventuellement

Ex. sous condition de l'agrément de la personne du cocontractant dans un contrat *intuitu personae* (prenant en considération la personne), ainsi un contrat de travail.

<sup>1</sup> Civ. 3, 30 novembre 2022, n° 21-24436.

<sup>2</sup> Civ. 1, 17 juillet 1967, n° 66-13.028, B. I, n° 268 : émission simultanée de deux offres inconciliables entre elles, à la suite d'un malentendu.

Une telle proposition n'exprime pas, comme l'exige l'article 1114 du Code civil, « la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation ». En effet, son auteur se réserve la possibilité de consentir à la conclusion du contrat ou subordonne celle-ci à une condition, quand bien même le destinataire de sa proposition l'aurait, de son côté, acceptée. Là encore, conformément aux termes de l'article 1114 *in fine*, cette proposition ne constitue dès lors qu'une invitation à entrer en négociation.

Toute proposition assortie d'une réserve ou d'une condition n'est cependant pas ravalée au rang d'une simple entrée en pourparlers. Tout dépend, à dire vrai, de la nature de la réserve formulée<sup>1</sup>. Si cette réserve ou cette condition permet à l'auteur de la proposition de s'en « dégager arbitrairement », si, en d'autres termes, elle est purement potestative, la proposition n'est qu'une entrée en pourparlers. Dans le cas contraire, on est bien en présence d'une offre, malgré la présence d'une réserve ou d'une condition. En effet, en cas de litige, la condition ou la réserve invoquée par l'auteur de la proposition, pour refuser d'y donner suite malgré une acceptation, pourrait faire l'objet d'un contrôle judiciaire de sa réalisation effective.

Ex. une annonce publique de vente « jusqu'à épuisement des stocks disponibles » est bien une offre. En effet, tant que le stock n'est pas épuisé, le commerçant doit honorer les commandes qu'il reçoit. La condition dont sa proposition est assortie ne dépend donc pas de sa seule volonté.

### 3. Distinction de l'offre et de l'avant-contrat

L'offre est une manifestation de volonté unilatérale. Au contraire, l'avant-contrat ou contrat préparatoire est, comme son nom l'indique, un contrat préparant un contrat définitif. Sa conclusion passe donc par un accord de volontés. Tel est le cas notamment de la promesse unilatérale de contrat, réglementée par l'article 1123 du Code civil<sup>2</sup>, avec laquelle l'offre ne doit absolument pas être confondue. La distinction de ces deux catégories d'actes est capitale, car elle commande le régime applicable. Si, en effet, on l'a vu<sup>3</sup>, le contrat est, d'après l'article 1101 du Code civil, une source d'obligations, la question est autrement plus discutée pour l'acte unilatéral. On s'accorde généralement à considérer qu'en droit français, l'engagement unilatéral de volonté ne peut être qu'une source d'obligations d'appoint voire marginale. C'est dire que, contrairement à la promesse unilatérale de contrat, qui engage le promettant, l'offre n'oblige pas le pollicitant au contrat proposé, bien qu'elle ne soit pas dénuée de conséquences juridiques pour autant.

## B. Modalités de l'offre

On distingue l'offre expresse et l'offre tacite, l'offre à personne déterminée et l'offre au public, l'offre avec ou sans délai.

### 1. Offre expresse ou offre tacite<sup>4</sup>

L'article 1113, alinéa 2, du Code civil précise que la volonté de s'engager « peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur. » L'offre peut donc être expresse, par exemple une petite annonce dans un journal ; elle peut être aussi tacite, par exemple des marchandises exposées à la vente, un taxi en stationnement sur un emplacement réservé, gaine de compteur non mise et chauffeur au volant...

<sup>1</sup> B. Célice, *Les réserves et le non vouloir dans les actes juridiques*, thèse Paris, préf. J. Carbonnier, LGDJ, 1968 ; Ghestin, *Le contrat*, 3<sup>e</sup> éd., n° 295 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 167.

<sup>2</sup> Cf. *supra* : « Chapitre préliminaire : notions générales sur le contrat », section 1 « Définition du contrat », § 2 « Inclusion des accords préalables à un contrat » ; *infra* : section 2 « Les contrats préparatoires », § 2 « La promesse unilatérale de contrat », A. « Nature juridique de la promesse unilatérale » ;

<sup>3</sup> Cf. *supra* : « Introduction générale », section 5 « Classification des obligations », § 2 « Classification fondée sur les sources d'obligations », A. « Obligations naissant d'actes juridiques ».

<sup>4</sup> P. Godé, *Volonté et manifestations tacites*, thèse Lille, préf. J. Patarin, PUF, 1977.

## 2. Offre à personne déterminée ou au public

Il y a offre à personne déterminée quand, par exemple, le pollicitant écrit à un individu pour lui proposer une affaire précise. L'offre au public<sup>1</sup> peut résulter, toujours par exemple, d'une petite annonce dans un journal ou sur un site Internet.

Confirmant la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, l'article 1114 du Code civil indique que l'offre au public lie le pollicitant dans les mêmes conditions que l'offre à personne déterminée, du moins lorsqu'elle n'est assortie d'aucune restriction<sup>2</sup> :

« L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation. »

D'après une frange importante de la doctrine<sup>3</sup>, l'offre au public comporterait toujours une réserve implicite, lorsque le contrat proposé présente un caractère *intuitus personae*, c'est-à-dire que la considération de la personne du cocontractant est déterminante, par exemple une annonce concernant la location d'un immeuble ou une offre d'emploi. Cette circonstance ôterait sa fermeté à l'offre et la disqualifierait ainsi en une simple invitation à entrer en pourparlers. Mais la Cour de cassation n'a pas épousé cette thèse<sup>4</sup> et l'article 1114 du Code civil semble la rejeter implicitement, puisqu'il ne distingue pas selon que l'offre est faite au public ou non.

## 3. Offre avec ou sans délai

L'offre peut être assortie d'un délai. Celui-ci peut tenir à différentes sources :

- délai minimal imposé par la loi pour le maintien de l'offre, par exemple crédit à la consommation (15 jours – article L. 312-18, alinéa 2, du Code de la consommation) ou crédit immobilier (30 jours – article L. 313-34 du Code de la consommation) ;
- délai que le pollicitant fixe, soit expressément, par exemple « réponse immédiate exigée », soit même tacitement<sup>5</sup>.

Même lorsque l'offre n'est pas assortie d'un délai, exprès ou tacite, la jurisprudence considère qu'elle ne vaut que dans la limite d'un délai raisonnable<sup>6</sup>. La solution se déduit *a contrario* de l'article 1116 nouveau du Code civil, faisant référence à un tel délai, pour interdire la rétractation de l'offre avant son expiration. Les juges du fond apprécient souverainement la durée de ce « délai raisonnable », en prenant en compte plusieurs paramètres : nature du contrat projeté, usages, distance séparant les parties<sup>7</sup>...

## C. Régime juridique de l'offre

Il concerne la rétractation de l'offre et sa caducité.

<sup>1</sup> A. Vialard « L'offre publique de contrat », *RTD civ.* 1971, 750.

<sup>2</sup> Civ. 3, 28 novembre 1968, n° 67-10.935, *B. III*, n° 507 ; *JCP* 1969, II, 15797 ; *RTD civ.* 1969, 348, obs. G. Cornu et 555, obs. Y. Loussouarn.

<sup>3</sup> Flour, Aubert et Savaux, *L'acte juridique*, n° 215 (« souvent », et non pas toujours) ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 167 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *Droit des obligations*, n° 131 ; comp. Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, n° 289 ; Bénabent, *Droit des obligations*, n° 71.

<sup>4</sup> Civ. 3, 28 novembre 1968, préc., pour une annonce de vente immobilière ; Civ. 3, 1<sup>er</sup> juillet 1998, n° 96-20605, *B. III*, n° 153 ; *D.* 1999, 170, note L. Boy ; *Defrénois* 1998, 1408, obs. Ph. Delebecque : *idem*.

<sup>5</sup> Civ. 1, 17 décembre 1958, *B. I*, n° 570 ; *D.* 1959, *J.* 33 ; *RTD civ.* 1959, 336, obs. J. Carbonnier.

<sup>6</sup> Cf. par ex. Civ. 3, 20 mai 2009, n° 08-13230, *B. III*, n° 118 ; *D.* 2009, *A.J.* 1537 ; *RDC* 2009, 1325, obs. Y.-M. Laithier ; *CCC* 2009, n° 214, note L. Leveneur ; *RTD civ.* 2009, 524, obs. B. Fages.

<sup>7</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 172.

## 1. Rétractation de l'offre

Le droit antérieur reposait sur un principe de la libre révocation de l'offre par le pollicitant, assorti de tempéraments. Selon la doctrine classique<sup>1</sup>, en effet, l'offre est librement révocable tant qu'elle n'a pas été acceptée, puisqu'il n'y a pas encore de contrat, mais manifestation unilatérale de volonté<sup>2</sup>.

Cependant, les nouveaux articles 1115 et 1116, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil distinguent selon que l'offre est, ou non, parvenue à son destinataire. Dans le premier cas, le pollicitant est effectivement libre de rétracter son offre, tandis que dans le second, il a l'obligation, au contraire, de la maintenir durant un certain délai.

### a. Liberté de rétracter l'offre qui n'est pas parvenue à son destinataire

Selon l'article 1115 du Code civil, l'offre :

« peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire. »

La solution relève *a priori* « de l'évidence »<sup>3</sup>. En effet, la rétractation d'une offre que son destinataire n'a pas encore reçue, semble, de prime abord, ne lui causer aucun préjudice. Le pollicitant n'étant pas engagé tant que son offre n'a pas été acceptée, doit donc pouvoir la rétracter librement. Le texte ne fait aucune distinction selon que l'offre est faite à personne déterminée ou au public. La seule circonstance qu'une offre soit au public ne semble pas devoir impliquer qu'elle doive être considérée comme parvenue à tous les destinataires potentiels.

La règle « d'évidence » de l'article 1115 soulève néanmoins un problème d'interprétation. A la lettre, le texte n'exige pas, en effet, pour qu'elle puisse être librement exercée, que la rétractation parvienne au destinataire avant l'offre elle-même. La question qui se pose est donc de savoir si la rétractation est néanmoins efficace, lorsqu'elle a été émise avant la réception de l'offre, mais qu'elle parvient au destinataire après celle-ci. Doit-on avoir égard à la volonté du pollicitant ou aux « attentes légitimes » du destinataire ?

Ex. offre en date du 3 octobre, parvenue au destinataire le 5 octobre. Mais, dès le 4 octobre, le pollicitant avait rétracté son offre par courrier, reçu par le destinataire le 6 octobre seulement. Pour déterminer si la rétractation est efficace, doit-on prendre en considération la date de la manifestation de volonté du pollicitant par l'émission de sa rétractation ou bien la date de la réception de la rétractation par le destinataire de l'offre, pour ne pas déjouer les prévisions de ce dernier ?

Du silence de l'article 1115, certains interprètes déduisent qu'il suffit que la rétractation soit émise avant que l'offre elle-même ne parvienne à son destinataire, quand bien même il se retrouverait pris à contre-pied, parce qu'il aurait acceptée cette offre dans l'ignorance de sa rétractation, laquelle ne lui serait parvenue que postérieurement<sup>4</sup>.

Cette solution s'opposerait, il est vrai, à celle retenue pour la détermination de la date de formation d'un contrat entre absents. En effet, l'article 1121 du Code civil retient alors, on le verra, la date de la réception de l'acceptation, et non celle de son émission<sup>5</sup>. Mais l'article 1115 n'énonce rien de semblable au sujet de la détermination de la date jusqu'à laquelle la rétractation de l'offre peut librement intervenir. Or le problème la date de la formation d'un contrat entre absents, à partir de laquelle le pollicitant et l'acceptant sont irrévocablement engagés, est différent de celui de la date jusqu'à laquelle une offre peut être librement rétractée, sans exposer le pollicitant à des dommages-intérêts au titre d'une responsabilité extracontractuelle<sup>6</sup>. Il semble donc difficile d'appliquer par analogie l'article 1121 à cette situation.

<sup>1</sup> Cf. par ex. Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 172 ; Houtcieff, *Droit des contrats*, n° 147 et suiv.

<sup>2</sup> Pour une application, cf. Civ. 3, 17 septembre 2014, n° 13-21824, B. III, n° 108.

<sup>3</sup> Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1115.

<sup>4</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 206.

<sup>5</sup> Cf. *infra* : § 3 « La rencontre des volontés », B. « Solution du problème ».

<sup>6</sup> Cf. *infra* : b. « Obligation de maintenir l'offre parvenue à son destinataire », β) « Sanction d'une rétractation intempestive de l'offre ».

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Mais tout le monde n'est pas de cet avis, loin s'en faut. Un courant doctrinal important<sup>1</sup> soutient qu'il convient, au contraire, d'étendre, par analogie, la solution que l'article 1118, alinéa 2, du Code civil retient à propos du moment jusqu'où l'acceptation peut être rétracté. Or, aux termes de ce texte, on y reviendra :

« Tant que l'acceptation n'est pas parvenue à l'offrant, elle peut être librement rétractée, pourvu que la rétractation parvienne à l'offrant avant l'acceptation. »

En suivant donc un raisonnement par analogie, l'offre ne pourrait non plus être librement rétractée qu'à la condition que sa rétractation soit parvenue à son destinataire avant l'offre elle-même. La rétractation serait donc, à l'inverse, impossible si sa réception est postérieure à celle de l'offre.

b. Obligation de maintenir l'offre parvenue à son destinataire

Dans cette hypothèse, en effet, la sécurité juridique exige une obligation de maintien de l'offre. En effet, une rétractation intempestive de son offre par le pollicitant pourrait déjouer les prévisions légitimes du destinataire de l'offre. Aussi avait-on assisté à la consécration jurisprudentielle progressive de cette obligation de maintien, par tempérament au principe de la révocabilité de cette dernière<sup>2</sup>. Le fondement de l'obligation de maintien a été néanmoins controversé<sup>3</sup>.

L'article 1116 du Code civil énonce les règles qui gouvernent alors le maintien et la rétraction de l'offre :

« Elle ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable.  
La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat.  
Elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat. »

Ce texte confirme généralement les solutions jurisprudentielles antérieures, mais il ne s'applique que si l'offre est parvenue au destinataire, il ne faut pas l'oublier. Dans le cas contraire, en effet, l'article 1115 précité affirme la libre révocabilité de l'offre, on l'a vu.

On étudiera la durée de l'obligation de maintien de l'offre, la sanction de sa rétractation intempestive et le fondement de l'obligation de maintien.

α) Durée de l'obligation de maintien de l'offre

L'affirmation selon laquelle le pollicitant est tenu de maintenir son offre mérite d'être nuancée selon que l'offre indique ou non un délai d'acceptation. L'article 1116, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil distingue en effet les deux hypothèses, dans le sillage de la jurisprudence antérieure.

• Offre avec indication d'un délai

Aux termes de l'article 1116, alinéa 1<sup>er</sup>, cette offre « ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ». La jurisprudence avait imposé effectivement au pollicitant l'obligation de la maintenir durant ce délai<sup>4</sup>, qu'il l'ait fixé expressément ou même tacitement<sup>5</sup>.

• Offre sans indication de délai

<sup>1</sup> Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 208 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 177 ; Deshayes, Genicon, Laithier, *op. cit.*, art. 1115.

<sup>2</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 174 et n° 178.

<sup>3</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *Droit des obligations*, n° 134.

<sup>4</sup> Civ. 3, 10 mai 1968, 2 arrêts, n° 66-13.187 et n° 66-13.186, *B. III*, n° 209 ; Civ. 3, 7 mai 2008, n° 07-11690, *B. III*, n° 79 ; *D.* 2008, *pan.* 2969, obs. Amrani Mekki ; *RTD civ.* 2008, 474, obs. B. Fages ; *RDC* 2008, 1109, obs. Th. Genicon.

<sup>5</sup> Civ. 1, 17 décembre 1958, préc.

L'article 1116, alinéa 1er, interdit alors au pollicitant de rétracter son offre « avant (...) l'issue d'un délai raisonnable ». Le pollicitant a donc l'obligation de la maintenir pendant ce délai raisonnable déterminée par les tribunaux selon les usages et les circonstances<sup>1</sup>.

Remarque : la rédaction de l'article 1116, alinéa 1<sup>er</sup>, est trompeuse. En effet, le texte suggère *a contrario* que la rétractation de l'offre redevient possible à l'expiration du délai indiqué dans l'offre ou d'un délai raisonnable. Mais une fois écoulé le délai dont elle est assortie, l'offre est caduque, c'est-à-dire tombe elle-même. Sa rétractation devient alors sans objet. La rétractation d'une offre parvenue à son destinataire est donc toujours impossible, qu'elle intervienne avant ou après l'expiration du délai pendant lequel elle doit être maintenue<sup>2</sup>.

### β) Sanction d'une rétractation intempestive de l'offre

Le pollicitant engage « sa responsabilité (civile) extracontractuelle dans les conditions du droit commun », selon l'article 1116, alinéa 3. Cette disposition renvoie donc aux articles 1240 et 1241 du Code civil, selon lesquels cette responsabilité suppose une faute, soit intentionnelle, soit même d'imprudence ou de négligence, à l'origine d'un dommage pour autrui.

Les alinéas 2 et 3 de l'article 1116 déterminent le préjudice réparable et son mode de réparation.

- Principe de la réparation exclusivement par équivalent du préjudice sauf exception légale

L'article 1116, alinéa 2, du Code civil, exclut une sanction en nature, sous la forme de la conclusion du contrat proposé malgré la rétractation de l'offre antérieurement à son acceptation :

« La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat ».

Le destinataire de l'offre ne peut donc, en principe, obtenir que des dommages-intérêts, si la rétractation intempestive lui a causé un préjudice, c'est-à-dire une réparation par équivalent.

La doctrine était jusqu'alors divisée. Dans l'opinion dominante<sup>3</sup>, la sanction d'une révocation intempestive de l'offre résidait uniquement dans des dommages et intérêts. Toutefois certains auteurs étaient favorables à une sanction en nature, résidant dans la formation du contrat. Quant à la jurisprudence, elle était incertaine<sup>4</sup>. Elle n'avait, en tout cas, pas consacré la possibilité pour le juge d'infliger d'une telle sanction en cas de rétractation intempestive d'une offre sans indication de délai. L'article 1116, alinéa 2 et 3, du Code civil condamne désormais toute distinction selon que l'offre serait ou non, accompagnée de l'indication d'un délai : serait-elle intempestive, sa rétractation fait toujours obstacle à la conclusion du contrat et ne peut en principe être sanctionnée que par une condamnation du pollicitant à verser des dommages-intérêts au destinataire de l'offre<sup>5</sup>.

Toutefois il en va autrement si le pollicitant était légalement obligé de maintenir l'offre pendant un certain délai. Lorsque le délai de maintien de l'offre est légalement imposé, par exemple en matière de crédit à la consommation ou de crédit immobilier<sup>6</sup>, la sanction peut en effet être en nature, c'est-à-dire consister en la conclusion du contrat proposé même si l'acceptation est postérieure à la révocation – dans les délais. Sans cela, il serait trop facile, pour le pollicitant, de se soustraire à son obligation légale de maintien, qui est d'ordre public.

- Détermination du préjudice réparable

<sup>1</sup> Civ. 3, 20 mai 2009, préc.

<sup>2</sup> Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 209.

<sup>3</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 174.

<sup>4</sup> Houtcieff, *op. cit.*, n° 152 ; Civ. 3, 7 mai 2008, préc. et les obs. préc. de Genicon : En visant l'ancien article 1134 du Code civil, la Cour de cassation pourrait cependant avoir laissé entendre dans cet arrêt que le contrat s'était formé nonobstant la révocation intempestive d'une offre assortie d'un délai, acceptée avant l'expiration de celui-ci, mais postérieurement à la rétractation. Une simple obligation à payer des dommages-intérêts du pollicitant aurait en effet été logiquement fondée sur l'ancien article 1382 du Code civil.

<sup>5</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 210 et suiv. ; Houtcieff, *op. cit.*, n° 150-153.

<sup>6</sup> *Cf. supra.*



S'il rapporte la preuve d'un préjudice, le destinataire de l'offre peut assurément obtenir des dommages-intérêts, L'article 1116, alinéa 3, précise toutefois *in fine* que le montant de ces dommages-intérêts ne peut aller jusqu'à « compenser la perte des avantages attendus du contrat. » Sur ce point, la solution est imitée de celle de l'article 1112, alinéa 2, concernant la réparation du préjudice causé par une rupture fautive de pourparlers. Elle se justifie par le fait que, même intempestive, la rétractation de l'offre a, selon l'article 1116, alinéa 2, irrémédiablement empêché la conclusion du contrat. Dès lors, le destinataire de l'offre ne saurait prétendre à obtenir une indemnisation qui le placerait dans une situation équivalente à celle qui aurait été la sienne, si le contrat avait été conclu.

Il pourra, en revanche, obtenir le remboursement des frais engendrés par l'étude de l'offre et une indemnisation pour la perte inutile de temps<sup>1</sup>.

En outre, contrairement à l'article 1112, alinéa 2, l'article 1116, alinéa 3, n'exclut pas la réparation du préjudice consistant en la perte d'une chance d'obtenir les avantages attendus du contrat. Or ce silence conservé par le législateur est assurément voulu. En effet, l'exclusion de la réparation de la perte d'une chance en cas de rupture abusive de pourparlers a été ajoutée à l'article 1112, alinéa 2, par la loi de ratification du 20 avril 2018, laquelle a laissé, au contraire, inchangée la rédaction de l'article 1116, alinéa 3<sup>2</sup>. Le destinataire de l'offre intempestivement rétractée peut donc obtenir une indemnisation correspondant à cette perte de chance, à la différence de la victime d'une rupture abusive de pourparlers.

Cette différence de solution est justifiée. En effet, la rétractation intempestive d'une offre peut être plus lourde de conséquences pour son destinataire que la simple rupture de pourparlers. La chance d'obtenir les avantages du contrat conclu apparaît sérieuse, tandis qu'elle est faible, hypothétique en cas de rupture des pourparlers. On comprend donc que la perte de chance soit réparable en cas de rétractation abusive d'une offre, et non d'une rupture abusive de simples pourparlers. La limitation du montant des dommages-intérêt ne saurait s'appliquer avec la même rigueur dans les deux cas.

#### γ) Fondement de l'obligation de maintien de l'offre

Trois explications ont été avancées, mais aucune n'est pleinement satisfaisante.

- Théorie de l'avant-contrat

L'explication a été proposée par Demolombe<sup>3</sup>. L'offre se doublerait d'une seconde offre portant sur le délai, que le destinataire serait réputé avoir acceptée, puisqu'elle est émise dans son intérêt exclusif. Cette explication repose sur une interprétation divinatoire de la volonté des parties, surtout quand aucun délai n'a été stipulé<sup>4</sup>. Elle participe d'une exacerbation de la théorie de l'autonomie de la volonté.

- Théorie de l'engagement unilatéral de volonté

Le pollicitant se serait unilatéralement engagé à maintenir son offre durant le délai dont elle est assorti ou durant un délai raisonnable lorsqu'aucun délai n'est stipulé<sup>5</sup>. Cette obligation serait distincte de celle portant sur le contenu du contrat à conclure. Mais – première objection – cette

<sup>1</sup> Bénabent, *op. cit.*, n° 73.

<sup>2</sup> Deshayes, Genicon et Laithier « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *op. cit.*, n° 14.

<sup>3</sup> Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, n° 64 et s.

<sup>4</sup> Marty et Raynaud, *Les obligations*, t. I, n° 113.

<sup>5</sup> R. Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations...* thèse Paris, 1891, *op. cit.*, pp. 171 et s. et le renvoi à H. Siegel, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht...*, *op. cit.*, Berlin, 1873 (pp. 79 et s) ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 134 ; M.-L. Mathieu-Izorche « L'irrévocabilité de l'offre de contrat (réflexions à propos de l'arrêt de la troisième chambre civile du 7 mai 2008) », *D.* 2009, *Chr.* 440 ; Ph. Jestaz « L'engagement par volonté unilatérale », *in* : *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruylant et Dalloz, 1994, pp. 3-16, pp. 14-15.

explication repose sur une interprétation divinatoire de la volonté du pollicitant lorsqu'il n'a de lui-même assorti son offre d'aucun délai. De plus – seconde objection – l'engagement unilatéral de volonté n'est pas, en principe, une source d'obligations en droit français.

En droit allemand, nonobstant l'obligation de maintien pesant sur le pollicitant, l'offre (*Angebot*) est une déclaration de volonté (*Willenserklärung*), et non un acte juridique (*Rechtsgeschäft*) unilatéral créateur d'obligations<sup>1</sup>.

- Théorie de la responsabilité civile délictuelle (extracontractuelle)

Elle est privilégiée par la doctrine dominante<sup>2</sup> et elle est consacrée par l'article 1116, alinéa 3, du Code civil. Mais cela revient à postuler une obligation de maintien de l'offre, dont il faudrait précisément démontrer qu'elle se justifie en droit. La faute est automatiquement déduite de la rétractation à l'intérieur du délai dont l'offre est assortie, au lieu de devoir être prouvée, comme c'est en principe le cas dans la responsabilité civile du fait personnel<sup>3</sup>. En d'autres termes, l'explication suppose le problème résolu<sup>4</sup>.

## 2. Caducité de l'offre

L'offre est caduque, c'est-à-dire tombe d'elle-même. En conséquence, l'acceptation postérieure ne forme pas le contrat, à défaut pour les volontés de s'être rencontrées. Reprenant en grande partie des solutions traditionnelles, l'article 1117 du Code civil recense trois causes de caducité possibles, par l'écoulement du temps, d'une part (alinéa 1<sup>er</sup>), par la mort ou l'incapacité de l'offrant, d'autre part (alinéa 2), par la mort du destinataire, enfin (alinéa 2, *in fine*) :

« L'offre est caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable. Elle l'est également en cas d'incapacité ou de décès de son auteur, ou de décès de son destinataire. »

### a. Caducité par l'écoulement du temps

L'article 1117, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil distingue selon que l'offre porte, ou non, indication d'un délai :

« L'offre est caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable. »

En conséquence :

- Si l'offre est avec indication d'un délai, elle est caduque à l'expiration de celui-ci ;
- A défaut, l'offre est caduque à l'expiration d'un délai raisonnable, apprécié par le juge<sup>5</sup>.

### b. Caducité par la mort ou l'incapacité de l'offrant

Aux termes de l'article 1117, alinéa 2, du Code civil, l'offre est également caduque « en cas d'incapacité ou de décès de son auteur ». Il en va ainsi quand bien même l'offre serait assortie d'un délai qui ne serait pas encore écoulé à la date de la survenance du décès ou de l'incapacité du pollicitant. Encore qu'elle soit antérieure à l'expiration de ce délai, l'acceptation de l'offre est donc impuissante à former le contrat, dès lors qu'elle est postérieure au décès ou à l'incapacité de l'offrant.

<sup>1</sup> § 145 *Bindung an den Antrag* B.G.B. Saleilles, *Étude sur la théorie générale de l'obligation...*, *op. cit.*, n° 140 ; Fromont et Knetsch, *Droit privé allemand*, n° 134 ; A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, préf. R. Perrot, LGDJ, 1961, n° 433, note 77.

<sup>2</sup> Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2<sup>e</sup> éd., t. VI, par Esmein, n° 132 ; Ripert et Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. II, n° 334 ; Marty et Raynaud, *Les obligations*, t. I, n° 113 ; Houtcieff, *op. cit.*, n° 153.

<sup>3</sup> Jestaz « L'engagement par volonté unilatérale », *op. cit.*, p. 15.

<sup>4</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 134.

<sup>5</sup> Civ. 3, 20 mai 2009, préc.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

La jurisprudence antérieure distinguait, au contraire, selon que l'offre indiquait, ou non, un délai d'acceptation.

Selon la Cour de cassation, lorsque l'offre comportait l'indication d'un délai, l'obligation de maintenir l'offre survivait au décès du pollicitant, tant que le délai n'était pas expiré, et passait aux héritiers<sup>1</sup>. Ainsi l'acceptation de l'offre survenue postérieurement au décès du pollicitant entraînait la formation du contrat, pour autant que cette acceptation soit intervenue dans le délai. La solution valait également, de l'avis des interprètes, pour la survenance d'une incapacité du pollicitant. Cela revenait à conférer à l'offre assorti d'un délai et qui n'est pas révoquée par son auteur, la même force qu'une promesse unilatérale de contrat<sup>2</sup>.

En revanche, à l'issue de deux revirement successifs, la Cour de cassation s'était fixée en ce sens que le décès de l'offrant entraîne la caducité de l'offre sans indication de délai<sup>3</sup>. L'acceptation intervenue postérieurement au décès ne pouvait donc entraîner la formation du contrat. La solution était considérée comme devant être étendue à la survenance d'une incapacité du pollicitant.

L'article 1117, alinéa 2, du Code civil ne reprend pas la distinction jurisprudentielle entre l'offre assortie d'un délai d'acceptation et celle qui en est dépourvue. En effet, le texte énonce simplement que l'offre est caduque « en cas d'incapacité ou de décès de son auteur. » Or là où le législateur n'a pas distingué, l'interprète n'a pas davantage à le faire : *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*<sup>4</sup>. On doit donc en déduire que le décès ou l'incapacité du pollicitant entraîne désormais la caducité de l'offre, quand même il interviendrait avant l'expiration du délai stipulé pour l'acceptation de cette offre<sup>5</sup>. Rebutés par l'extrême subtilité des solutions jurisprudentielles, les auteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont ainsi opté pour une simplification du droit positif<sup>6</sup>.

Le droit allemand (§ 153 du B.G.B.) retient une solution inverse : l'acceptation de l'offre postérieurement à la survenance l'incapacité ou du décès du pollicitant n'empêche pas la formation du contrat, sauf volonté contraire<sup>7</sup>. Cette solution s'explique par la circonstance qu'en droit allemand, la déclaration de volonté (*Willenserklärung*) acquiert désormais une existence indépendante de son auteur<sup>8</sup>. Son décès ou son incapacité ultérieure ne saurait donc en affecter l'existence. Aussi la déclaration de volonté lie-t-elle le pollicitant, sauf volonté contraire, pour autant toutefois qu'elle soit parvenue à son destinataire (§ 145 du B.G.B.). Néanmoins, comme on l'a déjà précisé antérieurement, d'après le droit allemand, l'offre n'entre pas dans la catégorie des actes juridiques (*Rechtsgeschäft*) unilatéral créateur d'obligations.

### c. Caducité par la mort du destinataire

Reprenant une solution que la jurisprudence antérieure limitait toutefois à l'offre sans indication de délai<sup>9</sup>, l'article 1117, alinéa 2, du Code civil dispose *in fine* que l'offre est aussi caduque au cas du décès du destinataire de l'offre.

Dans sa rédaction initiale, l'article 1117, alinéa 2, du Code civil n'évoquait pas ce cas de figure. C'est la loi de ratification du 20 avril 2018 qui a ajouté cette cause de caducité. La solution est fort critiquée par une partie de la doctrine, qui soutient qu'elle aurait dû, au minimum, être limitée aux offres faites en considération de la personne du destinataire, *intuitu personae*<sup>10</sup>. En effet, le lien entre l'offre et la volonté de son auteur, expliquant sa caducité en cas de décès ou d'incapacité du pollicitant, fait normalement défaut, lorsque c'est le destinataire de l'offre qui décède. Le législateur ne distingue pas entre l'offre assortie d'un délai et celle qui ne l'est pas, puisque les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont entendu les soumettre à un régime juridique identique.

<sup>1</sup> Civ. 3, 10 décembre 1997, *B. III*, n° 223 ; *a contrario* : Civ. 1, 25 juin 2014, n° 13-16529, *B. I*, n° 117 ; *D.* 2014, 1574, note A. Tadros ; *ibid.* 2015, *Chr. C. Cass.* 1715, obs. Y. Guyon-Renard ; *JCP* 2014, n° 960, note J. Antipas ; *Gaz. Pal.* 16 octobre 2014, n° 289, p. 8, obs. D. Houtcieff ; *RDC* 2014, 601, obs. Y.-M. Laithier ; *ibid.* 2015, 33, obs. R. Libchaber.

<sup>2</sup> Houtcieff, *op. cit.*, n° 157.

<sup>3</sup> Civ. 3, 10 mai 1989, *D.* 1990, *J.* 365, note G. Virassamy ; Civ. 1, 25 juin 2014, préc.

<sup>4</sup> H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 3<sup>e</sup> éd., Litec, 1992, n° 434.

<sup>5</sup> Houtcieff, *op. cit.*, n° 157.

<sup>6</sup> Rapport au Président de la République... ; Houtcieff, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>7</sup> *Das Zustandekommen des Vertrags wird nicht dadurch gehindert, dass der Antragende vor der Annahme stirbt oder geschäftsunfähig wird, es sei denn, dass ein anderer Wille des Antragenden anzunehmen ist.*

<sup>8</sup> Saleilles, *De la déclaration de volonté. Contribution à la théorie de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, n° 138.

<sup>9</sup> Civ. 1, 5 novembre 2008, n° 07-16505, *D.* 2010, *Pan.* 226, obs. S. Amrani-Mekki.

<sup>10</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 181 ; Mazeaud « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », *op. cit.*, n° 10 ; Mekki « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016... », *op. cit.*, n° 27 ; Deshayes, Genicon et Laithier « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations... », *op. cit.*, n° 21 ; *Réforme du droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (commentaire article par article)*, art. 1117 ; comp. Fages « La conclusion du contrat et les vices du consentement dans la loi de ratification du 20 avril 2018 », *op. cit.*, n° 6 ; Revet « L'achèvement de la réforme du droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations... », *op. cit.*, n° 18.

En revanche, contrairement à celle du pollicitant, l'incapacité de l'acceptant ne rend pas l'offre caduque et, partant, ne fait pas obstacle à la formation du contrat. En effet, l'article 1117, alinéa 2, ne prévoit pas de caducité dans cette hypothèse. Cela s'expliquerait par le fait que, dans cette hypothèse, le contrat conclu ne sera pas transmis à l'ayant-cause universel ou à titre universel de l'acceptant. La conclusion du contrat malgré l'incapacité survenue entre-temps du destinataire de l'offre ne déjouerait donc pas les prévisions du pollicitant, à la différence du décès de son destinataire. Mais, en réalité, si le contrat proposé était *intuitu personae*, il paraîtrait normal que l'offre tombe aussi en cas lorsque l'acceptant est devenu incapable<sup>1</sup>. La différence de conséquences entre le décès du destinataire de l'offre et son incapacité peut dès lors se discuter.

## § 2 L'acceptation

L'article 1118 du Code civil définit l'acceptation, en indiquant ce faisant implicitement les conditions auxquelles elle doit satisfaire et ses effets. Il précise également jusqu'à quand elle peut être rétractée :

« L'acceptation est la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre. Tant que l'acceptation n'est pas parvenue à l'offrant, elle peut être librement rétractée, pourvu que la rétractation parvienne à l'offrant avant l'acceptation. L'acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle. »

L'article 1113, alinéa 2, indique, quant à lui, les formes dans lesquelles la volonté de s'engager se manifeste, qu'il s'agisse de celle du pollicitant ou de celle de l'acceptant.

On étudiera donc successivement les conditions de l'acceptation, ses formes et ses effets.

### A. Conditions de l'acceptation

Des termes de l'article 1118 du Code civil, se déduisent les caractères et l'étendue que l'acceptation doit revêtir, pour produire effet.

#### 1. Caractères de l'acceptation

L'acceptation doit être pure et simple. Sinon, il s'agit d'une contre-proposition, faisant obstacle à la formation du contrat dans l'immédiat. L'article 1118, alinéa 3, du Code civil le précise expressément :

« L'acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle. »

#### 2. Étendue de l'acceptation

L'acceptation doit porter, au minimum, sur les éléments essentiels du contrat envisagé. Mais le Code civil attache une importance particulière à la connaissance par l'acceptant des conditions générales, fréquentes sinon systématiques dans les contrats d'adhésion.

##### a. Éléments essentiels du contrat envisagé

Il résulte de la combinaison des articles 1114 et 1118, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil que le contrat est conclu dès qu'il y a accord sur les éléments essentiels, même si d'autres points accessoires n'ont pas été envisagés.

D'une part, en effet, l'article 1114, rappelons-le, énonce :

<sup>1</sup> Deshayes, Genicon et Laithier, *Réforme du droit des contrats...*, op. cit., art. 1117.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

« L'offre (...) comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation ».

D'autre part, l'article 1118, alinéa 1<sup>er</sup>, énonce :

« L'acceptation est la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre. »

La rencontre des volontés sur les éléments essentiels du contrat projeté suffit donc à le former. Résultant de la combinaison des articles 1114 et 1118 du Code civil, en leur rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016, cette solution est traditionnelle. Certes, le Code civil de 1804 n'énonçait aucune règle générale. C'était donc à la jurisprudence qu'il était revenu de trancher la difficulté concernant le stade exact à partir duquel les parties ne sont plus en pourparlers et le contrat doit être considéré comme formé. Or, elle l'avait fait en s'inspirant de la philosophie volontariste qui inspire notre droit<sup>1</sup>. Selon les juridictions françaises, en effet, le contrat est conclu dès qu'il y a accord sur les éléments essentiels, même si d'autres points, accessoires, n'ont pas été envisagés. Les textes actuels étant tout aussi muets sur la question que l'étaient ceux de 1804, cette jurisprudence conserve toute sa valeur.

Il y a toutefois difficulté à déterminer quels sont ces éléments essentiels, car ils sont, en réalité, de deux sortes :

- Éléments objectivement essentiels : ils traduisant « l'opération juridique et économique que les parties veulent réaliser »<sup>2</sup>. Il ne sont pas aisés à circonscrire lorsque le contrat est innomé.
- Éléments subjectivement essentiels : ce sont des éléments habituellement accessoires, qu'une partie a érigés en élément essentiel au su de l'autre, auquel cas la formation du contrat sera retardée jusqu'à ce que les parties tombent d'accord sur ce point<sup>3</sup>.

Ex. bail dont la conclusion est subordonnée, outre à un accord sur la chose et le prix (loyer), à l'établissement d'un acte authentique, doté de la force exécutoire.

En spécifiant que l'offre comprend les éléments essentiels du « contrat envisagé », l'article 1114 du Code civil paraît bien admettre implicitement, dans le sillage de la jurisprudence antérieure, que la formation du contrat puisse être subordonnée à un accord des parties sur un élément considéré par l'une d'entre elles, au su de l'autre, comme essentiel, bien qu'il ne soit pas structurellement indispensable à la formation d'un contrat du type de celui projeté.

Le droit allemand et le droit suisse ont, quant à eux, adopté des réponses tranchées, différentes de celles de la jurisprudence française.

Selon le § 154, 1, du B.G.B.<sup>4</sup> :

« Tant que les parties ne sont pas tombées d'accord sur tous les points d'un contrat qui, ne fût-ce que d'après la déclaration de l'une seulement d'entre elles, doit être l'objet de la convention, le contrat dans le doute n'est pas conclu. »

Cette disposition fait application de la théorie de la « punctuation », c'est-à-dire de la formation du contrat par étapes successives<sup>5</sup>.

A l'inverse, aux termes de l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup> et 2, du Code des obligations suisse :

« Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, le contrat est réputé conclu, lors même que des points secondaires ont été réservés.

<sup>1</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 251-252.

<sup>2</sup> *Sic* : Ph. Delebecque.

<sup>3</sup> Civ. 3, 14 janvier 1987, n° 85-16306, *D.* 1988, *J.* 80, note J. Schmidt.

<sup>4</sup> „Solange nicht die Parteien sich über alle Punkte eines Vertrags geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen.“

<sup>5</sup> A. Rieg « La punctuation, contribution à l'étude de la formation successive du contrat », in : *Etudes offertes à Alfred Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, 593 et s.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

« A défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire. »

Le droit français retient, quant à lui, on l'a vu, une solution intermédiaire : si, normalement, un accord de principe suffit à former le contrat, comme en droit suisse et à la différence du droit allemand, il n'en va ainsi que sous la réserve que les parties n'aient pas entendu retarder la formation du contrat jusqu'à leur accord sur certaines modalités usuellement jugées accessoires. Au contraire, en droit suisse, le juge peut suppléer un défaut d'accord des parties sur ces modalités, pouvoir que le juge français ne se reconnaît pas. Cette position intermédiaire du droit français est plus souple que celle des droits germaniques ; mais elle est en même temps génératrice d'incertitudes, puisqu'à défaut de directive générale, ce sont les juges qui, en cas de contestation, apprécieront dans chaque cas d'espèce si le contrat a été formé.

b. Conditions générales du contrat envisagé

Les conditions générales sont fréquentes dans les contrats d'adhésion, à telle enseigne que l'article 1110, alinéa 2, du Code civil, dans sa rédaction initiale, antérieure à la loi de ratification du 20 avril 2018, définissait le contrat d'adhésion comme celui comportant de telles clauses. Cependant, comme une partie de la doctrine l'avait fait observer, un contrat peut être d'adhésion sans que les clauses établies unilatéralement par une partie et auxquelles l'autre n'a d'autre choix que d'adhérer si elle veut contracter, consistent en des conditions générales. Cette objection a conduit le législateur à abandonner la référence aux conditions générales pour définir le contrat d'adhésion, dans la version définitive de l'article 1110, alinéa 2. Inversement, d'ailleurs, un contrat peut comporter des conditions générales, sans pour autant être un contrat d'adhésion<sup>1</sup>.

Si l'article 1119 du Code civil, qui régit les conditions de l'acceptation des conditions générales, concerne notamment les contrats d'adhésion, son champ d'application n'est donc pas restreint à ceux-ci.

Le texte est ainsi rédigé :

« Les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées.

En cas de discordance entre des conditions générales invoquées par l'une et l'autre des parties, les clauses incompatibles sont sans effet.

En cas de discordance entre des conditions générales et des conditions particulières, les secondes l'emportent sur les premières. »

L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1119 du Code civil insiste sur la connaissance qu'une partie doit avoir des conditions générales établies par l'autre. Mais il ne précise pas quels moyens cette connaissance sera assurée. En cas de litige, c'est, naturellement, à la partie qui se prévaut des conditions générales, de démontrer qu'elle les a portées à la connaissance de l'autre et que celle-ci les a acceptées. Cette double preuve est, bien entendu, abandonnée au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

Cela étant, la plupart du temps, aujourd'hui, les conditions générales sont mises à disposition de l'autre partie par Internet. Or les dispositions propres au contrat conclu par voie électronique (articles 1125 et suivants du Code civil) prévoient comment assurer la communication des conditions générales et particulières à l'autre partie. Il suffit donc, en général, de se reporter à ces dispositions qui, malgré la lourdeur navrante de leur rédaction, ne posent pas de difficultés particulières<sup>2</sup>.

L'alinéa 2 de l'article 1119 décide la neutralisation respective des clauses des conditions générales de chacune des parties, lorsqu'elles sont incompatibles entre elles. Le cas échéant, les règles légales supplétives de volonté se substitueront à ces clauses neutralisées<sup>3</sup>.

Enfin, l'alinéa 3 de l'article 1119 donne la primauté aux conditions particulières sur les conditions générales, lorsqu'elles sont discordantes entre elles. Cette primauté se comprend aisément : les conditions particulières reflètent la volonté réelle des parties à un contrat donné, tandis que les

<sup>1</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 184.

<sup>2</sup> Cf. *infra* : section 2 « La conclusion du contrat électronique ».

<sup>3</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 236.

conditions générales sont impersonnelles et ont vocation à s'appliquer par défaut à tous les contrats d'un même type<sup>1</sup>.

## B. Formes de l'acceptation

L'article 1113, alinéa 2, du Code civil, déjà cité, prévoit que « la volonté de s'engager peut résulter d'une déclaration ou d'un comportement non équivoque de son auteur ». L'acceptation peut donc être expresse ou tacite. Mais *quid* du silence gardé par le destinataire de l'offre ?

### 1. Acceptation expresse

Elle peut être soit verbale, soit donnée par écrit.

### 2. Acceptation tacite

Elle résulte de l'emploi de deux procédés, selon les cas :

- geste usuel : poignée de mains dans les foires, bras levé dans les ventes aux enchères, à la bourse, etc. ;
- exécution spontanée du contrat proposé.

### 3. Silence

L'article 1120 du Code civil traite du silence du destinataire de l'offre. Il est ainsi rédigé :

Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières.

Dans le sillage de la jurisprudence antérieure, cette disposition pose donc un principe, assorti d'exceptions qu'il énumère.

#### a. Principe : le silence ne vaut pas acceptation

En principe, le silence ne vaut pas acceptation, car il est par nature équivoque<sup>2</sup> : « qui ne dit mot ne consent pas » ou « qui ne dit mot refuse »<sup>3</sup>. Le fait, pour le pollicitant, de préciser dans son offre qu'en l'absence de réponse dans un certain délai, il considérera le contrat comme conclu, est donc inopérant.

#### b. Exceptions : silence circonstancié

Par exception, il en va autrement en cas de « silence circonstancié » : en ce cas, « qui ne dit mot consent »<sup>4</sup>. L'article 1120 du Code civil vise quatre hypothèses révélatrices d'un silence circonstancié : les trois premières sont traditionnelles, la quatrième est résiduelle.

<sup>1</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 184, *in fine*.

<sup>2</sup> Civ. 27 mai 1870, *D.P.* 70, 1, 257 ; *S.* 70, 1, 341 ; *G.A.*, t. II, n° 170, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde.

<sup>3</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 239.

<sup>4</sup> Civ. 1, 24 mai 2005, n° 02-15188, *B. I.*, n° 223 ; *D.* 2006, *J.* 1025, note A. Bensamoun ; *RTD civ.* 2005, 588, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2005, 1007, obs. D. Mazeaud ; Civ. 1, 1<sup>er</sup> juillet 2008, n° 06-12349, *RDC* 2008, 709, obs. Th. Génicon ; Civ. 1, 4 juin 2009, n° 08-14481, *B. I.*, n° 113 ; *D.* 2009, *J.* 2137, note F. Labarthe ; *D.* 2010, *Pan.* 227, obs. S. Amrani-Mekki ; *RDC* 2009, 1330, obs. Th. Génicon ; Com. 18 janvier 2011, n° 09-69831, *B. IV.*, n° 3 ; *D.* 2012, *Pan.* 450, obs. S. Amrani-Mekki ; *JCP* 2011, 952, obs. G. Loiseau ; *RDC* 2011, 789, obs. Y.-M. Laithier ; *RLDC* 2011/80, n° 4153, obs. A. Paulin ; Civ. 1, 16 avril 2015, n° 14-10257, *B. I.*, n° 97.

α) Exception légale

Certaines dispositions légales donnent effet au silence gardé par le destinataire de l'offre. Par exemple, aux termes de l'article L. 112-2, avant-dernier alinéa, du Code des assurances, le silence gardé dix jours par l'assureur, à la réception d'une proposition de l'assuré de prolonger ou de modifier un contrat d'assurance ou bien encore de remettre en vigueur un contrat suspendu<sup>1</sup>.

β) Usages

Bien que le texte ne le dise pas, l'usage pouvant conférer la valeur d'un consentement au silence est essentiellement l'usage professionnel, notamment en matière commerciale : ainsi le silence gardé à la réception d'une lettre ou un courriel de confirmation, récapitulant les propositions auxquelles les parties sont parvenues, dans le transport routier, par exemple.

γ) Relations d'affaires antérieures

Dans le passé les parties ont conclu, de manière répétée, des contrats de même nature que celui proposé<sup>2</sup>. Le silence d'une partie vaudra alors renouvellement du contrat.

Ex. contrat d'entretien d'une chaudière dans un pavillon ou un appartement.

δ) Circonstances particulières

Il était arrivé à la jurisprudence de retenir un silence circonstancié dans d'autres cas<sup>3</sup> que les trois précédemment mentionnés. En visant, d'une manière générale, des circonstances particulières, sans les énumérer, l'article 1120 du Code civil conforte la jurisprudence dans le pouvoir qu'elle s'était reconnu.

L'une de ces circonstances, admise traditionnellement en jurisprudence, est celle de l'offre faite dans le seul intérêt de son destinataire. Ici, la valeur juridique reconnue au silence du destinataire de l'offre ne repose plus sur l'habitude, comme dans l'hypothèse de relations antérieures ou d'un usage, mais sur une probabilité : le destinataire de l'offre n'avait aucun motif de la décliner<sup>4</sup>.

Ex. silence gardé à la réception d'une proposition de remise de dette<sup>5</sup> – convention par laquelle, selon l'article 1350 du Code civil (anciens articles 1282 et suiv.), le créancier libère son débiteur ou bien d'une « offre d'assistance », entraînant ainsi la formation d'un contrat d'assistance<sup>6</sup>.

## C. Effets de l'acceptation

L'acceptation entraîne la conclusion définitive et irrévocable du contrat, à moins que l'acceptant ne puisse efficacement se rétracter.

### 1. Principe : conclusion définitive du contrat

<sup>1</sup> « Est considérée comme acceptée la proposition, faite par lettre recommandée ou par envoi recommandé électronique, de prolonger ou de modifier un contrat ou de remettre en vigueur un contrat suspendu, si l'assureur ne refuse pas cette proposition dans les dix jours après qu'elle lui est parvenue. »

<sup>2</sup> Cf. par ex. Com. 15 mars 2011, n° 10-16422 ; RDC 2011, 795, obs. Th. Genicon.

<sup>3</sup> Cf. Civ. 1, 24 mai 2005, 1<sup>er</sup> juillet 2008, 4 juin 2009, 16 avril 2015 et Com. 18 janvier 2011, préc.

<sup>4</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 188.

<sup>5</sup> Req. 29 mars 1938, D.P. 1939, 1, 5, note P. Voirin.

<sup>6</sup> Civ. 1, 1<sup>er</sup> décembre 1969, n° 68-12140, B. I, n° 375 ; D. 1970, J. 422, note M. Puech ; JCP 1970, II, 16445, note critique J.-L. Aubert ; Civ. 1, 10 octobre 1995, n° 93-19142, CCC 1996, 1, obs. L. Leveneur ; RTD civ. 1996, 895, obs. J. Mestre.



L'acceptation entraîne l'irrévocabilité de l'offre et la conclusion définitive du contrat.

## 2. Exception : rétractation de l'acceptation

La rétractation de l'acceptation peut faire obstacle à la conclusion définitive du contrat. Les textes envisagent deux hypothèses différentes. La première est celle où le destinataire de l'offre revient sur son acceptation, avant que celle-ci ne soit parvenue au pollicitant. La seconde correspond à l'hypothèse où la loi ou le contrat ont accordé à une partie la faculté de se rétracter.

### a. Faculté générale de rétractation de l'acceptation avant sa réception

Aux termes de l'article 1118, alinéa 2, du Code civil :

Tant que l'acceptation n'est pas parvenue à l'offrant, elle peut être librement rétractée, pourvu que la rétractation parvienne à l'offrant avant l'acceptation.

Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont entendu poser une règle symétrique à celle de l'article 1115 du Code civil, qui autorise, on s'en souvient, le pollicitant à rétracter son offre tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire.

Toutefois, l'article 1118, alinéa 2, est plus précis que l'article 1115. Ce dernier texte, en effet, on s'en souvient, se borne à indiquer que l'offre peut être rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire, sans préciser s'il suffit que la rétractation ait été émise avant cette date ou bien s'il est nécessaire qu'elle soit parvenue au destinataire avant cette date. A rebours, l'article 1118, alinéa 2, *in fine* précise que la rétractation de l'acceptation n'est efficace que si elle parvient à l'offrant avant l'acceptation. Il opte ainsi pour le système de la réception, en l'occurrence plus exigeant, plutôt que pour celui de l'émission. La sécurité juridique de l'offrant s'en trouve mieux préservée.

### b. Faculté spéciale de rétractation prévue par la loi ou le contrat

Lorsque le contrat ou la loi ouvre à l'acceptant une faculté de rétractation, celui-ci peut l'exercer quand bien même son acceptation serait déjà parvenue au pollicitant, si bien qu'il ne pourrait se prévaloir de l'article 1118, alinéa 2 pour échapper à la conclusion définitive du contrat.

Comme l'indique, en effet, l'article 1122 du Code civil :

« La loi ou le contrat peut prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement. »

Ce texte appelle deux séries d'observations.

Tout d'abord, son utilité est franchement douteuse<sup>1</sup>. Il n'énonce en effet aucune règle de droit commun de conclusion d'un contrat. Il se borne à relever que le contrat ou des dispositions particulières peuvent prévoir soit qu'une offre ne pourra être acceptée avant l'expiration d'un certain délai de réflexion, soit qu'une partie aura la faculté de se rétracter pendant un certain délai. On se trouve donc renvoyé au droit spécial des contrats.

Ensuite, malgré sa place dans la sous-section « L'offre et l'acceptation » d'une section consacrée à « la conclusion du contrat », l'article 1122 du Code civil n'intéresse probablement la formation du contrat seulement. Certes, lorsque le contrat ou la loi prévoit qu'une offre ne pourra être acceptée avant l'expiration d'un délai de réflexion, l'acceptation prématurée de l'offre empêche bien la formation du contrat. En revanche, lorsque la loi ou le contrat autorise une partie à se rétracter pendant un certain délai, on peut hésiter entre deux analyses du mécanisme de rétractation.

<sup>1</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 247.

Dans une première analyse, le contrat ne serait pas formé tant que le délai ouvert à une partie pour se rétracter n'est pas écoulé. En effet, aux termes de l'article 1103 du Code civil « Les contrats légalement formés tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faits » et, corollaire de ce principe de la force obligatoire des contrats, ils ne peuvent être révoqués, selon l'article 1193 du Code civil, que du consentement mutuel des parties. La faculté pour une partie de révoquer unilatéralement implique donc que le contrat ne s'est pas encore formé.

D'après la seconde analyse, la faculté de rétractation conventionnelle ou légale permettrait de remettre en cause un contrat définitivement formé, par dérogation aux règles posées par les articles 1103 et 1193 du Code civil. L'article 1193 prévoit lui-même, du reste, que des dispositions légales peuvent déroger au principe de l'irrévocabilité du contrat sinon du consentement mutuel des parties.

L'article 1122 du Code civil n'apparaît pas avoir clairement tranché entre ces deux analyses. Cependant, la jurisprudence antérieure s'était prononcée en faveur de la seconde, à propos d'une faculté légale de rétractation. Or, dans le silence de l'article 1122, tout laisse à penser que cette jurisprudence se maintiendra. C'est dire que si, pour la commodité de l'exposé, on évoque l'article 1122 du Code civil en bloc à propos de la conclusion du contrat, la faculté de rétractation légale ou conventionnelle, dont il rappelle la possibilité *in fine*, constitue plutôt une dérogation au principe de l'irrévocabilité du contrat définitivement conclu qu'un mécanisme retardant cette conclusion.

Sous le bénéfice de ces observations préliminaires, on évoquera rapidement la faculté de rétractation conventionnelle, puis la faculté de rétractation légale.

#### α) Faculté de rétractation conventionnelle

La faculté conventionnelle de rétractation résulte de ce qu'on appelle une clause de dédit<sup>1</sup>. Cette faculté de dédit peut être ouverte à l'une quelconque des parties, voire à toutes les parties. Elle n'est donc pas nécessairement réservée à l'acceptant.

- Notion de dédit

La clause de dédit ouvre à une partie la faculté de se « dédire », c'est-à-dire de se délier unilatéralement de son engagement. Son appellation même indique qu'il s'agit bien de revenir sur un contrat déjà définitivement conclu, et non d'en retarder la conclusion.

La clause de dédit peut être insérée dans une vente, comme dans d'autres contrats, notamment le contrat d'entreprise ou le bail. Toutefois, ainsi que cela résulte aujourd'hui l'article 1122 du Code civil, l'exercice de la faculté de dédit doit être enfermée dans un certain délai par le contrat. Autrement, le contrat pourrait être perpétuellement anéanti par la volonté unilatérale d'une des parties, ce qui équivaudrait à sa négation<sup>2</sup>.

Généralement l'exercice de la faculté donne lieu à l'abandon, au profit de l'autre partie, d'une certaine somme, le dédit. Toutefois, selon la Cour de cassation, rien n'interdit la stipulation d'un dédit gratuit<sup>3</sup>.

Prévus par l'article 1590 du Code civil en matière de vente, les arrhes sont une forme particulière de dédit<sup>4</sup> :

« Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes chacun des contractants est maître de s'en départir, Celui qui les a données, en les perdant, Et celui qui les a reçues, en restituant le double. »

Les arrhes consistent ainsi en une clause de dédit réciproque, exactement symétrique<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> L. Boyer « La clause de dédit », in : *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris : Dalloz-Sirey, 1985, 41 et suiv. ; C. Humann « La spécificité de la clause de dédit », *Rev. dr. imm.* 1997, 169 et suiv.

<sup>2</sup> Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, n° 115.

<sup>3</sup> Com. 20 octobre 2000, n° 98-11224, *D.* 2001, *Somm.* 3241, obs. D. Mazeaud ; CCC 2001, n° 21, obs. L. Leveneur.

<sup>4</sup> Civ. 1, 18 mars 1997, *B. I.*, n° 100.

<sup>5</sup> Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, n° 117.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

- Validité de la clause de dédit

Sous la réserve que la faculté de dédit soit enfermée dans un certain délai, la validité de la clause de dédit n'a jamais été mise en doute, ne serait-ce que parce qu'en réglementant les arrhes à l'article 1590, les rédacteurs du Code civil l'ont implicitement admise. L'article 1122 du Code civil, en sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016, a consacré cette validité, en disposant que « la loi ou le contrat peuvent prévoir... un délai de rétractation ».

La Cour de cassation admet même la validité de la clause instituant un dédit gratuit ; mais certains auteurs critiquent cette solution. En effet, la clause revient à soumettre l'obligation affectée du dédit à une condition résolutoire dépendant de la seule volonté du débiteur et à lui permettre ainsi de ne pas s'engager véritablement, puisqu'il peut se délier à sa discrétion, sans coup férir<sup>1</sup>.

- Exercice de la faculté de dédit

Sous réserve de ne pas commettre un abus de droit, en la détournant de sa destination contractuelle<sup>2</sup>, le bénéficiaire de la clause de dédit peut l'exercer librement : comme l'énonce l'article 1590 du Code civil à propos des arrhes dans la vente, lorsque la promesse de vente en prévoit, chacune des parties est « maître de s'en départir ». Cette faculté n'est donc pas discrétionnaire, malgré l'opinion contraire émise par une partie de la doctrine<sup>3</sup>, que des plaideurs avaient vainement invoquée devant la Cour de cassation<sup>4</sup>.

L'exercice de la faculté de dédit avant l'expiration du délai dans lequel il est enfermé, anéantit rétroactivement le contrat, à la manière d'une clause résolutoire.

## β) Faculté légale de rétractation

Certaines lois se bornent à imposer à l'acceptant non professionnel ou consommateur un délai de réflexion (par exemple, 10 jours pour un crédit immobilier – article L. 313-24, alinéa 2, du Code de la consommation). Le consommateur ne peut alors efficacement donner son acceptation avant l'expiration du délai.

Mais d'autres lois vont plus loin, en accordant à l'acceptant non professionnel ou consommateur une faculté de rétractation pendant un certain délai, dit de repentir.

- Contrats comportant une faculté de rétractation au profit de l'acceptant

La faculté de rétractation est ouverte dans différents contrats, surtout ceux passés entre un professionnel et un consommateur, mais pas uniquement.

- Contrats à distance et contrats hors établissement entre un professionnel et un consommateur (article L. 221-18 du Code de la consommation)

Les contrats à distance sont conclus sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat (article L. 221-1, 1°, du Code de la consommation). Ce sont notamment les ventes conclues à la suite d'un démarchage téléphonique, les opérations de télé-achat et les ventes ou les contrats de prestation de services conclus par Internet.

<sup>1</sup> Bénabent, *op. cit.*, n° 115. Sur la prohibition de la condition dépendant de la seule volonté du débiteur, *cf. infra* : sous-titre II « Les effets du contrat », chap. I « L'exécution du contrat », section 1 « Domaine de la loi contractuelle », sous-section 2 « Domaine de la loi contractuelle dans le temps », § 1 « La condition et le terme », A. « La condition », 2. « Validité de l'obligation conditionnelle », b. « Obligation affectée d'une condition dépendant de la seule volonté du débiteur ».

<sup>2</sup> Civ. 3, 11 mai 1976, n° 75-10854, B. III, n° 199 ; D. 1978, J. 269, note J.-J. Taisne ; *Defrénois* 1977, p. 456, n° 37, obs. J.-L. Aubert ; *Journ. not.* 1976, p. 1106, note E. S. de la Marnière ; Civ. 1, 10 septembre 2014, n° 13-22722 et 13-23409 ; *adde, a contrario* : Civ. 3, 15 février 2000, *RTD civ.* 2000, p. 564, n° 2, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Rep. Defrénois* 2000, p. 1379, obs. D. Mazeaud ; Civ. 3, 20 mai 2014, n° 13-13764.

<sup>3</sup> *Cf. not.* A. Rouast « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ.* 1944, 1 et suiv.

<sup>4</sup> Civ. 1, 10 septembre 2014, préc.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Les contrats hors établissement (article L. 221-1, 2°, du Code de la consommation) incluent notamment de ce qu'on appelait naguère les ventes à domicile, où le démarcheur prospecte le client (personne physique) à domicile ou sur son lieu de travail, fût-ce à sa demande.

Dans les deux cas, le consommateur dispose d'un droit de rétractation. Ce droit n'étant ouvert que dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs (article L. 221-1 du Code de la consommation), le consommateur est privé de la possibilité de se rétracter lorsque la vente a été conclue sur Internet avec un particulier<sup>1</sup>.

En principe, le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour se rétracter. D'ordre public, le droit de rétractation peut être exercé sans que le consommateur ait à justifier d'un motif (article L. 221-18 du Code de la consommation).

Le point de départ du délai de rétractation dépend de la nature et du mode de conclusion du contrat :

- le délai court de la réception de la commande pour les ventes à distance ;
- il court de la conclusion du contrat pour les ventes hors établissement, les contrats de prestation de services, ainsi que pour les contrats portant sur la fourniture de gaz, d'électricité, d'eau sans quantité ou volume déterminé et ceux portant sur la fourniture d'un contenu numérique sans support matériel (articles L. 221-4 et L. 221-18, alinéa 1er, précité du Code de la consommation combinés).

Le droit de rétraction est néanmoins écarté dans un certain nombre de contrats à distance ou hors établissement énumérés par l'article L. 221-2 et l'article L. 221-28 du Code de la consommation, bien qu'ils aient été conclus entre un professionnel et un consommateur.

Ex. les contrats portant sur les services de santé fournis par des professionnels de la santé aux patients pour évaluer, maintenir ou rétablir leur état de santé, y compris la prescription, la délivrance et la fourniture de médicaments et de dispositifs médicaux (article L. 221-2, 2°), les contrats portant sur un forfait touristique au sens de l'article L. 211-2 du Code du tourisme (article L. 221-2, 5°), les contrats portant sur la fourniture de denrées alimentaires, de boissons ou d'autres biens ménagers de consommation courante, qui sont livrés physiquement par un professionnel lors de tournées fréquentes et régulières au domicile ou au lieu de résidence ou de travail du consommateur (article L. 221-2, 8°), les contrats portant sur les services de transport de passagers (article L. 221-2, 9° – commande d'un billet SNCF effectué *via* la plate-forme d'achat de cette société ou d'une autre plate-forme d'ailleurs).

Ex. contrat de fourniture d'un contenu numérique non fourni sur un support matériel dont l'exécution a commencé après accord préalable exprès du consommateur et renoncement exprès à son droit de rétractation (article L. 221-28, 13°), ainsi de l'abonnement annuel aux mises à jour payantes de la cartographie ou des zones de danger d'un GPS.

- Ventes d'immeubles à usage d'habitation et assimilées (article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation)

L'acquéreur non professionnel dispose d'un délai de dix jours pour se rétracter. Ce délai court à compter du lendemain de la notification de l'acte – promesse de vente ou, à défaut de promesse, acte de vente définitif –, par courrier recommandé avec demande d'avis de réception ou « par tout autre moyen présentant des garanties équivalentes pour la détermination de la date de réception ». La rétraction s'exerce dans les mêmes formes (article L. 271-1, alinéa 2, *in fine*)<sup>2</sup>.

Lorsque l'acte est conclu par l'intermédiaire d'un professionnel ayant reçu mandat pour prêter son concours à la vente, cet acte peut être remis directement au bénéficiaire du droit de

<sup>1</sup> Jur. prox. Dieppe 7 février 2011, *RLDC* 2011/81, obs. V.F.

<sup>2</sup> Civ. 3, 2 février 2022, n° 20-23468 (B) : une rétraction par courriel adressée au notaire chargé de l'acte de vente est susceptible de présenter des garanties équivalentes à celles d'une notification par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

rétractation, lequel doit attester de la remise. Dans ce cas, le délai de rétractation court à compter du lendemain de la remise de l'acte (article L. 271-1, alinéa 3).

Ce droit de rétractation n'est efficace qu'à la condition que la perspective de sanctions financières ne vienne pas en entraver l'exercice. Aussi le législateur a-t-il prévu qu'avant l'expiration du délai de rétractation, aucun versement ne peut en principe être exigé de l'acquéreur (article L. 272-1 du Code de la construction et de l'habitation).

- Contrats d'assurance sur la vie ou de capitalisation (article L. 132-5-1 du Code des assurances)

Tout souscripteur d'un tel contrat a la faculté d'y renoncer par lettre recommandée ou par envoi recommandé électronique, avec demande d'avis de réception, pendant le délai de trente jours calendaires révolus à compter du moment où elle est informée que le contrat est conclu. Cette faculté de renonciation n'est néanmoins pas discrétionnaire. Elle peut selon la Cour de cassation, dégénérer en abus si le souscripteur en use dans un but étranger à sa finalité et contraire au principe de loyauté contractuelle dégénère<sup>1</sup>. Le souscripteur en sera alors déchu.

- Nature juridique de la faculté de rétractation ouverte à l'acceptant

Comme on l'a indiqué précédemment, deux analyses de cette faculté de rétractation sont envisageables et ont été proposées en doctrine<sup>2</sup>.

- Pour certains auteurs, en effet, l'existence d'un tel droit retarderait la formation du contrat jusqu'à l'expiration du délai imparti à l'acquéreur pour l'exercer. On serait donc en présence d'un contrat à la formation progressive, qui ne serait définitivement consolidé qu'une fois ce délai écoulé sans que l'acquéreur ne se soit rétracté<sup>3</sup>.
- Pour d'autres auteurs, au contraire, le droit de révocation serait une dérogation au principe de l'irrévocabilité des conventions inscrit à l'article 1193 du Code civil – ancien article 1134, alinéa 2, du Code civil. Nonobstant l'existence de ce droit, le contrat se serait en effet formé dès la rencontre de l'offre et de l'acceptation. Son exercice permettrait donc à l'acquéreur de se délier unilatéralement d'un contrat, en l'occurrence d'une vente, déjà définitivement conclu. Le contrat serait alors caduc.

La troisième Chambre civile de la Cour de cassation a implicitement opté pour cette seconde analyse, à propos du droit de rétractation ouvert à l'acquéreur non professionnel d'un bien immobilier par l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation<sup>4</sup>. Soucieuse, en effet, d'assurer une sécurité juridique minimale au vendeur confronté à une volte-face de son cocontractant, elle a jugé que l'exercice par l'acquéreur de sa faculté de rétractation entraîne « l'anéantissement du contrat ». Elle en a déduit notamment l'inefficacité d'une renonciation postérieure à la rétractation, la suivit-elle immédiatement<sup>5</sup>, consacrant ainsi le principe selon lequel « rétractation sur rétractation ne vaut »<sup>6</sup>. Cette solution postule nécessairement que le contrat était définitivement formé avant même l'exercice de la faculté de rétractation. Si, au contraire, sa formation définitive était différé jusqu'à l'expiration du délai de rétractation, l'acquéreur pourrait effectivement revenir dessus tant que ce délai n'est pas écoulé.

<sup>1</sup> Civ. 2, 19 mai 2016, n° 15-12767 (P) ; *JCP* 2016, 811, note L. Mayaux ; *RDC* 2017, 25, note Ph. Stoffel-Munck ; *RTD civ.* 2016, 605, obs. H. Barbier.

<sup>2</sup> Pour une synthèse de ces analyses et les références doctrinales, cf. Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 342.

<sup>3</sup> L'avant-projet de réforme du droit des contrats élaboré par la Chancellerie en 2008 avait clairement retenu la première analyse, en classant le droit de rétractation parmi les dispositions relatives à la formation du contrat et, plus précisément, à la date de formation.

<sup>4</sup> Civ. 3, 13 février 2008, n° 06-20334, *B. III*, n° 29 ; *D.* 2008, *Chr. Jur. C. cass.* 1230, obs. F. Nési ; *ibid.* 1530, obs. Y. Dagherne-Labbe ; *JCP E* 2008, 2094, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RTD civ.* 2008, 293, obs. B. Fages ; Civ. 3, 13 mars 2012, n° 11-12232, *B. III*, n° 41 ; *D.* 2013, 391, obs. S. Amrani Mekki et M. Mekki et 2420, obs. D. R. Martin ; *JCP* 2012, n° 561, § 3, obs. G. Loiseau préc. ; Civ. 3, 4 décembre 2013, n° 12-27293, *B. III*, n° 156 ; *D.* 2014, *Chr. Jur. C. cass.* 1000, obs. V. Guillaudier ; *D.* 2014, 630, obs. critiques S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *JCP* 2014, *doctr.* 115, n° 2, obs. G. Loiseau et *doctr.* 668, n° 13, obs. critiques Ph. Simler ; *RDC* 2014, 214, note M. Latina.

<sup>5</sup> Civ. 3, 13 mars 2012, préc.

<sup>6</sup> Stoffel-Munck, obs. préc.

Bien que la Cour de cassation n'en ait jugé ainsi qu'au sujet du droit de rétractation de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation, la solution semble pouvoir être généralisée à toutes les hypothèses où la loi ouvre à l'acquéreur une faculté de rétractation<sup>1</sup>. De fait, en visant l'ancien article 1134 du Code civil, règle générale concernant tous les contrats, à côté de l'article L. 271-1 précité, la Cour de cassation a invité implicitement à une telle généralisation de sa solution<sup>2</sup>.

Dans le silence de l'article 1122 du Code civil, la Cour de cassation devrait logiquement maintenir sa jurisprudence.

### § 3 La rencontre des volontés

Elle pose la question du moment et du lieu de formation du contrat. Il n'y a pas de problème si les personnes sont présentes. En revanche, les contrats entre absents soulèvent des difficultés :

- contrats par téléphone, télécopie...
- contrats par correspondance, c'est-à-dire échange de lettres
- contrats électroniques : le législateur a retenu des solutions spécifiques, comme on le verra ultérieurement.

#### A. Position du problème

Prenons l'exemple d'une vente de foin entreposé près d'Agen (Lot-et-Garonne). L'acceptation a été expédiée par courrier de Maubeuge (Nord) le 5 septembre 2024 et elle est parvenue à Agen le 10 septembre 2024. La détermination de la date exacte de la conclusion du contrat met en jeu des intérêts pratiques importants. Avant d'énumérer ces derniers, on exposera les systèmes proposés en doctrine.

##### 1. Systèmes proposés

La doctrine en a proposé deux principaux : la théorie de l'émission et celle de la réception.

###### a. Théorie de l'émission

Le contrat est conclu dès que l'acceptation intervient, donc, dans l'exemple ci-dessus, dès l'envoi de la lettre de Maubeuge, lors de l'émission de l'acceptation, c'est-à-dire au moment où la lettre d'acceptation est expédiée, soit le 5 septembre 2024.

Variante extrême : le contrat est formé au moment où est formulée l'acceptation (système de la déclaration). Mais ce système est impraticable, faute de pouvoir connaître facilement cette date.

###### b. Théorie de la réception

Le pollicitant doit avoir connaissance de l'acceptation, car le contrat ne saurait se former à son insu. Dans l'exemple ci-dessus, le contrat ne se formera que le 10 septembre 2024, lors de la réception de l'acceptation, c'est-à-dire au moment où la lettre d'acceptation parvient à l'adresse de l'offrant.

<sup>1</sup> Stoffel-Munck, obs. préc.

<sup>2</sup> *Ibid.*

Variante extrême : le contrat est formé au moment où l'offrant prend connaissance de la lettre (système de l'information). Mais le système n'est pas viable, car l'offrant peut reculer cette date à son gré, dès lors qu'elle n'est pas connue.

## 2. Intérêts pratiques en jeu

Ils se rapportent tant au moment, qu'au lieu de formation du contrat.

### a. Intérêts attachés au moment de formation du contrat<sup>1</sup>

Ils sont relativement nombreux.

- La détermination du moment où le contrat doit être réputé formé est essentielle en cas de caducité de l'offre, notamment par expiration du délai, ou de révocation de l'offre dans l'intervalle s'écoulant entre l'émission de l'acceptation et sa réception, en cas aussi d'émissions rapprochées dans le temps d'acceptations concurrentes.
- Si la lettre d'acceptation s'est égarée après son expédition, le contrat n'en est pas moins conclu d'après la théorie de l'émission, tandis qu'il n'a pu se former, à suivre la théorie de la réception.
- La loi applicable au contrat est, en principe, celle en vigueur au moment où le contrat a été conclu – principe de la survie de la loi ancienne en matière contractuelle ; d'où la nécessité, au cas où une nouvelle loi entrerait en vigueur entre le jour de l'émission de l'acceptation et celui de sa réception, de préciser la date de conclusion du contrat.
- Dans les contrats translatifs de propriété, le transfert de propriété et, corrélativement, celui des risques liés à la perte de la chose par force majeure<sup>2</sup> s'opèrent, en principe, dès le moment de la formation du contrat. Il est normal, en effet, que ce soit au propriétaire de supporter les risques liés à la perte fortuite de la chose. La solution est exprimée par un adage traditionnel : *res perit domino*, la chose est aux risques du propriétaire. L'article 1196, alinéas 2 et 3, du Code civil énonce aujourd'hui cette règle, que l'article 1583 du Code civil, remontant à 1804, formule également à propos de la vente :

« Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat.

(...)

Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. »

Dès lors, les conséquences d'une disparition fortuite de la chose entre le moment de l'émission de l'acceptation et sa réception sont radicalement différentes, selon qu'on considère que le contrat est formé dès l'émission de l'acceptation ou seulement à sa réception par le pollicitant. Dans la première hypothèse, en effet, le contrat étant déjà conclu au moment où la chose périt, l'acquéreur en est propriétaire et en supporte donc les risques : *res perit domino*. Ainsi devra-t-il en payer le prix, malgré sa disparition. Dans la seconde hypothèse, la chose ayant déjà péri au moment de la conclusion du contrat, l'objet de l'obligation du vendeur, consistant à la délivrer à l'acquéreur, est impossible. Le contrat étant nul en application des articles 1163, alinéa 2, et 1601 du Code civil<sup>3</sup>, l'acquéreur n'est pas obligé de payer le prix.

- L'article 1341-2 du Code civil permet au créancier d'attaquer les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, et notamment les contrats. Selon la jurisprudence, le créancier doit justifier, à cet effet, d'un droit antérieur à la conclusion de l'acte<sup>4</sup>, d'où l'intérêt de savoir à quelle date exactement l'acte a été conclu.

<sup>1</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 219.

<sup>2</sup> En matière contractuelle, la force majeure est un événement échappant au contrôle du débiteur, imprévisible et insurmontable (article 1118, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil).

<sup>3</sup> Ce dernier texte est spécifique au contrat de vente, tandis que le premier est applicable à tous les contrats, notamment à tous les contrats translatifs de propriété.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

- Les délais de prescription (article 2224 du Code civil) ou conventionnels d'exécution courent en principe du jour de la conclusion du contrat.

b. Intérêts attachés au lieu de formation du contrat

Ils sont en nette régression. De la détermination du lieu de formation du contrat, dépend néanmoins parfois le conseil de prud'hommes territorialement compétent en droit du travail.

En principe (article R. 1412-1 du Code du travail), « Le conseil de prud'hommes compétent pour connaître du litige est celui dans le ressort duquel est situé l'établissement où est effectué le travail » ; s'il s'agit d'un travail effectué hors de tout établissement, le salarié peut saisir alternativement le conseil de prud'hommes de son domicile (même texte).

Mais, dans tous les cas, le salarié peut également saisir les conseils de prud'hommes du lieu où son employeur est établi ou « du lieu où l'engagement a été contracté » (même texte).

## B. Solution du problème

Le Code civil de 1804 était muet, puisque, d'une manière générale, il ne consacrait aucune disposition à la conclusion du contrat. Il était donc revenu à la jurisprudence de se prononcer, mais elle s'était montrée hésitante. Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont entendu mettre fin à ses atermoiements, en posant un principe, voué néanmoins à connaître certaines exceptions

### 1. Principe : application du système de la réception

Comblant les lacunes du Code civil de 1804, l'article 1121 du Code civil consacre le système de la réception, pour la détermination aussi bien du moment, que du lieu où le contrat a été conclu :

« Le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est parvenue. »

L'article 1118, alinéa 2, du Code civil en tire la conséquence logique que, tant qu'elle n'est pas parvenue à l'offrant, l'acceptation peut être librement rétractée, pourvu que la rétractation parvienne à l'offrant avant l'acceptation<sup>1</sup>. En effet, jusqu'à la réception de l'acceptation par le pollicitant, le contrat n'est pas formé. L'acceptant n'est donc pas engagé avant cette réception.

Comme on l'a signalé, la jurisprudence antérieure s'était montrée fluctuante, d'où l'intérêt de la nouvelle règle posée par l'article 1121 du Code civil.

Pendant longtemps, la Cour de cassation avait paru considérer qu'il y avait là une question de fait, dont la solution dépendait des circonstances de la cause. Il en résultait une insécurité juridique.

Puis, elle sembla nettement pencher pour le système de l'émission, dans un arrêt où le lieu de formation du contrat était en litige<sup>2</sup>. Ultérieurement, dans un arrêt de principe, la Chambre commerciale se prononça explicitement en faveur de ce même système de l'émission<sup>3</sup>, à propos de la question de la date de formation du contrat, dans un litige où le pollicitant invoquait la caducité de l'offre par expiration du délai. Elle énonça ainsi la règle, supplétive de volonté on le verra, que la doctrine appelait de ses vœux.

<sup>4</sup> Civ. 20 juin 1849, *D.P.* 50, 1, 830 ; Civ. 3, 4 février 1971, n° 69-11046, *B.* III, n° 76 ; *JCP* 1972, II, 16980, note M. Dagot et P. Spiteri (décisions rendues sur le fondement de l'ancien article 1167 du Code civil, que l'article 1341-2 remplace).

<sup>1</sup> *Cf. supra* : § 1 « L'offre », C. « Régime juridique de l'offre », 1. « Rétractation de l'offre ».

<sup>2</sup> Req. 21 mars 1932, *D.P.* 1933, 1, 65, note E. Sallé de la Marnière ; *S.* 1932, 1, 278 ; *G.A.*, t. II, n° 167, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde.

<sup>3</sup> Com. 7 janvier 1981, n° 79-13499, *B.* IV, n° 14 ; *RTD civ.* 1981, 849, obs. F. Chabas ; *G.A.*, t. II, n° 168, obs. F. Terré et Y. Lequette et F. Chénéde.



Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Néanmoins la jurisprudence ultérieure parut plus hésitante, certains arrêts semblant opter pour le système de la réception<sup>1</sup>, d'autre s'en tenant à celui de l'émission<sup>2</sup>.

## 2. Dérogations à l'application du système de la réception

Ces dérogations peuvent être légales ou conventionnelles.

### a. Dispositions légales spécifiques

Des dispositions légales peuvent déroger au système de la réception à propos de certains contrats particuliers. Ainsi, par exemple, on le verra, le contrat électronique soumis à la règle du « double-clic » est conclu en principe au moment de l'émission de l'acceptation, au moins lorsqu'il intervient entre un professionnel et un consommateur (article 1127-2 du Code civil).

### b. Volonté contraire des parties

Bien que l'article 1121 du Code civil ne prévoie pas expressément de possibilité pour les parties de déroger à la règle qu'il pose, il est incontestablement supplétif de volonté. Traditionnellement, en effet, on considère que la détermination du lieu et du moment de la formation du contrat n'intéresse pas, sauf exceptions résultant de dispositions légales particulières, l'ordre public. Il est donc loisible au pollicitant de préciser où et quand le contrat sera conclu, en optant, par exemple, pour le système de l'émission, au lieu de celui de la réception. Ce n'est qu'à défaut d'une manifestation de volonté contraire, que l'article 1121 s'applique.

## Section 3 : Les contrats préparatoires

Ces contrats préparatoires à un autre contrat, lui définitif, portent aussi, en doctrine, le nom d'avant-contrats. Le Code civil de 1804 n'évoquait que l'un d'entre eux, la promesse de contrat, en consacrant des dispositions fort lapidaires, l'article 1589, à la promesse de vente, dans le titre VI du livre III sur le contrat de vente. Dans sa rédaction initiale, remontant à 1804, ce texte se bornait en effet à énoncer, en un alinéa unique :

« La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix. »

Une loi du 30 juillet 1930 a, il est vrai, ajouté deux autres alinéas à l'article 1589. Mais ceux-ci concernent exclusivement le droit spécial des promesses de vente portant sur « des terrains déjà lotis ou à lotir ». Ils sont donc étrangers à la théorie générale du contrat.

Aidée par la doctrine, la jurisprudence a pallié les lacunes du Code civil de 1804, en élaborant progressivement un régime juridique des avant-contrats, surtout à partir de la promesse de vente, l'avant-contrat le plus répandu en pratique. Sans toujours reprendre les solutions jurisprudentielles antérieures, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont à leur tour réglementé deux avant-contrats dans les nouveaux articles 1123 et 1124 du Code civil : le pacte de préférence, d'une part, la promesse unilatérale de contrat, d'autre part. Fidèles à leur souci d'éviter d'inutiles abstractions, les rédacteurs de l'ordonnance ont, en revanche, évité d'échafauder un concept général d'avant-contrat. Ils ont également gardé le silence sur un troisième avant-contrat : la promesse synallagmatique. Mais leur silence se comprend, car la promesse synallagmatique, on le verra, vaut contrat définitif. C'est ce qu'indique, du reste, l'article 1589 du Code civil à propos de la promesse de vente, même s'il

<sup>1</sup> Civ. 3, 16 juin 2011, n° 09-72679, B. III, n° 103 ; D. 2011, 2260, note N. Dissaux ; *ibid.* 2012, 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; JCP 2011, 1016, n° 39, obs. Y.-M. Serinet : La portée véritable de cet arrêt demeurerait toutefois incertaine, car la troisième Chambre civile avait visé, en l'occurrence, un article du Code rural, et non l'article 1101 du Code civil. On s'était donc demandé si sa solution exprimait un droit spécial ou le droit commun (Terré, Lequette et Chénéde, obs. préc., n° 4).

<sup>2</sup> Civ. 3, 17 septembre 2014, n° 13-21824, B. III, n° 108.

omet de préciser qu'il vise la promesse synallagmatique exclusivement. Aussi les règles applicables à la promesse synallagmatique sont-elles les mêmes que celles gouvernant le contrat définitif, qu'elle prépare. Il n'en demeure pas moins que la promesse synallagmatique étant un avant-contrat, on en dira quelques mots, après avoir successivement étudié le pacte de préférence puis la promesse unilatérale de contrat.

## § 1 Le pacte de préférence<sup>1</sup>

Le Code civil de 1804 ignorait le pacte de préférence. Mais la doctrine en avait dégagé la notion et la jurisprudence en avait fixé le régime. L'ordonnance du 10 février 2016 a, dans l'ensemble, consacré le droit antérieur dans l'article 1123. On exposera la notion de pacte de préférence, puis son régime juridique.

### A. Notion de pacte de préférence

Le pacte de préférence reçoit désormais de l'article 1123, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil la définition suivante :

« Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter. »

En d'autres termes, le débiteur du pacte de préférence s'engage envers son bénéficiaire à ne pas conclure avec un tiers un contrat déterminé avant de lui en avoir proposé la conclusion aux mêmes conditions.

Le pacte de préférence peut se présenter sous deux formes :

- Tantôt il est une convention autonome :

Ex. pacte d'associés dans une société commerciale, dans lequel un associé promet à un autre de lui proposer en priorité la vente de ses parts sociales, au cas où il déciderait de les aliéner.

- Tantôt il constitue l'accessoire d'un contrat principal

Ex. un bail avec droit de préférence consenti au preneur en cas de vente du bien loué.

### B. Régime juridique du pacte de préférence

On exposera les conditions de validité du pacte de préférence, la situation qui en naît et enfin son dénouement.

#### 1. Conditions de validité du pacte de préférence<sup>2</sup>

Contrairement, on le verra, à l'article 1124, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, qui subordonne la validité de la promesse unilatérale à la détermination des éléments essentiels du contrat définitif à conclure, le L'article 1123 du Code civil n'énonce aucune condition de validité spécifique du pacte de préférence. On en conclut que sa validité est soumise au droit commun<sup>3</sup>, inscrit aujourd'hui aux articles 1128 et suivants du Code civil<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> J. Breillard, *Le pacte de préférence*, thèse Paris 1929 ; J. Bartet, *Le pacte de préférence*, thèse Paris 1932 ; M. Dagot, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988 ; J.-P. Desideri, *La préférence dans les relations contractuelles*, PUAM, 1997 ; H. Lalou « Les pactes de préférences », *D.H.* 1929, 41 ; P. Voirin « Le pacte de préférence », *JCP* 1954, I, 1192 ; J.-G. Raffray « Interprétation et rédaction des pactes de préférence », *JCP N*, 471 ; M. Mignot « Pacte de préférence : liberté ou contrainte ? », *Dr. et patr.* n° 146, janvier 2006, 36 et s.

<sup>2</sup> H. Kenfack « Validité du pacte de préférence », *Dr. et patr.* janvier 2006, 43 et suiv.

<sup>3</sup> Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, n° 64.

<sup>4</sup> Cf. *infra* : chap. II « La validité du contrat ».

Or, dans la mesure où, tant qu'il n'est pas décidé à contracter, le débiteur n'est tenu que d'une obligation de ne pas faire – ne pas vendre ou acheter, voire ne pas le promettre<sup>1</sup>, sans avoir fait une offre au bénéficiaire du pacte –, le pacte de préférence n'est pas une promesse de vente. Il n'a donc pas à en remplir les conditions : il n'exige ni la capacité ni le pouvoir de disposer et le prix n'a pas besoin d'être fixé<sup>2</sup>. Celui-ci peut toutefois l'être et il s'impose alors<sup>3</sup>.

Néanmoins l'objet de l'obligation imposée par le pacte de préférence doit être déterminé ou, à tout le moins, déterminable. Posée à l'article 1163, alinéa 2, du Code civil pour la prestation objet d'une obligation, cette exigence est en effet générale. Or l'objet de l'obligation, la prestation du débiteur du pacte porte sur une chose, à propos de laquelle il s'engage à traiter prioritairement avec le bénéficiaire. Cette chose, corporelle ou incorporelle, doit donc elle-même être déterminée ou du moins déterminable.

La stipulation d'un délai est traditionnellement considérée comme n'étant pas une condition de validité du pacte de préférence<sup>4</sup> : la détermination de la durée d'efficacité du pacte est abandonnée à la volonté des parties<sup>5</sup>, de même que celle du délai dont le bénéficiaire dispose pour accepter la proposition de vente<sup>6</sup>. Un pacte de préférence qui ne limite pas le droit de préférence dans le temps, est considéré comme étant à durée indéterminée<sup>7</sup>. En effet, l'article 1210 du Code civil prohibe les engagements perpétuels et prévoit que chacune des parties peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée. A cet égard, l'article 1211 du Code civil autorise chacune des parties à un contrat à durée indéterminée à y mettre fin unilatéralement à tout moment, moyennant le respect du délai de préavis convenu ou, à défaut, d'un délai de préavis raisonnable. Le débiteur d'un pacte de préférence qui n'est pas assorti d'un délai dispose donc de la faculté légale de le résilier unilatéralement quand bon lui semble, sous la condition de respecter le délai de préavis<sup>8</sup>.

Toutefois un auteur<sup>9</sup> a récemment critiqué cette solution traditionnelle. Il lui reproche en effet de rendre perpétuel l'engagement du débiteur d'un pacte de préférence conclu pour une durée indéterminée, car un tel pacte est insusceptible d'extinction. Tout d'abord, le droit de préférence du créancier serait imprescriptible en raison du point de départ assigné à la prescription extinctive par l'article 2224 du Code civil<sup>10</sup>, d'une part, et de l'inapplicabilité du délai butoir de vingt ans prévu par l'article 2232 du même code<sup>11</sup> aux créances conditionnelles visées par l'article 2233, 1<sup>o</sup><sup>12</sup>, auxquelles les droits éventuels devraient être assimilées par un raisonnement analogique, d'autre part. Ensuite, le droit de résiliation unilatérale normalement reconnu aux parties dans les contrats conclus pour une durée indéterminée, devrait être refusé au débiteur d'un pacte de préférence, car il viderait la substance même de ce dernier en lui permettant de rompre son engagement avant même que le cocontractant n'ait pu en exiger l'exécution. Or les engagements perpétuels sont, en principe, proscrits dans notre droit. L'auteur propose donc, en conclusion, de faire de la durée du pacte de préférence une condition de sa validité.

## 2. Situation née du pacte de préférence

<sup>1</sup> Cf. *infra* : 2. « Effets du pacte de préférence ».

<sup>2</sup> Civ. 1, 6 juin 2001, n° 98-20673, *B.* I, n° 166 ; *JCP* 2002, I, 134, n° 1 et suiv., obs. F. Labarthe ; *RTD civ.* 2002, 88, obs. J. Mestre et B. Fages et 115, obs. P.-Y. Gautier ; Civ. 3, 15 janvier 2003, n° 01-03700, *B.* III, n° 9 ; *D.* 2003, *J.* 1190, note H. Kenfack ; *JCP* 2003, II, 10129, note E. Fischer-Achoura ; *RDC* 2003, 45, note D. Mazeaud ; *JCP N* 2003, 1375, note L. Leveneur ; *CCC* 2003, n° 71, note L. Leveneur ; *contra* : Com. 6 novembre 2012, n° 11-24.730, *RTD civ.* 2013, 110, obs. critiques B. Fages.

<sup>3</sup> Civ. 3, 23 septembre 2009, *Bull. civ.* III, n° 203 ; *D.* 2010, 229, note S. Amrani. Cf. Bénabent, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>4</sup> Malaurie, Aynès et Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, n° 133.

<sup>5</sup> Civ. 3, 6 juin 2001 et 15 janvier 2003, préc.

<sup>6</sup> Cf. par ex. Civ. 2, 1<sup>er</sup> février 2006, n° 05-12254.

<sup>7</sup> Civ. 1, 25 septembre 2024, n° 23-14777 (B) ; *RLDC* 230/2024, 7603, obs. A. Grosjean.

<sup>8</sup> Civ. 1, 25 septembre 2024, préc.

<sup>9</sup> S. Lequette « Réflexions sur la durée du pacte de préférence », *RTD civ.* 2013, 491 et suiv. ; *adde* : Bénabent, *op. cit.*, n° 65.

<sup>10</sup> C'est-à-dire le jour où le titulaire du droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. Cf. déjà, dans le droit antérieur à la réforme de la prescription : Civ. 1, 22 décembre 1959, *B.* I, n° 558 ; *JCP* 1960, II, 11494, note P. E. ; *RTD civ.* 1960, 323, obs. J. Carbonnier, écartant la prescription du droit du bénéficiaire d'un pacte de préférence, en se fondant sur l'article 2257 ancien du Code civil qui faisait application de l'adage *contra non valentem agere non currit praescriptio*.

<sup>11</sup> Article 2232, alinéa 1<sup>er</sup> : « Le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit. »

<sup>12</sup> Article 2232, alinéa 2.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Le pacte de préférence est la figure la moins contraignante, parmi les avant-contrats. En effet, le bénéficiaire d'un tel pacte ne dispose que d'un droit de priorité. La sanction de la violation de ce droit est, la plupart du temps, atténuée.

a. Contenu du droit de priorité du bénéficiaire

Ce droit de priorité doit être respecté par le débiteur du pacte, dans l'hypothèse où il se déciderait à contracter. Le « promettant » – pour employer, par commodité, la terminologie appliquée à la promesse unilatérale de vente pour désigner ce débiteur du pacte de préférence, bien que ce pacte se distingue de la promesse unilatérale par son caractère infiniment moins contraignant – s'oblige, en effet, à proposer en priorité la conclusion du contrat au bénéficiaire.

Ainsi, par exemple, dans un pacte de préférence de vente, tenu de respecter le droit de préférence dont le bénéficiaire est titulaire, le débiteur ne doit pas vendre ou même promettre de vendre<sup>1</sup> le bien objet du pacte à un tiers avant d'en avoir proposé la vente au bénéficiaire de ce pacte.

b. Sanctions attachées à la violation du droit de priorité du bénéficiaire

L'article 1123, alinéa 2, du Code civil précise quelles sont ces sanctions :

« Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation d'un pacte de préférence, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu. »

La fragilité du pacte de préférence se manifeste dans lesdites sanctions. En effet, le bénéficiaire n'est titulaire qu'un droit de créance, dont il ne peut exiger le respect de la part du tiers avec lequel le promettant a contracté au mépris de ses droits, sauf si le tiers est de mauvaise foi. En principe, le bénéficiaire doit donc se contenter, selon l'article 1123, alinéa 2, d'une condamnation du débiteur du pacte, le cas échéant *in solidum* avec le tiers fautif, à lui payer des dommages et intérêts, en réparation du préjudice que la violation de ce pacte lui a causé.

Ce n'est que si le tiers est de mauvaise foi que le bénéficiaire du pacte peut remettre en cause le contrat conclu avec ce tiers en violation de son droit de priorité, et pas simplement le paiement de dommages-intérêts. Cependant, reprenant la jurisprudence antérieure<sup>2</sup>, l'article 1123, alinéa 2, du Code civil retient une acception restrictive de la mauvaise foi en la matière :

« Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu. »

Ainsi, le bénéficiaire d'un pacte de préférence n'est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits ou d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, qu'à la condition de rapporter la double preuve que le tiers a eu connaissance, lorsqu'il a contracté<sup>3</sup>,

<sup>1</sup> Civ. 3, 6 décembre 2018, n° 17-23321 (P) ; D. 2019, 294, note S. Tisseyre ; *ibid.*, *pan.*, 280 et 288, obs. M. Mekki ; JCP 2019, *chron.* 183, n° 32, note G. Loiseau ; RTD *civ.* 2019, 96, obs. H. Barbier ; *ibid.* 126, obs. P.-Y. Gautier ; RTD *com.* 2019, 398, obs. A. Lecourt ; Gaz. Pal. 2019, n° 3, p. 21, note B. Waltz-Teracol ; RLDC 2019, n° 6537, p. 6, note P. Fleury ; AJDI 2019, 560, obs. F. Cohet ; RLDAff. 2019, n° 6625.

<sup>2</sup> Ch. Mixte 26 mai 2006, n° 03-19376, B. mixte, n° 4 ; G.A., t. II, n° 163, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; D. 2006, J. 1861, note P.-Y. Gautier et D. Mainguy ; JCP 2006, II, 10142, note L. Leveneur ; RTD *civ.* 2006, p. 550, obs. J. Mestre et B. Fages ; Civ. 3, 31 janvier 2007, n° 05-21071 ; D. 2007, 1698, note D. Mainguy ; Civ. 3, 14 février 2007, n° 05-21814, B. III, n° 25 ; D. 2007, J. 2444, note J. Théron ; Defrénois 2007, 1048, note R. Libchaber ; RDC 2007, 701, obs. D. Mazeaud et 741, obs. G. Viney ; Civ. 3, 3 novembre 2011, n° 10-20936, B. III, n° 185 ; D. 2011, 2794, obs. G. Forest ; D. 2012, *Pan.* 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; RTD *civ.* 2012, 127, obs. P.-Y. Gautier ; Civ. 3, 4 mars 2021, n° 19-22971 (P) : arrêt certes postérieur à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, mais rendu en application du droit antérieur à cette ordonnance.

<sup>3</sup> Civ. 3, 25 mars 2009, n° 07-22027, B. III, n° 68 ; D. 2009, A.J. 1010, obs. G. Forest ; D. 2010, *Pan.* 228, obs. S. Amrani-Mekki ; RTD *civ.* 2009, 337, obs. P.-Y. Gautier et 524, obs. B. Fages.

- non seulement de l'existence du pacte de préférence,
- mais encore de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir.

L'adage *fraus omnia corrumpit* semble le mieux justifier cette solution<sup>1</sup>. Il reste que la preuve que le tiers connaissait l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte est, à l'évidence, fort difficile à rapporter<sup>2</sup>.

S'il parvenait à rapporter cette double preuve, le bénéficiaire, selon la jurisprudence antérieure, était en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur. Mais les commentateurs<sup>3</sup> avaient reproché à la Cour de cassation de se contredire, en autorisant la substitution du bénéficiaire au tiers dans un contrat déclaré préalablement nul et, partant, réputé n'avoir jamais existé. L'article 1123, alinéa 2, du Code civil évite cette contradiction, puisqu'il impose au bénéficiaire, qui a satisfait à la double preuve requise, d'opter soit pour la nullité du contrat conclu en violation de son droit de préférence, soit pour sa substitution au tiers dans ce contrat.

Afin de protéger les tiers contre l'insécurité juridique engendrée par l'existence éventuelle d'un pacte de préférence, l'article 1123, alinéa 3, du Code civil, leur permet de contraindre préventivement le bénéficiaire du pacte de préférence à préciser ses intentions<sup>4</sup>. Aux termes de ce texte, en effet, le tiers informé de l'existence possible d'un pacte de préférence, peut demander par écrit au bénéficiaire de celui-ci de confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence de ce pacte et s'il a l'intention de s'en prévaloir. L'article 1123, alinéa 4, dispose qu'à défaut de répondre dans ce délai, le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité de ce contrat.

S'il ne rapporte pas la double preuve de la connaissance par le tiers de l'existence du pacte de préférence et de sa propre intention de s'en prévaloir, le bénéficiaire ne pourra obtenir la nullité ou la substitution forcée au tiers dans le contrat conclu. Il devra alors se contenter d'une condamnation à des dommages et intérêts en réparation du préjudice que la violation de ce pacte lui a causé.

### 3. Dénouement du pacte de préférence

Si le débiteur du pacte de préférence propose finalement au bénéficiaire de conclure le contrat définitif, ce bénéficiaire dispose d'une option : soit décliner la proposition, soit lever l'option.

#### a. Le bénéficiaire décline la proposition

Il peut le faire expressément ou tacitement en ne répondant pas dans le délai imparti ou dans un délai raisonnable à la proposition qui lui est faite.

Le « promettant » est alors libéré et pourra conclure la vente ou l'achat avec un tiers aux mêmes conditions<sup>5</sup>. Toutefois le promettant ne saurait proposer des conditions plus avantageuses à un tiers, sans reformuler au préalable une offre au bénéficiaire. Sinon, il pourrait faire échec à la force obligatoire du pacte de préférence, en fixant un prix dissuasif uniquement à dessein de provoquer une renonciation du bénéficiaire à l'exercice de son droit de préférence, pour ensuite vendre au tiers de son choix à des conditions plus favorables.

<sup>1</sup> Terré, Lequette et Chénéde, obs. ss. Ch. Mixte 26 mai 2006, *G.A.*, t. II, n° 163, n° 8 et les réf. Cf. Th. Piazzon « Retour sur la violation des pactes de préférence », *RTD civ.* 2009, 433 et suiv.

<sup>2</sup> Cette double preuve est requise du bénéficiaire du pacte alors même que le tiers est un professionnel et qu'il était au courant de l'existence du pacte : celui-ci n'a pas à s'enquérir des intentions du bénéficiaire (Civ. 3, 4 mars 2021, n° 19-22971 (P) ; *RDC* juin 2021, p. 15, obs. M. Latina ; *ibid.*, p. 18, note S. Pellet).

<sup>3</sup> Cf. not. Terré, Lequette et Chénéde, obs. préc., n° 8.

<sup>4</sup> M. de Fontmichel « Les nouvelles actions interrogatoires », *D.* 2016, 1665 ; H. Croze « Une vision procédurale de la réforme des obligations », *Procédures* avril 2016, étude 3, n° 10-11 ; X. Lagarde « Entre contrat et procédure : les actions interrogatoires », *D.* 2017, 715.

<sup>5</sup> Civ. 3, 29 janvier 2003, *B.* III, n° 24 ; *RTD civ.* 2003, 517, obs. P.-Y. Gautier ; *RDC* 2004, 340, obs. Ph. Brun : le bénéficiaire ne peut se plaindre de la conclusion du contrat avec un autre, en manifestant un repentir tardif.

b. Le bénéficiaire lève l'option

Le « promettant » devra alors conclure la vente avec le bénéficiaire. L'obligation du « promettant » est transmissible à ses ayants cause universel ou à titre universel, à moins que les parties n'aient conféré un caractère personnel à l'obligation souscrite<sup>1</sup>. Réciproquement, et sous la même réserve, le droit de préférence du bénéficiaire est transmissible à ses héritiers. Enfin, toujours sous la même réserve, le bénéficiaire du pacte peut céder son droit de préférence à un tiers, sauf à respecter les formalités exigées par les articles 1323 et 1324 du Code civil<sup>2</sup>.

## § 2 La promesse unilatérale de contrat

L'exemple le plus répandu est la promesse de vente : une seule des parties (le promettant) s'oblige à vendre, l'autre partie (le bénéficiaire) se réservant de « lever l'option », dans un délai déterminé. Le Code civil de 1804 était muet sur la promesse unilatérale de vente, car son article 1589, aux termes duquel « la promesse de vente vaut vente » ne concerne que la promesse synallagmatique, bien qu'il ne le précise pas. Seule la promesse synallagmatique de vente, en effet, peut valoir vente, c'est-à-dire équivaloir au contrat définitif.

L'actuel article 1124, issu de l'ordonnance du 10 février 2016, traite désormais de la promesse unilatérale de vente :

« La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire.

La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis.

Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul. »

On traitera de la nature juridique de la promesse unilatérale, puis de son régime juridique.

### A. Nature juridique de la promesse unilatérale

La promesse unilatérale est un contrat unilatéral, distinct du contrat définitif, comme l'article 1124, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil le précise expressément, en la définissant comme « le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat... »

Comme tout contrat, la promesse unilatérale de contrat suppose donc un accord de volontés, contrairement à l'offre, qui est une manifestation unilatérale de volonté. En revanche, une seule partie, le promettant, est obligée, car elle a accordé un droit d'option à l'autre partie, le bénéficiaire. La promesse de contrat est donc un contrat unilatéral, répondant à la définition que l'article 1106, alinéa 2, du Code civil donne d'un tel contrat.

En pratique, la promesse de vente prévoit toujours que le bénéficiaire devra verser, lors de sa conclusion, une certaine somme d'argent (souvent 10 % du prix, mais ce peut être davantage ou moins) qui, soit viendra en déduction du prix en cas de levée de l'option, soit restera définitivement acquise au promettant dans l'hypothèse contraire. On appelle cette somme une « indemnité d'immobilisation ».

<sup>1</sup> Soc. 14 janvier 1955, *B. IV*, n° 45 ; Civ. 1, 6 novembre 1963, *B. I*, n° 484.

<sup>2</sup> Civ. 3, 4 janvier 1995, n° 92-21449, *B. III*, n° 8 ; *Deffrénois* 1995, art. 36100, n° 62, obs. critiques Ph. Delebecque.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Selon la doctrine dominante et la jurisprudence, la promesse n'en devient pas pour autant une promesse synallagmatique<sup>1</sup>, pourvu du moins que le montant de l'indemnité d'immobilisation demeure nettement inférieur à celui du prix de vente convenu<sup>2</sup>.

Motif : les obligations ne sont pas « symétriques », réciproques ; le bénéficiaire ne s'est pas engagé à acquérir le bien, sauf si le montant de l'indemnité d'immobilisation est tel qu'il altère sa liberté de décision au point de l'obliger à acheter.

## B. Régime juridique de la promesse unilatérale

On verra successivement les conditions de validité de la promesse unilatérale, la situation née de cette promesse et, enfin, son dénouement.

### 1. Conditions de validité de la promesse unilatérale

Au fond, la promesse doit déterminer la chose et le prix. Comme le précise l'article 1124, alinéa 1er, du Code civil, tous les éléments essentiels de la vente doivent en effet être présents, puisque la levée d'option suffira à rendre la vente parfaite<sup>3</sup>.

En la forme, la promesse est soumise en principe au droit commun du consensualisme. Mais il existe un formalisme fiscal, concernant les promesses portant sur certains biens. A peine, en effet, de nullité, la promesse unilatérale de vente d'immeuble ou de fonds de commerce, de cession d'un bail immobilier ou de parts de sociétés immobilières doit être constatée par acte authentique ou sous seing privé enregistré dans les dix jours de son établissement (article 1589-2 du Code civil reprenant les dispositions de l'ancien article 1840 A du C.G.I.). L'objectif de cette disposition est de lutter contre certaines fraudes fiscales.

### 2. Situation née de la promesse unilatérale

On envisagera les rapports du promettant et du bénéficiaire, puis ceux du bénéficiaire et des tiers.

#### a. Rapport entre le promettant et le bénéficiaire

Jusqu'à la levée d'option, le bénéficiaire n'est titulaire que d'un droit de créance - certains disent un « droit potestatif » – consistant dans le pouvoir (*potestas*) de conclure le contrat définitif.

Mais le promettant n'en est pas moins obligé de respecter sa promesse. Aussi l'article 1124, alinéa 2, du Code civil lui interdit-il de se rétracter pendant le délai ouvert au bénéficiaire pour lever l'option :

« La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis. »

L'article 1124, alinéa 2, est ainsi revenu sur une jurisprudence très controversée et aujourd'hui du reste abandonnée<sup>4</sup>. Selon cette jurisprudence, le bénéficiaire de la promesse n'étant titulaire que d'un droit de créance, la révocation de celle-ci par le promettant avant la levée d'option ne lui ouvrait droit qu'au paiement de dommages et intérêts. Le bénéficiaire ne pouvait donc exiger l'exécution forcée de la promesse sous la forme de la conclusion du contrat définitif<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 3, 16 novembre 1994, n° 92-16099, *B. III*, n° 196 ; *D.* 1995, *somm.* 279, obs. F. Magnin ; rappr. Com. 25 avril 1989, n° 87-17281, *B. IV*, n° 136, pour un « dépôt d'arrhes » ; Civ. 3, 1<sup>er</sup> décembre 2010, n° 09-65673, *B. III*, n° 252 ; *D.* 2012, 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *JCP* 2011, 481, note Y. Dagorne-Labbé ; *RDC* 2011, 420, obs. Y.-M. Laithier et 928, obs. S. Gaudemet ; *RTD civ.* 2011, 346, obs. B. Fages et 379, obs. B. Vareille ; *Droit et patrimoine* juin 2011, 73, obs. L. Aynès ; *Deffrénois* 2011, 378, obs. G. Champenois, pour un « dépôt de garantie ».

<sup>2</sup> Civ. sect. com. 20 novembre 1962, n° 59-11.863, *B. III*, n° 470 ; *D.* 1963, *J.* 3 ; Com. 13 février 1978, n° 76-13429, *B. IV*, n° 60 ; Civ. 3, 26 septembre 2012, n° 10-23912, *RTD civ.* 2012, 723, obs. B. Fages ; *RDC* 2013, 59, obs. Y.-M. Laithier ; rappr. Com. 9 novembre 1971, n° 70-13996, *B. IV*, n° 273 ; *D.* 1972, *J.* 62 ; *JCP* 1972, II, 16962, note P.L.

<sup>3</sup> *Cf. infra*.

<sup>4</sup> Même pour les contrats conclus antérieurement à la réforme du droit des contrats, auxquels cette réforme est inapplicable (*cf. infra*).

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Initialement cette jurisprudence s'était fondée sur l'ancien article 1142 du Code civil, aux termes duquel « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur. » En effet, le promettant aurait été débiteur d'une obligation de faire, dont l'objet serait de conclure ce contrat si le bénéficiaire lève l'option. Or, en application de l'article 1142, cette obligation de faire aurait été insusceptible d'exécution forcée<sup>1</sup>.

Toutefois, la majorité de la doctrine avait critiqué la qualification d'obligation de faire. En effet, le promettant a d'ores et déjà donné son consentement au contrat définitif et n'a plus d'autre alternative que d'attendre que le bénéficiaire unisse ou non son consentement au contrat définitif au sien, en levant ou non l'option<sup>2</sup>. A proprement parler, il n'a donc plus « rien à faire »<sup>3</sup>. En outre, et en toute hypothèse, selon la Cour de cassation elle-même, l'exécution forcée en nature des obligations de faire devait être ordonnée toutes les fois qu'elle est possible<sup>4</sup>, c'est-à-dire sauf dans les cas où l'obligation présentant un caractère éminemment personnel, son exécution porterait une atteinte intolérable à la liberté du débiteur. Du reste, l'ordonnance du 10 février 2016 ayant aboli la distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire, n'a pas repris l'ancien article 1142 du Code civil : l'article 1221 du Code civil, qui s'y est substitué, affirme le droit, d'une manière générale, du créancier à l'exécution en nature<sup>5</sup>, « sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier. »

Aussi la Cour de cassation fonda-t-elle ultérieurement sa solution sur les anciens articles 1101 – définissant le contrat en général – et 1134 du Code civil, et non plus sur l'ancien article 1142 du Code civil<sup>6</sup>. La vente n'aurait pu, en effet, être considérée comme formée, faute d'un accord de volontés entre les parties. En effet, le promettant qui s'est rétracté, ne veut plus vendre. Or le juge n'aurait pas le pouvoir de « ressusciter un consentement qui s'est dissous dans le mépris de la parole donnée »<sup>7</sup>. Si la justification juridique avait changé, la solution demeurerait donc.

La doctrine lui adressa des objections d'ordre théorique et pratique<sup>8</sup>. D'un point de vue théorique, tout d'abord, on fit valoir que la promesse de contrat est un contrat, même s'il n'est que préparatoire. Aussi la rencontre des volontés entre promettant et bénéficiaire s'est-elle produite dès la conclusion de la promesse. Seule une manifestation unilatérale de volonté du bénéficiaire est désormais requise, pour que la promesse se transforme en vente définitive. Dès sa conclusion, la promesse engage donc, irrévocablement le promettant, ce qui, en application de l'ancien article 1134, alinéa 2, du Code civil – devenu l'article 1193 du Code civil – aurait dû lui interdire de revenir unilatéralement sur la parole donnée. D'un point de vue pratique, la solution jurisprudentielle présentait l'inconvénient de fragiliser la promesse de vente, puisqu'elle donnait la possibilité au promettant de renier son engagement, même s'il s'exposait, bien entendu, au paiement de dommages-intérêts au bénéficiaire.

Les conséquences de l'inexécution de la promesse unilatérale de vente se trouvaient ainsi curieusement alignées sur ceux de la révocation intempestive d'une offre, laquelle, en droit commun, n'ouvre droit qu'à des dommages-intérêts au profit de l'autre partie<sup>9</sup>. Or, s'il en va de la sorte, c'est parce que l'offre n'est qu'un acte unilatéral, soustrait comme tel à l'application de l'article 1103 du Code civil – ancien article 1134 – tant que son acceptation n'est pas intervenu pour former le contrat. Au contraire, la promesse unilatérale de vente est bien un contrat.

<sup>5</sup> D. Mainguy « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », *RTD civ.* 2004, 1 et suiv. ; D. Martin « Des promesses précontractuelles », in : *Mélanges J. Béguin*, 2005, 487 et suiv. ; N. Molfessis « De la prétendue rétractation du promettant dans la promesse unilatérale de vente ou pourquoi le mauvais usage d'un concept inadapté doit être banni », *D.* 2012, 231 ; Y. Paclot et E. Moreau « L'inefficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de vente, "Comme un coup de tonnerre dans le ciel des obligations" », *JCP E* 2011, 1504 ; L. Aynès « Faut-il abandonner la promesse unilatérale de vente ? », *Deffrénois* 2011, 1023 ; M. Fabre-Magnan « De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente », *D.* 2015, 826.

<sup>1</sup> Civ. 3, 15 décembre 1993, *Cruz*, n° 91-10199, *B. III*, n° 174 ; *D.* 1994, *J.* 507, note F. Bénac-Schmidt ; *D.* 1995, *somm.* 87, obs. L. Aynès ; *JCP* 1995, II, 22366, note D. Mazeaud ; Civ. 3, 28 octobre 2003, n° 02-14459, *RDC* 2004, 270, obs. D. Mazeaud ; Civ. 3, 27 mars 2008, n° 07-11721.

<sup>2</sup> Cf. A. Gaudemet, note ss. Com. 13 septembre 2011, citée *infra*.

<sup>3</sup> D. Mazeaud, *RDC* 2005, 64 ; F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde, obs. ss. Ch. Mixte 26 mai 2006, *G.A.*, t. II, n° 163, n° 10.

<sup>4</sup> Civ. 1, 16 janvier 2007, n° 06-13983, *B. I*, n° 19 ; *D.* 2007, *J.* 1119, note O. Gout ; *ibid.* 2966, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *RDC* 2007, 719, obs. D. Mazeaud et 741, obs. G. Viney ; *JCP* 2007, I, 161, obs. M. Mekki ; *CCC* 2007, 144, note L. Leveneur ; *RTD civ.* 2007, 342, obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>5</sup> Cf. *infra* : sous-titre II « Les effets du contrat », chap. II « L'inexécution du contrat ».

<sup>6</sup> Civ. 3, 25 mars 2009, n° 08-12237, *B. III*, n° 69 ; *D.* 2010, 224, obs. S. Amrani Mekki ; *JCP* 2009, 213, note F. Labarthe ; *RDC* 2009, 995, obs. Y.-M. Laithier, *a contrario* ; Civ. 3, 11 mai 2011, n° 10-12875, *B. III*, n° 77 ; *D.* 2011, *J.* 1457, note D. Mazeaud et 1460, note D. Mainguy ; *CCC* 2011, comm. N° 185, note L. Leveneur ; *Deffrénois* 2011, p. 1023, obs. L. Aynès ; *JCP N* 2011, no 1163, rapp. Rouzet ; *Rev. Lamy dr. civ.* 2011/84, n° 4293, obs. Ch. Paulin ; *RTD civ.* 2011, p. 532, obs. B. Fages ; Com. 13 septembre 2011, *D.* 2012, *J.* 130, note A. Gaudemet ; *Rev. soc.* 2012, 22 ; *RTD civ.* 2011, 758, obs. B. Fages ; *JCP* 2011, 1353, note J. Heymann ; *Bull. Joly* 2012, 10, note F. Danos ; Civ. 3, 12 juin 2013, n° 12-19105, visant en outre l'article 1583 du Code civil ; cf. toutefois, non publié au *Bulletin* : Civ. 3, 6 septembre 2011, *D.* 2012, *J.* 2838, note C. Grimaldi ; *JCP* 2011, 1316, note L. Perdrix.

<sup>7</sup> F.-X. Lucas, obs. ss. Paris 21 décembre 2003, *RDC* 2003, 165.

<sup>8</sup> Mazeaud, note *D.* 2011, *J.* 1457, n° 6 et suiv.

<sup>9</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 259 ; Terré, Lequette et Chénéde, obs. préc. ss. Ch. Mixte 26 mai 2006, n° 10.



Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

En frappant d'inefficacité la rétractation du promettant à l'intérieur du délai d'option, peu important que la levée d'option soit, ou non, intervenue, l'article 1124, alinéa 2, du Code civil admet la possibilité d'une exécution forcée de la promesse unilatérale, conformément à l'opinion soutenue par la doctrine dominante. Le législateur a donc condamné la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation<sup>1</sup>.

Soucieuse de faire converger le droit ancien et le droit nouveau, la Chambre sociale de la Cour de cassation est, depuis lors, revenue sur la jurisprudence *Cruz* pour ce qui est des promesses unilatérales de contrat conclues avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016. Justifiant sa solution par « l'évolution du droit des obligations », elle a en effet jugé que si la rétractation intempestive d'une offre, acte unilatéral, n'est sanctionnée que par une responsabilité extracontractuelle du pollicitant, en revanche la révocation d'une promesse unilatérale de contrat avant la levée de l'option par son bénéficiaire, n'empêche pas la formation du contrat définitif<sup>2</sup>. Ainsi la révocation d'une telle promesse est-elle, pour la Chambre sociale, sanctionnée de manière identique, qu'elle soit soumise aux dispositions de l'ordonnance du 10 février 2016 ou au droit antérieur.

Dans un premier temps, la troisième Chambre civile s'en était, au contraire, tenue à sa jurisprudence traditionnelle, selon laquelle « la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse unilatérale postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée », en visant les anciens articles 1101 et 1134 du Code civil pour casser un arrêt d'appel qui avait, à rebours, jugé inefficace la rétractation du promettant antérieure à la levée d'option.<sup>3</sup> Mais, confrontée à la résistance de la cour d'appel de renvoi, la troisième Chambre civile est revenue sur sa solution, dans la même affaire<sup>4</sup> puis dans d'autres<sup>5</sup>. En effet, elle a refusé finalement toute efficacité à la rétractation du promettant antérieurement à la levée d'option, aux motifs que, à la différence d'une « simple offre de vente », la promesse unilatérale de vente est un avant-contrat, par lequel, dès sa conclusion, le promettant s'engage définitivement à vendre. Ainsi la troisième Chambre civile a-t-elle abandonné sa jurisprudence *Cruz*, afin de faire coïncider le droit antérieur avec celui issu de l'ordonnance du 10 février 2016.

#### b. Rapport entre le bénéficiaire et les tiers

Il résulte de la nature personnelle de son droit, qu'en principe le bénéficiaire ne peut en imposer le respect aux tiers, comme il le ferait d'un droit réel. Il en va ainsi quand bien même il aurait procédé à la publicité foncière de la promesse de vente d'un immeuble, comme l'article 37 du décret du 4 janvier 1955 sur la publicité foncière le lui permet. Ce texte prévoit en effet une publicité facultative, uniquement pour l'information des tiers et non pour leur rendre opposable le droit de créance que la promesse a conféré à son bénéficiaire.

Toutefois, l'article 1124, alinéa 3, du Code civil apporte une exception à ce principe, au détriment du tiers de mauvaise foi. En effet, aux termes de ce texte, « Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul. » La sanction de la mauvaise foi du tiers est donc en nature, le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale pouvant être anéanti à la demande du bénéficiaire.

Dans cette hypothèse, le bénéficiaire de la promesse unilatérale de contrat violée pourra en exiger l'exécution forcée en nature. En effet, aux termes de l'article 1221 du Code civil, le créancier d'une obligation contractuelle inexécutée peut en poursuivre l'exécution forcée en nature, sauf si celle-ci est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi<sup>6</sup> et son intérêt pour le créancier<sup>7</sup>. Or l'annulation, par le juge, du contrat conclu avec le tiers de mauvaise

<sup>1</sup> Houtcieff, *Droit des contrats*, n° 210 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 265-266.

<sup>2</sup> Soc. 21 septembre 2017, n° 16-20103 et 16-20104 (deux arrêts), *B. V.*, n° ; *Gaz. Pal.* 10 octobre 2017, p. 13, note M. Latina.

<sup>3</sup> Civ. 3, 6 décembre 2018, n° 17-21170 17-21171 F-D, *D.* 2019, 300 ; *ibid.* 279, obs. M. Mekki ; *ibid.* 298, avis P. Brun ; *ibid.* 301, note M. Mekki ; *AJDI* 2019, 154 ; *AJ Contrat* 2019, 94, obs. D. Houtcieff ; *JCP* 2019, 418, note N. Molfessis ; *CCC* 2019, *comm.* 39, note L. Leveneur ; *RDC* 2019, n° 115, p. 22, obs. Y.-M. Laithier ; *LEDC* 2019, n° 112b24, obs. M. Latina ; *Dr. Sociétés* 2019, *Repère* 4, obs. J. Heinich.

<sup>4</sup> Civ. 3, 23 juin 2021, n° 20-17554, *B. III*, n° ; *Lettre C3*, n° 4, juillet 2021, p. 5 ; *D.* 2021, 1574, note L. Molina ; *JCP* 2021, *doctr.* 787, n° 1, obs. G. Loiseau ; *Gaz. Pal.* 7 septembre 2021, n° 425g3, p. 22, note Ch.-E. Bucher ; I. Najjar « Promesse unilatérale de vente : un régime juridique désormais unifié – Libres propos », *JCP* 2021, 858 ; M. Mekki « Vente d'immeuble – L'ambivalence de la force obligatoire des contrats », *JCP N* 2021, n° 26, 2 juillet 2021, 4.

<sup>5</sup> Civ. 3, 20 octobre 2021, n° 20-18514 (B).

<sup>6</sup> Ce que n'est pas, bien évidemment, le promettant qui a contracté avec un tiers en violation de la promesse de vente qu'il avait souscrite.

<sup>7</sup> « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier. » *Cf. infra* : sous-titre II « Les effets du contrat », chap. II « L'inexécution du contrat », section 1 « Les droits du créancier de l'obligation inexécutée », § 1 « L'exécution forcée en nature de l'obligation contractuelle ».

foi entraîne sa disparition rétroactive : « Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé » (article 1178, alinéa 2, du Code civil)<sup>1</sup>. Cette annulation rend donc possible l'exécution forcée en nature de la promesse unilatérale de contrat<sup>2</sup>.

La jurisprudence antérieure retenait une solution moins radicale, en appliquant les règles de la responsabilité civile. Elle permettait en effet simplement au bénéficiaire d'engager la responsabilité du tiers de mauvaise foi, ayant acquis du promettant un immeuble qu'il savait faire l'objet d'une promesse, se rendant ainsi complice de sa violation par ledit promettant<sup>3</sup>. Les tribunaux décidaient alors du mode de réparation le plus adéquat au dommage subi, dommages-intérêts ou réparation en nature sous forme d'une annulation de la vente critiquée<sup>4</sup>.

Contrairement à ce qu'ils ont prévu pour la violation du pacte de préférence (article 1123, alinéa 2, du Code civil)<sup>5</sup>, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 n'ont toutefois pas reconnu une faculté d'obtenir directement sa substitution au tiers de mauvaise foi dans le contrat conclu au bénéficiaire d'une promesse unilatérale de contrat. Cette option aurait pourtant présenté un intérêt, dans l'hypothèse où le bénéficiaire de la promesse unilatérale, informé de la violation par le promettant de celle-ci, ne lève pas l'option dans les délais impartis. Il pourrait en effet ainsi devenir partie au contrat initialement conclu avec le tiers, malgré la caducité de la promesse unilatérale de contrat<sup>6</sup>.

### 3. Dénouement de la promesse unilatérale

Deux possibilités s'offrent au bénéficiaire de la promesse : abandonner l'option ou la lever.

#### a. Abandon de l'option

Le bénéficiaire renonce à la vente, soit expressément, soit en s'abstenant de lever l'option dans le délai que la promesse lui impartit. La promesse est alors caduque, et l'indemnité d'immobilisation définitivement acquise au promettant, à moins que les parties ne soient convenues de proroger le délai d'option<sup>7</sup>.

#### b. Levée d'option

Pour être efficace, la levée d'option doit intervenir dans le délai que la promesse impartit au bénéficiaire pour exercer son option : le contrat définitif de vente est formé, au moment où elle intervient.

C'est donc à cette date qu'il convient de se placer pour apprécier la validité de cette vente, par exemple au regard des règles de la lésion s'agissant de la promesse de vente immobilière (article 1675, alinéa 2, du Code civil)<sup>8</sup>.

Si la promesse ne prévoit aucun délai pour lever d'option, il appartient au promettant de mettre le bénéficiaire en demeure de lever l'option dans un délai déterminé, puis, dans l'hypothèse où la mise en demeure reste infructueuse, d'exercer la faculté de rompre unilatéralement la promesse<sup>9</sup>. En effet, cette faculté de rupture unilatérale est ouverte, par la jurisprudence et aujourd'hui par l'article 1211 du Code civil, à chacune des parties à un contrat à durée indéterminée. Cependant, en cas d'inaction du promettant, la levée d'option n'en doit pas moins intervenir dans un délai raisonnable, au-delà duquel la promesse est caduque, d'après un arrêt récent de la Cour de cassation<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> Cf. *infra* : chap. IV « La nullité, sanction des conditions de formation du contrat », section 2 « Effets de la nullité », § 2 « Restitutions ».

<sup>2</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 268.

<sup>3</sup> Civ. 3, 8 juillet 1975, *Bull. civ.* III, n° 49 ; *Gaz. Pal.* 1975, II, 781.

<sup>4</sup> Malaurie, Aynès et Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, n° 103, raisonnant par analogie avec : Civ. 1, 12 juin 1954, *B. I.*, n° 190 ; *JCP* 1954, II, 8225, rendu à propos de la violation d'un pacte de préférence, ne conférant, lui aussi, qu'un droit personnel au bénéficiaire du droit de préférence.

<sup>5</sup> Cf. *infra* : c. « Le pacte de préférence ».

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Houtcieff, *Droit des contrats*, n° 205 ; Civ. 3, 8 octobre 2003, n° 02-11953, *B. III*, n° 176 ; *RTD civ.* 697, obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>8</sup> Cf. *infra*.

<sup>9</sup> Civ., 10 juin 1941, *B. I.*, n° 150 ; *RTD civ.* 1940-1941, 602, obs. J. Carbonnier ; Civ. sect. civ. 4 avril 1949, *B. I.*, n° 125 ; *RTD civ.* 1949, 423, obs. J. Carbonnier ; Civ. 3, 24 avril 1970, n° 68-10536, *B. III*, n° 279.

En levant l'option, le bénéficiaire de la promesse unilatérale de vente cesse d'être créancier pour devenir titulaire d'un droit réel de propriété sur le bien qui fait l'objet de la promesse. Si le promettant se refuse à transférer la propriété du bien, le bénéficiaire peut l'y contraindre, en demandant au tribunal de prononcer judiciairement le transfert de propriété à son profit<sup>1</sup>.

### § 3 La promesse synallagmatique de contrat

On exposera, là encore, la nature juridique de la promesse synallagmatique et son régime.

#### A. Nature juridique de la promesse synallagmatique

La promesse synallagmatique de contrat vaut contrat définitif. Elle n'en a pas moins son utilité en pratique.

##### 1. Équivalence de la promesse synallagmatique au contrat définitif

La promesse synallagmatique équivaut au contrat définitif, dont les effets sont simplement différés dans le temps. C'est ce qui explique que le Code civil n'en traite pas à propos de la conclusion du contrat, comme il le fait pour la promesse unilatérale et le pacte de préférence.

Dans la promesse de vente, notamment, la plus fréquente des promesses synallagmatiques, les deux parties s'obligent réciproquement, l'une à vendre et l'autre à acquérir. La promesse vaut alors vente (article 1589, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil). Bien que le texte ne le précise pas, il vise uniquement la promesse synallagmatique, par opposition à la promesse unilatérale<sup>2</sup>. En effet, cette dernière ne saurait valoir vente, dès lors qu'elle n'engage que le promettant, tandis que le bénéficiaire demeure libre de lever ou non l'option qui lui a été consentie, pour transformer cette promesse unilatérale en vente définitive<sup>3</sup>.

Motif de l'assimilation de la promesse synallagmatique à la vente : le seul échange des consentements forme la vente, indépendamment de la tradition de la chose (articles 1196, alinéa 1<sup>er</sup> et 1583 du Code civil)<sup>4</sup>. Dès lors, promesse de vente synallagmatique et vente ne font en principe qu'un.

Dans le jargon notarial ou celui des agences immobilières, cette promesse synallagmatique de vente est désignée – improprement – sous le terme de « compromis ».

##### 2. Utilité de la promesse synallagmatique de contrat

La promesse synallagmatique est employée, lors que la conclusion du contrat définitif suppose, outre l'accord des volontés :

- soit l'accomplissement d'une formalité, par exemple la réitération de l'acte en la forme authentique en matière de vente immobilière, indispensable pour la rendre opposable aux tiers<sup>5</sup>.

<sup>10</sup> Com. 27 janvier 2021, n° 18-22492, *Gaz. Pal.* 13 avril 2021, n° 401t9, p. 26, obs. D. Houtcieff. Sur les points expliqués au texte, cf. la note de M. Houtcieff.

<sup>1</sup> Civ. 3, 26 juin 1996, *B. III*, n° 165 ; *D.* 1997, *somm.* 169, obs. D. Mazeaud.

<sup>2</sup> Com. 25 avril 1989, *B. IV*, n° 136.

<sup>3</sup> *Cf. supra* : § 2 « Promesse unilatérale », 2. « Situation née de la promesse unilatérale ».

<sup>4</sup> *Cf. supra* : chap. préliminaire « Notions générales sur le contrat », section 3 « Classifications des contrats », § 1 « Classifications fondées sur les conditions de formation des contrats », A. « Contrats consensuels, solennels, réels ».

<sup>5</sup> L'opposabilité du droit réel de l'acquéreur en matière de vente immobilière est subordonnée à la condition que l'acte authentique de vente ait été publié au service de la publicité foncière ; à défaut, ce droit est inopposable aux tiers qui ont acquis un droit réel concurrent – droit de propriété résultant d'une seconde vente, servitude, hypothèque – sur le même immeuble et l'ont antérieurement publié (article 28, 1<sup>o</sup> et 30, alinéa 1<sup>er</sup>, du décret du 4 janvier 1955 sur la publicité foncière. Or seuls des actes authentiques peuvent être publiés au service de la publicité foncière, d'où la nécessité de constater la vente immobilière dans un tel acte.

L'opposabilité du droit réel de l'acquéreur en matière de vente immobilière requiert en effet la publication de l'acte authentique de vente au service de la publicité foncière ; à défaut, ce droit est inopposable aux tiers qui ont acquis un droit réel concurrent – droit de propriété résultant d'une seconde vente, servitude, hypothèque – sur le même immeuble et l'ont antérieurement publié (article 28, 1° et 30, alinéa 1<sup>er</sup>, du décret du 4 janvier 1955 sur la publicité foncière).

L'article 1198, alinéa 2, du Code civil fait application de ce principe à l'hypothèse particulière où le vendeur a vendu successivement son immeuble à deux acquéreurs successifs. Le second acquéreur, selon ce texte, l'emporte sur le précédent, s'il a publié son titre d'acquisition le premier au fichier immobilier, sous réserve toutefois qu'il soit de bonne foi.

Or seuls des actes authentiques peuvent être publiés au service de la publicité foncière (article 4, alinéa 1<sup>er</sup>, du décret du 4 janvier 1955). Bien que la vente soit par nature un contrat consensuel (article 1583 du Code civil), il est donc nécessaire de constater la vente immobilière dans un acte authentique, aux fins d'opposabilité à certains tiers.

- Soit la réalisation d'une ou plusieurs conditions suspensives, par exemple obtention par l'acquéreur d'un prêt destiné à financer l'acquisition, le non-exercice par une commune de son droit de préemption, toujours en matière de vente immobilière.

Suivant les endroits, on a coutume, en matière immobilière, de conclure soit une promesse unilatérale de vente assortie d'une indemnité d'immobilisation restant acquise au promettant si le bénéficiaire ne lève pas l'option, soit un « compromis » obligeant chacune des parties. La promesse unilatérale ou le « compromis » est presque systématiquement assorti de conditions suspensives du type précédemment indiqué, ainsi que d'un terme pour la réalisation de la vente par acte authentique.

## B. Régime juridique de la promesse synallagmatique

Le principe selon lequel la promesse synallagmatique équivaut au contrat définitif engendre plusieurs conséquences, relatives tant à la formation qu'aux effets de cet avant-contrat.

### 1. Formation de la promesse synallagmatique

La formation de la promesse synallagmatique est soumise aux mêmes conditions de formation que le contrat définitif. Ainsi, en matière de vente, est-ce à la date de la promesse synallagmatique que les conditions de validité de la vente doivent être réunies : capacité des parties, existence et détermination de la chose et du prix, lésion...

### 2. Effets de la promesse synallagmatique

La promesse synallagmatique valant contrat définitif, l'exécution forcée de la promesse synallagmatique est possible, conformément aux articles 1217 et 1221 du Code civil.

Ainsi, notamment, la promesse synallagmatique de vente valant vente, engendre deux obligations à terme : l'une de délivrer la chose corrélativement au transfert de propriété, à la charge du vendeur, et l'autre de payer le prix, à la charge de l'acquéreur. Si le délai prévu pour la conclusion du contrat définitif est expiré et que l'une ou l'autre des parties se refuse à l'exécution, son cocontractant pourra l'y contraindre, de deux manières possibles :

- soit une contrainte indirecte sous la forme d'une condamnation judiciaire sous astreinte à transférer la propriété de la chose et assurer la délivrance ou à payer le prix,
- soit une contrainte directe par le prononcé, sur assignation en justice de l'autre partie, d'un jugement valant vente, publié ensuite, au lieu et place de l'acte notarié, au service de la publicité foncière, afin de rendre la vente opposable aux tiers.

## Section 4 : La conclusion du contrat électronique

- Les articles 1125 et suivants du Code civil contiennent des « dispositions propres au contrat conclu par voie électronique ». Ces dispositions avaient déjà été greffées sur l'ancien titre III du livre III du Code civil de 1804. Elles représentent la transposition, en droit interne, d'une directive européenne 2000/31/CE, par une loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. On reconnaît sans difficulté, dans ces dispositions, le style bureaucratique, indigeste et abscons de MM. les technocrates de l'Union européenne.
- La loi du 21 juin 2004 n'est pas une loi de protection du consommateur : elle régit toutes les transactions effectuées par voie électronique, d'où la codification de ses dispositions à l'intérieur du Code civil, et non dans le Code de la consommation.

On étudiera successivement l'offre, l'acceptation et la rencontre des volontés dans le contrat électronique. La complexité et l'obscurité des dispositions légales en rendant difficile la mémorisation, on se bornera à en résumer l'essentiel, dans une perspective pratique.

### § 1 L'offre

Tout professionnel du commerce électronique doit mettre à disposition les stipulations contractuelles applicables, d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction (article 1127-1, alinéa 1er, du Code civil).

#### A. Contenu de l'offre

L'offre contient plusieurs mentions obligatoires (article 1127-1, alinéa 2) :

- étapes à suivre pour la conclusion du contrat électronique,
  - moyens techniques permettant d'identifier d'éventuelles erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger,
  - langues proposées pour la conclusion du contrat au nombre desquelles doit figurer la langue française,
  - moyen de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant se soumettre.
- Ces exigences sont toutefois inapplicables aux contrats de fourniture de biens ou de prestations de services conclus uniquement par échange de courriers électroniques – contrats en ligne – (article 1127-3, alinéa 1er).
  - En outre, il peut y être dérogé dans les contrats conclus entre professionnels (article 1127-3, alinéa 2).

#### B. Obligation de maintien de l'offre émise à titre professionnel

L'auteur d'une offre émise à titre professionnel reste engagé par elle tant qu'elle reste accessible par voie électronique de son fait (article 1127-1, alinéa 2). En d'autres termes, l'offre ne tombe en caducité qu'à partir du moment où le professionnel la retire de son site internet.

## § 2 L'acceptation

Elle requiert, en principe, un double clic, mais la loi prévoit des exceptions.

### A. Principe : acceptation par double clic

Aux termes de l'article 1127-2 du Code civil :

« Le contrat n'est valablement conclu que si le destinataire de l'offre a eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total et de corriger d'éventuelles erreurs avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation définitive. »

Ce texte exige donc l'acceptation par double clic dans le contrat électronique : premier clic, j'accepte ; second clic, je confirme ma commande. Il s'agit d'éviter les acceptations irréfléchies, celles résultant d'une méprise ou encore celles imputables à une mauvaise manipulation de la souris.

Dans les contrats électroniques conclus entre professionnels et consommateurs, le consommateur dispose toutefois, comme dans tout contrat conclu à distance, d'un délai de quatorze jours pour se rétracter, courant en principe à compter de la réception de la commande (article L. 221-18 précité du Code de la consommation). Rappelons que, d'ordre public, ce droit de rétractation peut être exercé sans que le consommateur ait à justifier d'un motif ou à exposer de frais (même texte)<sup>1</sup>.

### B. Dérogations au principe

La règle de l'acceptation par double clic connaît les mêmes exceptions que celles relatives aux mentions obligatoires de l'offre dans le commerce électronique :

- elle est inapplicable aux contrats de fourniture de biens ou de prestations de services conclus uniquement par échange de courriers électroniques – contrats en ligne – (article 1127-3, alinéa 1er).
- En outre, il peut y être dérogé dans les contrats conclus entre professionnels (article 1127-3, alinéa 2).

## § 3 La rencontre des volontés

La doctrine dominante déduisait des termes de l'ancien article 1369-5 du Code civil (« Le contrat est valablement conclu... ») que le contrat électronique se forme dès l'émission de l'acceptation par double clic. Les termes du nouvel article 1127-2, alinéa 1<sup>er</sup>, précité – « Le contrat n'est valablement conclu... » semblent appeler une interprétation similaire. En matière de contrats électroniques, il est ainsi fait exception au principe selon lequel le contrat n'est conclu qu'à la date de la réception de l'acceptation.

L'auteur de l'offre doit alors accuser réception, sans délai injustifié, par voie électronique, de la commande qui lui a été adressée (article 1127-2, alinéa 2).

Il convient néanmoins de relativiser la portée de cette exception au droit commun de la date de conclusion du contrat. Elle ne joue, en effet, que pour les contrats électroniques soumis à la règle du double clic. Les contrats

<sup>1</sup> Cf. *supra* : section 1 « La conclusion d'un contrat classique », § 2 « L'acceptation », C. « Effets de l'acceptation ».

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

conclus par échange de courriers électroniques ne sont pas concernés et il peut y être dérogé dans les contrats électroniques conclus entre professionnels (article 1127-3).

## CHAPITRE II : LA VALIDITÉ DU CONTRAT

L'article 1128 du Code civil énonce trois conditions « nécessaires à la validité d'un contrat » :

- « 1° Le consentement des parties ;
- 2° Leur capacité de contracter ;
- 3° Un contenu licite et certain. »

Les deux premières conditions énumérées par l'article 1128 sont relatives aux contractants, la dernière au contenu du contrat.

Si une ou plusieurs de ces conditions font défaut, le contrat ne pourra produire d'effets entre les parties (et *a fortiori* à l'égard des tiers). En effet, l'article 1103 du Code civil n'attribue force obligatoire qu'aux contrats « légalement formés », c'est-à-dire à ceux qui satisfont aux conditions de validité énumérées par l'article 1128.

Remarque : la question de savoir si le contrat remplit les conditions légales pour être valable, ne se pose, bien entendu, que dans la mesure où les volontés des parties se sont effectivement rencontrées pour le conclure, selon le processus décrit dans le chapitre précédent.

### Section préliminaire : Aperçu des sanctions attachées à la validité du contrat

*De lege ferenda*, on pourrait imaginer un mécanisme préventif, consistant en un contrôle *a priori* de la réunion de ces conditions. La conclusion du contrat serait alors subordonnée à une autorisation administrative. Tel n'est cependant pas, sauf dans des cas très rares, la solution retenue en droit civil français. Elle serait, en effet, d'une « lourdeur insupportable » et « directement attentatoire à la liberté contractuelle et au consensualisme »<sup>1</sup>.

Pour assurer le respect des conditions légale de validité du contrat, le droit français a donc traditionnellement recours à des sanctions *a posteriori*. En d'autres termes, le contrat est présumé régulièrement conclu et c'est à la partie qui soutient qu'une des conditions de validité de ce contrat fait défaut, d'en apporter la démonstration, en saisissant le juge compétent à cet effet.

Du reste, l'article 1178, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil consacre expressément ce principe, à propos de la principale sanction susceptible de frapper un contrat formé au mépris de ses conditions légales de validité :

« La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord. »

Cela étant, les sanctions affectant *a posteriori* la formation d'un tel contrat sont de trois ordres : la nullité, la réparation, la répression.

#### § 1 La nullité du contrat

<sup>1</sup> Terré, Simler et Lequette, *Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., n° 80.



C'est la sanction principale du défaut d'une des conditions légales de validité du contrat. On évoquera rapidement l'effet inhérent à toute nullité, puis les différents types de nullité.

## A. Effet inhérent à toute nullité d'un acte juridique

La nullité consiste à priver rétroactivement d'efficacité l'acte juridique, le contrat ne réunissant pas les conditions de l'article 1128 ou, du moins, certaines de ses clauses. Aux termes, en effet, de l'article 1178, alinéa 2, du Code civil<sup>1</sup> :

« Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé. »

Ce texte reprend un principe doctrinal et jurisprudentiel traditionnel : *Quod nullum est, nullum producit effectum*, ce qui est nul est censé n'avoir jamais existé, selon la formule employée par la Cour de cassation<sup>2</sup>.

## B. Différents types de nullités d'un acte juridique

Sauf à y revenir plus en détail ultérieurement<sup>3</sup>, le Code civil distingue deux espèces de nullités de l'acte juridique, la nullité absolue et la nullité relative. Il énonce leur critère de distinction et assigne à chacune un régime juridique différent.

### 1. Critère de distinction de la nullité absolue et de la nullité relative

Aux termes de l'article 1179 du Code civil :

« La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général. Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé. »

Ainsi le critère de distinction entre les deux nullités réside-t-il dans le but ou l'objet – le fondement, aussi – de la règle transgressée à l'occasion de la formation du contrat :

- la nullité est absolue, lorsque la règle méconnue a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général ;
- la nullité est relative, lorsque la règle méconnue a pour seul objet la sauvegarde d'intérêts privés.

Mais ces nullités n'en ont pas moins, on l'a dit, les mêmes effets, à savoir l'annulation du contrat ou, à tout le moins, de certaines de ses clauses. Il ne faut donc pas se laisser abuser par la terminologie, trompeuse, de « nullité relative » et de « nullité absolue ».

### 2. Régimes juridiques respectifs de la nullité absolue et de la nullité relative

Si les deux types de nullités sont soumis à une prescription extinctive identique, en revanche elles obéissent à des règles différentes de mise en œuvre.

#### a. Prescription de la nullité

Depuis une loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription, nullité absolue et nullité relative sont soumises au même délai de prescription extinctive, le délai de cinq ans de la prescription de

<sup>1</sup> Texte ouvrant la section IV « Les sanctions » du chapitre II « La formation du contrat », du sous-titre 1 « Le contrat » du titre III du livre III du Code civil.

<sup>2</sup> Cf. *infra*.

<sup>3</sup> Cf. *infra*.

droit commun<sup>4</sup>. L'action personnelle est en effet une action personnelle, par opposition aux actions réelles ou « mixtes ». Or, aux termes de l'article 2224 du Code civil :

« Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. »

Le délai de la prescription extinctive de droit commun est de cinq ans, mais son point de départ est reculé, comme l'indique le texte. En effet, la prescription court seulement « à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. »

b. Mise en œuvre de la nullité

En revanche, les articles 1180 et 1181 du Code civil opposent les deux nullités dans leur mise en œuvre.

Aux termes de l'article 1180 :

« La nullité absolue peut être demandée par toute personne justifiant d'un intérêt, ainsi que par le ministère public.  
Elle ne peut être couverte par la confirmation du contrat. »

Et selon l'article 1181 :

« La nullité relative ne peut être demandée que par la partie que la loi entend protéger.  
Elle peut être couverte par la confirmation.  
Si l'action en nullité relative a plusieurs titulaires, la renonciation de l'un n'empêche pas les autres d'agir. »

Ainsi :

- la nullité relative ne peut être invoquée que par la partie que la loi a entendu protéger, tandis que la nullité absolue peut être invoquée par tout intéressé ;
- l'acte entaché de nullité relative est susceptible de confirmation par la personne qui aurait pu invoquer cette nullité, c'est-à-dire que cette personne peut renoncer, expressément ou tacitement, à s'en prévaloir, alors que l'acte entaché de nullité absolue est insusceptible de confirmation.

## § 2 La réparation

L'article 1178, alinéa 4, du Code civil mentionne cette sanction traditionnelle de la méconnaissance des conditions de validité du contrat :

« Indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle. »

La réparation revient donc à obliger la partie fautive, à l'origine du défaut d'une des conditions de validité, à indemniser son cocontractant, par exemple la partie ayant induit en erreur l'autre partie et vicié ainsi son consentement, voire à indemniser des tiers.

Comme le précise l'article 1178, alinéa 4, cette réparation obéit aux conditions de la responsabilité extracontractuelle (articles 1240 et 1241 du Code civil – anciens articles 1382 et 1383). En effet, le contrat

<sup>4</sup> Jadis la prescription extinctive de la nullité absolue était de trente ans (ancien article 2262 du Code civil), tandis que celle de la nullité absolue était de cinq ans (ancien article 1304 du Code civil).

n'ayant, par hypothèse, pas été valablement formé, est censé n'avoir jamais existé. La responsabilité d'une partie envers l'autre ou *a fortiori* vis-à-vis d'un tiers ne peut donc qu'être de nature délictuelle ou quasi-délictuelle, extracontractuelle, et non pas contractuelle.

### § 3 La répression

La répression érige de surcroît en infraction pénale la méconnaissance de telle ou telle condition, par exemple un contenu licite dans un contrat de vente qui prévoit un « dessous de table » destiné à minorer frauduleusement les droits imposables.

Ces prolégomènes sur les sanctions de la violation des conditions de validité achevées, on étudiera successivement les trois conditions de validité du contrat posées par l'article 1128 du Code civil :

- section 1 : Le consentement des parties
- section 2 : la capacité et la représentation
- section 3 : le contenu du contrat

#### **Section 1 : Le consentement des parties**

Le consentement doit exister, tout d'abord ; il doit être intègre, c'est-à-dire exempt de vices, ensuite. Aussi les articles 1129 et suivants du Code civil traitent-ils successivement de l'existence du consentement et des vices du consentement, d'où le plan :

- Sous-section 1 : L'existence du consentement
- Sous-section 2 : L'intégrité du consentement

#### **Sous-section 1 : L'existence du consentement**

Aux termes de l'article 1129 du Code civil :

« il faut être sain d'esprit pour consentir valablement à un contrat. »

Ce texte renvoie expressément à l'article 414-1 du même code, lequel pose le même principe pour tous les actes juridiques, unilatéraux ou contractuels, patrimoniaux ou extra-patrimoniaux :

« Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. »

Cette exigence d'une lucidité d'esprit au moment de l'acte se traduit juridiquement de deux façons, selon que l'acte accompli émane d'une personne juridiquement incapable ou, au contraire, d'une personne qui n'était pas juridiquement frappé d'une incapacité lors de l'acte.

## § 1 Acte juridique émanant d'un incapable

Si l'acte juridique émane d'un incapable (mineur, majeur incapable par jugement), il est nul pour incapacité. En effet, s'agissant notamment d'un contrat, la deuxième des trois conditions « nécessaire à la validité d'un contrat », selon l'article 1128 du Code civil, fait alors défaut<sup>1</sup>.

## § 2 Acte juridique émanant d'une personne capable

L'acte peut émaner d'une personne juridiquement capable, mais privée de lucidité au moment de l'acte : par exemple un malade mental dont l'incapacité n'a pas été établie par jugement, une personne agissant sous l'empire de l'ivresse, de la drogue, etc.

Il convient alors de se référer à l'article 414-1 du Code civil et, en outre, s'il s'agit d'un contrat, à l'article 1129 du Code civil, lequel constitue une application particulière de l'article 414-1.

Comme le précise l'article 414-1, la nullité est subordonnée à la preuve d'un trouble mental au moment de l'acte :

« C'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte. »

L'acte encourt alors traditionnellement une nullité relative, conformément au critère de cette nullité désormais énoncé par l'article 1179 nouveau du Code civil. Son but, son objet est en effet la sauvegarde de l'intérêt privé de la personne atteinte d'un trouble mental. La nullité est instituée pour la protection de la personne affectée d'un trouble mental, et non dans l'intérêt général. Du reste, l'article 414-2 du Code civil réserve l'action en nullité à l'intéressé de son vivant et, à son décès, à ses héritiers à certaines conditions<sup>2</sup>.

En insérant l'article 1129 du Code civil dans un paragraphe intitulé « L'existence du consentement », les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont estimé que l'insanité d'esprit équivaut à un défaut total de consentement<sup>3</sup>.

Cette solution met fin aux controverses doctrinales antérieures sur le fondement de la nullité relative pour insanité d'esprit.

– Pour certains auteurs, en effet, l'insanité d'esprit impliquait un défaut total de consentement<sup>4</sup>. Telle est la position que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016, à la suite du projet de la Chancellerie, ont adoptée. L'article 1129 est en effet inséré dans un § 1<sup>er</sup> intitulé « L'existence du consentement » (sous-section 1 « Le consentement »), au lieu de figurer dans le § 3 consacré aux « Vices du consentement ».

Nonobstant la gravité du vice affectant l'acte, la nullité, enseignaient ces auteurs, n'en est pas moins relative, car cette solution est conforme la théorie moderne des nullités, selon laquelle le caractère de la nullité dépend du but de la règle violée, et non de la gravité du vice.

– Pour d'autres auteurs<sup>5</sup>, au contraire, l'insanité d'esprit s'apparentait à un vice du consentement, car l'absence d'un trouble mental serait une qualité particulière du consentement. La place de l'article 1129 du Code civil dans le nouveau sous-titre 1 du titre III condamne implicitement cette analyse.

<sup>1</sup> Cf. *infra* : section 2 « La capacité et la représentation », § 1 « La capacité de contracter pour soi-même », B. « Incapacités d'exercice ».

<sup>2</sup> Les articles 414-1, alinéa 2, et 414-2 s'appliquent à la nullité du contrat, comme à celle d'autres actes juridiques pour insanité d'esprit. Pour déterminer le régime de la nullité du contrat pour insanité d'esprit, il faut donc combiner l'article 1129 avec ces dispositions légales (Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 292 ; comp. Houtcieff, *op. cit.*, n° 235, note 601, et n° 335).

<sup>3</sup> Fages, *Droit des obligations*, n° 71 ; Houtcieff, *op. cit.*, n° 336.

<sup>4</sup> Marty et Raynaud, *op. cit.*, t. I, n° 131.

<sup>5</sup> Goubeaux, *Les personnes*, n° 525 ; Carbonnier, *op. cit.*, t. II, n° 1019.

## Sous-section 2 : L'intégrité du consentement<sup>1</sup>

L'intégrité du consentement peut être protégée par diverses institutions, directement ou indirectement :

- protection indirecte de l'intégrité du consentement
  - Par le formalisme, qui peut être destiné à faire réfléchir les parties, par exemple lorsque l'article 931 du Code civil exige, à peine de nullité, que la donation soit établie par acte notarié, de telle manière que le notaire puisse attirer l'attention du donateur sur la gravité de l'acte que celui-ci se propose de consentir.
  - Par les règles sur la lésion, dans les cas exceptionnels où la loi sanctionne le défaut d'équivalence entre les prestations dans un contrat synallagmatique par sa nullité (article 1168 du Code civil, article 1674 et suiv. du même code). En effet, même si la lésion est un vice objectif, résultant du seul déséquilibre entre les prestations des parties au moment de la formation du contrat<sup>2</sup>, elle s'explique souvent par une altération du consentement.
  - Par la nécessité d'une contrepartie dans les contrats à titre onéreux (article 1169 du Code civil), car son absence peut révéler une anomalie du consentement donné<sup>3</sup>.
  - Par la garantie des vices cachés, obligation résultant de certains contrats, notamment la vente (article 1641 et s. du Code civil) et souvent difficile à distinguer de l'erreur<sup>4</sup>.

- Protection directe de l'intégrité du consentement

C'est la théorie des vices du consentement qui assure alors cette protection. Ces vices du consentement sont traditionnellement au nombre de trois : l'erreur, le dol et la violence.

*De lege ferenda*, deux perspectives sont possibles, que le droit positif a successivement retenues au cours de l'histoire.

- Dans un système formaliste – comme en droit romain – l'expression de la volonté suffit, les vices étant indifférents. Aussi, en droit romain, l'erreur correspond-elle à un défaut de consentement et n'est-elle admise que restrictivement, dans certains contrats seulement et à la condition d'être particulièrement grave. Dol et violence, quant à eux sont réprimés à titre de délits, comme des actes répréhensibles, non comme des vices du consentement.

De fait, la notion de vice du consentement est d'origine récente : elle fut l'œuvre de l'École du droit de la nature et des gens puis de la philosophie du droit volontariste du dix-neuvième siècle<sup>5</sup>.

- Dans un système consensualiste, fondé sur la toute-puissance de la volonté, comme le droit français l'est depuis le dix-huitième siècle, le consentement ne produira ses effets à la condition d'être exempt de vices. Il s'ensuit que, outre le dol et la violence, l'erreur devrait être largement admise comme cause de nullité.

Le droit français a néanmoins retenu une conception mixte, comme on le verra.

L'ordonnance du 10 février 2016 a précisé le droit antérieur sur les vices du consentement, en intégrant les évolutions jurisprudentielles intervenues depuis 1804. Mais elle est parfois revenue sur certaines solutions, par exemple la distinction du dol principal et du dol incident. Elle a aussi élargi, jusqu'à un certain point les conditions de la violence. La matière n'en sort néanmoins pas bouleversée.

<sup>1</sup> C. Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse Paris 2, Dalloz 2002 ; G. Loiseau « La qualité du consentement », in : *Les concepts contractuels à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, 65 et suiv.

<sup>2</sup> Cf. *infra*.

<sup>3</sup> Cf. *infra*.

<sup>4</sup> Cf. par ex. Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 171 et n° 195.

<sup>5</sup> Lévy et Castaldo, *Histoire du droit civil*, n° 556.

L'article 1130 du Code civil énumère donc les trois vices du consentement traditionnel, que le Code civil de 1804 reconnaissait déjà<sup>1</sup> : l'erreur, le dol et la violence, avec :

- un aspect psychologique dominant pour l'erreur
- un aspect moral dominant pour le dol et la violence<sup>2</sup>.

A la suite de ces trois vices du consentement, le Code civil de 1804 traitait encore de la lésion (ancien article 1118 du Code civil), qui n'entraînait pas la rescision du contrat, sauf exception. Mais la lésion relève, en réalité, d'une philosophie différente, comme on le verra ultérieurement. Aussi l'article 1168 du Code civil, qui remplace l'ancien article 1118 en énonçant une règle similaire, a-t-il été insérée dans la sous-section 3 de la section 1 consacrée au contenu du contrat, au lieu d'être placé dans la division dédiée aux vices du consentement.

Alors que, à la manière de Pothier<sup>3</sup>, le Code civil de 1804 traitait successivement de l'erreur (ancien article 1110), de la violence (anciens articles 1111 à 1115) et du dol (ancien article 1116), l'ordonnance du 10 février 2016 adopte un ordre différent, en envisageant l'erreur (articles 1130 à 1136), le dol (articles 1137 à 1139) et enfin la violence (articles 1140 à 1143).

Cet ordre de présentation, que la doctrine dominante retient, du reste, depuis longtemps, doit être approuvé, car il est doublement logique. D'une part, en effet, les vices du consentement sont ainsi traités par gravité croissante. D'autre part, le caractère hybride du dol, qui, tout en provoquant ou en exploitant une erreur du cocontractant, se rapproche de la violence par sa nature de délit civil, est, de cette manière, mis en relief.

On exposera les règles communes à tous les vices du consentement, avant d'étudier, dans l'ordre, l'erreur, le dol et la violence.

## § 1 Règles communes à tous les vices du consentement

Malgré leurs différences d'origine, erreur, dol et violence se rejoignent en ce qu'ils doivent avoir déterminé le consentement pour entraîner la nullité, ainsi que quant à leur preuve et à leur sanction.

### A. Caractère déterminant du vice du consentement

Aux termes de l'article 1130 du Code civil, disposition ouvrant le paragraphe consacré aux vices du consentement dans le sous-titre 1 du livre III :

« L'erreur, le dol et la violence vicie le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné. »

Pour vicier le consentement, l'erreur, le dol et la violence doivent donc avoir déterminé une partie à contracter, soit que sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté, soit qu'elle aurait contracté à des conditions substantiellement différentes.

<sup>1</sup> L'ancien article 1109 du Code civil énonçait : « Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ». Malgré son élégance et ses formules saisissantes, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont cru pouvoir ne pas le reprendre, probablement en raison de son absence de portée normative (Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 294). Peut-être cet abandon s'explique-t-il aussi par le fait que l'article 1143 du Code civil retient désormais l'abus de faiblesse comme une forme de violence. En effet, celui qui profite de l'abus de faiblesse d'une personne pour la déterminer à contracter ne lui extorque pas, à proprement parler, son consentement, comme le prévoyait l'ancien article 1109. Il se borne à profiter de sa situation pour obtenir un engagement qu'à défaut, cette personne n'aurait pas souscrit. Cf. *infra* : § 4 « La violence », C. « Peu importe l'auteur de la violence », 2. « Etat de nécessité ».

<sup>2</sup> Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 271 ; Y. Lequette « Responsabilité civile *versus* vices du consentement », in : *Au-delà des codes – Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2012, 363 et s.

<sup>3</sup> Pothier, *Traité des obligations*, n° 16 et suiv.

Le texte précise, dans son alinéa 2, que leur caractère déterminant s'apprécie *in concreto*, en ayant égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné. On peut ajouter que c'est au moment où le consentement est donné, soit au jour de la conclusion du contrat, que ce caractère déterminant s'apprécie<sup>1</sup>.

## B. Preuve par tous moyens du vice du consentement

Les vices du consentement sont des faits juridiques, dont la preuve est, par principe, libre (article 1358 du Code civil). Leur preuve se rapporte donc par tous moyens.

## C. Nullité relative du contrat affecté d'un vice du consentement

Aux termes de l'article 1131 du Code civil :

« Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat. »

Le caractère de la nullité affectant un contrat dépend, en effet, de l'objet de la règle violée, d'après l'article 1179 du Code civil<sup>2</sup>. Or l'exigence légale d'un consentement intègre a pour finalité la protection des parties au contrat, et non la défense de l'intérêt général. D'où la nullité relative du contrat. D'aucuns avaient soutenu que certaines formes particulièrement graves de vice du consentement, l'erreur-obstacle et la violence physique<sup>3</sup>, devaient être sanctionnées par la nullité absolue du contrat. Mais la généralité des termes de l'article 1131 du Code civil condamne désormais ces propositions.

La nullité relative pour vice du consentement obéit à la prescription quinquennale de droit commun prévue à l'article 2224 du Code civil. Cependant, l'article 1144 du Code retarde le point de départ du délai de prescription de l'action en nullité fondée sur un vice du consentement :

« Le délai de l'action en nullité ne court, en cas d'erreur ou de dol, que du jour où ils ont été découverts et, en cas de violence, que du jour où elle a cessé. »

Conformément à l'article 1178, alinéa 3, du Code civil, à la nullité du contrat, peut s'ajouter l'allocation de dommages-intérêts à la partie dont le consentement a été vicié, sur le fondement des règles relatives à la responsabilité extracontractuelle<sup>4</sup>.

## § 2 L'erreur

Définition : l'erreur est une fausse appréciation de la réalité, consistant à prendre pour vrai ce qui est faux, ou inversement.

Le régime de l'erreur requiert un compromis entre des exigences contradictoires :

- idée de liberté du consentement, liée à l'autonomie de la volonté. Toute erreur affectant la volonté devrait entraîner la nullité, si du moins elle a été déterminante du consentement.

<sup>1</sup> Civ. 3, 23 mai 2007, n° 06-11889, B. III, n° 91, pour l'erreur.

<sup>2</sup> Cf. *supra* : section préliminaire « Aperçu des sanctions attachées à la validité du contrat », § 1 « La nullité du contrat », B. « Différents types de nullité d'un acte juridique ».

<sup>3</sup> Cf. *infra*.

<sup>4</sup> *Ibid.*, § 2 « La réparation.

- idée de sécurité des transactions, laquelle s'oppose à la remise en cause d'un contrat sauf raison majeure, ce qui conduit à ne retenir qu'un nombre limité d'erreurs.

Le code civil de 1804 ne contenait qu'une disposition relative à l'erreur dans la formation du contrat en général, l'article 1110. Or ce texte était à la fois incomplet, en ce qu'il ne visait que deux types d'erreurs (sur la substance, sur la personne) et sibyllin, parce qu'il ne définissait pas la substance de la chose, sur laquelle l'erreur devait tomber pour entraîner l'annulation du contrat, d'où une jurisprudence incertaine.

Pour qu'un contrat encoure l'annulation pour erreur, celle-ci doit, en réalité remplir trois conditions, qu'on peut formuler de la manière suivante :

- Caractère déterminant de l'erreur (condition psychologique)
- Gravité de l'erreur (condition psychologique)
- Non-imputabilité de l'erreur à une faute de l'*errans* (condition morale)

### A. Caractère déterminant de l'erreur (première condition psychologique)

Cette condition est absolument nécessaire, mais elle n'est pas suffisante.

#### 1. Nécessité d'une erreur déterminante du consentement

C'est une condition *sine qua non* de l'annulation pour erreur : l'erreur n'est une cause de nullité que si elle a déterminé le consentement. Cette condition est, on l'a dit, commune à tous les vices du consentement et elle s'apprécie *in concreto*<sup>1</sup>.

#### 2. Insuffisance d'une erreur déterminante du consentement

Le caractère déterminant de l'erreur s'appréciant *in concreto*, est un élément purement subjectif, dont la prise en compte serait susceptible de porter atteinte gravement à la sécurité des transactions, si on admettait, comme cause de nullité du contrat, toute erreur déterminante *in concreto*. Il est donc indispensable d'exiger de surcroît, pour l'annulation du contrat, un élément objectif, tenant à la gravité de l'erreur et une condition morale, consistant en la non-imputabilité de l'erreur à celui qui l'invoque.

### B. Gravité de l'erreur (seconde condition psychologique)

C'est une manière de contrôler le caractère déterminant, qui oblige à une recherche psychologique, *in concreto*, trop aléatoire, et de filtrer ainsi les erreurs susceptibles d'emporter la nullité de la convention.

- Le Code civil de 1804 ne visait explicitement que deux types d'erreurs vices du consentement, l'erreur sur la substance de la chose et l'erreur sur la personne (ancien article 1110). Il en va de même des nouveaux textes, si ce n'est que l'erreur sur la substance de la chose a été rebaptisée erreur sur les qualités essentielles de la prestation et l'erreur sur la personne erreur sur les qualités essentielles du cocontractant (article 1132 du Code civil).
- Mais la jurisprudence a consacré d'autres hypothèses d'erreurs, encore plus graves, que la doctrine a qualifié d'erreurs-obstacle, en dépit de la tournure restrictive de l'ancien article 1110, alinéa 1<sup>er</sup>. Ce dernier texte énonçait en effet :

« L'erreur n'est une cause de nullité de la convention **que** si elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet ».

---

<sup>1</sup> Cf. *supra*.



Cette jurisprudence devrait se maintenir sous l'empire des nouveaux textes, malgré le silence gardé par les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 au sujet de l'erreur-obstacle<sup>1</sup>.

- Reste les erreurs indifférentes, qui n'entraînent pas la nullité des contrats.

### 1. L'erreur-obstacle<sup>2</sup>

L'erreur-obstacle est une erreur si grave qu'elle empêche la formation du contrat. Fruit d'un malentendu radical entre les parties, qui ne se sont pas comprises, elle fait « obstacle » à la rencontre de leurs volontés, d'où son nom<sup>3</sup>.

« L'erreur-obstacle » est une formule purement doctrinale<sup>4</sup>, couvrant deux hypothèses non visées par le Code civil. Ces hypothèses sont marginales, mais pas d'écoles, car elles se rencontrent en jurisprudence. On présentera donc les différentes variétés d'erreurs-obstacle, avant de synthétiser la notion d'erreur-obstacle. Enfin, on examinera les intérêts qu'on a fait valoir, à distinguer cette erreur de l'erreur vice du consentement.

#### a. Variétés d'erreurs-obstacle

L'examen de la jurisprudence conduit à distinguer l'erreur sur la nature du contrat et l'erreur sur l'identité de l'objet ou de la prestation. Jadis, certains auteurs classaient aussi l'erreur sur la cause parmi les erreurs-obstacles. Mais leur opinion était discutée. De toute façon, la suppression de la cause par l'ordonnance du 10 février 2016 rend la notion d'erreur sur la cause sans objet.

##### α) Erreur sur la nature du contrat (erreur *in negotio*)

Par exemple, l'une des parties a cru donner son bien à bail, l'autre l'acquérir ; ou encore l'opération constitue une cession de parts sociales pour l'une des parties, une vente d'immeuble pour l'autre partie<sup>5</sup>.

##### β) Erreur sur l'identité de la chose ou de la prestation (erreur *in corpore*)

Elle correspond à deux hypothèses qui se rencontrent quelquefois en pratique, la seconde à dire vrai plus fréquemment que la première, si l'on en croit les recueils de jurisprudence :

- erreur sur l'identité de la chose *stricto sensu* : par exemple, une des parties a cru vendre telle parcelle de terre, alors que l'autre partie a cru acheter telle autre<sup>6</sup>, une des parties a cru acheter une parcelle supportant une maison d'habitation et un garage, alors que l'autre partie pensait ne lui vendre que la parcelle supportant la maison d'habitation<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Fages, *op. cit.*, n° 111.

<sup>2</sup> P. Gaudetroy, *L'erreur-obstacle*, thèse Paris 1924 ; S. Wyszogrodzka, *Étude comparative de l'erreur-obstacle en droit français et du dissentiment en droit polonais*, thèse Paris V, 2011.

<sup>3</sup> Cf. par ex. Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 276 ; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 310 ; Civ. 3, 15 juin 2017, n° 16-15916, reprenant la formule de l'arrêt attaqué selon laquelle, en raison de l'erreur du vendeur sur le prix, « il n'y avait pas eu rencontre des consentements sur le prix ».

<sup>4</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *Droit des obligations*, n° 187 ; Fages, *op. cit.*, n° 111.

<sup>5</sup> Cf. Pothier, *Traité des obligations*, n° 17.

<sup>6</sup> Civ. 1<sup>er</sup> février 1995, n° 92-16729, B. III, n° 36 ; *RTD civ.* 1995, 879, obs. J. Mestre : « les parties n'avaient pas accordé leur volonté sur le même objet ». Civ. 3, 21 mai 2008, n° 07-10772, B. III, n° 92, D. 2008, A.J. 1693 ; D. 2008, Pan. 2970, obs. critiques S. Amrani-Mekki ; *RDC* 2008, 716, obs. critiques Th. Genicon : erreur sur la définition des biens vendus, qualifiée d'erreur ayant fait obstacle à la rencontre des consentements.

<sup>7</sup> Civ. 3, 16 décembre 2014, n° 13-22303 ; *CCC* 2015, n° 54, note L. Leveneur.

- erreur sur le prix, déjà envisagée par les juristes romains ainsi que par Pothier<sup>1</sup>. Elle concerne soit sa propre prestation, soit celle attendue de l'autre partie dans un contrat synallagmatique :
  - une partie vend une chose en euros et l'autre partie croit l'acheter en francs<sup>2</sup> ;
  - le vendeur se trompe en dactylographiant son prix – 25.000 Frs au lieu de 75.000 Frs<sup>3</sup>.

A ce sujet, il importe de ne pas confondre l'erreur sur le prix, qui est une erreur-obstacle, et l'erreur sur la valeur, qui est, on le verra, une erreur indifférente à la validité du contrat<sup>4</sup>. Dans ce dernier cas, en effet, les parties sont bien tombées d'accord sur le prix, mais l'une d'entre elles soutient que ce prix ne correspond pas à la valeur réelle de la prestation qui en est la contrepartie. L'erreur procède alors d'une mauvaise évaluation, d'une appréciation économique inexacte de cette prestation, selon les termes de l'article 1136 du Code civil ; elle porte sur la valeur de la prestation et non pas sur l'identité du prix qui en a été retiré ou payé.

### γ) Erreur sur la cause

Pour certains auteurs, c'était une troisième catégorie d'erreur-obstacle. Mais cette opinion était souvent critiquée<sup>5</sup>, et si la jurisprudence avait pris parfois en compte l'erreur sur la cause, ce n'était pas en tant qu'erreur-obstacle. En proscrivant la notion de cause en droit des contrats, l'ordonnance du 10 février 2016 a porté le coup de grâce à cette notion controversée d'erreur sur la cause<sup>6</sup>.

Schématiquement, la cause pouvait avoir deux sens : la contre-prestation dans un contrat à titre onéreux, que chacune des parties entend recevoir en échange du sacrifice qu'il consent ; le motif déterminant, ayant décidé une partie à conclure le contrat. Or<sup>7</sup> :

- d'une part, l'erreur sur le motif déterminant n'entraîne la nullité du contrat qu'à des conditions très strictes, aujourd'hui codifiées à l'article 1135, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil pour ce qui est du contrat à titre onéreux. Ces conditions ne saurait être tournées par un recours à la qualification de l'erreur sur le motif déterminant d'erreur-obstacle empêchant la formation du contrat, au lieu d'entraîner exceptionnellement sa nullité.
- D'autre part, l'erreur sur la contre-prestation peut résulter soit de l'inexistence de la contre-prestation, soit de ce que la contre-prestation n'a pas la qualité qu'une partie en attendait. Mais, dans le premier cas, le contrat était nul pour absence de cause, pour contrepartie illusoire ou dérisoire dirait-on aujourd'hui (article 1169 du Code civil) et non pour erreur. Et, dans le second cas, le contrat est nul pour erreur sur les qualités essentielles. Point n'est donc besoin de faire appel à la notion énigmatique d'erreur sur la cause<sup>8</sup>.

### b. Notion générale d'erreur-obstacle

L'erreur-obstacle correspond donc à des hypothèses où, selon la remarque de Planiol, reprenant à son compte une expression d'Aubry et Rau<sup>9</sup>, « il n'y pas de consentement puisqu'il n'y a pas d'accord : c'est un malentendu, ce n'est pas un contrat »<sup>10</sup>. L'erreur-obstacle est le fruit d'un « *quiproquo* »<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> Pothier, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>2</sup> Orléans 13 mai 2004, *CCE* n° 144, obs. Ph. Stoffel-Munck ; pour une confusion entre anciens et nouveaux francs, *cf.* déjà : Com. 14 janvier 1969, n° 66-14.232, *B. IV*, n° 13 ; *D.* 1970, *J.* 458, note M. Pédamon ; *RTD. civ.* 1969, 556, obs. Y. Loussouarn ; Civ. 1, 28 novembre 1973, *D.* 1975, *J.* 21, note R. Rodière ; *RTD. civ.* 1974, 628, obs. G. Cornu et 1975, 702, obs. Y. Loussouarn.

<sup>3</sup> Com. 15 février 1961, n° 58-10.828, *B. III*, n° 91 ; Civ. 3, 23 janvier 1970, n° 68-14331, *Gaz. Pal.* 1970, 1, 210.

<sup>4</sup> *Cf. infra.*

<sup>5</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 188.

<sup>6</sup> Fages, *op. cit.*, n° 111, *in fine* ; Houtcieff, *op. cit.*, n° 254.

<sup>7</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 408 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 188.

<sup>8</sup> Houtcieff, *op. cit.*, n° 255.

<sup>9</sup> Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, 6<sup>e</sup> éd., par Bartin, § 343 : « il n'y aurait pas de contrat formé, s'il y avait eu malentendu ou erreur des parties sur l'identité même de la chose, ou si l'une d'elles ayant offert de vendre tel objet, l'autre avait déclaré vouloir le prendre à bail. »

<sup>10</sup> Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n° 1052 ; *cf.* Civ. 1, 28 novembre 1973, *préc.*, évoquant un « malentendu fondamental » survenu entre les parties ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 187 et n° 189 (*idem*) ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 276 : « malentendu radical » ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 275 : *idem*.

<sup>11</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, *loc. cit.*

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Les volontés des parties ne se sont pas véritablement rencontrées, car elles n'ont pas voulu, en réalité, la même chose<sup>1</sup>.

L'erreur-obstacle est connue depuis le droit romain et Pothier en fait mention<sup>2</sup>. Mais le Code civil de 1804 ne l'évoquait pas. Aussi avait-on proposé de rattacher l'erreur-obstacle à l'ancien article 1108<sup>3</sup> ou à l'ancien article 1109<sup>4</sup>, à défaut de pouvoir la rattacher à l'ancien article 1110, lequel ne visait que l'erreur sur la substance et l'erreur sur la personne.

Le mutisme de l'ordonnance du 10 février 2016 sur l'erreur-obstacle ne doit pas s'interpréter comme une condamnation de la notion<sup>5</sup>. En effet, les vices du consentement, dont les articles 1130 et suivants du Code civil traitent, n'affectent que la validité du contrat. Or l'erreur-obstacle, comme son nom l'indique, rend inconcevable la rencontre des volontés. Sans doute les rédacteurs de l'ordonnance ont-ils donc estimé que l'erreur-obstacle empêchant la formation même du contrat<sup>6</sup>, était davantage qu'un vice du consentement<sup>7</sup>, et même apparemment qu'un défaut de consentement, car elle n'est pas non plus évoquée par les nouveaux textes à propos de l'existence du consentement. Au-delà des textes, on concevrait de toute façon mal qu'un contrat puisse être considéré comme formé en dépit de l'erreur-obstacle commise par l'une des parties. S'il peut avoir ses vertus dans le domaine de la séduction, l'adage « Sur un malentendu, ça peut marcher » est dépourvu de valeur juridique.

c. Intérêts de la notion d'erreur-obstacle

Ces intérêts se déduisent de la gravité du vice, les consentements ne s'étant, pour ainsi dire, pas rencontrés. Mais ils sont controversés.

α) Même inexcusable, l'erreur-obstacle entraînerait la nullité du contrat

L'erreur-obstacle affecterait la formation du contrat quand bien même elle serait inexcusable<sup>8</sup>. En effet, les consentements ne s'étant pas rencontrés, peu importerait que l'*errans* ait, ou non, commis une faute : la gravité du vice affectant la convention interdirait de prendre en compte son éventuelle faute.

Selon la troisième Chambre civile, il semble en tout cas en aller ainsi lorsque l'erreur porte sur l'identité de la chose corporelle qui est objet du contrat<sup>9</sup>. En revanche, la même formation de la Cour de cassation a parfois jugé inexcusable l'erreur sur le prix pour refuser l'annulation du contrat<sup>10</sup>. La doctrine, quant à elle, est divisée<sup>11</sup>.

β) L'erreur-obstacle entraînerait la nullité absolue du contrat, voire son inexistence

<sup>1</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 275-276.

<sup>2</sup> Pothier, *Traité des obligations*, n° 17.

<sup>3</sup> Rodière, note préc. Parmi les conditions de validité essentielles à tout contrat, l'ancien article 1108 du Code civil, remplacé aujourd'hui par l'article 1128, citait « le consentement de la partie qui s'oblige ».

<sup>4</sup> « Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol. » *Cf.*, visant ce texte à côté de l'ancien article 1110, à propos d'une erreur sur l'identité de la chose : Civ. 3, 16 décembre 2014, n° 14-14168, CCC 2015, n° 54, note L. Leveneur.

<sup>5</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 275 ; Fages, *op. cit.*, n° 111.

<sup>6</sup> Bénabent, *Droit des obligations*, n° 93.

<sup>7</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 293, *in fine* ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 275 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 189 ; rapp. Houtcieff, *op. cit.*, n° 253.

<sup>8</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 294 ; TGI Paris 26 juin 1979, D. 1980, I.R. 263, obs. approbatives J. Ghestin.

<sup>9</sup> Civ. 3, 1<sup>er</sup> février 1995, n° 92-16929, B. III, n° 36 ; RTD civ. 1995, 879, obs. J. Mestre (sol. impl.) ; Civ. 3, 21 mai 2008, n° 07-10772, B. III, n° 92, D. 2008, Pan. 2970, obs. critiques S. Amrani-Mekki ; CCC 2008, n° 224, note L. Leveneur ; RDC 2008, 716, obs. critiques Th. Genicon (vendeur simple particulier) ; Civ. 3, 16 décembre 2014, n° 14-14168, CCC 2015, n° 54, note L. Leveneur (*idem*).

<sup>10</sup> Civ. 3, 4 juillet 2007, n° 06-15881, B. III, n° 123 ; D. 2007, J. 2847, note N. Rials ; Pan. 2967, obs. S. Amrani-Mekki.

<sup>11</sup> *Cf.* notes et obs. préc.

La sanction de l'erreur-obstacle, selon certains auteurs, serait la nullité absolue du contrat<sup>12</sup>, voire son inexistence<sup>13</sup>, parce qu'elle s'analyse en un défaut de consentement, alors que la sanction d'un simple vice du consentement est la nullité relative. Dans un arrêt isolé et relativement ancien, la Cour de cassation avait, il est vrai, approuvé une cour d'appel d'avoir déclaré « inexistante » une transaction conclue sous l'empire d'une erreur-obstacle<sup>14</sup>. Quant à la jurisprudence parfois citée en faveur de la nullité absolue du contrat conclu sous l'empire d'une erreur-obstacle, elle n'était, en revanche, pas probante.

Cependant le critère actuel de distinction entre nullité relative et nullité absolue<sup>4</sup>, tel que l'article 1179 du Code civil l'a consacré, semble condamner ces analyses. En effet, ce critère ne réside pas dans la gravité du vice affectant la convention, mais dans le but de la règle violée, protection d'un intérêt privé exclusivement ou sauvegarde de l'intérêt général. Aussi bien, se référant à ce critère téléologique, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation s'était-elle finalement prononcée pour la nullité relative du contrat dont la conclusion est entachée d'une erreur-obstacle<sup>5</sup>.

Depuis, dans un litige soumis au droit antérieur à la réforme issue de l'ordonnance du 10 février 2016, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a affirmé, d'une manière générale, que « la nullité d'une convention pour absence de consentement, qui vise à protéger l'intérêt de la partie dont le consentement n'a pas été valablement donné, est une nullité relative », si bien que seule cette partie a qualité pour s'en prévaloir<sup>6</sup>. L'arrêt n'étant pas publié au *Bulletin*, ne peut être toutefois être, en l'état, considéré comme fixant définitivement la jurisprudence sur la question de la nature de la nullité sanctionnant le défaut de consentement dans un contrat.

L'ordonnance du 10 février 2016 étant muette sur la notion même d'erreur-obstacle, n'indique bien évidemment pas quelle en est la sanction, d'où la question de savoir si la jurisprudence antérieure conserve son autorité.

Pour certains auteurs, l'article 1179 du Code civil ayant consacré le critère de distinction de la nullité absolue et de la nullité relative tiré de la finalité de la règle violée, la jurisprudence antérieure sanctionnant l'erreur-obstacle par la nullité relative du contrat devrait être reconduite<sup>7</sup>.

En revanche, d'autres auteurs<sup>8</sup> estiment que le mutisme de l'ordonnance du 10 février 2016 sur la notion d'erreur-obstacle pourrait conduire à l'affirmation d'une autonomie de la sanction de l'erreur-obstacle, que la jurisprudence antérieure avait pourtant écartée. En effet, l'erreur-obstacle n'est pas évoquée à propos des vices du consentement, lesquels, selon l'article 1131 du Code civil, entraînent la nullité relative du contrat. Ce silence accrédite l'idée que cette erreur empêchant la formation même du contrat au lieu d'en affecter simplement la validité, aurait pour sanction l'inexistence du contrat, et non simplement sa nullité relative... A moins qu'on estime que l'erreur-obstacle est implicitement visée par l'article 1128 du Code civil, selon lequel le consentement des parties est une condition de validité du contrat<sup>9</sup>...

## 2. L'erreur vice du consentement

Aux termes de l'article 1132 du Code civil :

<sup>12</sup> R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français de Charles Beudant*, 2<sup>e</sup> éd., t. VIII, par G. Lagarde, Rousseau & Cie, 1936, n° 100 et suiv. ; Marty et Raynaud, *Les obligations*, t. I, n° 145.

<sup>13</sup> Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. XXIV, n° 87 ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, 3<sup>e</sup> éd., t. II, Sirey, 1939, n° 61 et 62 ; Bénabent, *Droit des obligations*, n° 93 ; N. Rias « La sanction de l'erreur-obstacle : pour un remplacement de la nullité par l'inexistence », *RRJ* 2009, 1251 et suiv. Cf. Houtcieff, *op. cit.*, n° 253 et 255.

<sup>14</sup> Civ. 1, 18 juillet 1967, n° 65-14.384, *B.* I, n° 268.

<sup>4</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 294 ; Flour, Aubert et Savaux, *L'acte juridique*, n° 356 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 189.

<sup>5</sup> Civ. 3, 26 juin 2013, n° 12-20934, *B.* III, n° 85 ; *D.* 2013, 630, obs. S. Amrami-Mekki et M. Mekki ; *D.* 2013, *Chr. C. cass.* 2544, obs. V. Guillaudier ; *JCP* 2013, 974, n° 9, obs. Y. -M. Serinet.

<sup>6</sup> Com. 23 octobre 2019, n° 18-11425.

<sup>7</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 189.

<sup>8</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 293 et n° 310.

<sup>9</sup> Comme la doctrine (R. Rodière) avait jadis soutenu qu'elle était visée par l'ancien article 1108, aujourd'hui remplacé par l'article 1128.

« L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant. »

L'article 1132 du Code civil vise donc deux cas d'erreurs vice du consentement : l'erreur sur les qualités essentielles de la prestation et celle sur les qualités essentielles du cocontractant.

a. L'erreur sur les qualités essentielles de la prestation<sup>1</sup>

La notion de qualité essentielle de la prestation et la preuve de l'erreur seront successivement examinés.

α) Notion de qualité essentielle de la prestation

Aux termes de l'article 1133 du Code civil :

« Les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté. »

Conforme aux enseignements de la jurisprudence antérieure, le texte énonce deux conditions cumulatives pour qu'une qualité de la prestation due puisse être qualifiée d'essentielle : d'une part, elle doit être expressément ou tacitement convenue ; d'autre part, elle doit être de celles en considération desquelles les parties ont contracté<sup>2</sup>. On reprendra ces deux conditions, mais en suivant un ordre inverse de celui du texte.

• Qualité en considération de laquelle les parties ont contracté

Pour comprendre la rédaction de l'article 1133 du Code civil, il faut retracer l'évolution du droit antérieur. A cet égard, l'ancien article 1110, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil se bornait à énoncer :

« L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. »

Certes, en employant l'expression « substance même de la chose », les rédacteurs du Code civil avaient voulu signifier que, pour pouvoir entraîner la nullité de la convention, l'erreur devait porter sur une caractéristique essentielle, fondamentale de la chose qui est l'objet du contrat, et non sur une modalité accessoire, accidentelle de cette chose. C'est à cette condition que l'erreur présente une gravité suffisante pour justifier l'annulation du contrat. Mais les rédacteurs du Code civil n'avaient nulle part défini la notion de substance. Or, *de lege ferenda*, il existe deux conceptions possibles, entre lesquelles le droit romain hésitait déjà<sup>3</sup>.

- Conception objective : erreur sur la matière de l'objet. Ulpien, jurisconsulte stoïcien, défend déjà cette conception<sup>4</sup>. Dans la philosophie stoïcienne, en effet, la substance est la matière, ce dont toute chose se compose<sup>5</sup>. La substance s'identifie donc à la matière.

<sup>1</sup> Ph. Malinvaud « De l'erreur sur la substance », *D.* 1972, *Chr.* 215 ; J. Ghestin « L'authenticité, l'erreur et le doute », in : *Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle (études offertes à Pierre Catala)*, Paris : Litec, 2001, p. 457 et suiv. ; G. Vivien « De l'erreur déterminante et substantielle », *RTD civ.* 1992, 305 et suiv.

<sup>2</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 305-306 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 281-282 ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 277-278.

<sup>3</sup> Lévy et Castaldo, *Histoire du droit civil*, n° 557.

<sup>4</sup> *Digeste*, XVIII, 1, 9, 2 et s.

<sup>5</sup> Cf. par ex. Diogène Laërce, *Vies et doctrines des philosophes illustres*, VII, 150, texte grec R. D. Hicks [Diogenes Laertius, Lives of Eminent Philosophers](https://www.tufts.edu/~zhuang/diogenes-laertius/), [ΙΣΤΟΡΙΩΝ Ζ, Κεφ. α'. ΖΗΝΩΝ](https://www.tufts.edu/~zhuang/diogenes-laertius/) (tufts.edu) ; trad. M.-O. Goulé-Cazé (dir.), *Le Livre de Poche*, 1999 :

Οὐσίαν δέ φασι τῶν ὄντων ἀπάντων τὴν πρώτην ὕλην, ὡς καὶ Χρῆσιππος ἐν τῇ πρώτῃ τῶν Φυσικῶν καὶ Ζήνων. Ἔφη δὲ ἐστὶν ἐξ ἧς ὅτιδιποτοῦν γίνεται. Καλεῖται δὲ διχῶς, οὐσία τε καὶ ὕλη, ἢ τε τῶν πάντων καὶ ἢ τῶν ἐπὶ μέρους.

« Ils disent que la substance de tous les êtres est la matière première, comme le disent et Chrysippe. dans le premier livre de ses Physiques, et Zénon. La matière est ce à partir de quoi toutes choses, quelles qu'elles soient, sont engendrées. On l'appelle substance et matière en deux sens, celle de l'univers et celle des êtres particuliers. »

Un célèbre exemple, emprunté à Pothier et que celui-ci avait lui-même repris du droit romain, l'illustre, celui d'une paire de chandeliers, qui se révèlent être en cuivre argenté au lieu d'être les chandeliers en argent qu'on croyait acquérir. « On ne peut dire que ce soit la chose que vous ayez voulu acheter », écrivait Pothier<sup>1</sup>.

- Conception subjective : erreur sur les qualités substantielles de la chose. Marcellus, disciple d'Aristote, est partisan de cette conception<sup>2</sup>. En effet, pour les philosophes péripatéticiens, la substance d'une chose est sa forme<sup>3</sup>, c'est-à-dire la fin à laquelle la matière tend, car en cette fin réside le principe d'intelligibilité de cette chose<sup>4</sup> : « La matière [désire la forme], comme la femelle le mâle et le laid le beau »<sup>5</sup>. L'erreur sur la matière est donc, en soi, étrangère à sa substance et, partant, indifférente. La substance est, comme l'exprimera Pothier bien des siècles après, « La qualité de la chose que les contractants ont eu principalement en vue et qui fait la substance de la chose »<sup>6</sup>.

Pothier définissait subjectivement la substance de la chose, mais il se référait à un exemple illustrant simultanément la conception objective – la matière dont les chandeliers se composent. Or, dans d'autres hypothèses, il peut fort arriver que les deux conceptions ne concordent pas, parce que la qualité substantielle que les parties ont envisagée dans la chose, est étrangère à la matière de celle-ci<sup>7</sup> : par exemple, la paire de chandeliers est bien en argent, mais ce ne sont pas des chandeliers anciens, alors que c'est précisément l'ancienneté de ces chandeliers que l'acquéreur avait « principalement en vue ».

La question s'est alors posée de savoir s'il convenait de retenir la conception subjective ou objective de la substance, afin de déterminer si le consentement avait été vicié par une erreur au sens de l'ancien article 1110, alinéa 1er, du Code civil. Or, depuis longtemps, la conception subjective a prévalu en jurisprudence<sup>8</sup>. Il en est résulté des hypothèses d'erreurs en nombre illimité : matière (bijoux en métal argenté au lieu d'être en argent), mais aussi copie au lieu d'antiquité, tableau faussement attribué à un peintre célèbre, erreur sur la constructibilité d'un terrain<sup>9</sup>... De nombreuses décisions concernent les objets d'art<sup>10</sup>.

La Cour de cassation a porté la conception subjective de la substance à l'extrême dans la fameuse affaire du *Poussin*<sup>11</sup>. Le litige concernait un tableau, qu'une tradition familiale attribuait à Nicolas Poussin, mais qui, selon l'expert consulté avant de le vendre aux enchères, aurait été plus modestement un tableau de l'Ecole des Carrache. Vendu comme tel 2200 Frs, il fut préempté par la Réunion des musées nationaux. Postérieurement à la vente, celle-ci se vanta imprudemment d'avoir exhumé un tableau de Poussin, jusqu'alors inconnu. Les vendeurs assignèrent alors

<sup>1</sup> Pothier, *Traité des obligations*, n° 18 ; passage reproduit in : Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, n° 88.

<sup>2</sup> *Digeste*, loc. cit.

<sup>3</sup> Aristote, *Métaphysique*, Z, 11, 1037 a 29-30, texte établi par W. Jaeger, Oxford Classical Texts, 1957, trad. M.-P. Duminil et A. Jaulin, Garnier-Flammarion, 2008 : ἡ γὰρ οὐσία ἐστὶ τὸ εἶδος τὸ ἐνόν, ἐξ οὗ καὶ τῆς ὕλης ἡ σύνολος λέγεται οὐσία... (« la substance est la forme immanente, le composé de laquelle et de la matière est appelé la substance »).

<sup>4</sup> Aristote, *Métaphysique*, Z, 17, 1041 a 28 - 1041 b 7 ; Θ, 8, 1050 a 9-10 ; du même auteur, *Physique*, texte et trad. H. Carteron, Les Belles Lettres, 1983, II, 1, 193 a 30 - 193 b 18 ; *Les parties des animaux*, texte et trad. P. Louis, Les Belles Lettres, 1956, I, 1, 639 a 11 - 640 b 29.

<sup>5</sup> Aristote, *Physique*, I, 9, 192 a 22-23.

<sup>6</sup> Pothier, *Traité des obligations*, n° 18. Pothier reprend ainsi, en la modifiant légèrement et en la complétant, une formule de S. Pufendorf (*Le droit de la nature et des gens*, trad. J. Barbeyrac, Bâle, 1732, livre III, chap. VI, § VII).

<sup>7</sup> Civ. 1, 20 octobre 2011, n° 10-25980, B. I, n° 173 ; D. 2012, 76, note F. Labarthe ; *ibid.*, pan. 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; RDC 2012, 54, obs. Th. Génicon ; JCP 2011, n° 1350, obs. Y.-M. Serinet : table à écrire d'époque Louis XIV, en marquetterie Boule et placage ébène, ayant subi, en partie, des transformations matérielles au dix-neuvième siècle ; Civ. 1, 21 octobre 2020, n° 19-15415 (P) : table authentique, mais dont le tableau, contrairement aux mentions du catalogue, était en bois plaqué chêne, au lieu d'être en chêne massif.

<sup>8</sup> Civ. 28 janvier 1913, S. 1913, 1, 487 : « L'erreur doit être considérée comme portant sur la substance de la chose lorsqu'elle est de telle nature que, sans elle, l'une des parties n'aurait pas contracté » ; pour une illustration topique : Civ. 1, 20 octobre 2011, préc.

<sup>9</sup> Civ. 3, 12 juin 2014, n° 13-18446, B. III, n° 83.

<sup>10</sup> S. Lequette-de-Kervenoaël, *L'authenticité des œuvres d'art*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2006 ; G. Sousi et alii, *L'authenticité d'une œuvre d'art : les enjeux*, colloque Art et Droit, 18 mars 2004, LPA 28 juillet 2005, p. 2 ; F. Labarthe « Dire l'authenticité d'une œuvre d'art », D. 2014, 1047.

<sup>11</sup> Civ. 1, 22 février 1978, n° 76-11551, B. I, n° 74 ; G.A., t. II, n° 171, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; D. 1978, J. 601, note Ph. Malinvaud ; JCP 1978, II, 18925 ; RTD civ. 1979, 127, obs. Y. Loussouarn ; *Defrénois* 1346, obs. J.-L. Aubert.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

en nullité du contrat pour erreur sur la substance. Mais la cour d'appel de Paris rejeta leur demande, au motif que l'attribution du tableau à Poussin étant controversée, les vendeurs ne rapportaient pas la preuve qu'ils auraient contracté sous l'empire d'une erreur sur les qualités substantielles de la toile. Les vendeurs formèrent un pourvoi en cassation. La Cour de cassation cassa l'arrêt pour manque de base légale, en reprochant à la cour d'appel de n'avoir pas recherché si, au moment de la vente, le consentement des vendeurs « n'avait pas été vicié par la conviction erronée que le tableau ne pouvait pas être une œuvre de Nicolas Poussin ».

Ainsi la Cour de cassation admit-elle la possibilité d'une erreur sur la substance même en présence d'une incertitude affectant la qualité substantielle prêtée à l'objet vendu. Mais, en réalité, sous couvert d'une erreur sur les qualités substantielles de la chose vendue, la Cour de cassation a reconnu la possibilité, dans cette affaire atypique, il faut bien le dire, d'invoquer une erreur sur le motif déterminant<sup>1</sup>, alors que, normalement, cette erreur est indifférente<sup>2</sup>. Plus récemment la Cour de cassation a repris cette notion élargie de l'erreur sur la substance dans une autre affaire de vente d'œuvre d'art<sup>3</sup>.

A rebours des rédacteurs du Code civil de 1804, ceux de l'ordonnance du 10 février 2016 ont pris soin de définir, à l'article 1133 du Code civil, les qualités essentielles sur lesquelles l'erreur doit porter, aux termes de l'article 1132 du même code, pour vicier le consentement. Or ils l'ont fait en entérinant *expressis verbis* la conception subjective qui avait prévalu en jurisprudence<sup>4</sup>. D'une part, en effet, l'article 1133 emploie l'expression de « qualités essentielles », laquelle renvoie traditionnellement à l'approche subjective de la notion de substance<sup>5</sup>. D'autre part, il dispose que ces qualités essentielles comme celles « qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté. » Cette définition des qualités essentielles coïncide peu ou prou avec celle que Pothier, partisan de la conception subjective, donnait de la substance de la chose.

L'article 1132 énonce, il est vrai, que l'erreur doit porter sur les qualités essentielles de la « prestation due », au lieu de dire qu'elle doit tomber sur la substance de la chose objet de la convention, comme le faisait l'ancien article 1110, alinéa 1<sup>er</sup>. Mais, de fait, un contrat n'a pas, à proprement parler, d'objet ; il a des effets. C'est l'obligation qui a un objet, une prestation. Cette prestation se rapporte, selon les cas, à une chose corporelle ou non. Or l'erreur est prise en considération dès lors qu'elle porte sur les qualités essentielles d'une prestation, que celle-ci consiste en la délivrance d'une chose ou exclusivement dans une activité ou une abstention – un *facere* ou un *non facere*, disait-on naguère. Aussi bien, la rédaction de l'article 1132 est-elle en harmonie avec celle de l'article 1163, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, selon lequel « l'obligation a pour objet une prestation présente ou future », et non pas une « chose ».

Cela dit, dans la vente, contrat à propos duquel l'erreur sur les qualités essentielles est le plus souvent invoquée, l'objet de la prestation due par le vendeur est bien la délivrance de la chose vendue (articles 1197 et 1603 et suiv. du Code civil). L'erreur sur les qualités essentielles de cette prestation se ramène donc à une erreur sur les qualités essentielles de la chose vendue. De fait, les rédacteurs du Code civil de 1804, comme Pothier, avaient surtout songé à ce contrat, en spécifiant, dans l'ancien article 1110, alinéa 1<sup>er</sup>, que l'erreur devait tomber sur la substance de la chose.

Par ailleurs, l'article 1641 du Code civil oblige le vendeur à garantir l'acquéreur contre les défauts cachés de la chose vendue.

<sup>1</sup> Loussouarn, obs. préc.

<sup>2</sup> Cf. *infra*.

<sup>3</sup> Civ. 1, 28 mars 2008, n° 06-10715, B. I, n° 95 ; D. 2008, 1866, note E. Treppoz ; JCP 2008, II, 10101, note Y.-M. Serinet ; RDC 2008, 727, note Y.-M. Laithier.

<sup>4</sup> Fages, *op. cit.*, n° 112 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 190 ; Bénabent, *op. cit.*, n° 95.

<sup>5</sup> Peut-être rebutés par la consonance aristotélicienne du terme « substance », que la jurisprudence a interprété comme désignant les « qualités substantielles de la chose », les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 lui ont néanmoins substitué l'expression de « qualités essentielles ». Ils ont sans doute surtout été animé d'un souci de cohérence des textes du Code civil entre eux, l'article 180, alinéa 2, du Code civil disposant que l'erreur sur les qualités essentielles de la personne permet à l'autre époux de demander la nullité du mariage (Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 304). En tout cas, cette modification terminologique est sans conséquences sur le fond du droit (*ibid.*). Par ailleurs, l'article 1132 du Code civil du projet ne reproduit pas la tournure restrictive de l'article 1110, alinéa 1<sup>er</sup> (« L'erreur n'est... que si... »). En effet, cette tournure restrictive était devenue trompeuse, dans la mesure où elle laissait entendre que l'erreur sur la substance n'était que rarement à retenir, alors que la notion avait connu un élargissement important en jurisprudence depuis 1804.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

« Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus. »

Lorsque l'acquéreur se prévaut d'un tel vice caché à l'encontre du vendeur, il n'intente pas une action en nullité du contrat, mais une action fondée sur l'inexécution par le vendeur de son obligation de garantie contre les vices cachés. Cette action obéit à un régime spécifique prévu par les articles 1642 et suivants du Code civil. L'article 1644, notamment, donne le choix à l'acquéreur entre la résolution du contrat, avec pour conséquence la restitution du prix moyennant la restitution de la chose au vendeur (action rédhibitoire) ou une diminution du prix (action estimatoire). L'article 1648, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, quant à lui, enferme l'action en garantie des vices cachés dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice, alors que l'action en nullité pour vice du consentement se prescrit, on le sait, par cinq ans à compter de la découverte de l'erreur ou du dol.

Or il arrive que la qualité essentielle qui fasse défaut dans la chose vendue, soit la conséquence d'un vice caché de cette chose :

Ex. terrain que l'acquéreur avait acheté en vue d'y construire, mais inconstructible en raison de la présence en sous-sol, dont le vendeur ne l'avait pas informé, d'anciennes carrières de gypse de nature à entraîner des mouvements du sol et des désordres immobiliers<sup>1</sup>.

Dans cette hypothèse, le vice rédhibitoire est à l'origine d'une erreur de l'acquéreur sur les qualités essentielles de la chose,

- soit que l'acquéreur l'ait commise spontanément,
- soit qu'un dol du vendeur par des manœuvres ou un mensonge l'ait provoquée, voire qu'une simple réticence dolosive de ce même vendeur l'ait facilitée.

La question se pose alors de savoir si l'acquéreur peut, à son gré, agir en nullité pour vice du consentement ou en garantie des vices cachés ou bien si cette option lui est refusée.

S'agissant de l'erreur, la Cour de cassation refuse actuellement le cumul d'actions à l'acquéreur : dès lors qu'il y a vice caché, seule l'action en garantie est ouverte à l'acquéreur<sup>2</sup>.

En revanche, toujours selon la Cour de cassation, si l'action en garantie des vices cachés est exclusive de celle en nullité pour erreur sur les qualités essentielles, l'action en nullité<sup>3</sup> ou en responsabilité délictuelle<sup>4</sup> pour dol peut être cumulée avec l'action en garantie des vices cachés<sup>5</sup>. Le dol est en effet non seulement un vice du consentement, mais encore un délit civil, engageant la responsabilité extracontractuelle de son auteur (articles 1112-1 et 1240 du Code civil). Aussi la Cour de cassation permet-elle traditionnellement la victime du dol de se limiter à solliciter la réparation de son préjudice, sans se prévaloir de la nullité du contrat entaché de dol<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 3, 17 novembre 2004, n° 03-14958, *B. III*, n° 206.

<sup>2</sup> Civ. 1, 19 juillet 1960, n° 57-10.949, *B. I*, n° 408 ; *RTD civ.* 1961, 332, obs. J. Carbonnier ; Civ. 1, 14 mai 1996, n° 94-13921, *B. I*, n° 213 ; *D.* 1998, *J.* 305, note F. Jault-Seseke ; *D.* 1997, *somm.* 345, obs. O. Tournafond ; Civ. 3, 7 juin 2000, *G.A.*, t. II, n° 304, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *D.* 2002, *somm.* 1002, obs. O. Tournafond ; *CCC* 2000, n° 159, note L. Leveueur ; Civ. 1, 19 octobre 2004, n° 01-17228 ; Civ. 3, 17 novembre 2004, préc. ; Civ. 3, 30 mars 2011, n° 10-15309 ; Civ. 3, 20 mai 2014, n° 13-12685 ; Civ. 3, 4 mai 2016, n° 15-11351 ; cf. ég. Angers 13 octobre 2009, n° RG 08/01427, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr) Pour la critique de cette jurisprudence, au motif que l'action en nullité pour erreur sur les qualités essentielles, ouverte dans tout contrat, et l'action en garantie des vices cachés, spécifique au droit de la vente, ne serait pas des normes antinomiques justifiant l'éviction de la première au profit de la seconde, dès lors qu'elles ont des objets différents, cf. Ch. Goldie-Genicon « Droit commun et droit spécial », *RDA* février 2013, p. 29 et s., n° 22.

<sup>3</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *Droit des obligations*, n° 210 ; Civ. 1, 16 avril 1991, n° 88-18530, *B. I*, n° 144 ; Civ. 3, 29 novembre 2000, n° 98-21224, *B. III*, n° 182 ; *CCC* 2001, n° 41, note L. Leveueur ; Civ. 3, 10 avril 2002, n° 00-16939 ; Civ. 1, 6 novembre 2002, n° 00-10192, *B. I*, n° 260 ; *CCC* 2003, n° 38, note L. Leveueur.

<sup>4</sup> Civ. 3, 23 septembre 2020, n° 19-18104 (P) ; *D. actu.* 23 octobre 2020, obs. E. Botrel ; *JCP* 2020, 1306, note M. Lagelée-Heymann ; *Gaz. Pal.* 12 janvier 2021, p. 27, note Z. Jacquemin ; *RTD civ.* 2020, 879, obs. H. Barbier ; rapp. Civ. 3, 29 novembre 2020, n° 98-20224 (P) ; *CCC* mars 2021, *comm.* 41, L. Leveueur.

<sup>5</sup> D'aucuns justifient la solution soit par une dérogation que le droit spécial des contrats apporterait au droit commun (Malaurie, Aynès et Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, n° 232), soit par le caractère subjectif du dol (Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, 12<sup>e</sup> éd., Dalloz action 2021-2022, n° 3111-33) ; d'autres en soulignent, à rebours, la fragilité (Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, n° 259 ; Y.-M. Serinet « Erreur et vice caché : variations sur le même thème... », in : *Etudes offertes à Jacques Ghestin – Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris : LGDJ, 2001, 789 et s. p. 759 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, obs. préc.). Sur la discussion, cf. Botrel, obs. préc. ; N. Dupont « Des actions en garantie des vices cachés et de celles fondées sur le dol : quelle articulation ? Pour quel intérêt ? », *CCC* mars 2021, *Etude* 4. Cf., d'une manière générale : N. Balat « Le cumul d'actions en droit des obligations », *D.* 2020, 1819.

<sup>6</sup> Civ. 1, 4 février 1975, n°72-13217, *B. I*, n° 43 ; *D.* 1975, *J.* 405, note Ch. Gaury ; *JCP* 1975, II, 18100, note Ch. Larroumet ; Civ. 1, 14 novembre 1979, n° 77-15903, *B. I*, n° 279 ; *Com.* 27 janvier 1998, n° 96-13253.



Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Le motif de cette dernière solution réside dans la moralité des transactions, qui justifie que l'acquéreur puisse, en tout état de cause, se placer sur le terrain du dol. Mais la solution est peu cohérente avec celle retenue à propos de l'erreur sur les qualités essentielles, car le dol n'est rien d'autre qu'une erreur provoquée ou facilitée. Si donc l'erreur est le fruit d'un vice caché, l'action en nullité devrait être logiquement refusée à l'acquéreur, qu'elle soit intentée sur le fondement de l'article 1132 du Code civil, pour erreur sur les qualités essentielles de la prestation, ou sur le fondement de l'article 1137 du même code, pour dol.

• Qualité expressément ou tacitement convenue

Aux termes de l'article 1133, alinéa 1er, du Code civil, les qualités essentielles sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues. Il ne suffit donc pas que la qualité sur laquelle une partie s'est méprise, soit celle en considération de laquelle elle avait contracté, pour que le contrat encoure la nullité sur le fondement de l'article 1132 ; il faut encore que l'autre partie ait connu l'importance essentielle que son cocontractant attachait à la qualité défaillante de la prestation<sup>1</sup>.

Cette exigence d'une qualité convenue s'explique par le mode d'appréciation de la qualité essentielle de la prestation. La question s'est en effet posée de savoir si les qualités essentielles devaient être appréciées *in abstracto* ou *in concreto* :

- *in abstracto*, c'est-à-dire une qualité essentielle dans l'opinion commune, par exemple l'authenticité pour une œuvre d'art, l'ancienneté d'un meuble, la constructibilité d'un terrain, etc... ;
- *in concreto*, c'est-à-dire la qualité essentielle individuellement, pour ceux-là même qui ont contracté.

En disposant que la qualité essentielle est celle en considération de laquelle « les parties » ont contracté, l'article 1133 du Code civil invite le juge à l'apprécier *in concreto*. Tirant ainsi toutes les conséquences de la conception subjective, la jurisprudence antérieure avait effectivement retenu ce mode d'appréciation. Il s'agit donc de savoir si la qualité était substantielle, essentielle pour la victime de l'erreur, et non si elle est habituellement considérée comme telle<sup>2</sup>. Dès lors, elle relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, auxquels il appartient, dans chaque affaire, de déterminer souverainement si la qualité invoquée était ou non substantielle, essentielle pour le demandeur en annulation<sup>3</sup>. Il s'agit, en d'autres termes, d'une question de fait. Il en résulte que la grande majorité des arrêts de la Cour de cassation en la matière sont des arrêts de rejet, dans lesquels la haute juridiction se retranche souvent derrière les constatations des juges du fond, que ces derniers aient admis l'erreur sur les qualités substantielles ou l'aient écartée.

Cependant cette conception très large et souple de l'erreur est génératrice d'insécurité juridique : une qualité essentielle aux yeux d'une partie peut n'être que secondaire dans l'opinion commune et, partant, dans celle de l'autre partie. Aussi la jurisprudence a-t-elle introduit un tempérament important : pour pouvoir être retenue, l'erreur doit, selon l'expression de Henri Capitant, être « entrée dans le champ contractuel »<sup>4</sup>, porter sur une « qualité convenue », expressément ou tacitement, pour reprendre une formule de Jacques Ghestin<sup>5</sup>. On veut dire par là que l'autre partie doit avoir connu l'importance essentielle que la victime de l'erreur attachait à la qualité défaillante dans l'objet. C'est cette condition que l'article 1133, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil énonce désormais expressément.

<sup>1</sup> Bénabent, *op. cit.*, n° 95 ; Fages, *op. cit.*, n° 112 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 282 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 305.

<sup>2</sup> Cf. par ex. Civ. 1, 26 janvier 1972, *B. I.*, n° 32 ; *D.* 1972, *J.* 517 ; *J.C.P.* 1972, II, 17065 ; Civ. 1, 8 décembre 2009, n° 08-16471, *B. I.*, n° 240 : état d'un objet d'art ; Com. 22 juin 2022, n° 20-11846 (B) : éligibilité du bien vendu à un dispositif de défiscalisation.

<sup>3</sup> Cf. par ex. Com. 20 octobre 1970, n° 60-12958, *JCP* 1971, II, 16916, note J. Ghestin ; *RTD civ.* 1971, 131, obs. Y. Loussouarn ; Civ. 1, 20 octobre 2011, préc. ; Civ. 3, 3 avril 2012, n° 11-14038 ; Civ. 3, 2 octobre 2013, n° 12-13302.

<sup>4</sup> H. Capitant, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1927, réimpr. La mémoire du droit avec préf. D. Mazeaud, n° 102.

<sup>5</sup> J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, par J. Ghestin, G. Loiseau et Y. Serinet, 4<sup>e</sup> éd., Lextenso t. 1, n° 1244 et s.

On a formulé parfois cette condition en affirmant que l'erreur doit être « commune » aux deux parties, mais cette terminologie prête à confusion. En effet, il n'est pas nécessaire que les deux parties se soient trompées, que l'erreur soit partagée, pour que l'annulation du contrat s'ensuive ; l'erreur peut être unilatérale. Ce qui doit être commun, c'est l'intention des deux parties de considérer telle qualité comme essentielle, et non leur erreur.

Encore faut-il cependant, pour que l'erreur sur une qualité essentielle puisse être retenue, que la partie n'ait pas accepté de tenir cette qualité pour aléatoire. En effet, l'article 1133, alinéa 3, du Code civil précise :

« L'acceptation d'un aléa sur une qualité de la prestation exclut l'erreur relative à cette qualité ».

Cette règle est reprise de la jurisprudence antérieure. La victime de l'erreur ayant alors contracté à ses risques et périls<sup>1</sup>, ne peut s'en prévaloir : « l'aléa chasse l'erreur », pourrait-on dire<sup>2</sup>, pourvu du moins que les parties l'aient accepté<sup>3</sup>.

Ex. Dans l'affaire dite du *Verrou de Fragonard*, la Cour de cassation avait interdit à un vendeur de se prévaloir de son erreur sur l'authenticité d'une toile de maître, alors qu'au moment du contrat de vente, l'attribution de la toile était considérée comme incertaine par les deux parties, qui avaient ainsi l'une et l'autre accepté un aléa<sup>4</sup>.

A force de vouloir promouvoir des expressions « plus simples », « plus accessibles », dans le chimérique espoir qu'elles soient « compréhensibles pour l'ensemble des citoyens »<sup>5</sup>, on en vient à utiliser des formules ambiguës. Tel est le cas de celle insérée à la fin de l'article 1133, alinéa 3, du Code civil : « ... exclut l'erreur relative à cette qualité ». En effet, l'acceptation d'un aléa sur une qualité de la prestation ne prévient pas la partie de commettre une erreur au sujet de cette qualité. Simplement, ayant pris à l'avance le risque d'être déçue, elle est irrecevable à se prévaloir de son erreur sur les qualités essentielles, pour avérée que cette erreur soit finalement. Le texte édicte, en réalité, une fin de non-recevoir à la demande en nullité pour erreur sur les qualités essentielles. Il est vrai que la rédaction de l'arrêt du 24 mars 1987 dans l'affaire du *Verrou de Fragonard* était elle-même ambiguë, la Cour de cassation paraissant tour à tour exclure une erreur du vendeur<sup>6</sup>, puis lui interdire de s'en prévaloir.

### β) Preuve de l'erreur sur les qualités essentielles de la prestation

Il convient d'envisager la charge de la preuve, l'objet de la preuve et les moyens de preuve.

- Charge de la preuve

Elle pèse sur le demandeur qui a commis l'erreur dont il se plaint.

- Objet de la preuve

Il est triple, car le demandeur à l'annulation doit établir :

<sup>1</sup> Bénabent, *op. cit.*, n° 96 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 283 ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 279 ; Fages, *op. cit.*, n° 112 ; Civ. 3, 9 juin 2010, n° 08-13969, CCC 2010, n° 222, note L. Leveneur ; RDC 2011, 40, obs. E. Savaux.

<sup>2</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 308 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Civ. 1, 27 octobre 1993, n° 91-15632. Cf. *supra* : chapitre préliminaire « Notions générales sur le contrat », section 3 « Classification des contrats », § 2 « Classifications fondées sur le contenu des contrats », D. « Contrats commutatifs et contrats aléatoires », 2. « Intérêts de la distinction ».

<sup>3</sup> Bénabent, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Houtcieff, *op. cit.*, n° 247.

<sup>4</sup> Civ. 1, 24 mars 1987, n° 85-15736, B. I, n° 105 ; D. 1987, J. 489, note J.-L. Aubert ; JCP 1989, II, 21300, note M.-F. Vieville-Miravete ; rapp. Civ. 1, 28 mars 2008, préc. ; Houtcieff, *op. cit.*, n° 247 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *Droit des obligations*, n° 204 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>5</sup> *Sic* : Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016. Comme si, avec la réforme, le droit des obligations allait devenir compréhensible pour des non juristes... On se demande vraiment dans quel monde les auteurs de l'ordonnance vivent...

<sup>6</sup> Cf. é.g., pour l'acquéreur d'un terrain partiellement inondable et inconstructible au jour de la vente, classé ultérieurement totalement inconstructible : Civ. 3, 13 novembre 2014, n° 13-24027, B. III, n° 148 ; D. 2015, 60, note F. Rouvière ; RTD civ. 2015, 119, obs. H. Barbier.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

- la qualité manquante essentielle *in concreto*<sup>7</sup>,
- que cette qualité manquante était expressément ou implicitement convenue entre les parties,
- l'erreur (sur la qualité essentielle convenue) commise au moment de la conclusion du contrat<sup>2</sup>.

Cette triple preuve est difficile à rapporter, ce qui compense la conception jurisprudentielle très large de l'erreur. Certains auteurs<sup>3</sup> souhaiteraient que la jurisprudence atténue sa rigueur en matière de preuve. Selon ces auteurs, en effet, si la qualité dont la défaillance est alléguée est essentielle dans l'opinion commune, le demandeur à l'annulation devrait bénéficier d'une présomption qu'elle l'a été pareillement pour lui. En revanche, si la qualité dont la défaillance est alléguée n'est point essentielle dans l'opinion commune, alors il appartiendrait au demandeur à l'annulation de rapporter la preuve qu'elle l'a, en revanche, été pour lui.

- Moyens de preuve

L'erreur étant un fait juridique, se prouve par tous moyens : présomptions du fait de l'homme, témoignage... Par exemple, un prix élevé est souvent un indice d'une croyance dans l'authenticité d'une œuvre d'art<sup>4</sup>, inversement un prix bas exclut une telle croyance.

Les éléments de preuve peuvent être postérieurs au contrat, pourvu qu'ils établissent l'existence d'une erreur au moment de sa conclusion<sup>5</sup>. Il importe en effet de distinguer le fond du droit et la preuve.

b. L'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant

L'article 1134 du Code civil ne permet de la retenir que dans les contrats conclus *intuitu personae*, en considération de la personne<sup>6</sup> :

« L'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne. »

Elle n'y est pas moins entendue largement.

α) Erreur retenue dans les contrats *intuitu personae* uniquement

Tous les contrats à titre gratuit sont, en principe, conclus *intuitu personae*. En effet, par nature même, le geste libéral a été accompli en considération de la personne du bénéficiaire : on ne rend pas service ou on ne gratifie pas n'importe qui. Mais certains contrats à titre onéreux le sont également, lorsque les qualités prêtées au cocontractant revêtent un aspect primordial : ainsi le contrat de travail, le contrat médical, le cautionnement...

β) Erreur entendue largement

Elle se rencontre dans des hypothèses variées.

<sup>7</sup> Civ. 1, 26 janvier 1972, préc.

<sup>2</sup> Civ. 1, 22 février 1978, aff. du *Poussin*, préc. ; Civ. 3, 23 mai 2007, *B. III*, n° 91 ; *D.* 2007, *J.* 2977, note S. Maillard ; Civ. 1, 12 juillet 2007, *B. I*, n° 265 ; Civ. 3, 24 novembre 2016, n° 15-26226, *B. III*, n° 160.

<sup>3</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *Droit des obligations*, n° 193.

<sup>4</sup> Cf. cpdt. Civ. 1, 26 janvier 1972, préc., aff. du *Magnasco*, arrêt très critiqué par Ph. Malinvaud (*op. cit.*, *D.* 1972).

<sup>5</sup> Civ. 1, 13 décembre 1983, aff. du *Poussin*, n° 82-12237, *B. I*, n° 293 ; *G.A.*, t. II, n° 172, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *D.* 1984, *J.* 340, note J.-L. Aubert ; *JCP* 1984, II, 20186, concl. Gulphe ; Civ. 3, 12 juin 2014, préc.

<sup>6</sup> L'erreur sur la personne était visée sous une forme négative à l'ancien article 1110, alinéa 2, du Code civil, qui réservait le cas des contrats *intuitu personae* : « Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention. »

- Il s'agira rarement d'une erreur sur l'identité physique ou civile<sup>1</sup>, par exemple lorsqu'on a traité avec un homonyme<sup>2</sup>. L'erreur commise est alors, en réalité, une erreur-obstacle empêchant la formation du contrat. On sait que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 passent ce type d'erreur sous silence, sans pour autant avoir entendu condamner la notion<sup>3</sup>.
- Le plus souvent, effectivement, l'erreur portera sur les qualités essentielles de la personne<sup>4</sup> : compétence, honorabilité, situation de famille, solvabilité... Elle est alors une autre forme d'erreur sur les qualités essentielles, à côté de celle portant sur les qualités essentielles de la prestation due.

Ex. vente à crédit, où la solvabilité de l'acquéreur se révèle une qualité essentielle pour le vendeur<sup>5</sup>.

On doit logiquement lui étendre, par analogie, les règles gouvernant l'erreur sur les qualités essentielles de la prestation, bien que l'article 1133 n'en dise rien : appréciation de la qualité essentielle *in concreto* et exigence, en contrepartie, d'une qualité expressément ou tacitement convenue, entrée dans le champ contractuel<sup>6</sup>.

### 3. L'erreur indifférente

L'erreur n'entraîne pas la nullité du contrat, elle est indifférente à sa validité. Les erreurs indifférentes se déduisent pour une large part de ce qui vient d'être dit, puisqu'on vient de recenser les erreurs faisant obstacle à la formation du contrat ou de nature à entraîner sa nullité. Sont donc indifférentes les erreurs suivantes :

#### a. Erreur sur les qualités essentielles de la personne en l'absence d'*intuitus personae*

L'erreur ne répondant pas alors aux conditions de l'article 1134 du Code civil, est indifférente.

#### b. Erreur sur une qualité non essentielle, ou « non convenue » de la prestation

Cette erreur ne satisfaisant pas aux conditions posées par les articles 1132 et 1133 du Code civil, ne peut effectivement entraîner l'annulation du contrat.

#### c. Erreur sur la valeur<sup>7</sup>

Aux termes de l'article 1136 du Code civil :

« L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité. »

Cela concerne l'hypothèse où l'erreur a porté, non sur les qualités essentielles de la prestation ou bien sur son identité, mais sur son évaluation. Cette erreur est indifférente<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Fages, *op. cit.*, n° 113.

<sup>2</sup> Cf. ég. Rouen 4 mars 1969, *RTD civ.* 1969, 762, obs. Y. Loussouarn.

<sup>3</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 310 ; Fages, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>4</sup> Bénabent, *op. cit.*, n° 94.

<sup>5</sup> Civ. 1, 20 mars 1963, *B. I.*, n° 179 ; *D.* 1963, *J.* 403.

<sup>6</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 286 ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 284.

<sup>7</sup> G. Goubeaux « A propos de l'erreur sur la valeur », in : *Etudes offertes à Jacques Ghestin (le contrat au début du XXIe siècle)*, Paris : LGDJ, 2001, 389 et suiv.

<sup>8</sup> Com. 4 novembre 1964, *B. III.*, n° 479 ; Com. 26 mars 1974, *B. IV.*, n° 108 ; Civ. 1, 5 avril 1993, n° 91-11576 ; Civ. 1, 9 mars 1994, n° 92-14808 ; Civ. 1, 3 juillet 1996, n° 11-15429, *B. I.*, n° 287 ; *D.* 1997, *J.* 431, note N. Descamps-Dubaele ; Com. 4 février 1997, n° 95-12625 ; Com. 18 février 1997, *B. IV.*, n° 55 ; *JCP* 1997, I, 4056, n° 5, obs. G. Loiseau ; Civ. 3, 31 mars 2005, n° 03-20096, *B. III.*, n° 81 ; *JCP* 2005, I, 194, n° 7, obs. Y.-M. Serinet.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Ex. tableau du peintre envisagé, mais acheté trop cher par rapport au prix du marché, appréciation erronée de la rentabilité économique d'une opération<sup>1</sup> (mais la solution est discutée)<sup>2</sup>.

Motif de l'exclusion de l'erreur sur la valeur : la consacrer serait admettre cause générale de nullité du contrat pour défaut d'équivalence entre les prestations, en violation du principe posé à l'article 1168 du Code civil<sup>3</sup>.

Toutefois l'erreur sur la valeur est, selon la définition que l'article 1136 du Code civil, celle qui repose uniquement sur une appréciation économique erronée. Lorsque, en revanche, celle-ci est la conséquence d'une erreur sur les qualités essentielles de la prestation, par exemple sur l'authenticité d'un tableau vendu, le contrat encourt la nullité. Résultant aujourd'hui d'une lecture *a contrario* de l'article 1136 (« sans se tromper sur les qualités essentielles »... « fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte »), ce tempérament est traditionnel. L'erreur sur la valeur est alors indirectement prise en considération à travers l'erreur sur les qualités essentielles<sup>4</sup>. C'est très souvent le cas, ainsi dans l'affaire du *Poussin*<sup>5</sup>.

#### d. Erreur sur les motifs

L'erreur porte sur les motifs personnels, étrangers aux qualités essentielles de la prestation ou du cocontractant, comme le précise l'article 1135 du Code civil.

Ex. tableau acheté parce qu'on a cru, à tort, qu'il avait orné la chambre de l'artiste<sup>6</sup>.

Ex. fonctionnaire achetant ou louant un appartement dans une ville où il doit être muté, et la mutation n'intervient pas.

Aux termes de l'article 1135 du Code civil :

« L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement.

« Néanmoins l'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est une cause de nullité. »

Le texte reprend les solutions jurisprudentielles antérieures<sup>7</sup>, en en modifiant quelque peu la formulation<sup>8</sup>. Pour des raisons tenant à la sécurité des transactions juridiques et conformément à une

<sup>1</sup> Civ. 3, 31 mars 2005, n° 03-20096, *B. III*, n° 81 ; *RDC* 2005, 1025, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *JCP* 2005, I, 194, n° 7, obs. Y.-M. Serinet

<sup>2</sup> Com. 4 octobre 2011, n° 10-20956, *RDC* 2012/1, 64, obs. Th. Génicon ; *ibid.* 2012/2, 535, obs. C. Grimaldi ; *D.* 2011, 3052, note N. Dissaux ; *ibid.* 2012, *Pan.* 459, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *ibid.* 577, obs. D. Ferrier ; *JCP* 2012, n° 135, note J. Ghestin ; Com. 10 juin 2020, n° 18-21536 : dans ces arrêts concernant des contrats de franchise, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que l'erreur sur la rentabilité économique du bien portait sur ses qualités essentielles, et non sur sa valeur. On peut se demander si cette solution discutable a vocation à s'étendre à d'autres contrats (pour l'affirmative : Bénabent, *op. cit.*, n° 97 ; pour la négative, limitant la solution aux contrats d'intérêt commun par une analyse renouvelée de la notion de champ contractuel : S. Lequette « Le champ contractuel, réflexions à partir de la rentabilité économique », *RDC* 2016, 135 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 285). Sur la discussion, *cf. ég.* Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 199 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 320. Rappr. Com. 12 juin 2012, n° 11-19047, *D.* 2012, 2079, note N. Dissaux ; *ibid.* 2013, 391, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *RTD civ.* 2012, 724, obs. B. Fages : erreur sur la rentabilité de l'opération qualifiée d'erreur sur la substance, mais dans une hypothèse où le franchiseur avait commis un dol, si bien que le contrat a été annulé sur ce fondement.

<sup>3</sup> Disposition remplaçant l'ancien article 1118 du Code civil, aux termes duquel « La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes... » ; Civ. 1, 25 janvier 2005, n° 02-19161.

<sup>4</sup> J. Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, thèse LGDJ, 1963, n° 74 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 287 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 199 ; Houtcieff, *op. cit.*, n° 257. *Cf. par ex.* Soc. 4 mai 1956, n° 45.307, *B. IV*, n° 411 ; *D.* 1957, *J.* 313, note Ph. Malaurie ; *JCP* 1957, II, 9762, note P. Ourliac et M. de Juglart : erreur sur « la valeur culturelle » (*sic*) de terres louées ; Com. 18 février 1963, n° 61-10932, *B. III*, n° 107, *a contrario* ; Civ. 1, 24 janvier 1979, n° 77-11519, *B. I*, n° 34 ; Civ. 1, 9 mars 1994 préc., *a contrario* ; Versailles 7 janvier 1987, *Poussin*, *D.* 1987, *J.* 485, note J.-L. Aubert ; *JCP* 1988, II, 21121, note J. Ghestin ; *G.A.*, t. II, n° 148 ; Com. 10 novembre 2015, n° 14-11370.

<sup>5</sup> *Cf. not.* Versailles, 7 janvier 1987, préc.

<sup>6</sup> Trib. civ. Seine 8 décembre 1950, *Gaz. Pal.* 1951, 1, 153 ; *D.* 1951, *J.* 50.

<sup>7</sup> Comme, du reste, l'avait fait l'article 1112-5 de l'avant-projet Catala avant lui.

<sup>8</sup> Article 1134 du projet de la Chancellerie : Houtcieff, *op. cit.*, n° 258 ; Terré, Lequette et Chénéde, obs. préc., n° 8.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

tradition bien établie<sup>1</sup>, l'erreur sur le motif est en principe indifférente, quand bien même le motif a été déterminant du consentement<sup>2</sup>. Pour qu'il en aille autrement, il ne suffirait pas que l'autre partie ait eu connaissance du motif erroné et qu'il soit ainsi entré dans le champ contractuel. Seule, en effet, une incorporation de ce motif au contrat permettra sa prise en compte<sup>3</sup>.

Cette incorporation peut s'opérer de deux manières<sup>4</sup>, selon l'article 1135 confirmant la jurisprudence antérieure :

- les parties ont fait expressément du motif un élément déterminant de leur consentement, en d'autres termes l'ont incorporé au contrat, soit en l'érigeant en condition de celui-ci<sup>5</sup>, soit, du moins, l'ont « essentialisé »<sup>6</sup>.
- Ce motif a déterminé l'auteur d'une libéralité à la consentir, il est la cause de son engagement disait-on naguère<sup>7</sup>.

Ex. testament annulé, car l'auteur avait été déterminé par la croyance erronée que le légataire était son fils naturel, ou bien qu'il n'avait pas d'héritier<sup>8</sup>. Si la jurisprudence s'est prononcée à propos de libéralités testamentaires, actes unilatéraux, la solution vaut aussi pour les donations entre vifs, car la cause s'y entend de manière identique.

On peut douter de l'utilité de l'article 1135 du Code civil. En effet, l'indifférence de principe de l'erreur sur le motif, à moins que les parties n'aient érigé la réalité de ce motif en condition de l'engagement, était déjà reconnue dans l'Ancien droit. Par souci de concision, vraisemblablement, les rédacteurs du Code civil de 1804 ne l'avaient rappelée que dans les travaux préparatoires<sup>9</sup>, car elle découlait implicitement de l'ancien article 1110, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil. Or, de la même manière, cette indifférence de principe de l'erreur sur le motif s'induit implicitement des articles 1132 et 1133 du Code civil. L'affirmer expressément, en plus, dans l'article 1135, alinéa 1<sup>er</sup>, peut apparaître inutilement redondant.

<sup>1</sup> Pothier, *Traité des obligations*, n° 20 ; Barbeyrac, *apud* Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, livre III, chap. VI, § VII, note 2 ; Bigot-Préameneu « Présentation au Corps législatif et exposé des motifs du titre III du livre III », *in* : Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, p. 223.

<sup>2</sup> Civ. 3 août 1942, *D. A.* 1943, 18 ; Civ. 1, 13 février 2001, n° 98-15092, *B. I.*, n° 31 ; *G.A.*, t. II, n° 173, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *JCP* 2001, I, 330, § I, n° 5 et suiv., obs. J. Rochfeld ; *RTD civ.* 2001, p. 352, n° 2, obs. J. Mestre et B. Fages ; Civ. 3, 24 avril 2003, n° 01-17458, *B. III*, n° 82 ; *JCP* 2003, II, 10134, note R. Wintgen ; *D.* 2004, J. 450, note S. Chassagnard ; *RDC* 2003, 42, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2003, 699, obs. J. Mestre et B. Fages ; Civ. 1, 12 juillet 2005, n° 04-15275 ; Com. 30 mai 2006, n° 04-15356, *CCC* 2006, *Comm.* 224, note L. Leveneur ; Com. 11 avril 2012, n° 11-15429, *B. IV*, n° 77 ; *D.* 2012, 1117, obs. X. Delpech ; *ibid.* 2013, 391, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *JCP* 2012, 1151, obs. Y.-M. Serinet ; *Gaz. Pal.* 2 juin 2012, p. 23, obs. C. Houin-Bressand ; *RDC* 2012, 1175, obs. Y.-M. Laithier ; *RLDC* 2012/99, n° 4881, note Dupré ; *RTD com.* 2012, 381, obs. D. Legeais ; *ibid.* 608, obs. B. Bouloc ; C. Grimaldi « Retour sur l'erreur sur les motifs (de la nécessité de distinguer les fausses représentations des prévisions non réalisées) », *D.* 2012, 2822 ; Civ. 3, 6 juillet 2023, n° 22-16999.

<sup>3</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 287 ; Terré, Lequette et Chénéde, obs. préc.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> Civ. 3 août 1942, Civ. 1, 13 février 2001, Civ. 1, 12 juillet 2005, Com. 30 mai 2006, Com. 11 avril 2012, Civ. 3, 6 juillet 2023, préc. Cette première hypothèse d'incorporation du motif au contrat est reconnue de longue date : Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, livre III, chap. VI, § VII ; Pothier, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Bigot de Préameneu « Présentation au Corps législatif et exposé des motifs... », p. 223 : « L'erreur dans les motifs d'une convention n'est une cause de nullité que dans le cas où la vérité de ces motifs peut être regardée comme une condition dont il soit clair que les parties ont voulu faire dépendre leur engagement » ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, 6<sup>e</sup> éd., par Bartin, § 343 bis.

<sup>6</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 316.

<sup>7</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 288 ; B. Grelon « L'erreur dans les libéralités », *RTD civ.* 1975, 261 et s. En effet, dans une libéralité, la cause de l'obligation était identifiée au motif déterminant. En revanche, dans le cautionnement, acte en principe à titre gratuit, mais non libéralité, la Cour de cassation considère l'erreur de la caution sur le motif déterminant de son engagement, consistant dans la solvabilité du débiteur principal au moment de la souscription du cautionnement, comme indifférente, à moins que la caution n'en ait fait la condition expresse de son engagement (Civ. 1, 19 mars 1985, n° 84-10533, *B. I.*, n° 98 ; *JCP* 1986, II, 20659, note Bouteiller ; Civ. 1, 11 février 1986, n° 84-11117, *B. I.*, n° 22 ; *D.* 1987, *Somm.* 446, obs. L. Aynès ; Civ. 1, 11 décembre 1990, n° 89-14631, *B. I.*, n° 286 ; *D.* 1991, *Somm.* 385, obs. L. Aynès ; *RTD civ.* 1991, 149, obs. M. Bandrac ; Com. 11 janvier 1994, n° 91-17691, *B. IV*, n° 15 ; Com. 1<sup>er</sup> octobre 2002, n° 00-13189, *B. IV*, n° 131 ; *D.* 2003, J. 1617, note Y. Picod ; *JCP* 2003, II, 10072, note M. Buy ; *RTD civ.* 2003, 322, obs. P. Crocq ; *Rép. Defrénois* 2003, 410, obs. Ph. Théry). Elle avait jugé antérieurement le contraire (Civ. 1, 1<sup>er</sup> mars 1972, n° 70-10313, *B. I.*, n° 70 ; *D.* 1973, J. 733, note Ph. Malaurie ; Com. 11 avril 1972, n° 11-15429, *B. IV*, n° 77). Dans les contrats à titre onéreux, la cause de l'obligation s'entendait au contraire d'une manière objective, abstraite, et non pas au sens du mobile ayant concrètement déterminé une partie à contracter.

<sup>8</sup> Req. 13 juillet 1809, *Jur. gén. Dalloz*, v° Donations entre vifs et testamentaires, n° 244 ; Req. 17 mars 1812, *D.* 1826, I, 367 ; Paris 9 février 1867, *S.* 67, 2, 139.

<sup>9</sup> Cf. *supra* : la déclaration de Bigot de Préameneu reproduite.

Au-delà, l'opportunité même de la règle posée par l'article 1135 peut, en outre, se discuter<sup>1</sup>. En effet, la distinction de l'erreur sur le motif déterminant et de l'erreur sur les qualités essentielles de la prestation est parfois fort délicate, en raison de la conception subjective de la substance, que la jurisprudence a fait traditionnellement prévaloir et du pouvoir souverain laissé par la Cour de cassation aux juges du fond, pour apprécier si une qualité est, ou non, une qualité essentielle entrée dans le champ contractuel<sup>2</sup>. Or l'article 1135 attache des conséquences fondamentales à cette distinction, puisque l'erreur sur les qualités essentielles, convenues expressément ou tacitement, de la prestation est une cause de nullité du contrat, tandis que l'erreur sur le motif est indifférente, à moins que les parties n'aient expressément fait du motif un élément déterminant du consentement. Qu'une règle reçoive des effets aussi différents, selon que le motif a été ou non érigé expressément en élément déterminant du consentement, paraît discutable<sup>3</sup>.

### C. Non imputabilité de l'erreur à une faute de l'errans (condition morale)

L'article 1132 du Code civil dispose que l'erreur portant sur les qualités essentielles de la prestation ou du cocontractant est une cause de nullité du contrat, « à moins qu'elle ne soit inexcusable ».

Cette condition négative, au fondement moral, conduit à écarter la nullité lorsque l'erreur dont une partie se prévaut apparaît grossière, « inexcusable ». Encore convient-il de définir ce qu'il convient d'entendre par là et de préciser que, malgré les apparences ou certaines objections, certaines erreurs sont considérées comme excusables.

#### 1. Notion d'erreur inexcusable

C'est celle qui est due à une légèreté excessive de l'errans. La faute commise par l'auteur d'une erreur inexcusable exclut le bénéfice de la protection légale.

Ex. souscrire deux assurances pour le même risque<sup>4</sup>.

Ex. amateur d'art qui s'en tient à la mention « attribué à Courbet » d'un tableau<sup>5</sup>.

Ex. architecte qui achète un terrain sans s'inquiéter de sa constructibilité<sup>6</sup>.

Ex. erreur dans la conversion d'un prix de francs en euro commise par un marchand de biens<sup>7</sup>.

Pour rejeter la demande en nullité de la vente, d'autres arrêts se fondent, il est vrai, sur l'acceptation par l'errans d'un aléa, d'un risque quant à l'existence de la qualité substantielle, par exemple l'authenticité de

<sup>1</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 317.

<sup>2</sup> Deshayes, Génicon et Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, art. 1133, p. 190 et art. 1135, p. 192-193 ; *adde* : Chantepie et Latina, *op. cit.*, *loc. cit.* Cf. par ex. Civ. 3, 2 octobre 2013, n° 12-13302 : la Cour de cassation rejette le pourvoi contre un arrêt qui avait annulé un bail pour erreur du preneur sur les qualités substantielles de la chose louée, au motif que la conclusion d'un bail dans la croyance erronée du preneur qu'il permettait l'exercice de son activité sans concurrence dans un centre commercial et la perspective d'une situation avantageuse, prise en compte dans la détermination du prix du bail, constituerait une qualité substantielle de la chose louée, comprise dans le champ contractuel et exempté d'aléa, et non un simple motif du preneur l'ayant déterminé à conclure le bail ; Com. 22 juin 2022, n° 20-11846 (B), *D.* 1923, 152, note P. Marcou ; *ibid.* 254, obs. M. Mekki et R. Boffa ; *JCP* 2022, 907, obs. Y.-M. Serinet ; *RTD civ.* 2022, 610, obs. H. Barbier, *RDC* 2022/4, p. 15, obs. M. Latina ; *ibid.*, p. 38, obs. L. Thibierge : les parties peuvent convenir, expressément ou tacitement, de faire de l'éligibilité du bien vendu à un dispositif de défiscalisation une qualité substantielle du bien vendu. Si tel a été le cas, l'erreur sur cette éligibilité est une erreur sur la substance, entraînant la nullité du contrat en application des articles 1108, 1109 et 1110 anciens du Code civil. Or la jurisprudence dominante est plutôt encline à considérer l'échec d'une défiscalisation comme constitutive d'une erreur sur les motifs, susceptible d'entraîner la nullité du contrat seulement si le but de défiscalisation avait été intégré au champ contractuel par une stipulation expresse (Civ. 1, 13 février 2001, n° 98-15092, *B.* I, n° 31, *JCP* 2001, I, 330, obs. J. Rochfeld ; *RTD civ.* 2001, 352, obs. J. Mestre et B. Fages ; Civ. 3, 24 avril 2003, n° 01-17458, *B.* III, n° 82 ; *D.* 2004, 450, note S. Chassagnard ; *RTD civ.* 2003, 699, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD civ.* 2003, 723, obs. P.-Y. Gautier ; *RDC* 2003, p. 42, obs. D. Mazeaud.

<sup>3</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>4</sup> Civ. 1, 29 juin 1959, *B.* I, n° 320.

<sup>5</sup> Civ. 1, 16 décembre 1964, n° 62-11512, *B.* I, n° 575 ; *D.* 1965, *J.* 136 : en fait, plutôt que de qualifier l'erreur d'inexcusable, les juges du fond, par une appréciation souveraine, relèvent que l'acheteur ne rapportait pas la preuve de l'erreur sur la substance alléguée. Mais le raisonnement sous-entend que cet amateur averti ne pouvait se tromper.

<sup>6</sup> Civ. 1, 2 mars 1964, n° 62-11054, *B.* I, n° 122 : les juges du fond, par une appréciation souveraine, ont exclu que le consentement de l'acquéreur d'un terrain, architecte de profession, ait été vicié par une erreur sur la constructibilité de ce terrain.

<sup>7</sup> Civ. 3, 4 juillet 2007, n° 06-15881, *B.* III, n° 123 ; *D.* 2007, *J.* 2847, note N. Rials ; *Pan.* 2967, obs. S. Amrani-Mekki, préc

l'œuvre<sup>1</sup> ou la constructibilité d'un terrain<sup>2</sup>. Mais l'article 1133, alinéa 3, du Code civil a consacré distinctement, on l'a vu, cette solution.

Ex. personnes achetant en toute connaissance de cause un terrain partiellement inondable et donc partiellement inconstructible, se plaignant ensuite de l'extension de l'inconstructibilité à toute la surface du terrain<sup>3</sup>.

Le caractère inexcusable de l'erreur doit être apprécié *in concreto*, en fonction des capacités de l'intéressé et notamment de sa compétence professionnelle : il existe une obligation de se renseigner. Cela ne signifie donc pas que toute erreur commise par un professionnel présente un caractère inexcusable, ni d'ailleurs que toute erreur d'un particulier est, par définition, excusable<sup>4</sup> : tout dépend des circonstances<sup>5</sup>.

## 2. Erreurs jugées excusables

Ce sont notamment l'erreur de droit et l'erreur sur sa propre prestation, bien qu'on en ait beaucoup discuté, s'agissant de la seconde.

### a. L'erreur de droit<sup>6</sup>

Comme l'article 1132 du Code civil le précise expressément, « l'erreur de droit ou de fait » est une cause de nullité du contrat, pourvu qu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due, ou sur celles du cocontractant dans les contrats *intuitu personae*.

L'erreur de droit n'est pas, en elle-même, inexcusable<sup>7</sup>, car il n'y a pas nécessairement faute à ignorer la loi, malgré l'adage *Nemo censetur ignorare legem* – « nul n'est censé ignorer la loi »<sup>8</sup>. Celui-ci signifie simplement que nul ne saurait prétendre échapper à l'application de la loi sous prétexte qu'il l'ignore. Or, ici le problème est différent : il s'agit de savoir si le consentement a été vicié ou non, et il peut l'être aussi bien par une opinion juridique inexacte, que par la méconnaissance d'un élément de fait<sup>9</sup>.

Sans doute une erreur de droit peut-elle apparaître quelquefois impardonnable, inexcusable, empêchant la partie qui en a été victime de s'en prévaloir à l'appui d'une demande en nullité du contrat. Mais il résulte de l'article 1132 du Code civil qu'elle ne l'est pas obligatoirement, tout comme l'erreur de fait<sup>10</sup>. L'une et l'autre ne sont invocables que sous réserve de ne pas être inexcusable en raison des circonstances dans lesquelles elles ont été commises et de la personnalité de l'*errans*.

L'admission de l'erreur de droit n'était déjà plus discutée dans le droit antérieur. On faisait valoir que l'ancien article 1110 du Code civil ne distingue pas selon que l'erreur porte sur un fait ou sur le droit. Or, là où la loi ne distingue pas, l'interprète ne doit pas le faire : *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 1, 31 mars 1987, n° 85-11877, B. I, n° 115 : acquéreur averti d'une statuette très restaurée, présentée comme de l'époque Tang, qui s'était révélée ultérieurement dépourvue d'authenticité ; rapp. Civ. 1, 24 mars 1987, aff. *Verrou de Fragonard*, cité *supra*, pour le rejet de la demande d'un vendeur en nullité de la vente d'un tableau « attribué à Fragonard », qu'il croyait être un faux.

<sup>2</sup> Civ. 3, 9 juin 2010, n° 08-13969, RDC 2011, 40, obs. E. Savaux ; CCC 2010, n° 222, note L. Leveneur ; Civ. 3, 13 novembre 2014, n° 13-24027, B. III, n° 148 ; D. 2015, 60, note F. Rouvière ; RTD civ. 2015, 119, obs. H. Barbier.

<sup>3</sup> Civ. 3, 13 novembre 2014, préc. : terrain partiellement inondable et inconstructible, classé postérieurement à la vente comme totalement inconstructible, acquéreurs ayant pris un risque dont la réalisation n'était pas « *inéluçtable* » au moment de la vente.

<sup>4</sup> Fages, *Droit des obligations*, n° 110.

<sup>5</sup> Fages, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Civ. 1, 8 décembre 2009, B. I, n° 240 ; JCP 2010, n° 516, note Y.-M. Serinet ; RLDC 2010/68, n° 3703, obs. C. Le Gallou ; Com. 13 mars 2012, n° 11-13077.

<sup>6</sup> R. Decottignies « L'erreur de droit », RTD civ. 1961, 309 et suiv.

<sup>7</sup> Bénabent, *op. cit.*, n° 98 ; Fages, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>8</sup> H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 4ème éd., Litec, 1999.

<sup>9</sup> Marty et Raynaud, *Les obligations*, t. I, n° 147 ; Flour, Aubert et Savaux, *L'acte juridique*, n° 371 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 292 ; Ghestin, *La formation du contrat*, n° 505 ; Houtcieff, *op. cit.*, n° 245.

<sup>10</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 313.

<sup>11</sup> Houtcieff, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Roland et Boyer, *op. cit.*



Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Aussi bien, lorsque, à titre exceptionnel, les rédacteurs du Code civil avaient voulu écarter l'erreur de droit comme cause de nullité d'un contrat, ils l'avaient expressément précisé, comme à propos du contrat de transaction, contrat par lequel les parties terminent, par des concessions réciproques, une contestation née, ou préviennent une contestation à naître, selon la définition que l'article 2044, alinéa 1<sup>er</sup>, en donne. Abrogé par l'article 10 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, l'ancien article 2052, alinéa 2, du code prévoyait, en effet, que les transactions ne pouvaient « être attaquées pour cause d'erreur de droit ». Le caractère aléatoire du contrat de transaction justifiait, selon certains<sup>1</sup>, cette disposition, qui était, à dire vrai contestée<sup>2</sup>. Elle était, en tout cas, spécifique à ce contrat et n'aurait pu être étendue par analogie à d'autres conventions, car les exceptions sont d'interprétation stricte – *exceptio est strictissimae interpretationis*<sup>3</sup>. D'une interprétation *a contrario* de l'ancien article 2052, alinéa 2, on pouvait donc, à rebours, induire le principe général, selon lequel l'erreur de droit peut entraîner la nullité de la convention comme l'erreur de fait, et dans les mêmes conditions<sup>4</sup>. Désormais, de toute façon, l'erreur de droit est reçue en matière de transaction comme dans les autres contrats, puisque le législateur a abrogé l'ancien article 2052, alinéa 2, du Code civil qui l'excluait.

L'erreur de droit avait donc été reçue en jurisprudence comme l'erreur de fait, à la condition qu'elle portât sur un élément substantiel<sup>5</sup> et qu'elle fût, par ailleurs, excusable. La règle est désormais inscrite dans la loi.

b. L'erreur sur sa propre prestation

L'erreur sur sa propre prestation porte sur la prestation fournie, par opposition à la prestation reçue. Elle correspond à une hypothèse plus rare que l'erreur sur la prestation reçue.

Ex. vendeur persuadé à tort que son tableau est un faux, alors que c'est un tableau de Fragonard.

L'admission de cette erreur avait fait autrefois l'objet d'une vive controverse doctrinale, en raison notamment de l'idée que le vendeur est supposé connaître ce qu'il vend. Mais, s'inspirant de la doctrine majoritaire, la jurisprudence avait tranché en faveur de l'admission de l'erreur sur la prestation fournie<sup>6</sup>. L'article 1133, alinéa 2, du Code civil entérine cette jurisprudence<sup>7</sup> :

« L'erreur est une cause de nullité qu'elle porte sur la prestation de l'une ou de l'autre partie. »

Il résulte donc de cette disposition que l'erreur est tout autant cause de nullité du contrat quand elle tombe sur les qualités essentielles de la prestation due.

Ex. dans une vente, le vendeur ou l'acquéreur pourra indifféremment se prévaloir de l'erreur sur une qualité essentielle de la chose vendue, ainsi sur l'attribution d'une toile, pourvu que cette qualité ait été expressément ou tacitement convenue.

La controverse étant close, on rappellera simplement pour mémoire la discussion antérieure sur l'admission de l'erreur sur la prestation fournie.

α) Doctrines opposées à son admission<sup>8</sup>

Les auteurs opposés à cette admission, principalement Jean Carbonnier et Philippe Malaurie, avaient avancé plusieurs arguments, tous discutables.

<sup>1</sup> Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, n° 1003.

<sup>2</sup> P.-Y. Gautier, obs. *RTD civ.* 2001, 381 et suiv.

<sup>3</sup> Roland et Boyer, *op. cit.*

<sup>4</sup> Ghestin, *La formation du contrat*, n° 505.

<sup>5</sup> Civ. 17 novembre 1930, *D. P.* 1932, 1, 161 ; *S.* 1932, 1, 17, note A. Breton ; Civ. 1, 25 mai 1964, 62-10598, *B. I.*, n° 269 ; *D.* 1964, *J.* 626 ; pour une erreur de droit portant sur la cause de l'engagement, *cf.* Civ. 3, 24 mai 2000, n° 98-16132, *B. III.*, n° 114 et TGI 15 septembre 2008, préc.

<sup>6</sup> *Cf.* not. TGI 13 décembre 1972, *Poussin*, *D.* 1973, *J.* 410, note Ph. Malinvaud et J. Ghestin ; Civ. 1, 22 février 1978, *Poussin* ; Civ. 1, 4 décembre 2024, n° 23-17569 (B) : arrêt rendu sous l'empire du droit antérieur à l'ordonnance du 10 février 2016. Selon cet arrêt, « Il résulte de ces textes que l'erreur du vendeur sur les qualités substantielles de la chose vendue n'est une cause de nullité du contrat que dans la mesure où elle est excusable. Tel est le cas si le vendeur a transmis tous les éléments en sa possession au professionnel chargé de la vente en s'en remettant à son avis et que celui-ci n'a pas procédé aux recherches qui auraient permis d'éviter cette erreur. »

<sup>7</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 284 ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 277 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 307 ; Bénabent, *Droit des obligations*, n° 95.

<sup>8</sup> Carbonnier, *Droit civil*, t. II, n° 963 ; J. Chatelain « L'objet d'art, objet de droit », *Etudes Flour*, Defrénois 1979, 63 et suiv.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

- Raison de texte : selon Jean Carbonnier<sup>1</sup>, la « substance de la chose qui en est l'objet » de l'ancien article 1110, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil ne pouvait viser que la contre-prestation, chacun ayant en vue l'obligation de l'autre. Mais cette lecture de l'ancien article 1110 qui, amenait à distinguer entre la prestation fournie et la prestation reçue, là où le texte ne distinguait pas, était isolée. En employant le terme de « prestation due », les rédacteurs de l'article 1132 du Code civil ont probablement voulu éviter que cette querelle d'interprétation ne renaisse à la faveur des nouveaux textes, en dépit de la disposition expresse de l'article 1133, alinéa 2.
- Raison de fond : l'erreur sur sa propre prestation s'analyserait, en réalité, en une erreur sur la valeur. Or celle-ci est normalement indifférente<sup>2</sup>, en raison l'exclusion de principe de la rescision des conventions synallagmatiques pour lésion (ancien article 1118 du Code civil) –, de leur nullité pour défaut d'équivalence dirait-on aujourd'hui (article 1168 du Code civil). Mais l'argument prouve trop, car bien souvent l'erreur sur les qualités essentielles de la contre-prestation se double aussi d'une erreur sur la valeur.
- Raison morale<sup>3</sup> : dans les ventes, le propriétaire, donc le vendeur, connaît généralement beaucoup mieux sa chose que l'acquéreur, si bien qu'il ne mérite pas d'être particulièrement protégé. Le vendeur est le mieux placé pour connaître les qualités de la chose qu'il vend. Il est donc paradoxal d'obliger l'acquéreur à le garantir des « qualités cachées de la chose achetée ». Ainsi son erreur sur les qualités de la chose qu'il vend doit-elle être regardée comme inexcusable.

Sans doute l'erreur sur la prestation fournie sera-t-elle jugée plus facilement inexcusable<sup>4</sup>. Mais, en matière de vente d'œuvres d'arts, l'observation n'est à peu près exacte pour les ventes aux enchères publiques, où l'intérêt du vendeur est préservé, encore que l'affaire du *Poussin* ait démontré que tel n'était pas toujours le cas. Elle est, en revanche, dénuée de pertinence pour les ventes privées, où un acheteur compétent peut abuser d'un vendeur.

- Raison de preuve (spéciale aux œuvres d'art) : il est difficile de faire la preuve positive de l'authenticité. Mais la réponse a été apportée dans l'affaire du *Poussin* : il a suffi que le vendeur ait été déterminé par la conviction erronée, au moment de la vente, que le tableau ne pouvait être authentique, alors qu'il l'était en réalité peut-être, pour que la nullité du contrat pour erreur sur la substance fût encourue<sup>5</sup>.
- Raison d'opportunité : la sécurité du commerce s'opposerait à l'admission de l'erreur, particulièrement en matière d'œuvre d'art où la réalité peut être changeante au gré des attributions faites par les experts<sup>6</sup>. La Cour de cassation s'est montrée indifférente à ces considérations dans le second arrêt *Poussin*<sup>7</sup>.

β) Doctrine dominante et jurisprudence favorables à son admission<sup>8</sup>

Selon la jurisprudence antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, en effet, l'erreur du vendeur sur sa propre prestation, en d'autres termes sur les qualités substantielles de la chose vendue, affectait la validité du contrat au même titre que l'erreur de l'acquéreur sur la contre-prestation<sup>9</sup>.

La jurisprudence s'est bornée à permettre à l'acquéreur évincé d'obtenir de l'*errans* une indemnisation des frais exposés en vue de démontrer l'originalité de l'œuvre, au titre de l'enrichissement sans cause<sup>10</sup>, aujourd'hui rebaptisé enrichissement injustifié (articles 1303 et suiv. du Code civil).

**Conclusion.** L'étude de l'erreur suscite des impressions contradictoires. En effet, la notion d'erreur est entendue très largement par la jurisprudence, qui exclut seulement l'erreur sur la valeur et l'erreur sur les motifs. En revanche, la preuve de l'erreur est reçue très étroitement. Ces impressions reflètent le conflit entre les deux

<sup>1</sup> Carbonnier, *Droit civil*, t. II, n° 963.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Cf. Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 277 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 307.

<sup>5</sup> Civ. 1, 22 février 1978, préc.

<sup>6</sup> Carbonnier, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>7</sup> Civ. 1, 13 décembre 1983, *G.A.*, t. II, n° 172, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde, préc.

<sup>8</sup> Cf. par ex. Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 284 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 204 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>9</sup> Civ. 1, 22 février 1978, aff. du *Poussin*, préc. ; Civ. 1, 24 janvier 1979, préc. ; rapp. Civ. 3, 21 mai 2008, n° 07-10772, préc., B. III, n° 92 ; *D.* 2008, *A.J.* 1693 ; *D.* 2008, *Pan.* 2970, obs. critiques S. Amrani-Mekki ; *RDC* 2008, 716, obs. critiques Th. Genicon, pour une erreur-obstacle.

<sup>10</sup> Civ. 1, 25 mai 1992, n° 90-18222, 90-18634, 90-18814, aff. du *Verrou de Fragonard*, B. I, n° 165 ; *JCP* 1992, I, 3608, p. 370, obs. M. Biliau ; *CCC* 1992, *com.* n° 174, note L. Leveneur.

idées antagonistes : d'une part, le consensualisme et le respect de la volonté ; d'autre part, la sécurité des transactions.

### § 3 Le dol

En préambule à l'étude des conditions d'annulation d'un contrat pour dol, une remarque terminologique s'impose, avant de passer à la définition du dol et de souligner son intérêt par rapport à l'erreur.

- Terminologie

Il convient de ne pas confondre deux institutions différentes :

- le dol dans la conclusion du contrat qui est un vice du consentement, cause de nullité du contrat ;
- le dol dans l'exécution du contrat, lequel vise une inexécution volontaire, délibérée du contrat, entraînant la condamnation à des dommages-intérêts du débiteur et, le cas échéant, la résolution du contrat.

- Définition

Au lieu de donner du dol une définition unique, l'article 1137 du Code civil dresse une typologie des différents cas de dol<sup>1</sup>. Il en distingue, plus précisément, deux catégories principales, le dol par commission (alinéa 1<sup>er</sup>) et le dol par omission ou dissimulation intentionnelle, qu'on appelait naguère réticence dolosive (alinéa 2)<sup>2</sup> :

« Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges.

Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie.

Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation. »

Force est donc de se référer à la définition doctrinale traditionnelle<sup>3</sup>, selon laquelle le dol est un comportement d'une partie consistant à provoquer une erreur qui détermine l'autre partie à contracter<sup>4</sup> ou même, dans certains cas, à juste l'exploiter<sup>5</sup>.

- Intérêts du dol par rapport à l'erreur

Puisque le dol suppose une erreur, on pourrait se demander quel est l'intérêt de la notion, dès lors que l'erreur est déjà une cause de nullité des conventions, à certaines conditions précisées antérieurement. Mais, en réalité, les intérêts du dol par rapport à l'erreur tiennent à sa preuve, à son domaine et à sa sanction<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Bénabent, *op. cit.*, n° 103. Les maladresses de rédaction de l'article 1137 du Code civil ont fait l'objet de critiques récurrentes (Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 321 ; Houtcieff, *op. cit.*, n° 268 ; G. Guerlin « Le dol », in : M. Latina et G. Chantepie (dir.), *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Analyses et propositions*, Dalloz, 2015, p. 31 ; J. Klein « La validité du contrat », *JCP* 2015, supplément au n° 21, spéc. n° 7, p. 17).

<sup>2</sup> Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 287.

<sup>3</sup> Houtcieff, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>4</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 296 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 207 ; Fages, *op. cit.*, n° 116 ; Houtcieff, *op. cit.*, n° 268.

<sup>5</sup> Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 285.

<sup>6</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 208.

- Intérêt quant à sa preuve : elle est plus facile par son objet même, qui est extérieur – réserve faite de l'hypothèse de la réticence dolosive – et non pas psychologique, par exemple au moyen de présomptions<sup>7</sup>.
- Intérêt quant à son domaine : il est plus large que celui de l'erreur. En effet, les erreurs, qui, commises spontanément, ne peuvent entraîner la nullité du contrat, sont prises en considération lorsqu'elles ont été provoquées ou exploitées, facilitées par un dol. Ce sont l'erreur qui, autrement, aurait été considérée comme inexcusable, d'une part, l'erreur en elle-même indifférente, d'autre part.

- Erreur qui, commise spontanément, aurait été inexcusable

Imputable à faute à celui qui l'invoque, cette erreur ne permet pas à celui qui l'a commise d'obtenir la nullité du contrat (article 1132 du Code civil). En revanche, aux termes de l'article 1139 du Code civil :

« L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable ».

Cette disposition consacre une jurisprudence antérieure, selon laquelle « La réticence dolosive (...) rend toujours excusable l'erreur provoquée »<sup>2</sup>. Cette jurisprudence était, à dire vrai, discutée. Mais la solution étant désormais légale, la Cour de cassation l'a tout naturellement maintenue sous l'empire des textes actuels<sup>3</sup>.

- Erreur en elle-même indifférente

Toujours aux termes de l'article 1139 du Code civil, inspiré, là encore, de la jurisprudence antérieure<sup>4</sup> :

« L'erreur qui résulte d'un dol (...) est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat. »

Pourtant, commise spontanément, une telle erreur aurait été normalement sans incidence sur la validité du contrat (articles 1135 et 1136 du Code civil).

Ex. fonctionnaire achetant ou louant un appartement dans une ville où il croit faussement sur le point d'être nommé : l'acte est valable. On lui a fait croire, par des artifices, qu'il allait y être nommé ; l'acte est nul si, du moins, les autres conditions de l'annulation pour dol sont réunies.

- Intérêt quant sa sanction : le dol entraîne non seulement la nullité relative du contrat, mais encore ouvre droit à des dommages-intérêts au profit de la victime. Il lui permet même de solliciter uniquement des dommages-intérêts, en exerçant une action en responsabilité délictuelle à cet effet<sup>5</sup>.

Ces différences entre le dol et l'erreur s'expliquent par la nature mixte du dol. Celui-ci est, en effet, à la fois un délit civil et un vice du consentement. Il comprend donc un élément moral et un élément psychologique. Or, à cause de l'importance de l'élément moral dans le dol, le souci de sécurité des transactions est beaucoup plus estompé qu'en matière d'erreur.

Il résulte des articles 1130 et 1137 du Code civil, que trois conditions sont requises, pour qu'un contrat encoure l'annulation pour dol<sup>6</sup>:

<sup>7</sup> Cf. par ex. Com. 7 juin 1994, n° 92-16994.

<sup>2</sup> Civ. 3, 21 février 2001, n° 98-20817, B. III, n° 20 ; D. 2001, J. 2702, note critique D. Mazeaud ; D. 2001, *somm.* 3236, obs. L. Aynès ; JCP 2002, II, 10027, note Ch. Jamin ; RTD civ. 2001, p. 353, n° 3, obs. J. Mestre et B. Fages ; Civ. 1, 18 janvier 2005, n° 03-15115 ; Com. 13 février 2007, n° 04-16520 ; Civ. 1, 4 mai 2011, n° 09-71144 ; Com. 8 mars 2016, n° 14-23135, CCC 2016, *comm.* 135, note L. Leveneur ; comp. cpdt. Civ. 3, 8 octobre 2014, n° 13-18150.

<sup>3</sup> Com. 18 septembre 2024, n° 23-10183 (B) ; CCC novembre 2024, *comm.* 158, L. Leveneur ; RLDC 230/2024, 7602, obs. A. Grosjean.

<sup>4</sup> « L'erreur provoquée par le dol peut être prise en compte même si elle ne porte pas sur la substance de la chose qui fait l'objet du contrat » : Civ. 3, 2 octobre 1974, n° 73-11901, B. III, n° 330 ; G.A., t. II, n° 177, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde.

<sup>5</sup> Civ. 1, 4 février 1975, n° 72-13217, B. I, n° 43 ; D. 1975, J. 405, note Ch. Gaury ; JCP 1975, II, 18100, note Ch. Larroumet ; Civ. 1, 14 novembre 1979, n° 77-15903, B. I, n° 279 ; Com. 27 janvier 1998, n° 96-13253 ; Civ. 1, 15 mars 2005, n° 01-13018, B. I, n° 136 ; D. 2005, 1462, note A. Cathiard ; Rev. Soc. 2005, 587, note N. Mathéy ; RTD civ. 2005, 381, obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>6</sup> L'ancien article 1116, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil condensait ces trois conditions dans une formule brillante : « Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. » Mais cette formule présentait le défaut de définir trop restrictivement l'élément matériel du dol. En

- Gravité du dol
- Caractère déterminant du dol
- Dol émanant du cocontractant

## A. Gravité du dol (condition morale)

Le dol étant un délit civil, se compose de deux éléments<sup>1</sup> :

- un élément intentionnel, la volonté d'induire le cocontractant en erreur, de le tromper ; cet élément est indispensable<sup>2</sup>, bien que l'article 1137 ne l'exige explicitement qu'à propos de la forme de dol qu'il incrimine dans son alinéa 2. Le dol évoque l'idée de malhonnêteté<sup>3</sup>.
- Un élément matériel. Selon l'article 1137 du Code civil, qui entérine l'évolution jurisprudentielle antérieure, cet élément matériel peut consister non seulement en des manœuvres ou des mensonges (alinéa 1<sup>er</sup>), mais encore en la dissimulation intentionnelle d'une information (alinéa 2), qu'on appelait traditionnellement réticence dolosive.

### 1. Les manœuvres

Aux termes de l'article 1137, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil :

« Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges. »

La neutralité de l'expression utilisée – « obtenir le consentement de l'autre » – ne doit pas prêter à confusion. En soi, il est vrai, des manœuvres n'ont rien de répréhensible, si on se fie à l'étymologie du terme : « travail à la main »<sup>4</sup>. Cependant le dol étant un délit civil, les manœuvres constitutives d'un dol sont nécessairement coupables, répréhensibles, déloyales<sup>5</sup>. Des procédés simplement habiles destinés à convaincre, séduire le cocontractant ne tombent pas sous le coup de l'article 1137, alinéa 1<sup>er</sup>. Quitte à reprendre l'expression qui figurait dans l'ancien article 1109 du Code civil et que l'article 1113 de l'avant-projet Catala avait opportunément reprise, les manœuvres doivent avoir pour objet de surprendre le consentement de l'autre partie, pour être constitutives de dol<sup>6</sup>. Sans cela, l'élément intentionnel du dol, consistant à vouloir tromper l'autre partie, ferait défaut.

Ex. le fait de passer l'aspirateur dans une voiture d'occasion, utiliser un produit comme le *polish* pour effacer les rayures, faire briller la carrosserie et la lustrer, afin d'améliorer son apparence n'est pas un dol. En revanche, dissimuler la corrosion du plancher de l'automobile au moyen de tapis de sol est une manœuvre condamnable.

Comme illustration de manœuvres constitutives d'un dol, on cite traditionnellement l'exemple, relaté par Cicéron<sup>7</sup>, d'une mise en scène ourdie par un certain Pythius, vendeur d'une villa. Ce dernier, afin de décider le riche Canius à l'acheter, avait artificiellement organisé une pêche miraculeuse dans un lac bordant la propriété.

---

effet, on le verra, la jurisprudence l'avait élargi progressivement, en admettant que le dol pût résulter d'un mensonge ou même d'une réticence, au lieu des manœuvres seules visées par l'article 1116.

<sup>1</sup> Carbonnier, *op. cit.*, t. II, n° 957 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 298 et suiv. ; Bénabent, *op. cit.*, n° 102 et suiv.

<sup>2</sup> Civ. 1, 20 avril 2022, n° 19-11599 (B) et Civ. 1, 20 avril 2002, n° 19-11600 : le dol « implique l'intention, chez son auteur, de tromper autrui en vue de le contraindre à s'engager. Ainsi, le manquement à une obligation pré-contractuelle d'information ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement. ». L'arrêt est rendu sous l'empire du droit ancien et vise l'article 1116 du Code civil. Mais le principe vaut toujours.

<sup>3</sup> Carbonnier, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>4</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 328. *Petit Robert*, v° « manoeuvre » ; *manus* : main ; *opis* : ouvrage, œuvre, travail.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Cicéron, *Des devoirs (De officiis)*, texte et trad. M. Testard, 2<sup>e</sup> tirage, Les Belles Lettres, 1984, III, 58-60.

Un autre exemple, moderne, hélas un grand classique du genre, est le « tirage » du compteur kilométrique d'un véhicule d'occasion, afin de le rajeunir artificiellement.

Dans les hypothèses les plus graves, ces manœuvres destinées à induire le cocontractant en erreur peuvent tomber sous le coup de l'incrimination pénale de l'escroquerie (article 313-1 du Code pénal)<sup>1</sup>. Le délit civil se double alors d'un délit pénal.

## 2. Les mensonges

La jurisprudence avait interprété extensivement l'ancien article 1116 du Code civil. Bien que ce dernier ne visât, en effet, que les manœuvres, elle l'avait étendu au mensonge : « un simple mensonge, non appuyé d'actes extérieurs, peut constituer un dol »<sup>2</sup>. L'élément intentionnel est implicitement renfermé dans la notion de mensonge : celui-ci suppose nécessairement la volonté de tromper l'autre partie en « obtenant » son consentement<sup>3</sup>.

On affirmait traditionnellement que le mensonge devait revêtir une gravité suffisante pour entraîner l'annulation du contrat, d'où une distinction traditionnelle, remontant au droit romain, entre :

- le dolus bonus, permis, consistant à vanter, de manière exagérée, ses produits, liberté dont l'étendue varierait selon la qualité du professionnel (camelot, antiquaire, expert).
- le dolus malus, prohibé, consistant en une déloyauté dépassant « l'exagération et l'habileté permises à tout vendeur »<sup>4</sup>.

Mais cette distinction apparaît aujourd'hui en net recul. En effet, elle repose sur l'idée que chacun doit s'informer en ne faisant pas montre d'une trop grande naïveté à l'égard des affirmations de son partenaire et se doit de procéder à un minimum de vérifications. Or, d'une part, le législateur fait preuve d'une sévérité particulière à l'encontre du mensonge émanant du professionnel, en réprimant pénalement, par des peines d'emprisonnement et d'amende, les pratiques commerciales trompeuses (article L. 121-2 et suiv. du Code de la consommation). D'autre part, on l'a vu, l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable<sup>5</sup>. Sa crédulité excessive n'interdit donc pas toujours à une personne d'invoquer le dol dont elle a été victime.

## 3. La dissimulation intentionnelle<sup>6</sup>

Traditionnellement, en raison des termes restrictifs de l'ancien article 1116 du Code civil, la réticence était considérée comme en elle-même insuffisante pour constituer un dol<sup>7</sup> : il n'y avait pas faute à se taire, c'était une simple habileté permise. Mais la jurisprudence avait évolué vers sa consécration à peu près générale<sup>8</sup>.

L'article 1137, alinéa 2, du Code civil entérine cette évolution, en rebaptisant la réticence dolosive « dissimulation intentionnelle » :

« Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie. »

<sup>1</sup> Article 313-1 du Code pénal : « L'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge. L'escroquerie est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. »

<sup>2</sup> Civ. 3, 6 novembre 1970, n° 69-11665, B. III, n° 587 ; JCP 1971, II, 16942, note J. Ghestin.

<sup>3</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>4</sup> Civ. 1, 1<sup>er</sup> février 1960, B. I, n° 67.

<sup>5</sup> Cf. *supra*.

<sup>6</sup> G. Lardeux « La réticence dolosive n'est pas un dol comme les autres », D. 2012, 2986.

<sup>7</sup> Civ. 30 mai 1927, S. 1928, I, 105, note A. Breton ; A. Denizot « La réticence dolosive avant 1958 », RTD civ. 2015, 765.

<sup>8</sup> Civ. 3, 2 octobre 1974, n° 73-11901, G.A., t. II, n° 150, précité : « le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant au cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter » ; pour une application ultérieure : Civ. 3, 3 mars 2010, n° 08-21056 08-21057, B. III, n° 52 ; D. 2010, 1019.

Le nouveau texte insiste donc sur le caractère intentionnel que le silence doit revêtir, pour dégénérer en dol. En revanche, à rebours de la jurisprudence antérieure, il ne subordonne pas ce dol par réticence à l'existence préalable d'un devoir pré-contractuel d'information à la charge de l'auteur de cette réticence.

a. La dissimulation intentionnelle d'une information déterminante est nécessaire

Aux termes de l'article 1137, alinéa 2, la dissimulation consiste, de la part d'un contractant, à dissimuler intentionnellement une information, dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie. A dire vrai, l'expression légale de « dissimulation intentionnelle » apparaît pléonastique, car toute dissimulation est, par définition même, intentionnelle<sup>1</sup>. Mais, en s'exprimant ainsi, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont entendu insister sur l'importance de cette intention<sup>2</sup>, dès lors que l'élément matériel du dol se trouve, dans la réticence, réduit à sa plus simple expression. Une dissimulation intervenue « à l'insu de son plein gré » n'est donc pas constitutive d'un dol<sup>3</sup>.

b. La violation d'un devoir précontractuel d'information est superflue

L'article 1112-1 du Code civil a, d'une manière générale, affirmé l'existence d'un devoir pré-contractuel d'information à la charge des parties, dont il délimite l'étendue, précise le régime probatoire et énonce le caractère. Mais, selon le dernier alinéa de ce texte, la violation de ce devoir n'entraîne pas nécessairement la nullité du contrat (« peut entraîner l'annulation du contrat... »).

Inversement, même en l'absence de violation d'un tel devoir d'information, la nullité du contrat peut être prononcée, pour dissimulation intentionnelle d'une information au caractère déterminant pour l'autre partie<sup>4</sup>. En effet, l'article 1137, alinéa 2, ne reprend pas la condition objective, à laquelle la jurisprudence avait, en outre, subordonné jadis la caractérisation de la réticence dolosive, à savoir l'existence d'un devoir d'information pesant sur la partie ayant intentionnellement conservé le silence<sup>5</sup>.

De fait, l'article 1137, alinéa 2, ne subordonne pas la réticence dolosive à la double condition, alternative, posée par l'article 1112-1, alinéa 1<sup>er</sup>, selon lequel le devoir d'information n'existe que si la partie, légitimement, a ignoré l'information intentionnellement dissimulée ou a fait confiance à son cocontractant<sup>6</sup>. Il se borne à exiger que l'auteur de la dissimulation ait connu le caractère déterminant de cette information pour l'autre partie.

En outre, consacrant la jurisprudence antérieure, l'article 1139 du Code civil, on l'a vu, énonce que « L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable ». La victime de l'erreur aurait-elle eu tort d'ignorer l'information tue ou de faire confiance à son cocontractant, qu'elle demeure donc fondée à se prévaloir d'un dol par réticence, en reprochant à l'autre partie d'avoir exploité son erreur. Pourtant elle ne saurait, dans une telle hypothèse, invoquer la violation d'un devoir d'information à son égard, dès lors que la condition de légitimité de l'ignorance ou de la confiance, posée par l'article 1112-1, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, fait défaut.

<sup>1</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 328.

<sup>2</sup> Cf. sous l'empire du droit ancien : Com. 28 juin 2005, n° 03-16794, B. IV, n° 140 ; Civ. 1, 20 avril 2022, préc. ; *adde* : Com. 9 février 2016, n° 14-23210, B. IV, n° 25 : « ne constitue pas un dol le seul manquement de l'établissement de crédit à son devoir de mise en garde ».

<sup>3</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>4</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 327 ; Dissaux et Jamin, *op. cit.*, art. 1137 à 1139, B. ; O. Deshayes « La formation des contrats », *RDC* 2016/Hors série, p. 26 ; Loiseau « Les vices du consentement », *op. cit.*, n° 19.

<sup>5</sup> Com. 28 juin 2005, préc. ; Civ. 3, 13 mars 2012, n° 11-10584 ; Civ. 1, 20 avril 2022, n° 19-11599 (B) et Civ. 1, 20 avril 2002, n° 19-11600, préc. ; Marty et Raynaud, *op. cit.*, t. I, n° 156 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 301. Comp. Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 214.

<sup>6</sup> O. Deshayes « La formation du contrat », *RDC* 2016, 21, hors-série ; C. Grimaldi « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon », *D.* 2016, 1009, n° 3.

L'ordonnance du 10 février 2016 a ainsi dissocié, « déconnecté »<sup>1</sup> le devoir d'information et la réticence dolosive, alors que la jurisprudence antérieure, au contraire, déduisait la seconde de la violation intentionnelle du premier<sup>2</sup>. Les rédacteurs de l'ordonnance sont revenus sur le projet initial d'ordonnance, dans lequel la réticence dolosive et l'obligation précontractuelle de renseignement étaient, au contraire, liés<sup>3</sup>. Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance a revendiqué cette dissociation et les débats parlementaire l'ont confirmée. Une partie de la doctrine critique néanmoins ce « découplage ». De fait, on a du mal à comprendre comment une dissimulation intentionnelle peut être reprochée à une partie, si elle porte sur une information qu'elle n'était pas tenue de révéler à son cocontractant<sup>4</sup>.

c. S'abstenir de révéler son estimation de la valeur de la prestation n'est pas un dol

Le principe selon lequel la caractérisation de la dissimulation intentionnelle est indépendante de la violation d'un devoir d'information reçoit une exception, dans le cas visé à l'alinéa 3 de l'article 1137, ajouté par la loi de ratification du 20 avril 2018<sup>5</sup>. Aux termes de cette disposition, en effet :

« Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation. »

Conformément à la fameuse jurisprudence *Baldus*<sup>6</sup>, faute d'être tenue d'un devoir d'information quant à la valeur de la chose, la partie ne se rend donc pas coupable d'un dol en s'abstenant de révéler cette valeur à son cocontractant. Dans ce cas précis, l'article 1137, alinéa 3, déroge au principe selon lequel la réticence dolosive peut être retenue même en l'absence de la violation d'un devoir d'information. L'adverbe « néanmoins », par lequel l'alinéa 3 s'ouvre, montre bien qu'il s'agit d'une exception à la règle de l'alinéa 2.

Certes, l'article 1139 du Code civil dispose que l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable et qu'elle est une cause de nullité alors même qu'elle porte sur la valeur de la prestation. Mais la dissimulation intentionnelle de la valeur de la chose n'étant pas, aux termes de l'article 1137, alinéa 3, constitutive d'un dol, l'article 1139 ne peut alors jouer. Certains auteurs<sup>7</sup> sont très réservés sur cette exclusion de la règle de l'article 1139, quand une partie se borne à exploiter, par son silence, l'erreur sur la valeur de son cocontractant, au lieu de la provoquer par des manœuvres ou des mensonges. Ils dénoncent notamment l'atteinte au principe de bonne foi, de loyauté contractuelle (article 1104 du code civil) que cette solution représente.

Dans sa version initiale issue de l'ordonnance du 10 février 2016, l'article 1137, alinéa 2, du Code civil avait semblé remettre en cause la jurisprudence *Baldus*, selon laquelle l'acquéreur ne se rend pas coupable de réticence dolosive au détriment de son vendeur, en le tenant dans l'ignorance de la valeur de la chose vendue, car il n'est pas tenu envers lui d'un devoir d'information quant à cette valeur.

Cela paraissait si vrai que l'article 1139 du Code civil précise, on l'a vu, que « L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable » et qu'« elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ». Il semblait donc qu'il fallût en conclure que, quand bien même l'ignorance, par une partie, de l'information ou sa confiance en son cocontractant serait illégitime, impardonnable, ainsi parce qu'elle porterait sur la valeur de sa propre chose, qu'elle vend,

<sup>1</sup> *Sic* : Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 301.

<sup>2</sup> Com. 27 février 1996, *Vilgrain*, n° 94-11241, *B. IV*, n° 65 ; *D.* 1996, 518, note Ph. Malaurie ; *ibid.* 591, note J. Ghestin ; *JCP* 1996, II, 22665, note J. Ghestin ; *RTD civ.* 1997, 114, obs. J. Mestre ; Com. 12 mai 2004, n° 00-15618, *B. IV*, n° 94 ; *JCP* 2004, I, 173, n° 1, obs. A. Constantin ; *RDC* 2004/4, 923, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2004, 500, obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>3</sup> Selon l'article 1136 du projet d'ordonnance, le dol était constitué par « la dissimulation intentionnelle d'une information (qu'un contractant) devait fournir (à l'autre) conformément à la loi ».

<sup>4</sup> Fages, *op. cit.*, n° 117.

<sup>5</sup> Cette disposition, selon l'article 16, I, de la loi de ratification, n'est applicable qu'aux contrats conclus à compter de son entrée en vigueur, soit à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2018. Elle ne présente donc pas de caractère interprétatif.

<sup>6</sup> Civ. 1, 3 mai 2000, aff. *Baldus*, n° 98-11381, *B. I*, n° 131, préc. ; Civ. 3, 17 janvier 2007, n° 06-10442, *B. III*, n° 5, préc. ; *G.A.*, t. II, n° 178, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde.

<sup>7</sup> Mazeaud « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats... », *op. cit.*, n° 14 ; Revet « L'achèvement de la réforme du droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations... », *op. cit.*, n° 8.



Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

cette partie est fondée à solliciter l'annulation du contrat pour réticence dolosive, dès lors que cette information a été intentionnellement dissimulée par le cocontractant<sup>1</sup>. Tous ne partageaient néanmoins pas cette conclusion en doctrine.

D'aucuns<sup>2</sup> ont estimé que les articles 1112-1 et 1137, alinéa 2, du Code civil devaient être raisonnablement combinés : la réticence dolosive – devenue dissimulation intentionnelle – ne pourrait être caractérisée, comme le décidait la jurisprudence antérieure, que s'il existait préalablement une obligation pré-contractuelle d'information incombant à son auteur.

D'autres ont soutenu que « L'erreur qui résulte du dol », au sens de l'article 1139 serait uniquement celle, à proprement parler, provoquée par des manœuvres ou des mensonges, et non celle facilitée ou exploitée par une réticence<sup>3</sup>. Aussi l'erreur facilitée ou exploitée par une réticence pourrait-elle être jugée, en certains cas, inexcusable. Mais cette interprétation de l'article 1139 fait litière de la jurisprudence antérieure<sup>4</sup>, dont ce texte est ouvertement inspiré et selon laquelle la réticence dolosive rend excusable l'erreur provoquée. Elle paraît donc difficilement pouvoir être retenue.

Dans une certaine mesure, la loi de ratification du 20 avril 2018 a mis fin aux controverses. Elle a maintenu le principe du découplage, voulu par les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016, entre le devoir d'information et le dol par dissimulation intentionnelle. Mais elle y a fait exception dans l'hypothèse où la dissimulation ne porte que sur la valeur de la chose<sup>5</sup>. Aux termes de l'article 1137, alinéa 3, du Code civil, alinéa ajouté par la loi de ratification, en effet, on l'a vu, une telle dissimulation n'est pas constitutive d'un dol.

Il reste que, au-delà des artifices déployés dans la rédaction des textes pour les rendre en apparence compatibles, il est difficile de concilier rationnellement les deux règles suivantes : celle selon laquelle l'erreur qui résulte d'un dol, ce dernier se résumerait-il à une dissimulation intentionnelle, est toujours excusable (article 1139 du Code civil), d'une part ; celle d'après laquelle l'erreur due au fait qu'une partie a été délibérément tenue dans l'ignorance de la valeur de la prestation par son cocontractant est, au contraire, inexcusable (articles 1112-1, alinéa 2, et 1137, alinéa 3, du Code civil).

## B. Caractère déterminant du dol (condition psychologique)

L'élément psychologique, caractéristique du vice du consentement, réapparaît ici. L'ancien article 1116 du Code civil énonçait que la nullité pour dol n'est encourue que si, « sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté »<sup>6</sup>. Désormais, l'article 1130 du Code civil exige, d'une manière générale, que l'erreur, le dol ou la violence ait déterminé le consentement d'une des parties.

Le caractère déterminant du dol s'apprécie *in concreto*, il implique nécessairement que le dol soit antérieur à la conclusion du contrat et il pose enfin la question de l'admission du dol incident, où le cocontractant a été trompé sans pour autant avoir été déterminé à contracter par cette tromperie.

### 1. Appréciation *in concreto*

Entérinant une jurisprudence constante, l'article 1130, alinéa 2, du Code civil précise que l'appréciation du caractère déterminant du vice du consentement allégué s'opère en fonction de la personnalité de la victime et des circonstances de l'espèce, comme en matière d'erreur.

En conséquence, le caractère déterminant du dol est une question de fait, abandonnée en principe au pouvoir souverain des juges du fond. Mais ceux-ci doivent rechercher si le dol a été, ou non, déterminant du consentement.

Ex. salarié se prévalant de diplômes imaginaires, dont les fausses affirmations ont eu un rôle déterminant dans son recrutement par l'employeur<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Grimaldi, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>2</sup> Fages, *Droit des obligations*, n° 117 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 214 (non sans hésitations) ; Grimaldi, *op. cit.*, n° 4.

<sup>3</sup> Cf. Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 287. Telle était la solution retenue par l'article 1113-3 de l'avant-projet Catala, lequel prévoyait de restreindre le champ d'application de la règle selon laquelle le dol rend toujours l'erreur excusable à l'erreur provoquée, par opposition à celle facilitée ou exploitée par un dol.

<sup>4</sup> Civ. 3, 21 février 2001, Civ. 1, 18 janvier 2005, Com. 13 février 2007, Civ. 1, 4 mai 2011, n° 09-71144 et Com. 8 mars 2016, préc.

<sup>5</sup> Fages « La conclusion du contrat et les vices du consentement dans la loi de ratification du 20 avril 2018 », *op. cit.*, n° 13-15.

<sup>6</sup> Cf. par ex. Com. 8 juillet 2003, n° 02-21999, CCC 2003, 153, note L. Leveneur et Com. 14 janvier 2014, n° 12-14670, rappelant l'exigence d'un dol déterminant du consentement.

<sup>7</sup> Soc. 17 octobre 1995, n° 94-41239.

Ex. à l'inverse, le dol ne se présument pas et devant être prouvé, les juges du fond doivent rechercher si la manœuvre consistant, pour un salarié, incertain de son écriture, à avoir fait rédiger sa lettre de demande d'embauche et son c.v. par sa femme, a déterminé l'employeur à conclure le contrat de travail dont celui-ci invoque la nullité<sup>1</sup>.

## 2. Dol antérieur à la conclusion du contrat

L'article 1137 du Code civil parle maladroitement du dol commis par « un contractant ». Mais, pour que le dol ait déterminé le consentement de la victime, il faut, par définition même, qu'il ait précédé la conclusion du contrat ou, à tout le moins, qu'il en soit concomitant<sup>2</sup>. Son auteur n'est donc pas encore, par hypothèse, un contractant. En définissant le dol comme « le fait (...) d'obtenir le consentement de l'autre... », l'article 1137, alinéa 1<sup>er</sup>, confirme implicitement cette exigence traditionnelle d'antériorité du dol<sup>3</sup>.

## 3. Dol principal et dol incident

On exposera, tout d'abord, la notion de dol incident, puis les hésitations sur son admission, lesquelles ont finalement débouché sur sa condamnation, semble-t-il, par l'ordonnance du 10 février 2016.

### a. Notion de dol incident

Au dol principal, déterminant du consentement, on oppose traditionnellement le dol incident, sans lequel le contrat aurait quand même été conclu, mais à des conditions différentes, notamment à des conditions pécuniaires plus avantageuses. Le dol incident serait uniquement sanctionné par la condamnation de l'auteur du dol à des dommages-intérêts, sans permettre l'annulation du contrat<sup>4</sup>.

Cette distinction entre l'hypothèse où l'autre partie n'aurait pas contracté et celle où elle aurait contracté à des conditions différentes ne se conçoit qu'à propos du dol<sup>5</sup>.

- D'une part, en effet, selon l'article 1132 du Code civil, l'erreur ne vicie le consentement que lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due. Or l'article 1133 définit ces qualités comme celles, expressément ou tacitement convenues, en considération desquelles les parties ont contracté. Une erreur ne porte donc sur une qualité essentielle de la prestation, que si elle a déterminé celui qui l'a commise à contracter, même si cette condition n'est pas suffisante pour l'annulation du contrat. L'erreur sur les qualités essentielles de la prestation ne saurait, dès lors, avoir simplement une incidence sur un consentement qui aurait néanmoins été donné sans cette erreur.
- D'autre part, aux termes de l'article 1140 du Code civil<sup>6</sup>, la violence vicie le consentement, parce qu'elle inspire à une partie la crainte de s'exposer ou d'exposer ses proches à un mal considérable en ne souscrivant pas l'engagement. Par définition même, la violence détermine donc une partie à contracter, et n'a pas simplement une incidence sur un consentement qu'elle aurait, de toute façon, donné même sans cette violence.

La doctrine a souvent critiqué la distinction du dol principal et du dol incident pour son artifice<sup>7</sup>. Elle fait valoir, en effet, qu'il est irréaliste de « distinguer entre la volonté de contracter, abstraitement considérée, et la volonté concrète de contracter à telles ou telles conditions ». Simplement, observe-t-on, il est toujours loisible à la victime de se limiter à

<sup>1</sup> Soc. 5 octobre 1994, n° 93-43615, *B. V.*, n° 256 ; *D.* 1995, *J.* 282, note Ph. Mozas ; *RTD civ.* 1995, p. 94, obs. critiques J. Mestre et p. 146, obs. critiques P.-Y. Gautier.

<sup>2</sup> Civ. 30 avril 1884, *S.* 85, 1, 366 ; Civ. 3, 7 décembre 1994, n° 92-17503.

<sup>3</sup> De manière plus exacte, l'ancien article 1116 du Code civil exigeait, pour la caractérisation des manœuvres constitutives de dol, qu'il soit « évident que sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté ».

<sup>4</sup> Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, t. I, n° 116 ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, 6<sup>e</sup> éd., par Bartin, § 143 bis, texte et notes 21 et 22 ; Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, 2<sup>e</sup> éd., t. VIII, par G. Lagarde, n° 142.

<sup>5</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 295.

<sup>6</sup> *Cf. infra* : § 3 « La violence ».

<sup>7</sup> Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2<sup>e</sup> éd., t. VI, par P. Esmein, n° 207 ; Marty et Raynaud, *Les obligations*, t. I, n° 157 ; Flour, Aubert et Savaux, *L'acte juridique*, n° 398 ; J. Ghestin, *La formation du contrat*, n° 576 ; Bénabent, *Droit des obligations*, n° 108 ; Houtcieff, *Droit des contrats*, n° 289.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

solliciter la condamnation de l'autre partie à des dommages-intérêts, au lieu de solliciter l'annulation du contrat<sup>1</sup>. Mais, à l'inverse, divers auteurs ont défendu, à l'instar des classiques, le bien-fondé de la distinction des deux types de dol<sup>2</sup>.

**b. Condamnation de la distinction du dol principal et du dol incident**

Jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, la jurisprudence était aussi partagée que la doctrine. En effet, certaines décisions admettaient la distinction des deux types de dol<sup>3</sup>, tandis que d'autres, plus nombreuses, la condamnaient<sup>4</sup>. Le droit positif était donc incertain.

A l'appui de la jurisprudence favorable à la distinction du dol principal et du dol incident, on a observé que la consécration du dol incident s'impose, dès lors qu'il est admis que l'erreur provoquée par le dol peut porter sur la valeur de la chose, et pas nécessairement sur sa substance : le cocontractant trompé était disposé à acheter ou vendre, et le vice du consentement n'a porté que sur la valeur de la chose<sup>5</sup>.

Néanmoins les articles 1111-1 et 1115 de l'avant-projet Catala avaient implicitement rejeté la distinction, en prévoyant que la victime d'un vice du consentement est fondée à solliciter la nullité du contrat, dès lors que, sans ce vice, elle n'aurait pas contracté ou l'aurait fait à des conditions différentes. L'ordonnance du 10 février 2016 adopte la même solution.

Les rédacteurs de l'ordonnance se sont ralliés au courant doctrinal qui tient pour irréaliste la distinction entre la volonté de contracter purement et simplement, et celle de contracter à des conditions fondamentalement différentes. En effet, les articles 1130, 1131 et 1139 du Code civil condamnent la distinction du dol principal et du dol incident<sup>6</sup>.

Tout d'abord, aux termes de l'article 1130, rappelons-le :

« L'erreur, le dol et la violence vicie le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. »

Or, selon l'article 1131 du Code civil :

« Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat. »

Ainsi, que la victime du dol ait été déterminé purement et simplement à contracter ou qu'elle l'ait été à des conditions substantiellement différentes, elle peut obtenir la nullité du contrat<sup>7</sup>. Elle peut, certes, limiter sa demande au paiement de dommages-intérêts, mais le juge ne saurait le lui imposer.

Ensuite, l'article 1139 énonce, on s'en souvient :

« L'erreur qui résulte d'un dol (...) est une cause de nullité relative alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation... »

<sup>1</sup> Cf. la jurisprudence citée au début du § sur le dol.

<sup>2</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *Droit des obligations*, n° 216 ; A. Kenmogne Simno « La sanction du dol ayant amené à contracter à des conditions différentes », *RLDC* sept. 2008, 54 et suiv. ; D. Bakouche « La prétendue inconsistance de la distinction du dol principal et du dol incident », *JCP* 2012, 851.

<sup>3</sup> Civ. 3, 5 avril 1968, n° 66-11413, *B. III*, n° 156 ; Com. 11 juillet 1977, *D.* 1978, *J.* 155, note Ch. Larroumet.

<sup>4</sup> Civ. 1, 1<sup>er</sup> décembre 1954, *B. I*, n° 381 ; *D.* 1955, *J.* 254 ; Com. 2 mai 1984, n° 82-16880, *B. IV*, n° 145 (sol. impl.) ; Civ. 3, 22 juin 2005, n° 04-10415, *B. III*, n° 137 ; *CCC* 2005, n° 186, note L. Leveneur ; *RDC* 2005, 1025, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *JCP N* 2006, 1143, note H. Kenfack ; *LPA* 17 octobre 2006, n° 207, p. 16, note J. Théron ; Com. 30 mars 2016, n° 14-11684, *B. IV*, n° 51 ; *Dr. sociétés* 2016, n° 97, note R. Mortier ; *RTD civ.* 2016, 356, obs. H. Barbier ; comp. Com. 17 juin 2008, n° 07-15398, *RTD civ.* 2008, 671, obs. B. Fages.

<sup>5</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>6</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 296 et n° 330 ; Fages, *op. cit.*, n° 119.

<sup>7</sup> Cf. toutefois : Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 306 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 216 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 296 ; Dissaux et Jamin, *op. cit.*, articles 1130-1131, C ; Y.-M. Serinet « Observations », *LPA* 2015, n° 177, p. 59) : le dol incident subsisterait de manière résiduelle, car il pourrait être invoqué à l'appui d'une demande de dommages-intérêts, lorsque la partie induite en erreur a contracté à des conditions accessoirement, et non pas substantiellement différentes de celles auxquelles elle aurait contracté, si elle ne l'avait pas été. Dans cette hypothèse, le contrat n'encourt pas, il est vrai, la nullité. Mais il suffira à cette partie d'engager la responsabilité du cocontractant sur le fondement de l'article 1240 du Code civil, sans qu'il lui soit besoin de recourir à la notion controversée de dol incident (Chantepie et Latina, *op. cit.*, *loc. cit.*).

Quand bien même une partie n'aurait été induite en erreur que sur la valeur de la prestation, sa demande en nullité de la convention pour dol peut donc être accueillie. Cette disposition est inconciliable avec la distinction du dol principal et du dol incident.

### C. Dol émanant du cocontractant (condition morale)

Aux termes de l'article 1137 du Code civil, le dol est le fait d'un contractant<sup>1</sup>. Mais cette règle traditionnelle<sup>2</sup>, dont il convient d'exposer la justification, connaît des limites.

#### 1. Justification de la règle

La règle semble *a priori* surprenante, car le consentement est pareillement vicié, que le dol émane de l'autre partie ou d'un tiers. Mais elle s'explique par deux raisons.

- Une raison historique, tout d'abord : l'*exceptio doli* du droit romain ne pouvait être opposée qu'au cocontractant auteur du dol, responsable personnellement.
- Une raison logique, ensuite : il serait injuste que le cocontractant innocent soit finalement la victime d'une annulation imputable au dol d'un tiers. Quant à celui dont le consentement a été surpris, il pourra toujours obtenir la condamnation du tiers à lui payer des dommages-intérêts, en réparation du préjudice que sa faute lui a causé.

#### 2. Limites à la règle

Elles tiennent soit à l'assimilation, en certaines circonstances, du dol du tiers à celui du cocontractant bénéficiaire du dol, soit à la nature de l'acte conclu<sup>3</sup>.

##### a. Assimilation du dol du tiers à celui du cocontractant bénéficiaire de ce dol

L'article 1138 du Code civil du Code civil énumère différents tiers, desquels la jurisprudence assimilait déjà le dol à celui que le contractant aurait commis<sup>4</sup> :

« Le dol est également constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du contractant.

Il l'est encore lorsqu'il émane d'un tiers de connivence. »

Il convient d'expliquer la raison d'être de ces différentes exceptions et de mesurer leur portée.

<sup>1</sup> Semblablement l'ancien article 1116 du Code civil parlait des « manœuvres pratiquées par l'une des parties... ».

<sup>2</sup> Com. 1<sup>er</sup> avril 1952, *D.* 1953, *J.* 685, note J. Copper-Royer ; Com. 10 mars 1981, n° 79-16234, *B.* IV, n° 128 ; Civ. 1, 20 mars 1989, n° 87-15450, *B.* I, n° 127 ; Com. 23 novembre 1993, n° 92-10284, *B.* IV, n° 421 ; *D.* 1994, *Somm.* 234, obs. G. Paisant ; Civ. 1, 30 septembre 2010, n° 09-67912.

<sup>3</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 303.

<sup>4</sup> Houtcieff, *Droit des contrats*, n° 275.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

- Le dol (article 1138, alinéa 1<sup>er</sup>) émane d'un représentant du cocontractant<sup>1</sup>, de son gérant d'affaires, dont il a ratifié la gestion<sup>2</sup>, de son préposé<sup>3</sup> ou même de son porte-fort<sup>4</sup>. Ces personnes ne sont en effet pas considérées comme de véritables tiers<sup>5</sup> : elles sont assimilées au cocontractant.
- Le dol (article 1138, alinéa 2) émane d'un tiers de connivence. En d'autres termes, le cocontractant est complice du tiers à l'origine du dol<sup>6</sup>. Il ne mérite dès lors plus d'être protégé contre une annulation du contrat due au dol du tiers. Reste à savoir quel degré de culpabilité exiger du cocontractant, pour que le texte s'applique : suffira-t-il qu'il ait connu les agissements du tiers ou faudra-t-il qu'il en ait été l'instigateur, qu'il les ait provoqués ?<sup>7</sup>

b. Limite tenant à la nature de l'acte conclu

Cette limite concerne les actes unilatéraux, où, par hypothèse, il n'y a pas de cocontractant, par exemple une renonciation à succession<sup>8</sup>.

Si aucun des tempéraments à l'exigence que le dol émane du cocontractant ne se trouve constitué, il ne reste plus à la victime de ce dol qu'à se placer sur le terrain de l'article 1132 du Code civil, pour autant que les conditions en soient réunies, par exemple en démontrant que le dol du tiers l'a déterminée à commettre une erreur sur les qualités essentielles de la prestation<sup>9</sup>.

## § 4 La violence

Ce vice du consentement est réglementé par les articles 1140 à 1143 du Code civil<sup>10</sup>. En préambule à l'étude des conditions d'annulation d'un contrat pour violence, on précisera la définition de ce vice du consentement et, bien qu'on les ait déjà exposées à propos des règles communes à tous les vices du consentement<sup>11</sup>, on reviendra rapidement sur sa sanction et sur sa preuve.

- Définition : la violence consiste en une contrainte exercée sur le contractant en vue de l'amener à contracter. L'article 1140 la définit, plus précisément, en ces termes :

Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable.

<sup>1</sup> Civ. 1, 2 novembre 1954, *B. I*, n° 306 ; *Gaz. Pal.* 1955, 1, 74 ; Com. 23 novembre 1993 préc., *a contrario* ; Com. 13 juin 1995, n° 93-17409, *B. IV*, n° 175 ; *LPA* 12 juillet 1996, note Y. Dagonne-Labbé ; Civ. 3, 29 avril 1998, n° 96-17540, *B. III*, n° 87 ; *RTD civ.* 1999, 90, obs. J. Mestre ; Civ. 3, 5 juillet 2018, n° 17-20121, *B. III*, n° 81 (arrêt rendu par application du droit antérieur à l'ordonnance du 10 février 2016). Si le mandant est, en vertu de l'article 1998 du code civil, contractuellement responsable des dommages subis du fait de l'inexécution des engagements contractés par son mandataire dans les limites du mandat conféré, les manoeuvres dolosives du mandataire, dans l'exercice de son mandat, n'engagent la responsabilité du mandant que s'il a personnellement commis une faute, qu'il incombe à la victime d'établir : Ch. mixte 29 octobre 2021, n° 19-18470 (P).

<sup>2</sup> Civ. 1, 7 juillet 1960, *B. I*, n° 371.

<sup>3</sup> L'assimilation du contractant à son préposé est une innovation de l'ordonnance du 10 février 2016 (Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 325).

<sup>4</sup> Com. 27 février 1996, *Vilgrain*, n° 94-11241, *B. IV*, n° 65 ; *D.* 1996, *J.* 518, note Ph. Malaurie ; *JCP* 1996, II, 22665, note J. Ghestin ; *Defrénois* 1996, 1205, note Y. Dagonne-Labbé ; *RTD civ.* 1997, 114, obs. J. Mestre ; *LPA* 17 février 1997, note D. R. Martin : la solution restait néanmoins à confirmer, car la motivation de l'arrêt de la Cour de cassation semble incidente sur ce point. L'article 1138, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil l'entérine. Sur la notion de porte-fort, *cf. infra* : sous-titre II « Les effets du contrat ».

<sup>5</sup> Com. 13 juin 1995, préc., pour un représentant.

<sup>6</sup> *Cf.* Com. 25 mars 1974, n° 73-10910, *B. IV*, n° 104.

<sup>7</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>8</sup> Req. 2 janvier 1878, *D. P.* 78, 1, 136 ; *S.* 78, 1, 103.

<sup>9</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 324 ; Civ. 1, 3 juillet 1996, n° 94-15729, *B. I*, n° 288 ; *D.* 1996, *somm.* 323, obs. Ph. Delebecque ; *JCP* 1997, I, 4033, n° 1, obs. Ph. Simler ; *CCC* 1996, n° 181, note L. Leveneur ; *RTD civ.* 1996, 895, obs. J. Mestre.

<sup>10</sup> Anciens articles 1111 et suiv. du Code civil.

<sup>11</sup> *Cf. supra* : § 1 « Règles communes à tous les vices du consentement ».

L'élément psychologique s'efface derrière l'élément moral, antisocial : le consentement est extorqué, mais il n'y a aucune erreur dans l'esprit de la victime, il y a de la crainte. De fait, historiquement la violence fut d'abord réprimée comme un délit, avant de l'être comme vice du consentement, à partir du dix-septième siècle<sup>1</sup>.

Ainsi, la violence et le dol s'opposent à l'erreur par leur nature délictueuse, mais la violence s'oppose au dol et à l'erreur en ce qu'elle n'implique aucune erreur, spontanée ou provoquée, mais inspire une crainte viciant le consentement. C'est effectivement cette crainte, que la violence inspire, qui altère l'intégrité du consentement, et non la violence elle-même. Telle est la raison pour laquelle les juristes romains désignaient l'institution sous le nom de *metus* (crainte), et non sous celui de *vis* (violence)<sup>2</sup>.

- Sanction : elle est identique à celle du dol. En effet, la violence entraîne la nullité relative du contrat, outre l'allocation de dommages-intérêts à la victime en réparation de la faute commise par l'auteur de la violence.

Pour certains<sup>3</sup>, contrairement à la violence morale, la violence physique entraînerait même la nullité absolue du contrat, car elle détruirait totalement le consentement. Mais la jurisprudence ne semble pas avoir consacré cette thèse. Elle a affirmé en effet le caractère relatif de la nullité pour violence, sans paraître distinguer selon les formes de violence<sup>4</sup>. Conforme au critère moderne de distinction des nullités absolue et relative<sup>5</sup>, aujourd'hui consacré par l'article 1179 du Code civil, la solution doit être approuvée, car la nullité pour violence est une nullité de protection. Aussi bien l'article 1131 du Code civil sanctionne-t-il désormais tout vice du consentement, quelle qu'en soit la gravité, par la nullité relative du contrat.

- Preuve : c'est à celui qui invoque la violence d'en rapporter la preuve, comme pour le dol ou l'erreur.
- Conditions, elles sont au nombre de trois :
  - Gravité et caractère déterminant
  - Illégitimité
  - Peu importe l'auteur de la violence

## A. Gravité et caractère déterminant de la violence

Les deux questions sont ici liées, puisque le caractère déterminant dépend directement de la gravité de la violence. Certes, on ne va pas jusqu'à exiger un *metus atrox*, comme le faisaient les juristes romains. Mais il reste que, selon l'article 1140 du Code civil, c'est sous la « crainte... d'un mal considérable », que la pression d'une contrainte lui inspire, que la victime s'engage. En d'autres termes, la crainte de ce mal considérable, dont l'auteur de la violence la menace, la détermine à contracter.

On passera en revue l'éventail des menaces constitutives de violence, avant d'examiner la manière dont leur caractère déterminant est apprécié.

### 1. Éventail des menaces

Les menaces sont retenues comme constitutives de violence sous les formes les plus variées, qu'elle vise la personne du cocontractant, sa fortune ou ses proches.

#### a. Menace sur la personne ou sur sa fortune

<sup>1</sup> Lévy et Castaldo, *Histoire du droit civil*, n° 559 et suiv.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Marty et Raynaud, *Les obligations*, t. I, n° 170, note 7.

<sup>4</sup> Civ. 3, 13 juillet 1994, n° 92-14164 ; Civ. 3, 8 novembre 2011, n° 10-20898.

<sup>5</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 317. Cf. *supra* : section préliminaire « Aperçu des sanctions attachées à la validité du contrat », § 1 « La nullité du contrat », B. « Différents types de nullité d'un acte juridique ».

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Aux termes de l'article 1140 du Code civil, en effet, les menaces sont constitutives de violence lorsqu'elles peuvent inspirer au cocontractant « la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable et présent ». Ces menaces peuvent être de divers ordres.

α) Menaces d'ordre physique

Séviçes, séquestration...

Ex. Dirigeants d'une secte ayant amené une mère de famille divorcée membre de la secte à conclure un acte de vente de sa maison au profit d'une société, afin que les membres de cette secte y fussent hébergés<sup>1</sup>.

β) Menaces d'ordre moral

Menaces de diffamation, harcèlement<sup>2</sup>... Certaines formes de violence morale, à l'encontre de personnes en état d'ignorance ou en situation de faiblesse, ont été érigées en délit pénal, pour mieux dissuader leurs auteurs d'y recourir, sachant que le coût d'une action civile peut quelquefois dissuader la victime d'y recourir (article 223-15-2 du Code pénal).

γ) Menaces d'ordre pécuniaire

Menaces de déprédations, d'incendie, de blocage d'une entreprise ou de dénigrement de ses produits, etc...

Ex. Convention d'honoraires extorquée par un avocat à sa cliente la veille de l'audience des plaidoiries, alors qu'elle était en pleine dépression<sup>3</sup>.

b. Menaces sur la personne ou ses proches

L'article 1140 du Code civil précise que les menaces sont prises en considération qu'elle vise la personne ou la fortune même du cocontractant ou celles de ses proches<sup>4</sup>. Ainsi des menaces visant une fiancée, un amant, une maîtresse du cocontractant peuvent-elles être constitutives de violence<sup>5</sup>. Il résulte de la lettre même de l'article 1140, lequel vise les proches sans distinction, qu'il n'en existe aucune liste limitative.

## 2. Appréciation du caractère déterminant

En raison de l'équivoque des textes antérieurs<sup>6</sup>, la doctrine avait hésité entre une appréciation *in abstracto* et une appréciation *in concreto* du caractère déterminant de la violence. La première se réfère

<sup>1</sup> Civ. 3, 13 janvier 1999, n° 96-18309, B. III, n° 11 ; *RTD civ.* 1999, p. 382, obs. J. Mestre : violences physiques et morales, en l'espèce.

<sup>2</sup> Soc. 30 janvier 2013, n° 11-22332, B. V, n° 24 ; *RDC* 2013, 879, note E. Savaux ; *RDT* 2013, 258, obs. F. Taquet ; *Gaz. Pal.* 23 mars 2013, n° 82, p. 21, obs. A. Sauret et P.-L. Vignancour.

<sup>3</sup> Civ. 1, 29 juin 1999, *JCP* 1999, II, 10187, note R. Martin.

<sup>4</sup> L'ancien article 1113 du Code civil, que l'article 1140 remplace, ne citait nommément, comme proches du cocontractant, que le conjoint, les descendants ou les ascendants du cocontractant. Mais la doctrine majoritaire considérait que la liste n'était pas limitative (Marty et Raynaud, *Les obligations*, t. I, n° 165 et les réf.). Néanmoins, toujours selon la doctrine majoritaire (Mazeaud et Chabas, *Obligations*, n° 205 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 313 et les réf. ; cf. cpdt les doutes de Marty et Raynaud, *op. cit.*, *loc. cit.*), lorsque la menace était dirigée contre une des personnes que l'article 1113 énumérait, le caractère déterminant de la violence devait être présumée. Dans les autres cas, affirmait-on, la présomption légale d'influence disparaissait et il revenait au cocontractant d'établir que la violence exercée avait été déterminante de son consentement. L'actuel article 1140 du Code civil visant indistinctement les proches, ne permet plus d'admettre de telles différenciations du régime de la preuve selon les proches (Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 338).

<sup>5</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *Droit des obligations*, n° 221.

<sup>6</sup> L'ancien article 1112 du Code civil semblait hésiter entre une appréciation *in concreto* et une appréciation *in abstracto*. Il se référait, en effet, aux deux appréciations à la fois : dans son alinéa 1<sup>er</sup>, il parlait d'« une personne raisonnable », tandis que, dans son alinéa 2, il indiquait qu'on doit avoir égard « à l'âge, au sexe et à la condition des personnes ». L'alinéa 1<sup>er</sup> invitait donc le juge à apprécier le caractère déterminant *in abstracto* et l'alinéa 2 *in concreto*. Mais la jurisprudence avait opté pour l'appréciation *in concreto*.

au modèle abstrait du bon père de famille, un homme raisonnable, qui ne soit ni lâche ni téméraire<sup>1</sup> ; la seconde prend en compte les capacités de résistance de l'individu menacé dans sa personne, sa fortune ou celle de ses proches.

La jurisprudence avait opté pour l'appréciation *in concreto*<sup>2</sup>. L'article 1130, alinéa 2, du Code civil prescrit désormais une telle appréciation du caractère déterminant de tous les vices du consentement, y compris donc la violence<sup>3</sup>. Il conviendra donc d'avoir égard à l'âge, au sexe et à la condition de la personne menacée, ainsi qu'aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné.

## B. Illégitimité de la violence

La violence étant un délit civil, n'est une cause de nullité que si elle est illégitime, injuste, fautive. Certes, l'article 1140 du Code civil ne l'affirme pas expressément. Mais, en affirmant que la menace d'une voie de droit ne constitue en principe pas une violence, l'article 1141 pose implicitement cette condition.

Cette condition est traditionnelle<sup>4</sup>. Déjà le droit romain exigeait que la violence fût *adversus bonos mores* et, s'y référant, Pufendorf<sup>5</sup> et Pothier<sup>6</sup> soulignaient qu'elle devait être injuste.

Il en résulte que la menace d'une voie de droit – menaces de poursuites judiciaires, de saisies, etc... – ne caractérise pas, en principe, le vice de violence. Cependant, cette règle connaît des limitations, comme l'indique l'article 1141 :

« La menace d'une voie de droit ne constitue pas une violence. Il en va autrement lorsque la voie de droit est détournée de son but ou lorsqu'elle est invoquée ou exercée pour obtenir un avantage manifestement excessif. »

Le Code civil de 1804 excluait encore le caractère illégitime de la violence, dans l'hypothèse de la crainte révérencielle<sup>7</sup>. L'ancien article 1114 du Code civil disposait, en effet :

« La seule crainte révérencielle envers le père, la mère, ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat. »

Dans l'esprit des rédacteurs du Code civil, la crainte révérencielle ne faisait que traduire l'influence légitime des parents sur leurs enfants, même majeurs, tant du moins qu'elle ne s'accompagne pas de violences<sup>8</sup>.

Le texte était apparu un tantinet désuet, tant il est vrai que « la crainte que les enfants majeurs peuvent éprouver à déplaire à leurs parents » est, de nos jours, « largement estompée »<sup>9</sup>. On pouvait se demander, en outre, si son énumération était limitative ou si la crainte révérencielle envers d'autres personnes, par exemple le conjoint, pouvait être exclusive de violence.

Quoi qu'il en soit, l'article 180 du Code civil, en sa rédaction issue de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006, déclare nul le mariage conclu sous l'empire d'une violence, « y compris par crainte révérencielle envers un ascendant »<sup>10</sup>. Il pouvait donc apparaître curieux que la crainte révérencielle soit en elle-même constitutive de violence en droit de la famille, alors qu'elle ne l'était pas en

<sup>1</sup> « Ni héros, ni pleutre » (*sic* : Terré, Simler, Lequette et Chénédy, *op. cit.*, n° 316).

<sup>2</sup> Req. 17 novembre 1925, *S.* 1926, 1, 121, note A. Breton ; Civ. 1, 30 juin 1954, *B. I.*, n° 224 ; *JCP* 1954, II, 8325 ; Civ. 1, 3 novembre 1959, n° 57-10228, *B. I.*, n° 455 ; *D.* 1960, *J.* 187, note G. Holleaux ; *RTD civ.* 1960, 295, obs. H. et L. Mazeaud ; Civ. 3, 19 février 1969, n° 67-12033, *B. III.*, n° 157 ; Com. 28 mai 1991, n° 89-17672, *B. IV.*, n° 180 ; *D.* 1992, *J.* 166, note P. Morvan ; *D.* 1991, *somm.* 385, obs. L. Aynès ; *RTD civ.* 1992, p. 85, n° 6, obs. J. Mestre ; *Defrénois* 1991, p. 1120, obs. L. Aynès ; *ibid.* 1992, art. 35212, n° 13, obs. J.-L. Aubert ; Civ. 3, 21 novembre 1995, n° 93-19885 ; Civ. 1, 29 juin 1999, préc. ; Civ. 2, 5 octobre 2006, n° 04-11179, *D.* 2007, *J.* 2215, note G. Raoul-Corneil.

<sup>3</sup> Bénabent, *op. cit.*, n° 112.

<sup>4</sup> Lévy et Castaldo, *Histoire du droit civil*, n° 562.

<sup>5</sup> Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, livre III, chap. VI, § X et XI.

<sup>6</sup> Pothier, *Traité des obligations*, n° 26.

<sup>7</sup> Y. Guenzoui « La crainte révérencielle », *D.* 2010, *Chr.* 984.

<sup>8</sup> Pothier, *Traité des obligations*, n° 27 ; Marty et Raynaud, *op. cit.*, t. I, n° 168 ; Civ. 1, 22 avril 1986, n° 85-11666, *B. I.*, n° 98 ; Angers 19 mars 1956, *D.* 1957, *J.* 22, note J. Prévault ; Trib. civ. Albi 18 juillet 1895, *Gaz. Pal.* 95, 2, 326.

<sup>9</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 224 ; cf. cpdt. Guenzoui, *op. cit.*, *passim*.

<sup>10</sup> Cette disposition a pour but de lutter contre les mariages forcés ou « arrangés », pratiqués dans certains milieux. Par le passé, certains juristes avaient défendu la validité du mariage, auquel l'épouse s'est résignée par crainte révérencielle : cf. par ex. Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, livre III, chap. VI, § XI.



Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

droit des contrats. Aussi ne s'étonnera-t-on point que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 n'aient pas repris cette restriction anachronique à la prise en considération de la violence en droit des contrats. Mais aujourd'hui comme hier, la simple crainte révérencielle n'est pas une violence, dès lors qu'elle ne s'accompagne pas de pressions de l'ascendant<sup>1</sup>.

### 1. Principe : la menace d'une voie de droit n'est pas une violence

En principe, le contrat conclu sous une telle menace est donc valable<sup>2</sup>. La solution était déjà affirmée dans l'Ancien Droit<sup>3</sup>. Se conformant donc à une longue tradition<sup>4</sup>, la Cour de cassation l'a jugé à diverses reprises<sup>5</sup>.

### 2. Limites : légitimité des moyens employés et du but poursuivi

La validité du contrat n'en est pas moins subordonnée à deux conditions, tenant, d'une part, à la légitimité des moyens employés, d'autre part, à la légitimité du but poursuivi. Sans le respect de ces deux conditions, le contrat encourt la nullité pour violence.

#### a. Légitimité des moyens employés

Cette condition est, à la vérité, postulée par la nature même des menaces dont il doit s'agir. Seul l'usage de voies de droit est légitime, par opposition à celui de voies de fait<sup>6</sup>, ou même de voies de droit en réalité dépourvues de toutes chances de succès<sup>7</sup>, celui qui y recourt ne le ferait-il que pour recouvrer son dû.

Ex. menace de dénonciation de faits de collaboration dont la réalité est sujette à caution<sup>8</sup>.

#### b. Légitimité du but poursuivi<sup>9</sup>

L'article 1141 du Code civil prévoit que le menace d'une voie de droit dégénère en vice de violence :

« lorsque la voie de droit est détournée de son but ou lorsqu'elle est invoquée ou exercée pour obtenir un avantage manifestement excessif. »

Ces hypothèses recouvrent ce que jurisprudence et doctrine désignent traditionnellement comme l'abus des voies de droit, même si les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont, à dessein, évité d'employer cette expression<sup>10</sup>.

La formule de l'article 1141 est critiquable. En effet, invoquer ou exercer une voie de droit pour obtenir un avantage manifestement excessif revient à la détourner de son but. Il est donc pour le moins maladroit d'en avoir fait une hypothèse distincte de violence illégitime.

<sup>1</sup> Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 294.

<sup>2</sup> Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, 6<sup>e</sup> éd., par Bartin, § 343 bis ; Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, n° 147 et suiv.

<sup>3</sup> Lévy et Castaldo, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>4</sup> Pothier, *Traité des obligations*, n° 26 ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, 6<sup>e</sup> éd., par Bartin, § 343 bis ; Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, n° 147.

<sup>5</sup> Cf. not. Civ. 1, 11 mars 1959, *B. I*, n° 151 ; Civ. 3, 17 janvier 1984, n° 82-15753, *B. III*, n° 13 ; *RTD civ.* 1985, p. 367, obs. J. Mestre ; Civ. 2, 8 septembre 2005, n° 04-12041, *B. II*, n° 213 (sol. impl.) ; *RTD civ.* 2006, p. 108, n° 3, obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>6</sup> Civ. 1, 30 juin 1954, préc. ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 335.

<sup>7</sup> Req. 19 février 1879, *D. P.* 79, 1, 445 ; *S.* 80, 1, 62 ; Civ. 1, 17 juillet 1967, n° 65-13 807, *B. I*, n° 263 ; *D.* 1967, *J.* 509 ; Com. 28 mai 1991, préc. ; Civ. 1, 4 février 2015, n° 14-10920.

<sup>8</sup> Civ. 1, 30 juin 1954, préc.

<sup>9</sup> Cf. par ex. Civ. 1, 3 novembre 1959, préc.

<sup>10</sup> Cf. les critiques de Chantepie et Latina, *op. cit.*, *loc. cit.*

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

L'article 1141 du Code civil reprend, en fait, la jurisprudence antérieure<sup>1</sup>, car le Code civil de 1804 n'évoquait pas ce tempérament au principe de la légitimité de la menace des voies de droit.

Effectivement, selon la Cour de cassation<sup>2</sup>, la menace d'emploi des voies de droit cessait d'être légitime,

« s'il y a abus de cette voie de droit, soit en la détournant de son but, soit en en usant pour en obtenir une promesse ou un avantage sans rapport ou hors de proportion avec l'engagement primitif ».

La formule n'était pas très heureuse. D'une part, en effet, elle ne visait que l'emploi de la voie de droit et non la menace de l'employer. L'article 1141 du Code civil corrige cette imperfection de la formule jurisprudentielle, puisqu'il vise l'invocation ou l'exercice d'une voie de droit. D'autre part, on aperçoit mal en quoi le détournement de la voie de droit de son but se distingue de son usage ou de la menace de son usage pour obtenir une promesse ou un avantage sans rapport ou hors de proportion avec l'engagement primitif<sup>3</sup>. L'article 1141 reproduit pourtant cette fausse alternative entre deux hypothèses d'abus des voies de droit, qui, en réalité, se chevauchent partiellement.

Aubry et Rau écrivaient, d'une manière plus rigoureuse mais quelque peu incomplète<sup>4</sup>, semble-t-il :

« Si l'emploi ou la menace d'emploi d'une voie de droit avait été, en fait, pour l'un des contractants, un moyen d'intimidation mis en œuvre dans le but abusif d'arracher à l'autre des avantages excessifs, la contrainte morale qui en est résultée pourrait être reconnue suffisante pour motiver l'annulation du contrat. »

Comme Josserand le résumait bien<sup>5</sup> :

« les voies de droit doivent rester au service du droit ; elles ne sauraient être détournées de leur destination et devenir en quelque sorte des procédés d'effraction ; l'utilisation doit, à peine d'abus, en être causée par un motif légitime. »

La formule de la Cour de cassation avait déjà été *grosso modo* retranscrite dans l'article 1114-1 de l'avant-projet Catala :

« La menace d'une voie de droit ne constitue une violence qu'en cas d'abus. L'abus existe lorsque la voie de droit est détournée de son but ou brandie pour obtenir un avantage manifestement excessif. »

Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 l'ont peu ou prou reprise, mais en évitant de rattacher cette forme de violence illégitime à la théorie de l'abus de droit, comme le faisaient notamment Aubry et Rau<sup>6</sup> et Josserand<sup>7</sup>.

## C. Peu importe l'auteur de la violence

Si la violence est prise en considération alors même qu'elle émane d'un tiers, la question se pose de savoir s'il convient d'y assimiler la pression résultant des événements, ce qu'on appelle l'état de nécessité.

### 1. Violence émanant d'un tiers

Aux termes de l'article 1142 du Code civil :

« La violence est une cause de nullité qu'elle ait été exercée par une partie ou par un tiers »<sup>8</sup>.

Cette différence de la violence avec le dol, lequel doit émaner du cocontractant<sup>9</sup>, se justifie par le caractère particulièrement antisocial de la violence : celui-ci impose de la neutraliser quel qu'en soit l'auteur.

<sup>1</sup> Houtcieff, *Droit des contrats*, n° 305.

<sup>2</sup> Civ. 3, 17 janvier 1984, préc.

<sup>3</sup> Cf. par ex., assimilant les deux hypothèses : Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, n° 148.

<sup>4</sup> Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, 6<sup>e</sup> éd., par Bartin, § 343 bis.

<sup>5</sup> Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. II, n° 86 ; *adde* : du même auteur, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 1928, réimpr. Centre national de la recherche scientifique, 1984, n° 79.

<sup>6</sup> Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, § 343 bis, note 13.

<sup>7</sup> Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *loc. cit.*

<sup>8</sup> L'ancien article 1111 du Code civil énonçait déjà la même règle. Cf. Civ. 2, 8 septembre 2005, préc.

<sup>9</sup> Cf. *supra*.

## 2. Violence par abus de dépendance<sup>1</sup>

Principale innovation de l'ordonnance du 10 février 2016 en matière de vices du consentement, l'article 1143 du Code civil prévoit que la violence peut également résulter de l'abus, par une partie, de l'état de dépendance dans lequel son cocontractant se trouve envers elle :

« Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif. »

Cette disposition consacre un élargissement de la notion traditionnelle de violence. En effet, la partie qui abuse de l'état de dépendance de son cocontractant envers elle, n'exerce pas de violence à son encontre ; elle se borne à exploiter la contrainte à laquelle son cocontractant est soumis, pour en tirer profit. La contrainte qui a déterminé une partie à contracter, n'émane donc ni de l'autre partie, ni même d'un tiers, mais des événements. En d'autres termes, la contrainte est « contextuelle »<sup>2</sup>, « événementielle ».

L'article 1143 du Code civil règle en partie le sort de différentes situations qui, dans le droit antérieur, avaient soulevé des difficultés, car on ne savait si elles étaient constitutives de violence et si, partant, elles permettaient à la victime d'obtenir l'annulation du contrat qu'elle avait été déterminée à conclure. Ces situations correspondaient globalement à ce que la doctrine appelait l'état de nécessité, dont la notion de violence économique représentait une application particulière.

L'ancien article 1111 du Code civil décidant que la violence est cause de nullité du contrat même lorsqu'elle émane d'un tiers, devait-on admettre par analogie qu'il en allait de même pour la contrainte résultant des circonstances, que le cocontractant aura seulement exploitées pour arracher la conclusion d'un contrat ? Cette question avait donné lieu à des controverses doctrinales, puis à des développements en droit positif et enfin à des propositions de réforme, dont l'intérêt est aujourd'hui surtout historique.

- Controverses doctrinales

Se référant à l'opinion émise par le jurisconsulte romain Pomponius<sup>3</sup>, reprise au dix-huitième siècle par Pufendorf<sup>4</sup>, Pothier<sup>5</sup> tendait à considérer le contrat comme valable ; mais il évoquait la possibilité de réduire l'engagement souscrit s'il était excessif.

La doctrine classique du dix-neuvième siècle et du début du vingtième s'était opposée à l'extension par analogie de l'ancien article 1111 du Code civil à l'état de nécessité<sup>6</sup>. Deux arguments étaient avancés en ce sens, l'un de texte – que la doctrine classique a surtout invoqué –, l'autre historique<sup>7</sup>.

– Tout d'abord, l'article 1109 du Code civil parlait d'un consentement « extorqué par violence » Or le fait d'extorquer ne peut guère émaner que d'une personne. Dans l'article 1109, les rédacteurs du Code civil auraient dès lors implicitement exclu que la violence puisse résulter de circonstances extérieures. La partie qui conclut un contrat par nécessité est sans doute déterminée à donner son consentement par crainte, mais cette crainte n'est pas imposée, « inspirée », pour

<sup>1</sup> H. Barbier « La violence par abus de dépendance », *JCP* 2016, 421 ; E. Claudel « L'abus de dépendance économique : un sphinx renaissant de ses cendres ? (commentaire de l'article 1143 nouveau du code civil et de la proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique) », *RTD com.* 2016, 460 ; A. Andrieu « La codification de la « violence-dépendance » : une confirmation prudente des solutions prétorienne. Réflexions à propos du futur article 1143 du Code civil », *LPA* 22 août 2016, n° 167, p. 6 ; S. Pellet « L'abus de dépendance est une violence ! », *LEDC* mars 2016, n° 45, p. 4 ; M. Latina « L'abus de dépendance : premiers enseignements des juridictions du fond », *D.* 2020, 2180. Sur la violence par abus de dépendance en droit du travail : M. Fabre-Magnan et P. Lokiec « Le vice de violence en droit du travail », *D.* 2022, 78.

<sup>2</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 339.

<sup>3</sup> *Digeste*, IV, II, 9, 1.

<sup>4</sup> Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, livre III, chap. VI, § XI.

<sup>5</sup> Pothier, *Traité des obligations*, n° 24.

<sup>6</sup> Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, 6<sup>e</sup> éd., par Bartin, § 343 bis, texte et note 16 bis ; Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, n° 150 ; Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XV, n° 519.

<sup>7</sup> Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2<sup>e</sup> éd., t. VI, par P. Esmein, n° 195 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 319.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

reprenant le terme utilisé dans l'ancien article 1112 et dans l'actuel article 1140 du Code civil, par la violence<sup>1</sup>. En d'autres termes, « la violence n'est que l'occasion, elle n'est pas la cause de l'engagement que j'ai contracté »<sup>2</sup>.

- Ensuite, la violence est, depuis le droit romain, un délit civil. Or, par définition même, un délit ne peut être commis que par une personne. Le caractère délictuel inhérent à la violence serait donc incompatible avec l'admission d'une violence dérivant de circonstances extérieures<sup>3</sup>.

Tout au plus, certains auteurs<sup>4</sup> estimaient que, dans l'hypothèse où la terreur ou le désespoir de la victime de la contrainte aurait été tel, qu'elle aurait été en proie à un égarement aliénant sa volonté même, le contrat pourrait être annulé pour défaut de consentement, comme s'il avait été conclu sous l'empire d'un trouble mental. Privée de sa créance contractuelle, la personne ayant porté secours aurait néanmoins eu droit à une indemnité équitable, correspondant au service rendu, fondée sur les principes de la gestion d'affaires ou sur ceux de l'enrichissement sans cause<sup>5</sup>. Mais tous les auteurs n'admettaient pas ce tempérament<sup>6</sup>, car il se heurte à de graves objections<sup>7</sup>. De fait, tant la spontanéité que la gestion d'affaires suppose nécessairement<sup>8</sup>, que la subsidiarité de l'action *de in rem verso*<sup>9</sup> paraissent s'opposer à l'indemnisation du sauveur.

Contrairement à Pothier, mais à l'instar de Pomponius et de Pufendorf, les auteurs classiques n'admettaient pas non plus que la convention conclue sous l'empire d'un état de nécessité pût être rescindée si l'engagement souscrit était excessif. Pareille solution, soulignaient-ils, aurait été directement contraire aux termes restrictifs de l'ancien article 1118 du Code civil, lequel excluait en principe toute annulation d'un contrat pour lésion<sup>10</sup>.

A l'inverse des auteurs classiques, certains auteurs modernes défendirent une assimilation de l'état de nécessité à la violence<sup>11</sup>. Ils firent en effet valoir que la solution n'était pas contraire aux termes de l'ancien article 1109 du Code civil, car le consentement de la victime lui est bien arraché sous la pression des circonstances, que le cocontractant exploite. Cependant ils insistèrent sur le fait que le cocontractant doit avoir abusé de la nécessité dans laquelle la victime se trouvait, en profitant de la situation pour obtenir des avantages excessifs, afin que le vice de violence soit caractérisé<sup>12</sup>. La nature délictuelle de la violence justifie, disait-on, une telle exigence<sup>13</sup>.

- **Droit positif**

Dans un arrêt ancien<sup>14</sup>, la Cour de cassation s'était prononcée en faveur de l'assimilation de l'état de nécessité à la violence pour le contrat d'assistance maritime en cas de naufrage, où le capitaine du navire en péril se retrouve à la merci du bon vouloir du capitaine du navire sauveur. Mais cette jurisprudence a perdu son intérêt. En effet, une loi du 29 avril 1916 donna expressément au juge le pouvoir d'annuler ou de modifier le contrat d'assistance maritime si les conditions intervenues ne lui paraissent pas inéquitables. Une loi du 7 juillet 1967 relative aux événements de mer la remplaça ultérieurement. Les articles L. 5132-3 et suivants du Code des transports précisent aujourd'hui les critères à prendre en compte pour la détermination de la rémunération au titre du contrat d'assistance maritime. L'article L. 5132-6, 1°, de ce code prévoit que le contrat d'assistance maritime ou certaines de ses clauses peuvent être annulés ou modifiés s'il « a été conclu sous une pression abusive ou sous l'influence du danger et que ses clauses ne sont pas équitables ». Des dispositions légales sont également intervenues pour indemniser les juifs qui, sous l'occupation, avaient été contraints de céder à bas prix leurs biens pour échapper aux persécutions de l'occupant et du régime de Vichy.

Pour les autres hypothèses de souscription d'un contrat sous l'empire d'un état de nécessité, la jurisprudence est peu fournie. La Cour de cassation a quelquefois admis qu'un tel contrat encourait la nullité pour violence, principalement en cas d'abus par une partie d'un état de dépendance économique envers elle de l'autre partie<sup>15</sup>.

<sup>1</sup> Demolombe, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>2</sup> Laurent, *op. cit.*, *loc. cit.* ; dans le même sens : Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, § 343 bis, note 16 bis.

<sup>3</sup> Aubry et Rau, *op. cit.*, *loc. cit.* et les renvois au *Digeste*.

<sup>4</sup> Demolombe, *op. cit.*, n° 151.

<sup>5</sup> Demolombe, *op. cit.*, *loc. cit.* ; dans le même sens : Planiol et Ripert, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>6</sup> Aubry et Rau, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Laurent, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>7</sup> Aubry et Rau, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>8</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 1268 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 856. Cf. article 1301 du Code civil.

<sup>9</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 1309-1311 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 867 ; Civ. 2 mars 1915, *D.P.* 1920, 1, 102 ; *G.A.*, t. II, n° 276, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde.

<sup>10</sup> Aubry et Rau, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Laurent, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Demolombe, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>11</sup> Flour, Aubert et Savaux, *L'acte juridique*, n° 413 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 319.

<sup>12</sup> Flour, Aubert et Savaux, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 319, raisonnant *a fortiori* à partir de la prise en considération de la violence par menace d'exercer des voies de droit lorsque cette menace est abusive ; Ghestin, *Le contrat*, n° 586.

<sup>13</sup> Ghestin, *op. cit.*, *loc. cit.* ; cf. ég. Flour, Aubert et Savaux, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>14</sup> Req. 27 avril 1887, *D. P.* 88, 1, 263 ; *S.* 87, 1, 372.

<sup>15</sup> Soc. 5 juillet 1965, n° 62-40.577, *B. IV*, n° 545 : contrat de travail désavantageux souscrit par un salarié en proie à de pressants besoins d'argent ; Soc. 30 octobre 1973, n° 73-40233, *B. V*, n° 541 : contrat de travail désavantageux obtenu sous la menace de ne plus payer les deux salariés si elles le refusaient.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

De fait, la violence économique, forme particulière d'état de nécessité imputable aux circonstances économiques, avait surtout, dans les dernières décennies, retenu non seulement l'attention de la jurisprudence, mais encore celle du législateur. Le législateur la consacra en droit des affaires, avec l'abus de dépendance économique (articles L. 420-2 et L. 442-6 du Code de commerce). En matière civile, à défaut de disposition législative comparable, la jurisprudence montra une grande prudence. Certes, elle finit par consacrer expressément la notion de violence économique<sup>1</sup>, mais à des conditions très restrictives lui ôtant une grande part de son intérêt<sup>2</sup>.

- Propositions de réforme

Se ralliant à certaines suggestions doctrinales, l'avant-projet Catala de 2006 (article 1114-3) avait consacré l'abus de faiblesse comme une forme de violence, en distinguant deux espèces : l'abus d'un état de nécessité et l'abus d'une dépendance. Dans les deux cas, l'abus consistait à avoir « exploité cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif. » L'avant-projet Catala faisait donc de l'abus de faiblesse une forme de lésion qualifiée : cet abus n'était pris en compte que si l'auteur de l'abus en retirait un avantage manifestement excessif.

Quant au projet de la Chancellerie de 2015, il admettait aussi que l'abus de faiblesse constituât une violence, mais sans exiger qu'il entraînaît un déséquilibre manifeste, dans les termes suivants (article 1142) :

« Il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse. »

La doctrine avait critiqué cette disposition, comme porteuse d'insécurité juridique<sup>3</sup>. En effet, l'abus de faiblesse aurait pu être retenu dès lors qu'il présente un caractère déterminant, peu important qu'il ait été la source d'un déséquilibre. Une partie aurait donc pu se prévaloir de l'abus de faiblesse pour remettre en question un contrat par ailleurs parfaitement équilibré, au seul motif qu'elle n'avait pu faire autrement que de le souscrire.

Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont tenu compte de ces critiques. Le nouvel article 1143 du Code civil renoue en effet avec l'assimilation de l'abus de faiblesse à une lésion qualifiée, en exigeant que l'abus ait été la source d'un avantage manifestement excessif. Néanmoins le texte n'emploie plus le terme de « situation de faiblesse », mais celui d'« état de dépendance », lequel paraît l'englober, avec cette réserve toutefois qu'il doit exister envers le cocontractant<sup>4</sup>. La référence alternative à l'état de nécessité, à côté de l'état de dépendance, a été supprimée, car la pratique avait jugé cette notion imprécise et génératrice d'insécurité juridique<sup>5</sup>.

Selon l'article 1143 du Code civil, la violence par abus de dépendance ne s'applique qu'à certaines situations et à certaines conditions.

a. Domaine de la violence par abus de dépendance

L'article 1143 du Code civil ne définit pas la notion d'état de dépendance. Cette notion, ainsi que l'appréciation et l'origine de la dépendance appellent des explications.

α) Notion d'état de dépendance

<sup>1</sup> Civ. 1, 30 mai 2000, n° 98-15242, *B. I.*, n° 169 ; *D.* 2000, *J.* 879, note J.-P. Chazal ; *D.* 2001, *somm.* 1140, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 20001, II, 10461, note G. Loiseau ; *CCC* 2000, *com.* n° 142, obs. L. Leveneur ; *RTD civ.* 2000, 827, obs. J. Mestre et B. Fages et 863, obs. P.-Y. Gautier : cassation de l'arrêt qui écarte la demande en nullité d'une transaction fondée sur la contrainte économique, au motif que la transaction ne peut être attaquée pour lésion, alors que la transaction peut être attaquée dans tous les cas où il y a violence et que la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion ; Civ. 1, 4 février 2015, n° 14-10920, *D.* 2016, 566, obs. M. Mekki ; *RDC* 2015, 445, obs. E. Savaux : annulation d'une convention prévoyant le versement d'une indemnité transactionnelle, au motif qu'elle avait été extorquée sous la menace, constitutive d'une contrainte économique, d'exercer une action en justice manifestement irrecevable ; *adde* : Civ. 2, 5 octobre 2006, n° 04-11179.

<sup>2</sup> Civ. 1, 3 avril 2002, n° 00-12932, *B. I.*, n° 108 ; *D.* 2002, *J.* 1860, notes J.-P. Gridel et J.-P. Chazal ; *ibid.*, *Somm.* 2844, obs. D. Mazeaud ; *CCC* 2002, 121, note L. Leveneur ; *CCE* 2002, n° 89, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RTD civ.* 2002, 502, obs. J. Mestre et B. Fages : « seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement ». *Adde* : *Com.* 9 juillet 2019, n° 18-12680, *JCP* 2019, *doctr.* 819, n° 4, obs. Y.-M. Serinet.

<sup>3</sup> F. Chénéde « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC* 2015, 655, n° 6 et suiv.

<sup>4</sup> *Cf. infra* : a. « Domaine de la violence par abus de dépendance », γ) « Origine de la dépendance ».

<sup>5</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 322 et les réf.

Cette notion est large, car elle peut renvoyer à bien des situations. L'état de dépendance peut certes être économique et c'est à lui qu'on pense au premier abord. La jurisprudence antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 avait, de fait, admis la violence économique, tout en la subordonnant à des conditions strictes<sup>1</sup>. Mais les termes de l'article 1143 permettent d'englober bien d'autres formes de dépendance<sup>2</sup> : physique, psychique<sup>3</sup>, juridique, technologique<sup>4</sup>...

### β) Appréciation de l'état de dépendance

L'état de dépendance doit indiscutablement s'apprécier *in concreto*, en ayant égard aux personnes et aux circonstances<sup>5</sup>. S'il revient aux juges du fond de le caractériser, sous le contrôle de la Cour de cassation, c'est donc au regard des circonstances de fait qu'ils relèvent souverainement<sup>6</sup>. En d'autres termes, la Cour de cassation exerce essentiellement un contrôle de la motivation des décisions des juridictions du fond.

### γ) Origine de l'état de dépendance<sup>7</sup>

Aux termes de l'article 1143 du Code civil, l'état de dépendance doit exister à l'égard de l'auteur de la violence. Cette restriction au champ d'application de la violence par abus de dépendance résulte de la loi de ratification du 20 février 2018<sup>8</sup>.

Le législateur a ainsi entendu limiter l'application du texte aux cas de perte d'autonomie d'une personne envers une autre. En effet, les rédacteurs de l'ordonnance avaient précisé que l'article 1143 tendait notamment à la protection des « personnes vulnérables »<sup>9</sup>. Mais la loi de ratification a voulu éviter cette extension supplémentaire du vice de violence au cas des « personnes dépendantes » au sens courant du terme, c'est-à-dire celles que l'âge, l'infirmité ou la maladie rend vulnérables, sans être pour autant sous la dépendance d'autrui. Pour remettre en question le contrat déséquilibré qu'elles auront été amenées à conclure, ces personnes pourront toujours se prévaloir soit d'un défaut de consentement, soit d'un autre vice du consentement, si elles justifient en remplir les conditions.

Cette restriction au champ d'application de la violence par abus de dépendance ne va toutefois pas sans inconvénients. Il est en effet tout aussi blâmable d'exploiter abusivement l'état de dépendance du contractant vis-à-vis de soi qu'à l'égard d'un tiers<sup>10</sup>. Aussi bien la violence est-elle

<sup>1</sup> Civ. 1, 30 mai 2000 et Civ. 1, 3 avril 2002, préc.

<sup>2</sup> Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 ; Fages, *Droit des obligations*, n° 122 ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 296.

<sup>3</sup> Fages, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Claudel, *op. cit.* ; en ce sens, dans le droit antérieur à l'ordonnance : Civ. 1, 29 juin 1999 et Civ. 2, 5 octobre 2006, préc. ; Civ. 1, 4 mai 2016, n° 15-12454, *LPA* n° 209, 19 octobre 2016, note S. Lequette ; comp. Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 340.

<sup>4</sup> Fages, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Barbier « La violence par abus de dépendance », *op. cit.* ; Claudel, *op. cit.* Lors des débats ayant précédé l'adoption de la loi de ratification du 20 avril 2018, la proposition du Sénat de restreindre le domaine de l'article 1143 à l'abus de dépendance économique a été écartée (Fages « La conclusion du contrat et les vices du consentement dans la loi de ratification du 20 avril 2018 », *op. cit.*, n° 17 et les réf.).

<sup>5</sup> Barbier « La violence par abus de dépendance », *op. cit.*

<sup>6</sup> Civ. 2, 9 décembre 2021, préc. ; Com. 21 septembre 2022, n° 21-12218 (B) ; *RTD civ.* 2022. 884, obs. H. Barbier et 947, obs. Ch. Gijsbers : ces arrêts ont été rendus sous l'empire du droit antérieur à la réforme du droit des obligations, mais leurs enseignements demeurent d'actualité.

<sup>7</sup> M. Latina « L'état de dépendance visé par l'article 1143 est précisé par la loi du 20 avril 2018 », *L'essentiel Droit des contrats*, 9 mai 2018, p. 7 ; F. Rogue « Abus d'état de dépendance : la réforme de la réforme a-t-elle accouché d'une souris ? », *D.* 2018, 1559.

<sup>8</sup> Dans sa version initiale, issue de l'ordonnance du 10 février 2016, l'article 1143 était muet sur ce point. Mais la loi de ratification a inséré les mots « à son égard » dans l'article 1143. Selon l'article 16, I, de la loi du 20 avril 2018, cette précision a un caractère interprétatif, si bien qu'elle rétroagit à la date d'entrée de l'ordonnance du 10 février 2016, soit au 1er octobre 2016. Mais cette qualification est manifestement inexacte (Revet « L'achèvement de la réforme du droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ... », *op. cit.*, *loc. cit.*). En effet, loin de se borner à clarifier sur ce point le droit issu de l'ordonnance, la loi de ratification a profondément altéré le texte initial, en restreignant considérablement son champ d'application.

<sup>9</sup> Rapport au président de la République...

<sup>10</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 322 ; Revet « L'achèvement de la réforme du droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ... », *op. cit.*, n° 6.

traditionnellement retenue quand bien même elle émane d'un tiers (article 1142 du Code civil précité). Il semble donc paradoxal de décider que la violence par abus de dépendance, que le législateur a conçu comme une extension de la notion classique de violence, ne puisse, elle, être retenue lorsque la dépendance n'existe qu'envers un tiers<sup>1</sup>.

Pour remédier en partie à ce paradoxe, on peut à tout le moins admettre, par analogie à ce que l'article 1138 du Code civil dispose pour le dol, l'assimilation à une partie d'un « faux » tiers<sup>2</sup> : représentant, tiers de connivence, etc.

La portée de la consécration de la violence par abus de dépendance se trouve ainsi singulièrement diminuée<sup>3</sup> et le texte constitue même un recul par rapport à la jurisprudence antérieure à la réforme du droit des contrats. La modification apportée par la loi de ratification est symbolique de l'esprit libéral qui a présidé à son élaboration.

Dans sa version initiale, issue de l'ordonnance du 10 février 2016, l'article 1143, on l'a dit, était muet sur l'origine de la dépendance : il ne distinguait pas selon que l'état de dépendance du cocontractant existe envers l'auteur de la violence ou vis-à-vis d'un tiers. Aussi d'aucuns estimaient-ils qu'il n'y avait pas lieu de distinguer à la place du « législateur ». D'autres, en revanche, considéraient que l'état de dépendance s'entendait nécessairement de la situation d'une partie envers une autre personne. Sauf à interpréter le texte extensivement, l'exploitation d'une situation de faiblesse ou d'un état de nécessité<sup>4</sup> existant indépendamment du cocontractant ou d'un tiers, n'aurait pu constituer une violence. En exigeant que l'état de dépendance existe vis-à-vis de l'auteur de la violence, l'article 1143 dans sa version définitive paraît bien exclure la dépendance dite « endogène »<sup>5</sup>.

## b. Conditions de la violence par abus de dépendance

L'existence d'une situation de dépendance est en elle-même insuffisante à caractériser la violence. Pour que celle-ci soit retenue, il est en effet nécessaire, d'après l'article 1143, que la partie, « abusant de cet état de dépendance », obtienne son cocontractant « un avantage qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ». On débat de la question de savoir si l'application du texte suppose la réunion de trois conditions ou de deux seulement. C'est, bien entendu, à celui qui allègue une violence par abus de dépendance, de prouver que ces conditions sont satisfaites.

### α) Une contrainte déterminante

Le caractère déterminant de la violence est commun à toutes les hypothèses classiques de violence. Il résulte de l'article 1140 du Code civil définissant ce vice du consentement. Rappelons que ce caractère déterminant s'apprécie *in concreto*, conformément aux dispositions de l'article 1130, alinéa 2, du Code civil : c'est une question de fait laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond<sup>6</sup>. L'article 1143 adapte cette condition à la violence par abus de dépendance, ce qui appelle quelques explications.

Tout d'abord, l'article 1140 parle d'une « crainte » que la violence inspire à sa victime et qui la détermine à contracter. De fait, classiquement, ce n'est pas la violence qui vicie, à proprement parler le consentement, mais la crainte qui en résulte. Mais l'article 1143 ne mentionne à aucun moment que la partie en état de dépendance doit avoir été déterminée à contracter par crainte.

<sup>1</sup> Deshayes, Genicon et Laithier « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations... », *op. cit.*, n° 24 ; Mekki « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016... », *op. cit.*, n° 29.

<sup>2</sup> Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>3</sup> Fages « La conclusion du contrat et les vices du consentement dans la loi de ratification du 20 avril 2018 », *op. cit.*, n° 18 ; Mazeaud « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>4</sup> L'article 1142 du projet de la Chancellerie visait alternativement « l'état de nécessité ou de dépendance ». Mais la référence à l'état de nécessité, on l'a dit, a disparu de la version définitive du texte, aujourd'hui codifié à l'article 1143.

<sup>5</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 322 ; Revet « L'achèvement de la réforme du droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ... », *op. cit.*, *loc. cit.* Cf. cpdt les hésitations de : Mekki « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016... », *op. cit.*, *loc. cit.* ; Mazeaud « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », *op. cit.*, n° 15.

<sup>6</sup> Cf. Com. 10 juillet 2024, n° 22-21947 (B) ; *RLDC* 228/2024, 7575, obs. A. Grosjean.

D'après un auteur<sup>1</sup>, le demandeur à l'annulation devrait cependant prouver en plus l'existence de cette crainte, comme la Cour de cassation avait semblé l'exiger dans le droit antérieur<sup>2</sup>. Mais la lettre de l'article 1143 semble incompatible avec le maintien de cette exigence, laquelle restreindrait considérablement l'utilisation de la notion de violence par abus de dépendance<sup>3</sup>. Il ne faut pas oublier que celle-ci représente une extension de la notion traditionnelle de violence.

Ensuite, aux termes de l'article 1130, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, déjà étudié :

« L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes. »

Or l'article 1143 semble plus rigoureux, puisqu'il exige que l'auteur de l'abus de l'état de dépendance obtienne de son cocontractant :

« un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte ».

A suivre le texte à la lettre, si la partie sous l'empire de la contrainte avait simplement été déterminée à contracter à des conditions substantiellement différentes, la violence par abus de dépendance ne pourrait donc être retenue. Toutefois, cette interprétation étroitement littérale ne semble pas devoir être suivie. En effet, l'article 1143 pose *in fine* une autre condition à son application<sup>4</sup> : l'auteur de l'abus doit tirer « un avantage manifestement excessif » de l'engagement souscrit. Aussi suffit-il, pour le cocontractant, d'établir l'existence d'un tel avantage pour qu'il s'en déduise qu'il n'aurait pas souscrit l'engagement, si la contrainte résultant de son état de dépendance ne l'y avait déterminé<sup>5</sup>.

### β) L'abus d'un état de dépendance

L'abus consiste dans le fait, pour une partie, d'exploiter sciemment l'état de dépendance de l'autre partie, à dessein d'en tirer avantage. Mais on peut se demander si l'abus doit être caractérisé indépendamment de l'avantage manifestement excessif ou s'il se déduit de ce dernier<sup>6</sup>. La doctrine est partagée et la jurisprudence incertaine.

Si l'on se fie à sa définition traditionnelle<sup>7</sup>, l'abus devrait revêtir un caractère intentionnel ou, à tout le moins, délibéré<sup>8</sup>. Aussi, pour une partie de la doctrine, l'abus ne saurait-il être simplement déduit du profit manifestement excessif que la partie retire de l'état de dépendance<sup>9</sup>. En effet, en visant un abus permettant d'obtenir un engagement que le cocontractant n'aurait pas souscrit en l'absence de contrainte, d'une part, et d'en tirer un avantage manifestement excessif, d'autre part, l'article 1143 laisserait clairement entendre que les deux conditions ne font pas double emploi<sup>10</sup>. En outre, si l'abus se confondait avec l'avantage excessif, l'article 1143 pourrait servir à tourner l'article 1168 du Code civil, selon lequel le défaut d'équivalence entre les prestations n'est pas une

<sup>1</sup> Barbier, *op. cit.*, p. 50.

<sup>2</sup> Civ. 1, 3 avril 2002, préc.

<sup>3</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 341-1.

<sup>4</sup> Cf. *infra* : γ) « Un avantage manifestement excessif ».

<sup>5</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 341-1.

<sup>6</sup> Sur la discussion : Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 341.

<sup>7</sup> Intention de nuire : Req. 3 août 1915, *Clément-Bayard*, *G.A.* t. I, n° 81, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *D.P.* 1917, 1, 79 ; *S.* 1920, 1, 300 (abus du droit de propriété) ; Civ. 3, 22 février 1968, n° 66-11419, *B.* III, n° 71 ; *D.* 1968, *J.* 607, note Ph. M. ; *JCP* 1969, II, 15735 ; *RTD civ.* 1968, 735, obs. G. Cornu (abus d'un droit de créance d'origine contractuelle) ; comportement délibéré : Civ. 2, 15 juin 1988, n° 86-15476, *B.* II, n° 146 ; *JCP* 1989, II, 21223, note M.-L. Moranzais-Demeester ; *RTD civ.* 1988, p. 770, n° 5, obs. P. Jourdain et Civ. 2, 12 décembre 1994, n° 92-17098, *B.* II, n° 262 (refus abusif de délivrance du « gueth » par un juif pratiquant à son ex-épouse divorcée, qui entendait se remarier civilement et religieusement).

<sup>8</sup> Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 325 ; Comp. Deshayes, Génicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1143, p. 226.

<sup>9</sup> Deshayes, Génicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1143, p. 225 ; Fages, *Droit des obligations*, n° 122 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 229, *in fine* ; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Barbier, *op. cit.*

<sup>10</sup> Deshayes, Génicon et Laithier, *op. cit.*, *loc. cit.*



cause de nullité des contrats<sup>1</sup> et l'article 1674 du Code civil, qui subordonne l'admission de la rescision pour lésion dans la vente immobilière à l'existence d'une lésion dans le prix de plus des sept douzièmes de la valeur de l'immeuble<sup>2</sup>. La violence, serait-ce dans sa forme extensive de l'abus de l'état de dépendance, demeurerait un délit civil, exigeant un comportement répréhensible. L'abus de dépendance impliquerait donc un élément intentionnel, en plus de l'élément matériel qu'est l'avantage manifestement excessif<sup>3</sup>. Si ces deux conditions strictes sont cumulativement exigées, elles restreignent considérablement l'extension du vice de violence réalisée par l'article 1143<sup>4</sup>.

Pour d'autres auteurs<sup>5</sup>, cependant, l'avantage manifestement excessif révélerait l'abus, lequel n'aurait pas à être établi séparément. Ils font valoir, tout d'abord, que, tout comme le dol par dissimulation intentionnelle est une extension de la notion de dol, la violence par abus de dépendance est une extension de celle de violence. En effet, alors que le dol et la violence supposent traditionnellement un comportement actif de leur auteur, le dol par dissimulation intentionnelle et la violence par abus de dépendance consistent simplement en l'exploitation d'une erreur pour le premier, d'une situation de contrainte pour la seconde. Ils invoquent, ensuite, les termes du rapport au président de République sur l'ordonnance du 10 février 2016 : ses auteurs indiquent qu'« afin de répondre aux craintes des entreprises et d'objectiver l'appréciation de l'abus », « un critère tenant à l'avantage excessif » a été introduit pour apprécier ce vice. Ils observent, enfin, que d'après l'article 1141 du Code civil, la menace d'une voie de droit constitue une violence, lorsque la voie de droit « est invoquée ou exercée pour obtenir un avantage manifestement excessif ». Il serait paradoxal qu'il en aille différemment, lorsque c'est l'exploitation simplement factuelle d'un état de dépendance, qui permet à son auteur d'obtenir un tel avantage, au lieu de la menace d'exercer une voie de droit *a priori* légitime.

La Cour de cassation n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur ce problème d'interprétation de l'article 1143. Sous l'empire du droit ancien, elle avait exigé jadis l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, en plus du profit retiré de cette situation, pour la caractérisation de la violence économique<sup>6</sup>. Mais, plus récemment, dans un arrêt rendu également en application du droit antérieur, elle a paru esquisser un revirement de jurisprudence, en déduisant l'abus de l'état de dépendance de l'avantage excessif<sup>7</sup>.

#### γ) Un avantage manifestement excessif

La notion évoque à l'évidence la lésion, c'est-à-dire un contrat déséquilibré au moment de sa conclusion. Certes, on sait qu'en principe, celle-ci n'est pas une cause de nullité des contrats, notamment des contrats synallagmatiques (article 1168 du Code civil). Mais l'article 1143 du Code civil permet de la prendre en compte, lorsqu'elle est la conséquence de l'exploitation abusive d'un état de dépendance, à la condition toutefois qu'elle soit manifeste, évidente.

<sup>1</sup> Deshayes, Génicon et Laithier, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>2</sup> *Cf. infra* : section 3 « Le contenu du contrat », sous-section 3 « Équilibre du contrat », § 1 « L'équilibre global du contrat », A. « Contrat synallagmatique lésionnaire », 1. « Domaine de la lésion ».

<sup>3</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 229, *in fine*.

<sup>4</sup> Fages, *Droit des obligations*, n° 122.

<sup>5</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 324.

<sup>6</sup> Civ. 1, 3 avril 2002, préc. : « seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement » ; rapp. Com. 25 janvier 2023, n° 21-19351, *RTD civ.* 2023, 356, obs. H. Barbier : pas de violence économique, dès lors que rien n'accréditait l'existence de « pressions » constitutives de « menaces » d'exploiter un éventuel état de dépendance économique (arrêt rendu dans une affaire où le droit antérieur à la réforme du droit des obligations était applicable). Mais, dans cette affaire, l'avantage excessif faisait, en tout état de cause, défaut.

<sup>7</sup> Civ. 2, 9 décembre 2021, n° 20-10096 (B) ; *Just. & cass.* 2022. 221, rapp. F. Besson ; *ibid.* 228, avis S. Grignon Dumoulin ; *D.* 2022, 384, note G. Chantepie ; *ibid.* 310, obs. R. Boffa et M. Mekki ; *JCP* 2022, 11, note C. Caseau-Roche ; *ibid.*, 404, obs. G. Loiseau ; *RTD civ.* 2022, p. 121, obs. H. Barbier ; *RDC* 2022, n° RDC200o2, obs. M. Latina : ayant caractérisé l'état de dépendance économique dans lequel un avocat se trouvait envers l'AGS, sa cliente, ainsi que l'avantage excessif que cette dernière en avait tiré, une cour d'appel a pu en déduire que cette situation de contrainte était constitutive d'un vice du consentement au sens de l'ancien article 1111 du code civil, excluant la réalité d'un accord d'honoraires librement consenti entre les parties. *Cf.* Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 341 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 324.

En exigeant que l'auteur de l'abus ait tiré un avantage manifestement excessif de l'engagement que l'autre partie a été déterminée à souscrire, l'article 1143 du Code civil revient sur le projet de la Chancellerie. En effet, l'article 1142<sup>1</sup> de celui-ci déduisait la violence de la seule circonstance que l'abus par une partie de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie, ait déterminé cette dernière à conclure un engagement qu'elle n'aurait pas, sinon, souscrit, sans exiger qu'il procurât au cocontractant un avantage excessif<sup>2</sup>. Ainsi entendue, la notion de violence par abus de dépendance apparaissait trop large, au détriment de la sécurité juridique<sup>3</sup>. C'est la raison pour laquelle les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont énoncé cette condition supplémentaire.

La notion de violence par abus de dépendance se rapproche ainsi désormais de celle de lésion qualifiée<sup>4</sup>, que différents systèmes étrangers<sup>5</sup>, tels le droit allemand<sup>6</sup>, le droit suisse<sup>7</sup>, le droit polonais<sup>8</sup>, le droit luxembourgeois<sup>9</sup> ou le droit belge<sup>10</sup>, ont consacrée, certains depuis fort longtemps.

Le rattachement à la violence, plutôt qu'à la lésion qualifiée, rend néanmoins la sanction rigide<sup>11</sup>. En effet il est uniquement susceptible d'entraîner la nullité de la convention, outre des dommages-intérêts. Au contraire, dans les systèmes juridiques étrangers déjà mentionnés, il permet au juge de procéder à une révision du contrat, afin de le rééquilibrer<sup>12</sup>.

## Section 2 : la capacité et la représentation

L'article 1128 du Code civil ne vise que la « capacité de contracter » des parties. Mais, en réalité, pour contracter valablement, il est nécessaire :

- d'avoir la capacité adéquate à l'acte envisagé
- d'en avoir le pouvoir lorsqu'on contracte pour le compte d'un tiers, qu'on représente (par ex. représentant d'une autre personne, et notamment d'une société).

A défaut, la sanction est grave : pour l'incapacité, c'est la nullité relative, subordonnée ou non, selon les cas, à la preuve d'une lésion (articles 1147 et suivants du Code civil), voire la nullité absolue pour certaines incapacités spéciales de jouissance ; pour le défaut de pouvoir, le contrat ne lie pas le représenté, sans pour autant encourir, la plupart du temps, la nullité.

§ 1 La capacité de contracter pour soi-même

§ 2 Le pouvoir de contracter pour autrui

<sup>1</sup> « Il y a également violence lorsqu'une partie abuse de l'état de nécessité ou de dépendance dans lequel se trouve l'autre partie pour obtenir un engagement que celle-ci n'aurait pas souscrit si elle ne s'était pas trouvée dans cette situation de faiblesse. »

<sup>2</sup> J.-P. Chazal « Violence économique ou abus de faiblesse ? », *Dr. et Patr.* 2014, n° 240, p. 47 ; H. Barbier « Le vice du consentement comme cause de violence économique », *ibid.*, p. 50 ; P. Ancel « Article 1142 : violence économique », *RDC* 2015, 747 ; F. Chénéde « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *ibid.*, 655, n° 6 et suiv. ; Loiseau « Les vices du consentement », *op. cit.*, n° 15 (critique).

<sup>3</sup> Deshayes, Génicon et Laithier, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>4</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 438.

<sup>5</sup> J. Andrzejewski, *Laesio enormis i wyzysk. Tradycja prawna a przeciwdziałanie nieekwiwalentności świadczeń w prawie prywatnym austrii, niemiec i polski*, thèse Université Adam Mickiewicz Poznań, 2015.

<sup>6</sup> § 138 *B.G.B.*

<sup>7</sup> Article 21 du Code des obligations suisse.

<sup>8</sup> Art. 388 *K.C.*

<sup>9</sup> Article 1118 du Code civil luxembourgeois.

<sup>10</sup> Jurisprudence et doctrine belges.

<sup>11</sup> Cf. not. les critiques de Chazal, *op. cit.*, *passim*.

<sup>12</sup> P. Ancel « Article 1142 : violence économique », *RDC* 2015, 747 ; F. Chénéde « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *ibid.*, 655, n° 7.

## § 1 La capacité de contracter pour soi-même

La capacité est la règle, l'incapacité l'exception. Tel est le sens de l'article 1145, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil :

« Toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi »<sup>1</sup>.

Toutefois, l'article 1145, alinéa 2, ajoute :

« La capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles. »

Cela étant, on distingue classiquement deux types d'incapacités, les incapacités de jouissance et les incapacités d'exercice.

### A. Incapacités de jouissance

La notion d'incapacité de jouissance et la sanction de l'incapacité de jouissance seront successivement abordés.

#### 1. Notion d'incapacité de jouissance

Les incapacités de jouissance tendent à priver certaines personnes de certains droits. La personne incapable n'a donc pas le droit de passer le contrat considéré. L'incapacité de jouissance entraîne l'incapacité d'exercice<sup>2</sup>. Il est en effet, par définition, impossible d'exercer un droit dont on est privé.

Les incapacités de jouissance sont toujours spéciales, en ce qu'elles visent un acte déterminé, et non pas tous les actes. Elles ne sont jamais générales. Sinon, cela aboutirait à priver une personne du droit de contracter, ce qui reviendrait à lui nier la personnalité juridique, comme jadis les esclaves.

Elles sont inspirées par la méfiance du législateur envers les circonstances dans lesquelles le contrat devrait être conclu. Elles peuvent frapper les personnes physiques, comme les personnes morales.

##### a. Personnes physiques

Certaines personnes physiques se trouvent dans un rapport de dépendance, d'où leur incapacité légale à contracter avec l'autre partie.

Ex. Un mourant ne peut disposer de ses biens, à titre gratuit, au profit du personnel médical ou de son confesseur (article 909 du Code civil).

Ex. Une personne exerçant un emploi ou une fonction dans un établissement pour personnes âgées ou dispensant des soins psychiatriques, ainsi que la plupart de ses proches, ne peuvent se faire consentir une vente par les pensionnaires d'un tel établissement (articles L. 116-4 du Code de l'action sociale et des familles et L. 3211-5 du Code de la santé publique).

Une autre illustration de cette idée de méfiance à l'origine des incapacités de jouissance peut être trouvée dans l'article 1597 du Code civil. Selon ce texte, les magistrats et certains auxiliaires de justice – notaires, avocats, greffiers, huissiers – ne peuvent devenir cessionnaires de biens litigieux relevant de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions :

<sup>1</sup> Cet article reprend textuellement l'ancien article 1123 du Code civil.

<sup>2</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 151.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

« Les juges, leurs suppléants, les magistrats remplissant le ministère public, les greffiers, huissiers, avocats, défenseurs officieux et notaires, ne peuvent devenir cessionnaires des procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions, à peine de nullité, et des dépens, dommages et intérêts. »

La cession d'un bien litigieux a en effet un caractère aléatoire, car l'acquéreur remplacera le vendeur dans un procès à l'issue, par définition, incertaine. Ce type de vente est donc souvent conclu à bas prix, dans un esprit spéculatif, en contrepartie du risque que prend l'acquéreur. Or ce « pari sur la justice »<sup>1</sup> suscite la méfiance du législateur. Ce dernier a donc voulu interdire aux magistrats et auxiliaires de justice de mettre à profit leurs fonctions pour se livrer à des opérations juteuses.

b. Personnes morales

Elles sont gouvernées par le principe dit de la spécialité des personnes morales, qui leur interdit d'accomplir des actes ou de conclure des contrats qui sortiraient de leur objet. Le gérant d'une société civile, notamment, n'engage la société qu'il représente envers les tiers, que dans les limites de l'objet social (article 1849, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil).

2. Sanction de l'incapacité de jouissance

La sanction d'une incapacité de jouissance est, selon les cas, la nullité relative ou la nullité absolue du contrat conclu par l'incapable.

Certes, aux termes de l'article 1147 du Code civil :

« L'incapacité de contracter est une cause de nullité relative. »

Cependant, bien qu'il ne l'indique pas expressément, ce texte ne vise, en réalité, que les incapacités d'exercice. Ce sont en effet de ces incapacités seules, dont les articles 1145 à 1152 du Code civil, relatifs à la capacité requise pour contracter, traitent.

Le texte instituant l'incapacité de jouissance peut avoir précisé le caractère de la nullité affectant un contrat conclu au mépris de cette incapacité. Mais, le plus souvent, il n'indiquera rien. Pour déterminer ce caractère, l'interprète doit alors se reporter au critère général de distinction de la nullité absolue et de la nullité relative, que l'article 1179 du Code civil énonce<sup>2</sup>. Si la disposition légale frappant une personne d'une incapacité de jouissance a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général, la nullité du contrat est absolue ; si la disposition elle a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé, la nullité de l'acte est relative.

Ex. D'après la doctrine<sup>3</sup>, la nullité sanctionnant l'incapacité spéciale d'acquérir édictée par les articles L. 116-4 du Code de l'action sociale et des familles et L. 3211-5 du Code de la santé publique a pour seul objet la protection de la personne admise dans l'établissement pour personnes âgées ou dispensant des soins psychiatriques. Elle serait donc relative. Ainsi seule cette personne pourrait-elle s'en prévaloir.

Ex. Selon la jurisprudence, la nullité sanctionnant la violation de l'incapacité spéciale d'acquérir de l'article 1597 du Code civil, a un caractère absolu, car elle procède « de considérations de morale publique »<sup>4</sup>. Si, de fait, la règle de l'article 1597 a aussi pour objet la protection de l'intérêt du cédant, ce n'est pas son seul objet. La nullité n'a donc pas un caractère relatif, faute de répondre au critère de la nullité relative énoncé par

<sup>1</sup> Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, n° 26.

<sup>2</sup> Cf. *supra* : section préliminaire « Aperçu des sanctions attachées à la validité du contrat », § 1 « La nullité du contrat », B. « Différents types de nullité d'un acte juridique », 1. « Critère de distinction de la nullité absolue et de la nullité relative ».

<sup>3</sup> J. Raynard et J.-B. Seube, *Droit des contrats spéciaux*, 11<sup>e</sup> éd., LexisNexis 2024, n° 92.

<sup>4</sup> Req. 11 février 1851, *D.P.* 51, 1, 242 ; *S.* 51, 1, 199 ; *Civ.* 3, 15 mai 1991, n° 89-19455, *Bull. civ.* III, n° 146 ; *D.* 1992, *somm.* 195, obs. G. Paisant ; *RTD civ* 1992, 406, obs. P.-Y. Gautier. *Contra* : Raynard et Seube, *op. cit.*, n° 92.

l'article 1179, alinéa 2. Dès lors, la nullité de l'article 1597 peut être invoquée non seulement par le cédant, cocontractant du magistrat ou de l'auxiliaire de justice, mais encore par toute personne intéressée<sup>1</sup>.

## B. Incapacités d'exercice

On expliquera la notion d'incapacité d'exercice, puis on indiquera sa sanction.

### 1. Notion d'incapacité d'exercice

Les incapacités d'exercice tendent seulement à restreindre la faculté de certaines personnes d'exercer seules les droits dont elles jouissent. L'incapacité d'exercice présuppose la capacité de jouissance<sup>2</sup>. Dès lors, en effet, que la loi régleme l'exercice par une personne de ces droits, c'est qu'elle en est titulaire.

Les incapacités d'exercice ont un caractère général ou spécial selon les cas. Elles sont dominées par l'idée de protection de la personne incapable. A cet égard, l'article 1146 du Code civil, dispose :

« Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi :

- Les mineurs non émancipés
- Les majeurs protégés au sens de l'article 425 »<sup>3</sup>.

Pour plus de détails sur les cas d'incapacité d'exercice et leur régime, on renverra au cours sur le droit des incapacités. S'agissant des majeurs protégés, l'article 1150 du Code civil renvoie lui-même aux dispositions du code qui leur sont applicables pour la passation d'actes juridiques.

### 2. Sanction de l'incapacité d'exercice

L'incapacité d'exercice est sanctionnée par la nullité de l'acte juridique conclu. Encore faut-il préciser le caractère de cette nullité, son domaine d'application et son régime. Les règles étant inutilement complexes<sup>4</sup> et relevant surtout du droit des incapacités, il n'est pas demandé aux étudiants de les connaître en détail.

#### a. Caractère de la nullité du contrat pour incapacité d'exercice

Aux termes de l'article 1147 du Code civil, déjà cité :

« L'incapacité de contracter est une cause de nullité relative. »

En effet, on le rappelle, l'institution d'une incapacité d'exercice répond à une préoccupation de protection de la personne frappée d'incapacité. La règle violée ayant pour seul objet la sauvegarde de l'intérêt de l'incapable, la nullité doit logiquement être relative, d'après le critère énoncé dans l'article 1179, alinéa 2, du Code civil. En le précisant expressément, l'article 1147 dissipe toute incertitude qui pourrait subsister à cet égard.

En conséquence, seul l'incapable ou son représentant a qualité pour se prévaloir de la nullité de l'acte, à l'exclusion notamment du cocontractant capable<sup>5</sup>. En outre, il peut confirmer cette nullité.

<sup>1</sup> Civ. 3, 15 mai 1991, préc.

<sup>2</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 151.

<sup>3</sup> L'article 1146 reprend l'énumération qui figurait dans l'ancien article 1124 du Code civil.

<sup>4</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 152.

<sup>5</sup> Cf. *supra* : section préliminaire « Aperçu des sanctions attachées à la validité du contrat », § 1 « La nullité du contrat », B. « Différents types de nullités d'un acte juridique », 2. « Régimes juridiques respectifs de la nullité absolue et de la nullité relative », b. « Mise en œuvre de la nullité ».

On rappellera que, alors même qu'une personne n'est pas placée sous un régime de protection légale, n'est pas incapable au sens de la loi, le contrat peut être annulé, pour défaut de consentement valable, s'il est établi qu'elle l'a conclu sous l'empire d'un trouble mental, conformément aux articles 414-1 et 1129 du Code civil<sup>1</sup>. La nullité est également considérée comme relative, conformément au critère général résultant de l'article 1179, alinéa 2, du Code civil<sup>2</sup>.

b. Domaine de la nullité du contrat pour incapacité d'exercice

Certains actes courants accomplis par l'incapable échappent à la nullité, à moins qu'ils ne soient lésionnaire.

α) Principe : validité de certains actes courants accomplis par l'incapable

Aux termes de l'article 1148 du Code civil :

« Toute personne incapable de contracter peut néanmoins accomplir seule les actes courants autorisés par la loi ou l'usage, pourvu qu'ils soient conclus à des conditions normales. »

Ainsi, échappe à la nullité l'acte juridique conclu par une personne frappée d'une incapacité d'exercice, dès lors que cet acte remplit trois conditions cumulatives. L'acte doit être en effet :

- courant,
- autorisé par la loi ou l'usage,
- conclu à des conditions normales.

Ex. d'actes courants autorisés par la loi pour un mineur : ouverture d'un livret A par un mineur dans un établissement bancaire (article L. 221-3 du Code monétaire et financier), devenir membre d'une association (article 2 bis de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association).

Ex. d'actes courants autorisés par l'usage pour un mineur : achat de boissons non alcoolisées, de produits alimentaires, d'une planche de skate ou de rollers ; mais pas l'achat d'un véhicule automobile<sup>3</sup> ou d'un deux roues à moteur<sup>4</sup> ou encore l'ouverture d'un compte courant assorti de la mise à disposition de carnets de chèques ou d'une carte de paiement<sup>5</sup>.

Pour l'accomplissement d'actes remplissant les conditions de l'article 1148, l'incapable dispose, en quelque sorte, d'une capacité résiduelle. Aussi un acte de ce type est-il normalement valable.

β) Exception : nullité de l'acte courant lésionnaire accompli par l'incapable

L'acte remplissant les conditions de l'article 1148 encourra quand même l'annulation, s'il se révèle économiquement déséquilibré, lésionnaire au détriment du mineur. C'est une application de l'adage traditionnel *minor restituitur non tanquam minor sed tanquam laesus*<sup>6</sup>. Cette solution résulte de l'article 1149 du Code civil<sup>7</sup> :

<sup>1</sup> Cf. *supra* : section 1 : « Le consentement », sous-section 1 « L'existence du consentement », § 2 « Acte juridique émanant d'une personne capable ».

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Civ. 1, 9 mai 1972, n° 71-10361, B. I, n° 122 ; *Gaz. Pal.* 1972, 2, 871.

<sup>4</sup> Nancy 4 juin 2009, *Dr. Fam.* 2010, *comm.* 155 ; Caen 15 octobre 2015, RG 14/00044, *JCP* 2016, 306, obs. G. Raoul-Cormeil.

<sup>5</sup> Civ. 1, 12 novembre 1998, n° 97-13248 ; *JCP* 1999, II, 10053, note Th. Garé ; *RTD civ.* 1999, 360, obs. J. Hauser.

<sup>6</sup> Roland et Boyer, *Adages du droit français*, 4<sup>e</sup> éd., Litec, 1999, n° 228 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 360 : « le mineur n'est pas restituable comme mineur, mais comme lésé ».

<sup>7</sup> Cette interprétation de l'article 1149 n'est toutefois pas absolument unanime en doctrine. La majorité des auteurs (Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 152 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 360 ; M. Mignot « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *LPA* 2016, n° 52, p. 7 ; H. Fulchiron « L'incapacité de contracter et le nouveau droit des contrats », *Dr. & patr.* 2016, n° 263, p. 76 ; A. Gouttenoire « Réforme du droit des contrats et des obligations : coup de jeune sur la capacité usuelle du mineur et du majeur protégé », *Lexbase Hebdo éd.° privée*,

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

« Les actes courants accomplis par le mineur peuvent être annulés pour simple lésion. Toutefois, la nullité n'est pas encourue lorsque la lésion résulte d'un événement imprévisible. La simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait pas obstacle à l'annulation. Le mineur ne peut se soustraire aux engagements qu'il a pris dans l'exercice de sa profession. »

Ainsi la nullité de l'acte courant devra-t-elle être prononcée, à la demande du représentant légal du mineur, dès lors que son caractère lésionnaire pour ce dernier est établi. L'article 1149 n'exige qu'une « simple lésion ». Une *laesio enormis*, du type de celle des sept-douzièmes de la valeur de l'immeuble exigée pour la rescision d'une vente immobilière entre personnes capables (article 1674 du Code civil)<sup>1</sup>, n'est donc pas requise pour l'annulation d'un acte accompli par un mineur incapable, sur le fondement de l'article 1149.

L'article 1149, alinéa 2, précise que « La simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait pas obstacle à l'annulation. » Ainsi le mineur ne sera-t-il pas déchu de son droit de solliciter la nullité de l'acte pour lésion, pour avoir menti à son cocontractant.

Faut-il en déduire *a contrario* que si le mineur ne s'est pas contenté d'un « simple » mensonge, mais qu'il s'est rendu coupable de manœuvres, pour convaincre fallacieusement le cocontractant de sa majorité, il est irrecevable à agir en nullité ? La sanction semble exagérément sévère. Mieux vaudrait sans doute lui laisser ouverte l'action en nullité, sauf à ce que son cocontractant puisse rechercher sa responsabilité civile pour faute<sup>2</sup>.

En revanche, l'article 1149, alinéas 1<sup>er</sup> et 3, pose deux limites à la nullité de l'acte courant entaché de lésion, passé par un incapable mineur :

- la lésion résulte d'un événement imprévisible ;
- l'engagement a été souscrit par le mineur dans l'exercice de sa profession.

Des dispositions comparables existent pour les actes lésionnaires accomplis par le majeur incapable. L'article 1150 du Code civil y renvoie expressément. Comme elles relèvent du droit des incapacités, on se borne ici à signaler leur existence.

#### c. Régime de la nullité du contrat pour incapacité d'exercice

Les articles 1151, 1152 et 1352-4 du Code civil posent des règles particulières. L'article 1151 édicte des obstacles à l'action en nullité du contrat pour incapacité d'exercice. L'article 1152 recule le point de départ de la prescription de l'action en nullité de ce contrat. L'article 1352-4 limite l'étendue de la restitution consécutive à l'annulation du contrat incombant à l'incapable.

##### α) Obstacles à l'action en nullité du contrat

L'article 1151 du Code civil prévoit deux obstacles à l'action en nullité du contrat pour incapacité d'exercice :

« Le contractant capable peut faire obstacle à l'action en nullité engagée contre lui en établissant que l'acte était utile à la personne protégée et exempt de lésion ou qu'il a profité à celle-ci. Il peut aussi opposer à l'action en nullité la confirmation de l'acte par son cocontractant devenu ou redevenu capable. »

- Tout d'abord, le contractant capable peut donc établir que « l'acte était utile à la personne protégée et exempt de lésion ou qu'il a profité à celle-ci ». On peut s'interroger sur la

n° 646, N1670BWR) considère effectivement que les actes visés par l'article 1149 sont ceux qui échappent normalement à la nullité par application de l'article 1148. Cependant, un commentateur isolé (N. Peterka « La lésion dans les contrats passés par les mineurs et les majeurs protégés », *AJ Contrat* 2018, p. 107) a soutenu que le domaine de l'article 1149 serait limité aux actes d'administration courants et peu dangereux.

<sup>1</sup> Cf. *infra* : section 3 « Le contenu du contrat », sous-section 3 « L'équilibre du contenu contractuel ».

<sup>2</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 364.

cohérence entre ce texte et les articles 1147, 1148 et 1149<sup>1</sup>. Dès lors, en effet, que l'acte accompli par l'incapable n'entre pas dans le champ d'application de l'article 1148, il encourt la nullité par application de l'article 1147, sans que son caractère lésionnaire ait à être examiné sur le fondement de l'article 1149. On comprend donc assez mal qu'il faille vérifier *a posteriori* si cet acte n'est pas lésionnaire ! L'article 1151 aboutit ainsi à transformer illogiquement une nullité pour incapacité en une nullité pour lésion. En outre, la complexité d'un tel système représente assurément une brillante réussite au regard de l'obstacle de simplification du droit, que les rédacteurs de l'ordonnance s'étaient assigné<sup>2</sup>...

L'action en nullité échouera également, il est vrai, si le contractant capable démontre que l'acte accompli par l'incapable lui a profité<sup>3</sup>, alors même qu'il apparaissait initialement inutile pour lui ou lésionnaire.

- Ensuite, le contractant capable peut opposer la confirmation de l'acte par l'incapable. Mais, contrairement à l'obstacle précédent, cet obstacle à l'action en nullité pour incapacité d'exercice n'a rien d'original. Il n'est que l'application à la nullité d'un contrat pour incapacité d'exercice du principe général selon lequel la nullité relative est susceptible d'une confirmation, émanant de la personne protégée par la loi (article 1181 du Code civil)<sup>4</sup>.

#### β) Report du point de départ de la prescription de l'action en nullité du contrat

La prescription de l'action en nullité du contrat pour incapacité d'exercice est la prescription quinquennale de droit commun résultant de l'article 2224 du Code civil, dont on rappellera les termes :

« Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. »

L'action en nullité, que celle-ci soit du reste absolue ou relative, est en effet bien une action personnelle. Elle relève donc de ce texte.

Cependant, l'article 1152 recule expressément le point de départ de l'action en nullité d'un acte juridique pour incapacité d'exercice :

« La prescription de l'action court :  
1° A l'égard des actes faits par un mineur, du jour de la majorité ou de l'émancipation ;  
2° A l'égard des actes faits par un majeur protégé, du jour où il en a eu connaissance alors qu'il était en situation de les refaire valablement ;  
3° A l'égard des héritiers de la personne en tutelle ou en curatelle ou de la personne faisant l'objet d'une habilitation familiale, du jour du décès si elle n'a commencé à courir auparavant. »

Ces dispositions se comprennent d'elles-mêmes. A dire vrai, il existe un principe général de report du point de départ de la prescription extinctive au bénéfice de certains incapables, énoncé à l'article 2235 du Code civil. Ce texte énonce en effet que la prescription :

« ne court pas ou est suspendue contre les mineurs non émancipés et les majeurs en tutelle ».

Cependant, l'article 1152 a toutefois un domaine d'application plus large que l'article 2235 et fixe parallèlement des règles plus précises. D'une part, en effet, tandis que l'article 2235 ne vise que les mineurs non émancipés et les majeurs en tutelle, l'article 1152 vise aussi les majeurs en curatelle ou placés sous la sauvegarde de la justice. D'autre part, l'article 1152, 2°, précise le point

<sup>1</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 367.

<sup>2</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 152.

<sup>3</sup> Cette dernière réserve à l'annulation du contrat a été reprise de l'ancien article 1312 du Code civil.

<sup>4</sup> *Cf. supra* : section préliminaire « Aperçu des sanctions attachées à la validité du contrat », § 1 « La nullité du contrat », B. « Différents types de nullités d'un acte juridique », 2. « Régimes juridiques respectifs de la nullité absolue et de la nullité relative », b. « Mise en œuvre de la nullité ».



de départ de la prescription de l'action en nullité du contrat pour le mineur et surtout pour le majeur protégé.

γ) Limite à l'étendue de la restitution consécutive à l'annulation du contrat

En principe, un contrat annulé étant censé n'avoir jamais existé (article 1178, alinéa 2, du Code civil), chacun des contractants devrait restituer à l'autre l'intégralité des prestations qu'il en a reçues. Mais l'article 1352-4 du Code civil tempère ce principe, lorsque le contrat est annulé pour incapacité d'exercice :

« Les restitutions dues par un mineur non émancipé ou par un majeur protégé sont réduites à hauteur du profit qu'il a retiré de l'acte annulé. »

Il s'agit d'une règle de protection de l'incapable, qui ne sera ainsi tenu à restituer qu'à mesure de son enrichissement<sup>1</sup>, de ce qu'il n'aura pas consommé<sup>2</sup>. De fait, sans cette règle, la protection de l'incapable dans la conclusion d'actes juridiques serait en partie illusoire<sup>3</sup>. Souvent, en effet, lorsqu'il passe irrégulièrement un acte pour se procurer de l'argent, c'est pour dépenser celui-ci. S'il était forcé à le restituer en conséquence de l'annulation du contrat, il renoncerait à s'en prévaloir

## § 2 Le pouvoir de contracter pour autrui<sup>4</sup>

Le contrat est conclu non par l'intéressé lui-même, mais par son représentant. Or le contrat engage valablement les parties présentes ou représentées. Il y a donc remplacement d'une personne par une autre pour la conclusion d'un contrat dont les effets se produiront en la personne du représenté.

Le défaut de pouvoir du représentant, son dépassement de ses pouvoirs ou son détournement de ses pouvoirs n'entraîne pas toujours, loin s'en faut, la nullité du contrat. L'essentiel du droit de la représentation est donc étranger à la validité du contrat. Néanmoins, pour des raisons de commodité, les rédacteurs de l'ordonnance de 2016 ont traité de la représentation à l'intérieur d'une section consacrée à cette validité. On les suivra donc, en traitant assez brièvement des conditions de la représentation, puis de ses effets.

### A. Conditions de la représentation

Elles sont au nombre de deux : le pouvoir de représenter et l'intention de représenter.

#### 1. Pouvoir de représenter

Ce pouvoir peut avoir trois sources, la loi, une décision judiciaire, un contrat, comme le suggère l'article 1153 du Code civil.

##### a. Représentation légale

C'est le cas, par exemple, de la représentation par l'administrateur légal ou le tuteur.

<sup>1</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 1818.

<sup>2</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 1070.

<sup>3</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 1818.

<sup>4</sup> G. Wicker « Le nouveau droit de la représentation », *D.* 2016, 1942 ; Ph. Didier « La représentation dans le nouveau droit des obligations », *JCP* 2016, 580.

b. Représentation judiciaire

Ainsi en est-il, par exemple, du conjoint habilité par la justice à représenter son conjoint hors d'état de manifester sa volonté (article 219, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil).

c. Représentation conventionnelle

Elle résulte du contrat de mandat (article 1984 et suiv. du Code civil). Ici l'étendue du mandat sera dosée par le mandant, alors que, dans la représentation légale ou judiciaire, le représenté n'intervient pas.

2. Intention de représenter

L'intention de représenter consiste dans l'intention d'agir pour le compte d'autrui, dans la « *contemplatio domini* ». A cet égard, deux possibilités existent.

a. Représentation parfaite ou déclarée

Le représentant agit pour le compte et au nom du représenté, le cocontractant étant prévenu.

b. Représentation imparfaite ou occultée

Le représentant agit pour le compte du représenté, mais en son nom personnel, le cocontractant étant tenu dans l'ignorance de la véritable situation. C'est le cas dans le contrat de commission en droit commercial (article L. 132-1 du Code de commerce).

B. Effets de la représentation

Ils varient selon que la représentation est parfaite ou imparfaite.

1. Représentation parfaite

Il échet de distinguer selon que le représentant a agi dans la limite de ses pouvoirs, les a dépassés ou les a détournés. Ces distinctions résultent des articles 1154, alinéa 1<sup>er</sup>, 1156 et 1158 du Code civil.

a. Le représentant a agi dans la limite de ses pouvoirs

Selon l'article 1154, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, reprenant la solution antérieurement admise en jurisprudence :

« Lorsque le représentant agit dans la limite de ses pouvoirs au nom et pour le compte du représenté, celui-ci est seul tenu de l'engagement ainsi contracté. »

Les effets du contrat se produisent donc en la personne du représenté, immédiatement et directement.

L'article 1155 du Code civil précise l'étendue des pouvoirs du représentant. Il énonce des règles sensiblement différentes de celles des articles 1987 et 1988 du Code civil relatifs au contrat de mandat. Il distingue en effet selon que les pouvoirs du représentant sont déterminés en termes généraux ou spécialement déterminés :

« Lorsque le pouvoir du représentant est défini en termes généraux, il ne couvre que les actes conservatoires et d'administration.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Lorsque le pouvoir est spécialement déterminé, le représentant ne peut accomplir que les actes pour lesquels il est habilité et ceux qui en sont l'accessoire. »

α) Pouvoir défini en termes généraux

D'après l'article 1155, alinéa 1<sup>er</sup>, lorsque le pouvoir du représentant est « défini en termes généraux », il ne couvre que les seuls les actes conservatoires et d'administration, par opposition aux actes de disposition, les plus graves.

- Les actes juridiques conservatoires tendent à éviter la perte d'un bien. Ils sont nécessaires et urgents, d'où leur inclusion indispensable dans un pouvoir conçu en termes généraux.

Ex. contrat d'entreprise avec un couvreur pour réparer une toiture qui fuit.

- Les actes juridiques d'administration correspondent à des opérations de gestion normale. Ce sont des actes ordinaires d'exploitation d'un bien. Aussi conçoit-on qu'ils soient englobés dans le pouvoir général de représentation.

Ex. bail civil, contrat d'entretien d'une chaudière.

- Les actes juridique de disposition sont des opérations graves qui entament ou engagent un patrimoine. Il faut donc un pouvoir spécial, pour que le représentant puisse les accomplir au nom du représenté.

Ex. vente d'un bien immobilier.

β) Pouvoir spécialement déterminé

Si le pouvoir du représentant est « spécialement déterminé », dispose l'article 1155, alinéa 2, « le représentant ne peut accomplir que les actes pour lesquels il est habilité et ceux qui en sont l'accessoire. » L'habilitation du représentant à accomplir les actes qui sont l'accessoire de ceux qu'il a reçu pouvoir d'accomplir ne manquera pas d'entraîner des contentieux. En effet, la notion d'accessoire est trop nébuleuse pour permettre une détermination précise des pouvoirs du représentant spécialement habilité<sup>1</sup>.

b. Le représentant a dépassé ses pouvoirs

La sanction du dépassement de pouvoirs est, en principe, l'inopposabilité de l'acte au représenté, sauf dans certaines hypothèses où le Code civil le frappe de nullité. L'inopposabilité signifie que l'acte est régulièrement conclu, mais qu'il n'engage pas le représenté, au contraire de la nullité, en vertu de laquelle l'acte est censé n'avoir jamais existé.

La jurisprudence antérieure était hésitante. En effet, elle se prononçait généralement pour la nullité du contrat<sup>2</sup> et dommages-intérêts dus par le représentant, sauf application de la théorie de l'apparence. Mais certains arrêts avaient opté pour la simple inopposabilité au représenté, comme sanction du dépassement de pouvoirs<sup>3</sup>. En tout cas, elle ne combinait pas les deux sanctions, comme l'actuel article 1156 du Code civil le fait en leur assignant un champ d'application distinct.

Aux termes de ce texte, en effet :

« L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté.

<sup>1</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 384.

<sup>2</sup> Civ. 3, 15 avril 1980, n° 78-15836, *B. III*, n° 73 ; Com. 28 mars 2006, n° 04-19179.

<sup>3</sup> Com. 11 mars 2014, n° 12-22877.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut en invoquer la nullité.  
L'inopposabilité comme la nullité de l'acte ne peuvent plus être invoquées dès lors que le représenté l'a ratifié. »

α) Principe : inopposabilité de l'acte

L'article 1156, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil sanctionne le dépassement de pouvoir par l'inopposabilité du contrat conclu au représenté, sous réserve de l'application de la théorie de l'apparence ou d'une ratification éventuelle (article 1156, alinéa 3). En d'autres termes, le représenté n'étant, en principe, pas obligé par cet acte, le cocontractant en est réduit à engager la responsabilité du représentant<sup>1</sup>. Toutefois, l'apparence constitue une limite au devoir du cocontractant de vérifier les pouvoirs du représentant : si le cocontractant a légitimement cru dans les pouvoirs du représentant, le représenté sera alors engagé.

β) Exception : nullité de l'acte

Toujours sous réserve d'une ratification émanant du représenté (article 1156, alinéa 3), le tiers contractant de bonne foi peut invoquer la nullité de l'acte (article 1156, alinéa 2), quand bien même son ignorance du dépassement de pouvoir ne serait pas légitime au point qu'il puisse se prévaloir de la théorie de l'apparence.

Pour faire cesser sans attendre l'insécurité tenant à l'incertitude affectant l'étendue des pouvoirs du représenté, l'article 1158 du Code civil ouvre au tiers, qui s'apprête à conclure un acte avec le représentant conventionnel, une action interrogatoire, préventive. En effet, selon ce texte, le tiers peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte.

c. Le représentant a détourné ses pouvoirs

Le détournement de pouvoirs correspond à une hypothèse différente de celle du dépassement de pouvoirs. En effet, l'auteur du détournement agit dans les limites de l'étendue de ses pouvoirs, mais à des fins autres que celles pour lesquelles il a été investi de ces pouvoirs. Concrètement, au lieu d'agir dans l'intérêt du représenté, le représentant agit dans l'intérêt de lui-même ou d'un tiers.

Les conséquences du détournement de pouvoirs diffèrent selon que le tiers l'ignorait légitimement ou non, d'après l'article 1157 du Code civil :

« Lorsque le représentant détourne ses pouvoirs au détriment du représenté, ce dernier peut invoquer la nullité de l'acte accompli si le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer. »

Ainsi donc :

- le représenté peut invoquer la nullité de l'acte lorsqu'il est victime d'un détournement de pouvoirs de la part du représentant et que le tiers avait connaissance de ce détournement ou ne pouvait l'ignorer (article 1157 du Code civil).
- *A contrario*, si le tiers ignorait légitimement le détournement de pouvoirs, l'acte est pleinement valable et engage le représenté, sauf le recours de ce dernier contre son représentant indélicat.

## 2. Représentation imparfaite

On distinguera les rapports entre le représentant et le contractant, d'une part, et ceux entre le représentant et le représenté, d'autre part.

<sup>1</sup> Sur les difficultés d'interprétation de ce texte, cf. Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 382.

a. Rapports entre le représentant et le cocontractant

Le représentant est considéré comme le cocontractant, créancier ou débiteur selon les cas. Comme l'énonce l'article 1154, alinéa 2, du Code civil :

« Lorsque le représentant déclare agir pour le compte d'autrui mais contracte en son propre nom, il est seul engagé à l'égard du cocontractant. »

b. Rapports entre le représentant et le représenté

Il est convenu que le premier transmettra au second les droits et obligations résultant du contrat. Ainsi le représenté se substitue-t-il au représentant dans les droits et obligations nés du contrat et devient-il partie au contrat, aux lieu et place du représentant.

Conclusion : le mécanisme de la représentation permet de passer un contrat avec soi-même. Celui-ci correspond à deux hypothèses possibles :

- Le même représentant représente deux personnes différentes qui contractent entre elles.
- Une personne agit, d'une part, pour son propre compte et, de l'autre, pour le compte de son mandant.

On avait douté de la validité de l'opération, au motif que le contrat est un accord de volontés. Sans doute, de prime abord, cette accord de volonté pourrait-il, en l'occurrence, paraître faire défaut. Mais, à y regarder de plus près, une même personne peut agir en plusieurs qualités et, partant, exprimer seule plusieurs volontés. Le contrat avec soi-même était donc généralement regardé comme, en principe, valable. Il ne devenait prohibé, enseignait-on, que lorsqu'il existe un conflit d'intérêts entre le représentant et le représenté. Par exemple, l'article 1596 du Code civil interdit au mandataire de se rendre adjudicataire des biens qu'il est chargé de vendre.

Cependant, afin d'éviter des conflits d'intérêts, l'article 1161 du Code civil frappe désormais de nullité relative, sauf exception légale (alinéa 2), le contrat avec soi-même en ces termes<sup>1</sup>.

« En matière de représentation des personnes physiques, un représentant ne peut agir pour le compte de plusieurs parties au contrat en opposition d'intérêts ni contracter pour son propre compte avec le représenté. En ces cas, l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié. »

La nullité est donc encourue à deux conditions :

- le ou les représentés sont des personnes physiques ;
- il doit y avoir opposition d'intérêts, dans l'hypothèse du moins où le représentant agit pour le compte de plusieurs parties au contrat.

Les deux hypothèses visées à l'alinéa 1<sup>er</sup> du texte sont bien celles, précisément, où la représentation est susceptible d'entraîner la conclusion d'un contrat avec soi-même. Le cantonnement du texte à la représentation des personnes physiques<sup>2</sup> s'explique par la crainte du législateur, que la règle posée n'entre en conflit avec des règles issues du droit des sociétés.

### Section 3 : Le contenu du contrat

<sup>1</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 398 ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 320 et s.

<sup>2</sup> Adjonction de la loi de ratification du 20 avril 2018, applicable à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2018 seulement.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Le principe de l'autonomie de la volonté devrait permettre aux cocontractants de faire ce qu'ils veulent, dès l'instant que leur consentement est sain et éclairé. Cette liberté connaît néanmoins des limites, que les articles 1102, alinéa 2, et 1128 du Code civil signalent.

Aux termes de l'article 1102, alinéa 2, on s'en souvient :

« La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public. »

Et selon l'article 1128, on s'en souvient également.

« Sont nécessaires à la validité d'un contrat »

- 1° le consentement des parties (déjà vu)
- 2° leur capacité de contracter (déjà vu)
- 3° un contenu licite et certain »

Cette troisième et dernière condition concerne donc le contenu du contrat. A dire vrai, l'ancien article 1108 du Code civil énumérait deux conditions de validité relatives au contenu du contrat, un « objet certain » et une « cause licite ». L'article 1128, qui le remplace, regroupe ces deux conditions sous l'exigence globale d'« un contenu licite et certain »<sup>1</sup>, dont traite la sous-section 3 de la section 2 consacrée à la validité du contrat, intitulée « Le contenu du contrat » (articles 1162 et suiv. du Code civil). Cette division énonce des règles qui étaient, jusque-là, induites des notions d'objet et de cause<sup>2</sup>.

Ce regroupement s'explique par la volonté des rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 de bannir la notion de cause du nouveau titre III du livre III du Code civil. Mais ils n'ont pas entendu, pour autant, modifier les solutions du droit positif actuel, qu'ils ont pensé pouvoir atteindre en recourant à une terminologie différente. En revanche, ils n'ont pas complètement répudié la notion d'objet, qu'ils emploient dans l'article 1163, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil.

La terminologie du Code civil de 1804 était imprécise, car ses rédacteurs avaient employé tour à tour les expressions « objet du contrat » ou « objet de la convention » (anciens articles 1126 à 1128) et « objet de l'obligation » (anciens articles 1129 et 1130) pour désigner la même réalité : la prestation qu'un contractant s'engage à fournir à l'autre<sup>3</sup>.

- Objet du contrat

L'expression d'objet du contrat est critiquable, car le contrat n'a pas d'objet, mais des effets, qui sont la création d'une ou plusieurs obligations. Elle s'entendait, pour une partie de la doctrine<sup>4</sup>, dans le sens global d'opération juridique envisagée par les parties, différent donc du sens que le Code civil lui attribuait. Ainsi entendu, ce concept avait surtout pour intérêt de traduire l'exigence, pour un contrat, d'être conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs (article 6 du Code civil)<sup>5</sup>. En effet, l'objet de l'obligation peut être licite, tandis que celui du contrat, l'opération juridique, ne l'est pas, comme on le verra<sup>6</sup>.

Pour les auteurs défendant l'intérêt de la notion d'objet du contrat, la licéité de l'opération contractuelle était donc bien une condition supplémentaire à la validité du contrat, venant s'ajouter à la licéité de l'objet de l'obligation. Mais, pour d'autres auteurs, l'objet du contrat entendu de la sorte était une notion inutile, parce qu'elle correspondait au but poursuivi par les parties, faisant ainsi double emploi avec cette notion, naguère appelée cause du contrat<sup>7</sup>. La Cour de cassation n'en avait pas moins fini par consacrer explicitement la distinction de l'objet de l'obligation et de l'objet du contrat<sup>8</sup>.

- Objet de l'obligation, ou des obligations, suivant que le contrat en comporte une seule (unilatéral) ou plusieurs (synallagmatique). C'est donc ce qui est dû au créancier par le débiteur, la prestation. Aux termes de l'ancien article 1126 du Code civil :

« Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire. »

<sup>1</sup> Ph. Malinvaud « Le 'contenu certain' du contrat dans l'avant-projet 'chancellerie' de code des obligations ou le 'stoemp' bruxellois aux légumes », *D.* 2008, *Point de vue* 2551.

<sup>2</sup> Bénabent, *Droit des obligations*, n° 160.

<sup>3</sup> Com. 24 mai 2016, n° 14-25921 et n° 14-28111, *B. IV*, n° 77.

<sup>4</sup> Mazeaud et Chabas, *Obligations*, 9<sup>e</sup> éd., 1998, n° 231 et 244 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 343 et 355.

<sup>5</sup> E. Sabathié, *La chose en droit civil*, thèse Paris 2, 2004.

<sup>6</sup> Cf. *infra* : sous-section 2 « La licéité du contenu du contrat ».

<sup>7</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *Droit des obligations*, n° 268 ; *contra* : A.-S. Lucas-Puget, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. M. Fabre-Magnan, Paris : LGDJ, 2005.

<sup>8</sup> Com. 24 mai 2016, n° 14-25921 et 14-28111, préc.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Le terme « chose » employé par ce texte, ne devait pas être compris au sens usuel. En l'occurrence, il désignait soit une chose matérielle, corporelle, soit une chose incorporelle :

- dans l'obligation de donner – *dare* – l'objet de l'obligation se confond avec la chose dont l'obligation a pour objet de transférer la propriété, chose tantôt matérielle, tantôt incorporelle, à savoir un droit ;
- dans l'obligation de faire ou de ne pas faire, l'objet de l'obligation est toujours une chose incorporelle, une activité – *facere* – ou une abstention – *non facere*.

Évitant la terminologie fluctuante du Code civil de 1804, l'actuel article 1163 du Code civil parle uniquement de l'objet de l'obligation, qu'il définit par la prestation due par une partie à l'autre, à l'exclusion de l'objet du contrat. L'article 1162 du Code civil remplace, quant à lui, les notions d'objet du contrat et de cause du contrat, par celles de stipulations et de but du contrat. Ainsi les nouveaux textes ne se réfèrent-ils pas à la notion controversée d'objet du contrat. Le seul objet dont l'article 1163 du Code civil traite, est en effet l'objet de l'obligation, notion correspondant à celle que les rédacteurs du Code civil de 1804 envisageaient dans les anciens articles 1126 et suivants du Code civil.

L'article 1128 exigeant du contenu du contrat qu'il soit licite et certain, on reprendra ces deux conditions légales, en les traitant toutefois dans l'ordre inverse de leur énumération légale. En effet, comme l'avaient du reste considéré les rédacteurs du Code civil de 1804, la possibilité et la détermination de ce dont les parties sont convenues, doit logiquement précéder l'examen des limites que ce contenu peut rencontrer à cause de l'ordre public : « le contrat est d'abord un instrument au service des intérêts privés »<sup>1</sup>. Cependant, la lecture des articles 1162 et suivants du Code civil révèle que le contenu du contrat doit aussi, du moins jusqu'à un certain point, être équilibré. D'où les trois sous-sections suivantes :

- sous-section 1 : Possibilité et déterminabilité de l'objet de l'obligation
- sous-section 2 : Licéité du contrat
- sous-section 3 : Équilibre du contrat

## Sous-section 1 : Possibilité et déterminabilité de la prestation

L'article 1128 du Code civil exige que le contrat ait un contenu certain, pour être valable. Aucun des articles 1162 et suivants, insérés dans la section consacrée au contenu du contrat, ne reprend à la lettre l'expression. Cependant l'article 1163 du Code civil indique implicitement les exigences auxquelles le contenu du contrat doit satisfaire, pour être certain :

« L'obligation a pour objet une prestation présente ou future.  
Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable.  
La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire. »

Ces exigences se rapportent à l'objet de l'obligation, c'est-à-dire ce que le débiteur doit au créancier. L'objet de l'obligation répond, en effet, à la question *quid debetur ?* (qu'est-il dû ?). A cet égard, l'article 1163, alinéa 1<sup>er</sup>, énonce que cet objet de l'obligation consiste en une prestation. Cette dernière peut porter sur une chose, corporelle ou incorporelle (un droit). Mais elle peut être aussi sans lien avec une chose matérielle quelconque et consister uniquement en une action (obligation de faire) ou abstention (obligation de ne pas faire).

Ex. de prestation portant sur une chose corporelle : dans un contrat de bail, une maison qu'on loue, une somme d'argent à payer. L'obligation du bailleur de conférer la jouissance de la chose au preneur, l'obligation de l'acquéreur de payer le prix portent toutes deux sur une chose corporelle.

Ex. de chose incorporelle : contrat de cession de droits d'auteurs, ainsi le contrat d'édition (articles L. 131-1 et suiv. du Code de la propriété intellectuelle).

<sup>1</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 343.

Ex. de prestation immatérielle : soigner un patient dans le contrat médical, défendre les intérêts de son client dans le contrat passé entre un avocat et son client, repeindre une pièce, ne pas faire concurrence, etc...

Selon l'article 1163, alinéa 2, la prestation doit, dans tous les cas, être possible et déterminée ou déterminable. On reprendra successivement ces deux conditions.

## § 1 Possibilité de la prestation

En pratique, la question de la possibilité de la prestation se pose *a posteriori*, lors de l'exécution du contrat, et en termes de responsabilité. Pour échapper à cette responsabilité, le débiteur invoque en effet l'impossibilité de l'objet de son obligation :

- si l'impossibilité existait dès la conclusion du contrat, la nullité de celui-ci est encourue<sup>1</sup> ;
- si l'impossibilité est survenue postérieurement à la conclusion, elle constitue un cas de force majeure exonérant le débiteur de toute responsabilité contractuelle en application de l'article 1231-1 du Code civil<sup>2</sup> et entraînant la libération des parties de leurs obligations en application de l'article 1218 du Code civil.

Seule nous intéresse ici l'impossibilité existant lors de la conclusion, la possibilité de l'objet étant une condition de validité du contrat. Mais il faut, à dire vrai, distinguer entre l'impossibilité absolue et l'impossibilité relative de la prestation<sup>3</sup> :

- L'impossibilité absolue, c'est-à-dire *in abstracto*, pour tout le monde, entraîne la nullité du contrat.
- L'impossibilité relative, c'est-à-dire *in concreto*, seulement pour le débiteur, ne porte pas atteinte à la validité du contrat. Le débiteur engage alors sa responsabilité contractuelle et devra des dommages-intérêts à son créancier pour inexécution d'un contrat qu'un autre aurait pu remplir.

Ex. L'obligation de toucher le ciel du doigt est frappée d'impossibilité absolue, tandis que celle de toucher son gros orteil du doigt ne peut être impossible que de manière relative, subjectivement, pour le débiteur<sup>4</sup>. Nul dans le premier cas, le contrat sera valable dans le second.

On examinera successivement la possibilité d'une prestation immatérielle et celle de la chose, sur laquelle une prestation porte.

### A. Possibilité d'une prestation immatérielle

L'article 1163, alinéa 1<sup>er</sup>, dispose que « L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. » Mais cette prestation serait-elle future, n'en doit pas moins être possible, selon l'article 1163, alinéa 2.

L'impossibilité absolue est difficilement concevable, car sauf insanité d'esprit, nul ne promettra l'impossible.

Ex. agence de voyage proposant à sa clientèle un voyage au centre de la terre<sup>5</sup> ou sur la planète Neptune.

On peut néanmoins citer l'exemple où l'engagement pris se heurte à une interdiction légale ignorée du débiteur.

Ex. engagement de construire dans une zone inconstructible.

<sup>1</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 276.

<sup>2</sup> *Ibid.* Cf. *infra* : L'inexécution du contrat.

<sup>3</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>4</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 412.

<sup>5</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 365.



Le plus souvent l'impossibilité n'est donc que relative : le débiteur s'est engagé à accomplir un acte qui dépasse ses capacités personnelles, mais qui aurait été possible à un tiers<sup>1</sup>.

Ex. restauration d'un tableau, donner un récital, petite entreprise s'engageant à effectuer des travaux, par exemple de couverture, à brève échéance, sans disposer de la main d'œuvre et des matériaux nécessaires<sup>2</sup>, etc...

En pareil cas, le contrat est parfaitement valable et le débiteur verra sa responsabilité engagée pour inexécution du contrat.

## B. Possibilité d'une prestation portant sur une chose

On exposera le principe, puis ses difficultés d'application.

### 1. Principe

Lorsque l'obligation a pour objet une prestation relative à une chose, la possibilité de la prestation conditionne de toute évidence la validité de l'engagement. Si la chose n'existe pas ou, plus généralement, si, quand bien même la chose existerait, la prestation relative à cette chose est impossible, le contrat est donc nul faute pour l'objet de l'obligation d'être possible<sup>3</sup>.

Ex. cession d'un brevet d'invention périmé.

Ex. vente d'une chose frappée d'une interdiction à l'importation.

Ex. vente d'une chose dont le propriétaire ignore qu'elle vient de disparaître dans un vol ou un incendie. L'article 1601, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, prévoit qu'en ce cas, la vente est nulle :

« Si au moment de la vente la chose vendue était périe en totalité, la vente serait nulle. »

A cet égard, une jurisprudence libérale tend à assimiler à la chose ayant périé la chose inutilisable, lui faisant notamment perdre toute valeur marchande<sup>4</sup>. Toutefois, lorsque la perte de la chose n'est que partielle, par exemple un immeuble en partie détruit, l'article 1601, alinéa 2, ouvre à l'acquéreur une option entre la nullité de la vente et l'acquisition de la partie de la chose conservée, moyennant une réduction proportionnelle du prix – « en faisant déterminer le prix par ventilation »<sup>5</sup>.

### 2. Difficultés d'application

Elles concernent deux catégories de choses, la chose d'autrui et la chose future.

#### a. Prestation relative à la chose d'autrui

Le principe de validité du contrat rencontre au moins une exception, relative à la vente.

##### α) Principe de validité du contrat sur la chose d'autrui

<sup>1</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>2</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 365.

<sup>3</sup> Com. 26 mai 2009, n° 08-12691, *B. IV*, n° 71 ; *D.* 2009, *Chr. C. cass.*, 2580, obs. R. Salomon ; *ibid.*, 2010, *Pan.* 287, obs. E. Lamazerolles ; *RDC* 2009, 1341, obs. Y.-M. Laithier ; *RLDC* 2009/63, n° 3522, obs. Maugeri : nullité, pour défaut d'objet de l'obligation, d'une cession de titres d'une société ayant disparu par l'effet d'une opération de fusion par absorption.

<sup>4</sup> Req. 5 février 1906, *D.P.* 1907, 1, 468 ; *S.* 1906, 1, 280 : betteraves sucrières pourries par le gel ; Req. 23 juin 1921, *Gaz. Pal.* 1921, 2, 380 : vin mouillé.

<sup>5</sup> Req. 23 juin 1921, préc. : acquéreur optant pour la nullité au lieu de la réduction de prix que le vendeur proposait.

Normalement, l'obligation peut porter sur la chose d'autrui. En effet, seule l'impossibilité absolue de l'objet de l'obligation, envisagée *in abstracto*, entraîne la nullité du contrat<sup>1</sup>. Or ici l'impossibilité n'est que relative, par rapport au débiteur, dans la mesure où, à la différence de celui-ci, le propriétaire de la chose pourrait exécuter le contrat<sup>2</sup>. Son objet n'étant pas impossible dans l'absolu, l'obligation est donc valable et le débiteur engage sa responsabilité contractuelle en cas d'inexécution. Il ne saurait se soustraire à cette exécution, en invoquant la nullité du contrat pour impossibilité de l'objet de son obligation<sup>3</sup>.

Ainsi, par exemple, bien qu'il soit inopposable au propriétaire du bien, le bail de la chose d'autrui reste valable entre les parties et y produit tous ses effets tant que le preneur a la jouissance paisible des lieux<sup>4</sup>. Semblablement, est valable le prêt de consommation de titres cotés en Bourse n'appartenant pas au prêteur, car le prêt, qui avait un caractère consensuel pour être intervenu entre deux professionnels, n'obligeait le prêteur qu'à mettre les titres à la disposition de l'emprunteur, et non à lui en transférer la propriété, ce qui constituait l'objet du contrat et non l'objet de l'obligation du prêteur<sup>5</sup>.

### β) Nullité exceptionnelle de la vente de la chose d'autrui

Aux termes de l'article 1599 du Code civil :

« La vente de la chose d'autrui est nulle ; elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui. »

Cette nullité se justifie par le principe du transfert de propriété *solo contractu*, énoncé par l'article 1196, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil pour les contrats translatifs de propriété en général et par l'article 1583 du Code civil pour la vente en particulier.

Aux termes, en effet, du premier de ces textes :

« Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété (...), le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat. »

Et, selon le second, la vente :

« est parfaite entre les parties et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, encore que la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. »

Ainsi, faute de transfert de propriété, la vente ne peut-elle se conclure si le vendeur n'est pas propriétaire de la chose vendue au moment de l'échange des consentements<sup>6</sup>. Or l'obligation de délivrance de la chose vendue, incombant au vendeur, est le corollaire du transfert de propriété de cette chose à l'acquéreur. La délivrance de la chose se heurte donc à une impossibilité juridique absolue, dès lors que l'acquéreur n'a pu en devenir propriétaire par l'effet du contrat.

### b. Prestation relative à une chose future

Là encore, le principe de validité du contrat rencontre des exceptions.

<sup>1</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *Droit des obligations*, n° 278 ; A.-V. Le Fur « L'acte d'exploitation de la chose d'autrui », *RTD civ.* 2004, 429 et suiv.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Civ. 3, 13 février 1985, n° 82-14220, *B. III*, n° 33 ; Civ. 3, 7 octobre 1998, n° 96-20409, *B. III*, n° 187 ; Civ. 3, 22 novembre 2011, n° 10-24919 ; P. Zajac « Le bail accidentel de la chose d'autrui », *JCP N* 1993, 641 et suiv. ; A.-V. Le Fur « L'acte d'exploitation de la chose d'autrui », *RTD civ.* 2004, 449 et suiv.

<sup>5</sup> Com. 24 mai 2016, n° 14-25921 et 14-28111, *B. IV*, n° 77, préc.

<sup>6</sup> F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 10ème éd., Dalloz, 2015, n° 127.

α) Principe de validité du contrat sur une chose future

L'article 1163, alinéa 1<sup>er</sup>, admettant que la prestation soit future, il n'est pas nécessaire que la marchandise vendue et destinée à être délivrée existe actuellement. Néanmoins elle doit pouvoir exister, car, sans cela, l'obligation de la délivrer à l'avenir aurait un objet impossible.

Ex. vente d'un navire à construire, vente d'un immeuble à construire, cession de droits sur un film à réaliser, etc... Le contrat est valable.

Ex. contrat de louage d'ouvrage portant sur la fabrication et la fourniture d'une machine à remonter le temps, le contrat est nul<sup>1</sup>.

β) Nullité exceptionnelle de certains contrats sur une chose future

Certains contrats portant sur une chose future sont légalement prohibés, pour des motifs divers :

- Le pacte sur succession future (article 722 du Code civil), qu'il s'agisse de sa propre succession ou celle d'autrui, sauf dans les conditions prévues par la loi.

Dans le premier cas, le motif de la prohibition est l'irrévocabilité du pacte sur succession future : cette irrévocabilité porte atteinte au principe selon lequel tout testament est, par essence, révocable. Dans le second cas, le motif de l'interdiction est l'immoralité du pacte sur succession future : le législateur a redouté le *votum mortis*, l'aspiration au décès de la personne de la succession dont il s'agit.

La prohibition des pactes sur succession future est en recul, en raison des dérogations que le législateur contemporain lui a apportées. Mais le principe de l'interdiction subsiste<sup>2</sup>.

- La cession globale des œuvres littéraires et artistiques futures (article L. 131-1 du Code de la propriété intellectuelle). Le motif de sa prohibition est la protection de l'auteur de l'œuvre contre un engagement inconsidéré.

## § 2 Déterminabilité de la prestation

L'article 1163, alinéa 2, du Code civil, dispose que la prestation doit « déterminée ou déterminable. » En l'état des textes actuels, l'exigence d'une détermination, ou à tout le moins, d'une déterminabilité de l'objet de l'obligation est requise sans distinction, que la prestation consiste, ou non, dans le paiement d'une somme d'argent<sup>3</sup>, ce qui n'était pas le cas antérieurement, selon la jurisprudence.

- La prestation est déterminée, lorsqu'elle est désignée avec précision dans le contrat, par exemple vente de tel immeuble, cession de telle créance, telle obligation de ne pas faire concurrence, obligation de défendre les intérêts de son client dans telle procédure judiciaire.
- Quant à la prestation déterminable, qui suffit à conférer un caractère certain au contenu du contrat, pourvu qu'elle soit également possible, l'article 1163, alinéa 3, en donne la définition :

« La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire. »

<sup>1</sup> Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 329.

<sup>2</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 411.

<sup>3</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 410.

Ainsi une prestation est-elle déterminable lorsqu'elle peut être déduite de critères objectifs, indépendants de la volonté des parties, arrêtés dès la conclusion du contrat. La prestation n'est pas encore déterminée, mais ces critères en permettront la détermination au moment de l'exécution du contrat ou par l'exécution de celui-ci.

Ex. « poisson du jour » sur le menu d'un restaurant<sup>1</sup>.

Bien qu'en principe, la détermination ou, à tout le moins, la déterminabilité de la prestation soit requise dans tous les cas, cette exigence rencontre des exceptions à propos du paiement d'une somme d'argent. On traitera donc successivement des prestations autres que le paiement d'une somme d'argent et de celle consistant dans le paiement d'une telle somme.

## A. Prestation autre que monétaire

On envisagera successivement la déterminabilité de la prestation immatérielle, puis celle de la prestation portant sur une chose.

### 1. Déterminabilité d'une prestation immatérielle

C'est l'évidence même, il faut savoir à quoi on s'oblige pour qu'on puisse parler de contrat, et la prestation doit être définie de manière suffisamment précise pour que la convention ne soit pas affectée d'une ambiguïté fondamentale.

Ex. s'engager à « faire un geste » vicie le contrat pour indétermination de l'objet<sup>2</sup>.

En revanche, la détermination sera suffisante même si la durée de la prestation n'est pas précisée, par exemple dans un contrat de travail à durée indéterminée.

La qualité de la prestation peut, quant à elle, ne pas être déterminée. En cas de litige, le juge se référera à la règle supplétive de volonté de l'article 1166 du Code civil, selon laquelle la prestation doit être d'une qualité conforme aux attentes légitimes des parties :

« Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie. »

### 2. Déterminabilité d'une prestation portant sur une chose

La chose doit alors être déterminable quant à son espèce et quant à sa quantité.

#### a. L'espèce

La chose peut être soit un corps certain et individualisé, soit une chose de genre. La détermination de cette dernière appelle davantage d'explications. En effet, lorsque la chose est un corps certain et individualisé, la détermination va de soi :

Ex. Vente de telle voiture individualisée, de telle maison identifiée<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 330.

<sup>2</sup> Com. 28 février 1983, n° 81-14921, B. IV, n° 86.

<sup>3</sup> Cf., au contraire, pour des parcelles de terrain qui n'étaient pas identifiées par leur localisation et dont le nombre, en outre, n'était pas précisé : Civ. 3, 17 juillet 1997, n° 96-11142, B. III, n° 172 ; *Rép. Def.* 1997, p. 1346, obs. Ph. Delebecque.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Il en va différemment de la détermination d'une chose de genre ou chose fongible, c'est-à-dire une marchandise de série, interchangeable avec une autre, qu'il s'agisse d'un produit naturel ou d'un produit fabriqué. La détermination s'opère alors par l'indication de l'espèce<sup>1</sup>.

Ex. du fuel domestique, du blé, du vin, une voiture de tel modèle, une pizza « quatre fromages » livrable à domicile<sup>2</sup>, vente à un restaurateur des « poissons du jour » déterminables au jour de la livraison<sup>3</sup>, etc...

En revanche, il n'est pas indispensable de préciser la qualité de la chose de genre. Là encore, en effet, en cas de litige, le juge se référera à la règle supplétive de volonté de l'article 1166 du Code civil, selon laquelle la chose doit être d'une qualité conforme aux attentes légitimes des parties.

Cette disposition est imprécise<sup>4</sup> et impose une interprétation délicate de la volonté des parties. L'ancien article 1246 du Code civil présumait que, dans le silence du contrat, les parties avaient eu en vue une qualité moyenne de la chose. La règle était plus claire et plus aisée à mettre en œuvre que la nouvelle.

### b. La quantité

Si la quantité peut ne pas être déterminée lors de la conclusion du contrat, il faut néanmoins qu'elle soit déterminable en fonction de dispositions prévues au contrat.

Peut-être cette quantité ne pourra-t-elle être finalement déterminée qu'au moment de l'exécution du contrat, ou par l'exécution de celui-ci, mais c'est à la condition que cette détermination soit faite en fonction de principes ou de critères arrêtés dès la conclusion du contrat.

Serait donc nul le contrat dont une obligation porterait sur une chose de genre dont la quantité supposerait, pour sa détermination, un nouvel accord des parties<sup>5</sup> ou *a fortiori* une manifestation de volonté d'une d'entre elles.

## B. Prestation monétaire<sup>6</sup>

La jurisprudence antérieure avait connu une évolution radicale à propos de la question de la détermination de l'objet dans les obligations de payer une somme d'argent.

Traditionnellement, elle considérait l'ancien article 1129, alinéa 2, du Code civil (« La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée ») comme applicable au prix. Elle en déduisait que la détermination ou, à tout le moins, la déterminabilité du prix était une condition de validité du contrat.

Malgré les termes assez formels de l'article 1710 du Code civil, la jurisprudence avait néanmoins écarté l'exigence d'un prix déterminé ou déterminable pour le contrat d'entreprise – contrat de louage d'ouvrage, selon la terminologie du Code civil<sup>7</sup> –, où il appartenait au juge, à défaut d'accord préalable des parties, de fixer la rémunération due ; les juges du fond disposaient, à et égard, d'un pouvoir souverain<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Com. 19 novembre 1996, n° 94-14530, *B. I.*, n° 275 ; *D.* 1997, *J.* 609, note A. Zelcevic-Duhamel. *Comp. Civ.* 1, 23 mai 1995, n° 94-14255, *B. I.*, n° 214 ; *D.* 1996, *Somm.* 113, obs. L. Aynès ; *RTD civ.* 1995, 620, obs. J. Mestre. L'ancien article 1129, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil formulait expressément cette exigence.

<sup>2</sup> Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 330.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Contra* : Fages, *Droit des obligations*, n° 178.

<sup>5</sup> Civ. 3, 17 juillet 1997, préc. ; Civ. 3, 7 janvier 2016, n° 14-19125, *RTD civ.* 2016, 98, obs. H. Barbier.

<sup>6</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénédel, *Les obligations*, n° 370 et suiv.

<sup>7</sup> Livre III, titre VIII, articles 1708 et 1710 du Code civil.

<sup>8</sup> Req. 5 janvier 1869, *D.P.* 69, 1, 127 : avoué chargé d'une affaire en dehors de son ministère ; Civ. 1, 15 juin 1973, n° 72-12062, *B. I.*, n° 202 ; Civ. 3, 18 janvier 1977, n° 74-15237, *B. III.*, n° 25 ; Civ. 3, 24 janvier 1978, n° 76-12056, *B. III.*, n° 49 ; Civ. 1, 4 octobre 1989, n° 87-19193, *B. I.*, n° 301 : détective privé ; Civ. 1, 24 novembre 1993, n° 91-18650, *B. I.*, n° 339 ; *RTD civ.* 1994, 631, obs. P.-Y. Gautier ; Civ. 1, 28 novembre 2000, n° 98-17560, *B. I.*, n° 305 ; *JCP* 2001, I, 301, § 1, n° 11 et suiv., obs. F. Labarthe ; Com. 27 novembre 2001, *CCC* 2002, n° 42 ; Com. 7 novembre 2006, n° 05-11694, *B. IV.*, n° 215 ; Civ. 2, 17 janvier 2019, n° 18-10198 (P) ; *BICC* n° 903, 1<sup>er</sup> juin 2019, n° 537 ; *D.* 2019, *somm.*, p. 135 ; *JCP* 2019, éd. G, *Act.*, 93, obs. Sophie Grayot-Dirx ; *chron.* 183, spéc. n° 2, obs. Yves-Marie Serinet, et *chron.* 255, spéc. n° 4, note Cécile Caseau-Roche : fixation judiciaire du montant d'un honoraire de résultat, dont le client d'un avocat avait seulement accepté le principe, par mail (arrêt rendu sous l'empire du droit antérieur à

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Elle en avait décidé de même à propos du mandat. En effet, il résulte de l'article 1986 du Code civil que le mandat est gratuit par nature<sup>1</sup>, si bien que, par définition même, il est valable même si aucune rémunération n'a été convenue. A défaut d'une telle rémunération, mais s'il résulte des circonstances de la cause que le mandat était en réalité un « mandat salarié », c'est-à-dire conclu à titre onéreux, il revient au juge, là encore, de déterminer le montant de la rémunération<sup>2</sup>.

En effet, en matière de prestation de services, incombant à un mandataire ou à un entrepreneur, il est souvent difficile de savoir à l'avance quelle sera l'importance du service rendu, et donc sa valeur. Le juge accepte donc de fixer lui-même le prix *a posteriori*, après l'accomplissement de la prestation, lorsque les parties ne sont pas parvenues à se mettre d'accord sur la rémunération due au prestataire. Arbitré souverainement par les juges du fond, le montant de la rémunération due au prestataire sera proportionné à l'importance du service rendu<sup>3</sup>.

Ex. honoraires d'avocat (arbitrage par le bâtonnier, avec appel possible devant le premier président de la cour d'appel), sauf honoraire de résultat, qui doit avoir été convenu à l'avance.

Mais, par quatre arrêts de l'Assemblée plénière du 1<sup>er</sup> décembre 1995<sup>4</sup>, la Cour de cassation renversa le principe et l'exception : selon ces arrêts, la détermination du prix n'était plus désormais une condition de validité du contrat, sauf, par exception, dans certains contrats où la loi exige expressément un prix déterminé ou objectivement déterminable. Ces arrêts sont intervenus à propos de contrats cadre, notamment de concession exclusive, où un fournisseur et un distributeur définissent les principales règles qui gouverneront leurs relations ultérieures, par exemple les contrats de pompiste de marque et les contrats de bière.

Dans ces contrats, en effet, le fournisseur offre au distributeur diverses prestations – aide à l'installation, assistance, publicité – et promet de l'approvisionner selon ses besoins. En contrepartie, le distributeur s'engage à s'approvisionner exclusivement auprès du fournisseur pendant une certaine durée. Conclut pour le long terme, ces contrats-cadre sont dès lors mal adaptés à la fixation d'un prix lors de leur conclusion : comment déterminer le prix de produits appelés à être commandés parfois plusieurs années après ?

Toutefois, si c'est dans ces contrats que la question de la détermination du prix était la plus controversée, la Cour de cassation avait posé un principe général. Dans un de ses quatre arrêts d'Assemblée plénière<sup>5</sup>, elle avait en effet énoncé que l'article 1129 du Code civil, texte gouvernant les contrats en général, est inapplicable à la détermination du prix. Dans un arrêt ultérieur, elle précisa expressément, en tant que de besoin que « l'article 1129 du Code civil n'est pas applicable à la détermination du prix en toute matière »<sup>6</sup>.

L'indétermination du prix n'affectant pas la validité du contrat, l'abus dans la fixation du prix ne donnait lieu qu'à indemnisation ou résiliation. Telle était la seconde proposition contenue dans les arrêts d'Assemblée plénière du 1<sup>er</sup> décembre 1995. Le juge se réservait donc le pouvoir d'intervenir au stade de l'exécution du contrat, et non plus au stade de sa formation, si une partie abusait du droit qui lui avait été abandonné de fixer unilatéralement le prix.

Reste à savoir ce qu'il convenait d'entendre par abus dans la fixation du prix. En d'autres termes, quel était le critère de cet abus ? La jurisprudence postérieure aux arrêts d'Assemblée plénière avait fourni quelques éléments de réponse :

- L'abus ne saurait être déduit de la seule fixation d'un prix excessif, lésionnaire, car ç'aurait été retirer au créancier sa liberté de fixer unilatéralement le prix et donner au juge un trop large pouvoir d'immixtion dans le contrat.
- D'après certains arrêts, l'abus supposait un manquement du créancier du prix à son devoir de loyauté, un comportement fautif<sup>7</sup>. Mais les partisans du « solidarisme contractuel »<sup>8</sup> encouragèrent la jurisprudence à davantage d'audace, en défendant une

l'ordonnance du 10 février 2016).

<sup>1</sup> Civ. 1, 16 juin 1998, n° 96-10718, *B. I.*, n° 211 ; Civ. 1, 4 mai 2012, n° 11-10943, *B. I.*, n° 100.

<sup>2</sup> Req. 8 janvier 1890, *D.P.* 91, 1, 22 ; Civ. 1, 23 octobre 1979, n° 78-13072, *B. I.*, n° 252 ; Civ. 1, 16 juin 1998, préc.

<sup>3</sup> Cf. par ex. Req. 5 janvier 1869 et Civ. 1, 23 octobre 1979, préc.

<sup>4</sup> Ass. plén. 1<sup>er</sup> décembre 1995, 4 arrêts, n° 91-15578, n° 91-15999, n° 93-13648, n° 91-19653, *B. Ass. plén.*, n° 7, 8, 9, *G.A.*, t. II, n° 179-182, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde.

<sup>5</sup> Ass. plén. 1<sup>er</sup> décembre 1995, préc.

<sup>6</sup> Civ. 1, 12 mai 2004, n° 03-13847, *RDC* 2004, 925, obs. D. Mazeaud.

<sup>7</sup> Civ. 1, 30 juin 2004, n° 01-00475, *B. I.*, n° 190 ; *D.* 2005, *J.* 1828, note critique D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2004, p. 749, n° 4, obs. réservées P.-Y. Gautier et 2005, p. 126, n° 8, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2005, p. 275, obs. Ph. Stoffel-Munck.

<sup>8</sup> Cf. *supra* : chap. Préliminaire « Notions générales sur le contrat », section 2 « Principes généraux gouvernant le droit des contrats », § 1 « Identification des principes généraux gouvernant les contrats », B. « La bonne foi » et § 2 « Autorité des principes généraux gouvernant les contrats ».

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

conception téléologique de l'abus dans la fixation du prix<sup>1</sup>, inspirée des thèses de Josserand<sup>2</sup>. Selon ces auteurs, en effet, le créancier abuserait de son droit, dès lors qu'il en userait contrairement à la destination sociale de sa prérogative, en fixant le prix « égoïstement », sans tenir compte de la communauté d'intérêts l'unissant à son cocontractant. Cette conception généreuse, mais périlleuse pour la sécurité juridique, parut inspirer des arrêts rendus à propos de contrats cadre<sup>3</sup>. De fait, ces contrats entrent dans la catégorie doctrinale des contrats dits « d'intérêt commun ». La partie abuserait de son pouvoir de fixer unilatéralement le prix, lorsqu'elle l'exercerait égoïstement, au mépris de l'intérêt commun en vue duquel le contrat a été conclu. Il reste que la jurisprudence s'était, dans l'ensemble, montrée circonspecte : en pratique, l'abus dans la fixation du prix était un tempérament exceptionnel à la liberté de fixer le prix et n'avait été que très rarement retenu.

Avec l'ordonnance du 10 février 2016, le législateur en est revenu à l'exigence de principe d'une détermination ou, à tout le moins, d'une déterminabilité du prix pour qu'un contrat soit valablement formé, sauf exceptions. Les nouveaux articles 1164 et 1165 du Code civil ne dérogent en effet à cette exigence que pour les contrats cadre et les contrats à exécution successive.

A dire vrai, le projet de la Chancellerie de 2015 était plus audacieux. En effet, les articles 1163 et 1164 du projet de la Chancellerie exemptaient non seulement les contrats-cadre et les contrats de prestation de service, mais encore les contrats à exécution successive, de l'exigence d'un prix déterminé ou déterminable. La Chancellerie entendait ainsi de faire de l'abus dans la fixation du prix un instrument de justice contractuelle, permettant au juge de rééquilibrer non seulement les contrats-cadre, mais encore et surtout les contrats à exécution successive.

Mais cette solution encourait deux critiques. D'une part, elle faisait peser une menace sur la sécurité juridique, en permettant au juge de réviser le prix dans de nombreux contrats. D'autre part, elle amoindrait singulièrement la portée de l'exigence d'un prix déterminé ou déterminable, à tel point qu'on aurait pu se demander ce qu'il en subsistait en droit commun des contrats. En effet, hormis la vente au comptant, les conventions sont presque toutes soit des contrats de prestation de service, soit des contrats à exécution successive<sup>4</sup>. Or un texte spécial, l'article 1591 du Code civil, impose déjà un prix déterminé ou déterminable dans la vente, à peine de nullité de cette dernière<sup>5</sup>. L'exigence d'un prix déterminé ou déterminable pour la validité du contrat en général apparaissait dès lors vidée de son sens.

Aussi l'ordonnance du 10 février 2016 a-t-elle finalement limité le domaine d'application de l'exception à l'exigence d'un prix déterminé ou déterminable aux contrats cadre et aux contrats de prestation de service. Les contrats à exécution successive, eux, demeurent soumis à cette exigence générale, prescrite à peine de nullité du contrat.

## 1. Principe : nullité du contrat pour indétermination du prix

On examinera la justification du nouveau principe, avant d'en évoquer les difficultés d'application.

### a. Justification du principe

L'article 1163, alinéa 2, du Code civil, on s'en souvient, énonce que la prestation qui fait l'objet d'une obligation contractuelle « doit être (...) déterminée ou déterminable »<sup>6</sup>. Or ce texte s'applique indiscutablement aux prestations consistant dans le paiement d'une somme d'argent comme aux autres prestations<sup>7</sup> :

<sup>1</sup> D. Mazeaud « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », in : *L'avenir du droit, mélanges en hommage à François Terré*, p. 604 et suiv, n° 16, p. 619-620 ; du même auteur « La matière du contrat », in : *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, sous la direction de P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz, 2012, p. 81 et suiv., n° 33-34 ; G. Wicker « Force obligatoire et contenu du contrat », *ibid.*, p. 151 et suiv., n° 31-33 ; Ghestin, note préc. *JCP* 1996, II, 22565, n° 39 ; Bureau et Molfessis, note préc., n° 34 ; Ch. Jamin « Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix aux contrôle des pratiques abusives », *JCP* 1996, I, 3959, n° 7-12.

<sup>2</sup> L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité (théorie dite de l'abus des droits)*, Dalloz, 1939, réimpr. Dalloz, 2006, préf. D. Deroussin, n° 291 et suiv.

<sup>3</sup> Douai 28 juin 2001, RG n° 1999/4036 ; Com. 15 janvier 2002, n° 99-21172, *D.* 2002, *J.* 1974, note critique Ph. Stoffel-Munck ; *D.* 2002, *somm.* 2841, obs. D. Mazeaud ; *JC.* 2002, II, 10157, note Ch. Jamin ; *RTD civ.* 2002, p. 294, n° 7, obs. J. Mestre et B. Fages : arrêt vraisemblablement d'espèce ; Com. 4 novembre 2014, n° 11-14026, *D.* 2015, 183, note J. Ghestin ; *JCP* 2014, 1310, note « inquiète » A.-M. Choné-Grimaldi ; *RDC* 2015, 233, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RTD civ.* 2015, 123, obs. H. Barbier ; *adde* : les critiques sur cet arrêt de M. Houtcieff, *Droit des contrats*, n° 391.

<sup>4</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 418.

<sup>5</sup> Cf. *infra* : 2 « L'exigence d'un prix déterminé ou déterminable dans le droit spécial de la vente ».

<sup>6</sup> Cf. *supra* : section 2 « La chose », § 2 « Chose déterminée ou déterminable ».

<sup>7</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 415 et suiv. ; Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1163 et 1164 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 379 ; Fages, *op. cit.*, n° 177 ; Bénabent, *Droit des obligations*, n° 167, *in fine* ; J.-S. Borghetti « Fixation et révision du prix », in : *Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018*, *RDC* 2018/hors série, p. 25 et suiv., n° 18-22.

- d'une part, en effet, le texte ne distingue pas entre les uns et les autres<sup>1</sup>, et l'interprète n'a pas à distinguer là où le législateur s'en est abstenu.
- D'autre part, les articles 1164 et 1165 du Code civil précisent que, dans les contrats cadre et les contrats de prestation de service, le prix peut être fixé unilatéralement par une des parties – exclusivement le créancier dans les seconds – à charge d'en motiver le montant en cas de contestation. *A contrario* il ne saurait donc l'être dans les autres contrats, où les parties doivent dès lors le déterminer ou le rendre déterminable dès l'échange des consentements, à peine de nullité du contrat<sup>2</sup>.

La détermination ou, à tout le moins, la déterminabilité du prix est, par exemple, une condition de validité du contrat de vente. Elle l'a, du reste, toujours été, car les termes formels de l'article 1591 du Code civil, texte visiblement d'ordre public, imposent cette solution, selon la jurisprudence<sup>3</sup>.

Dans ses arrêts d'Assemblée plénière du 1<sup>er</sup> décembre 1995, la Cour de cassation avait posé une règle exactement inverse<sup>4</sup>. Elle avait, en effet, jugé, au contraire l'ancien article 1129 du Code civil, que l'article 1163, alinéa 2 et 3, du Code civil remplace, inapplicable au prix. Le prix échappait donc en principe, selon la Cour de cassation, à l'exigence de détermination ou, à tout le moins, une déterminabilité de la chose, que l'ancien article 1129 posait, afin que le contrat fût valable. La Cour de cassation avait entendu, en réalité, permettre au créancier du prix de le fixer unilatéralement dans les contrats cadre. Mais elle n'en avait pas moins posé un principe général, applicable à tous les contrats sauf exception légale – principalement la vente en raison des termes formels de l'article 1591 du Code civil –, essentiellement parce qu'il lui était difficile de distinguer selon les contrats. La Cour de cassation étant en effet juge du droit, a coutume de poser des principes de portée générale, dont l'applicabilité ne saurait dépendre des circonstances de fait. Ainsi, la question de savoir si le contrat est valable malgré l'indétermination du prix, pouvait difficilement recevoir, en jurisprudence, une réponse différente suivant le contrat concerné. Seul le législateur avait la possibilité de cantonner le champ d'application de la nouvelle règle à certains contrats, comme il l'a fait par les articles 1164 et 1165 nouveaux du Code civil.

On peut se demander si une clause contractuelle ne pourrait pas valablement écarter l'application de l'article 1163 du Code civil, et tout particulièrement son alinéa 3, en laissant le soin à une des parties de fixer unilatéralement le prix. La lettre de l'article 1163, alinéa 2, pourrait, de prime abord, paraître plaider en faveur de la validité d'une telle clause, puisque aucun nouvel accord des parties n'est alors nécessaire, ce qu'exige ce texte pour que le prix soit déterminable<sup>5</sup>. Mais une telle liberté laissée aux parties paraît contraire à la volonté du législateur. En effet, en ne reconnaissant un unilatéral de fixer le prix à une des parties que dans les contrats de prestation de services et contrat cadre (articles 1164 et 1165 du Code civil), et encore sous réserve d'en motiver le montant en cas de contestation<sup>6</sup>, le législateur semble avoir implicitement exclu qu'un tel pouvoir puisse se rencontrer dans les autres contrats<sup>7</sup>.

## b. Difficultés d'application du principe

Elles ont trait à la notion de prix déterminable et à l'inexistence, la disparition de l'indice sur lequel les parties avaient choisi d'indexer le montant du prix dans un contrat à exécution successive.

### α) Notion de prix déterminable

La première difficulté consiste à préciser les conditions auxquelles le prix doit satisfaire pour être déterminable, lorsque le contrat ne l'a pas déterminé. Il convient de se référer aux critères de la prestation déterminable donnés par l'article 1163, alinéa 3, du Code civil, déjà cité à propos de la déterminabilité des prestations autres que le paiement d'un prix. Le prix déterminable est celui qui peut être déterminé en fonction de paramètres indépendants de la volonté de l'une ou de l'autre

<sup>1</sup> Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1164 ; Fages, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>2</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 418 ; Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1163 et 1164 ; Bénabent, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>3</sup> Req. 7 janvier 1925, *G.A.*, t. II, n° 295, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; Com. 24 mars 1965, n° 64-10044, *B. III*, n° 232 ; *D.* 1965, *J.* 474 ; *JCP* 1965, II, 14578, note P.L. ; *RTD civ.* 1965, 821, obs. G. Cornu ; Com. 7 avril 2009, n° 07-18709, *B. IV*, n° 48 ; *D.* 2009, *AJ* 1138 ; *RLDC* 2009/61, n° 3450, obs. V. Maugeri ; *Droit et patrimoine* juillet 2009, 89, obs. L. Aynès et P. Stoffel-Munck ; *RTD civ.* 2009, 321, obs. B. Fages ; Com. 10 juillet 2024, n° 22-15651 (B).

<sup>4</sup> *Cf. supra.*

<sup>5</sup> Borghetti, *op. cit.*, n° 24.

<sup>6</sup> *Cf. infra* : 2. « Exceptions : validité des contrats cadre et contrats de prestation de service malgré l'indétermination du prix ».

<sup>7</sup> Borghetti, *op. cit.*, n° 25.



des parties<sup>1</sup>. Le prix sera donc déterminable, dès lors qu'il pourra être déduit du contrat ou par références aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire<sup>2</sup>.

Ex. vente d'une marchandise « au cours au jour de la livraison », à la condition que cette marchandise fasse l'objet, sur la place choisie, d'une cotation officielle ou d'une cotation officieuse (bourses de commerce, marchés, halles...). En effet, on est alors en présence d'un prix de marché qui est indépendant de la volonté ultérieure du vendeur et de l'acheteur<sup>3</sup>.

## β) Inexistence ou disparition de l'indice désigné par une clause d'indexation

Dans les contrats à exécution successive, les parties insèrent presque toujours une clause d'indexation ou d'échelle mobile. Cette clause fait varier le prix de la prestation dans le temps en fonction d'un indice, que les parties choisissent à l'avance. Elle a pour but de protéger le créancier du prix tant de l'érosion monétaire que des dévaluations. Le choix de l'indice est étroitement réglementé par la loi (articles L. 112-1 et suiv. du Code monétaire et financier).

Ex. clause de réévaluation automatique du montant du loyer à la date anniversaire du bail, étant précisé que, dans les baux d'habitation, l'augmentation qui résulte de l'application de l'indice ne peut excéder la variation d'un indice de référence des loyers, déterminé par l'évolution des prix à la consommation, le coût des travaux d'entretien et d'amélioration du logement à la charge des bailleurs et l'indice du coût de la construction (article 17 de la loi du 6 juillet 1989).

La clause d'indexation rencontre une difficulté d'application, lorsque l'indice qui avait été choisi par les parties, n'existait pas, a disparu ou est devenu inaccessible. L'article 1167 du Code civil est principalement destiné à résoudre cette difficulté :

« Lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par référence à un indice qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus. »

Le domaine de la règle n'est pas limité au prix, mais s'étend à « tout autre élément du contrat ». Néanmoins, dans la très grande majorité des cas, c'est le prix qui est indexé.

A l'indice n'existant pas ou ayant disparu, l'article 1167 assimile l'indice ayant cessé « d'être accessible ». La formule est suffisamment vague pour englober l'indice devenu illicite, hypothèse fréquente en pratique<sup>4</sup>.

Bien que le texte se borne à énoncer que l'indice « est remplacé », sans préciser par qui, le pouvoir de substituer un indice à celui inexistant, disparu ou inaccessible appartient au juge<sup>5</sup>. Le texte consacre ainsi la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation. Celle-ci avait reconnu le pouvoir au juge de procéder à une telle substitution<sup>6</sup> et de s'immiscer ainsi dans le contrat, plutôt que de prononcer la nullité de la clause d'indexation, voire celle du contrat tout entier.

## 2. Exceptions : contrats cadre et contrats de prestation de service

<sup>1</sup> Req. 7 janvier 1925, préc. ; Com. 10 juillet 2024, préc.

<sup>2</sup> Com. 24 mars 1965, préc. ; Civ. 1, 16 novembre 2016, n° 15-23548 ; Com. 10 juillet 2024, préc.

<sup>3</sup> Malaurie, Aynès et Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, n° 193. Cf. par ex. Civ. 1, 14 décembre 2004, n° 01-17063, B. I, n° 327 ; CCC 2005, n° 64, obs. L. Leveneur : est déterminable en fonction d'éléments ne dépendant pas de la seule volonté de l'une des parties le prix d'un contrat de fourniture d'une denrée – pommes de terre – fixé par référence au prix du marché, dès lors que les juges du fond ont souverainement estimé que, dans l'esprit des parties, les cotations servant à la détermination du « prix du marché », « s'entendaient nécessairement des cotations officielles significatives du marché de la pomme de terre, données par le Service national des marchés et le marché de Rotterdam, connues des professionnels ».

<sup>4</sup> *Contra* : Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 427.

<sup>5</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>6</sup> Civ. 3, 22 juillet 1987, n° 84-10548, B. III, n° 151.

Dans ces contrats, les articles 1164 et 1165 du Code civil reconnaissent un droit de fixer unilatéralement le prix, dont l'exercice ne doit toutefois pas dégénérer en abus. Le prix n'a donc pas besoin d'être déterminé ou même déterminable dès la conclusion du contrat.

a. Existence d'un droit de fixer unilatéralement le prix

Antérieurement, la jurisprudence avait reconnu ce droit dans les contrats cadre. Il existait aussi en pratique dans les contrats de prestation de service, puisque la jurisprudence admettait la validité de ces contrats alors même que le prix n'était ni déterminé ni déterminable au moment de la conclusion du contrat.

Les articles 1164 et 1165 reconnaissent ce droit de fixer unilatéralement le prix dans l'une ou l'autre de ces deux catégories de contrats, mais selon des modalités quelque peu différentes.

α) Contrat cadre

L'article 1111 du Code civil, rappelons-le<sup>1</sup>, définit le contrat cadre comme :

« un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures ».

Le contrat cadre s'oppose aux « contrats d'application », qui (même article)

« en précisent les modalités d'exécution. »

L'article 1164 reconnaît la faculté à l'une des parties à un contrat cadre de fixer unilatéralement le prix, tout en en soumettant l'exercice, on le verra, à un contrôle judiciaire :

« Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation. »  
En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat. »

La dérogation à l'exigence d'un prix déterminé ou déterminable dans un contrat cadre, s'explique par le fait qu'un tel contrat étant conclu pour une durée souvent assez longue, il est difficile au fournisseur de prévoir à l'avance le prix des produits qu'il s'oblige à livrer par les contrats d'application, généralement des ventes, qui seront conclus en exécution de contrat cadre. Le droit de fixer unilatéralement le prix dans de tels contrats était déjà reconnu par la jurisprudence antérieure. Mais la solution reflétait alors le droit commun, puisque, hormis certaines exceptions légales, comme l'article 1591 du Code civil pour la vente, le prix n'avait pas besoin d'être déterminé ou déterminable pour que le contrat fût valable<sup>2</sup>. Avec l'ordonnance du 10 février 2016, le principe a été renversé, on le sait.

Aux termes de l'article 1164, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, le droit de fixer unilatéralement le prix dans un contrat cadre n'existe que si les parties sont convenues d'attribuer un tel droit à l'une d'entre elles<sup>3</sup>. Ce droit est donc d'origine nécessairement contractuelle. Il est attribué indifféremment aux deux parties, d'où la question de savoir si une clause réservant ce droit au créancier du prix serait valable. A la lettre, l'article 1164, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil ne le permet pas.

β) Contrat de prestation de service

Aux termes de l'article 1165 du Code civil :

<sup>1</sup> Cf. *supra* : chap. I « Notions générales », section 3 « Classifications des contrats », § 1 « Classifications fondées sur les conditions de formation des contrats », C. « Contrats-cadre et contrats d'application ».

<sup>2</sup> Ass. plén. 1<sup>er</sup> décembre 1995, préc.

<sup>3</sup> Bénabent, *op. cit.*, n° 167.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

« Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation.

En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et, le cas échéant, la résolution du contrat. »

Là encore, une partie dispose d'une faculté unilatérale de fixer le prix de la prestation, sauf à ne pas en abuser.

Les textes du Code civil ne donnent aucune définition du contrat de prestation de services, contrairement au contrat cadre. Cette omission est fâcheuse, car la qualification de contrat de prestation de service, qui commande pourtant l'application de l'article 1165 du Code civil et, partant, la validité du contrat, peut parfois prêter à discussion<sup>1</sup>.

On se demande, plus précisément, si, par contrat de prestation de service, il faut entendre exclusivement le contrat d'entreprise, appelé encore par le code civil contrat de louage d'ouvrage<sup>2</sup> ou bien, allant au-delà, englober dans cette notion bien d'autres contrats, à savoir tous ceux n'emportant pas, en gros, transfert d'un droit, tels le mandat, le bail, le cautionnement, le prêt d'argent... A dire vrai, hormis la vente, l'échange, le contrat de rente viagère et la transaction, tous les contrats à titre onéreux impliquent une prestation de services rémunérée ! A peine de voir l'exception de l'article 1165 absorber le principe selon lequel le prix doit être déterminé ou déterminable pour que le contrat soit valable, une interprétation restrictive de l'article 1165, limitant son champ d'application au contrat d'entreprise, semble donc préférable. Elle apparaît la plus conforme à la volonté du législateur, hostile dans l'ensemble à l'unilatéralisme en droit des contrats<sup>3</sup>. L'article 1165 du Code civil représentant un exception à l'exigence de principe d'un prix déterminable, posée par l'article 1163, doit être strictement interprété, comme toutes les exceptions.

L'article 1165 du Code civil ne subordonne pas l'existence de la faculté de fixer unilatéralement le prix dans un contrat de prestation de service à une clause contractuelle. Ce droit semble donc résulter *ipso facto* de la nature de contrat de prestation de service de la convention conclue entre les parties, peu importe que celle-ci soit muette au sujet de ce droit.

En revanche, ce droit de fixer unilatéralement le prix à défaut d'accord entre les parties, appartient au seul prestataire de service, le créancier. Le cocontractant n'est pas investi d'un tel droit et ne pourrait donc prétendre imposer « son prix » au créancier.

Des dispositions spéciales excluent toutefois le droit pour le créancier de fixer unilatéralement le prix dans certains contrats de prestation de service. Notamment, la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « loi Macron », impose une convention d'honoraires dans certains contrats de prestation de service conclus par des auxiliaires de justice :

- l'avocat doit obligatoirement conclure par écrit avec son client une convention d'honoraires, qui précise, notamment, le montant ou le mode de détermination des honoraires couvrant les diligences prévisibles, ainsi que les divers frais et débours envisagés (article 10, alinéa 3, de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, rééd. issue de la loi du 6 août 2015). Ces honoraires tiennent compte, selon les usages, de la situation de fortune du client, de la difficulté de l'affaire, des frais exposés par l'avocat, de sa notoriété et des diligences de celui-ci (article 10, alinéa 4, de la loi du 31 décembre 1971).
- Pareillement, l'expert-comptable doit conclure un contrat écrit avec son client, définissant sa mission et précisant les droits et obligations de chacune des parties (article 151, alinéa 1<sup>er</sup>, du décret n° 2012-432 du 30 mars 2012 relatif à l'exercice de l'activité d'expertise comptable), ce qui le prive du droit de fixer unilatéralement son prix<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 418.

<sup>2</sup> Article 1710 du Code civil.

<sup>3</sup> Borghetti « Fixation et révision du prix », *op. cit.*, n° 45.

<sup>4</sup> Com. 20 septembre 2023, n° 21-25387 (B) et Com. 20 septembre 2023, n° 21-25386 (B) ; *LPA* n° 012, 31 décembre 2023, p. 38, note C. Kahn ; *Gaz. Pal.* 14 novembre 2023, p. 16 (n° GPL455n2), note M. Cormier ; *ibid.* 9 janvier 2024, p. 8, obs. D. Houtcieff ; *D.* 2024, 275, obs. R. Boffa ; *CCC* 2023, *comm.* 183, note L. Leveneur : contrat passé entre un expert-comptable et son client soumis à des dispositions réglementaires spéciales, dérogoires à l'article 1165 du Code civil, dispositions prévoyant que l'expert-comptable et son client doivent

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

- Pareillement, les prestations que les huissiers de justice, les notaires, etc... accomplissent en concurrence avec celles, non soumises à un tarif, d'autres professionnels font l'objet de la conclusion par écrit avec le client d'une convention d'honoraires, qui précise, notamment, le montant ou le mode de détermination des honoraires couvrant les diligences prévisibles, ainsi que les divers frais et débours envisagés (article L. 444-1, alinéa 3, du Code de commerce, réd. issue de la loi du 6 août 2015). Les honoraires rémunérant ces prestations tiennent compte, ici encore, selon les usages, de la situation de fortune du client, de la difficulté de l'affaire, des frais exposés par les professionnels concernés, de leur notoriété et des diligences de ceux-ci (même texte).

b. Contrôle judiciaire du droit de fixer unilatéralement le prix

L'ordonnance du 10 février 2016 consacre le tempérament jurisprudentiel de l'abus dans le droit pour une partie de fixer unilatéralement le prix. En effet, ce droit n'est pas discrétionnaire, mais au contraire contrôlé puisqu'il revient à la partie qui l'exerce, de motiver le montant du prix en cas de contestation.

Reste à déterminer le critère de l'abus de ce droit et sa sanction.

α) Critère de l'abus du droit de fixer unilatéralement le prix

Les articles 1164, alinéa 2, et 1165, alinéa 2, du Code civil n'énoncent aucun critère de l'abus. D'une manière générale, la notion d'abus est plastique et incertaine, en cette matière<sup>1</sup> comme dans les autres. La jurisprudence dominante, qui avait refusé de déduire cet abus uniquement d'un prix objectivement excessif et qui exigeait un comportement fautif du créancier dans les contrats cadre<sup>2</sup>, devrait néanmoins se maintenir et s'étendre aux contrats de prestation de service<sup>3</sup>. De fait, dans l'opinion majoritaire<sup>4</sup>, les articles 1164, alinéa 2, et 1165, alinéa 2 ont dénié implicitement au juge le pouvoir de rééquilibrer le contrat, en limitant la sanction de l'abus. Or, si un prix excessif suffisait à caractériser l'abus du droit de fixer unilatéralement ce prix, si cet abus ne consistait en rien d'autre qu'en un prix « abusif »<sup>5</sup>, le juge aurait indirectement ce pouvoir.

Reste à déterminer les caractères de la faute constitutive d'abus, difficulté classique dès qu'il est question d'abus de droit. Restreindre l'abus à l'intention de nuire ne donnerait que très peu d'occasion de s'appliquer au tempérament tiré de l'abus dans la liberté de fixer le prix. Comme dans la rupture des pourparlers<sup>6</sup>, une faute délibérée voire une légèreté blâmable, révélatrice d'un manquement au devoir contractuel de bonne foi, devrait suffire à engager la responsabilité du contractant. Cette légèreté blâmable se traduirait par une indifférence coupable aux intérêts du cocontractant et à la violation d'un devoir de solidarité contractuel, que la fixation d'un prix trop élevé sans justification manifesterait. La qualification de « contrat d'intérêt commun » du contrat cadre, tout au moins, conforterait cette analyse<sup>7</sup>.

---

passer un contrat déterminant leurs droits et obligations respectifs. La Cour de cassation écarte en conséquence l'article 1165, en se fondant sur l'article 1105, alinéa 3, du Code civil : « Les règles générales [du sous-titre 1 du titre III du livre III du Code civil] s'appliquent sous réserve de ces dispositions particulières. » Sur cet arrêt, cf. surtout, très critique : R. Libchaber « L'article 1165 du Code civil, la prestation de prestation de service et le contrat d'expertise comptable », *RDC* 2024/1, pp. 16 et s.

<sup>1</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 388 ; Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, thèse Aix 2000, préf. R. Bout, LGDJ, 2000 ; P. Lokiec, *Contrat et pouvoir (essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels)*, thèse Paris X 2004, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, 2004, n° 272 et s. ; M.-S. Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, thèse Paris IX 2001, Dalloz, 2001, préf. M.-A. Frison-Roche, n° 249 et s.

<sup>2</sup> Civ. 1, 30 juin 2004, préc.

<sup>3</sup> Comp. Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 421.

<sup>4</sup> Cf. *infra* : β) « Sanction de l'abus du droit de fixer unilatéralement le prix ».

<sup>5</sup> Certaines décisions, on l'a vu (cf. *supra*), ont néanmoins tendu à déduire l'abus dans la fixation du prix du caractère excessif de ce dernier : Douai 28 juin 2001, Com. 15 janvier 2002, Com. 4 novembre 2014, préc.

<sup>6</sup> Cf. *supra* : chap. I « La conclusion du contrat », section 1 « Les négociations pré-contractuelles ».

<sup>7</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 115 et n° 388. Cf. *supra* : chap. préliminaire : « Notions générales sur le contrat », section 3 « Classifications des contrats », § 2 « Classifications fondées sur le contenu des contrats », C. « Contrats à titre onéreux et contrats à titre gratuit », 1. « Contenu de la distinction », b. « Difficultés d'application », γ) « Incomplétude de la distinction ».

Néanmoins, en s'engageant dans cette voie, on court le risque de glisser insensiblement de l'exigence d'une faute constitutive d'abus à une conception téléologique de l'abus dans le droit de fixer le prix, inspirée de Josserand et soutenue par les partisans du solidarisme contractuel<sup>1</sup>. Or cette conception élargie, souple de l'abus, alors entendu comme le détournement d'une prérogative juridique de sa destination sociale, nuit à la sécurité juridique.

### β) Sanction de l'abus du droit de fixer unilatéralement le prix

Les articles 1164, alinéa 2, et 1165, alinéa 2, du Code civil sanctionnent identiquement l'abus du droit de fixer unilatéralement le prix, qu'il émane donc d'une partie quelconque dans un contrat cadre ou du créancier du prix dans un contrat de prestation de services. Aux termes de ces dispositions, en effet :

« En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et, le cas échéant, la résolution du contrat »<sup>2</sup>.

L'expression « le cas échéant », employée dans ces textes, suggère que le juge n'est pas tenu, dans tous les cas, de prononcer la résolution du contrat et qu'il dispose d'un pouvoir d'appréciation à cet égard<sup>3</sup>. L'article 1228 du Code civil lui reconnaît, du reste, un tel pouvoir d'appréciation d'une manière générale, lorsqu'il est saisi d'une demande en résolution d'un contrat.

En ne sanctionnant l'abus que par l'allocation de dommages-intérêts et, le cas échéant, par la résolution du contrat, les articles 1164, alinéa 2, et 1165 semblent, en revanche, exclure implicitement, dans tous les cas, le pouvoir pour le juge de réviser le prix fixé unilatéralement<sup>4</sup>, comme celui de fixer lui-même le prix dans le silence du contrat<sup>5</sup>. La jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, qui reconnaissait aux juges du fond le pouvoir de fixer *a posteriori* le prix dans certains contrats de prestation de service, le louage d'ouvrage et le mandat, sinon de le réviser dans les contrats cadre, serait donc condamnée<sup>6</sup>. Toutefois, un certain nombre d'auteurs<sup>7</sup> contestent cette interprétation défendue par la doctrine dominante. Ils soutiennent que le juge disposerait d'un pouvoir de révision, voire de fixation du prix, au moins dans les contrats de prestation de service où il s'arrogeait traditionnellement ce pouvoir<sup>8</sup>.

Quoi qu'il en soit, il convient de réserver l'hypothèse où une disposition légale ou réglementaire spéciale priverait exceptionnellement le créancier de fixer unilatéralement le prix dans un contrat de prestation de services. Lorsque, dans cette hypothèse, le prix n'est ni déterminé par les parties, ni déterminable, il continue de revenir au juge, selon la Cour de cassation<sup>9</sup>, de fixer lui-même le prix *a posteriori*, en fonction des diligences accomplies.

<sup>1</sup> Cf. *supra*.

<sup>2</sup> Antérieurement à la loi de ratification du 20 avril 2018, la sanction différait selon le type de contrat. En effet, dans les contrats de prestation de service, l'article 1165, alinéa 2, ne sanctionnait l'abus dans la fixation du prix que par le paiement de dommages-intérêts à l'autre partie, alors que l'article 1164, alinéa 2, permettait en outre au juge de prononcer, le cas échéant, la résolution du contrat cadre. Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 étaient partis de l'idée que, dans un contrat de prestation de services, le juge étant saisi la plupart du temps *a posteriori*, à l'issue de l'accomplissement de la prestation, il est matériellement impossible de revenir dessus, comme le postulerait une résolution du contrat. Mais une partie de la doctrine n'avait pas jugé convaincante la distinction de sanctions, car une restitution en valeur d'une prestation de services, consécutive à la résolution d'un contrat la prévoyant, est possible (article 1352-8 du Code civil). Le législateur s'est donc rangé à cet avis. Selon l'article 16, I, de la loi de ratification du 20 avril 2018, la modification apportée à l'article 1165 présente un caractère interprétatif. Elle s'applique donc rétroactivement au 1er octobre 2016.

<sup>3</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 419 ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 334.

<sup>4</sup> Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1165 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 419-420 ; Bénabent, *Droit des obligations*, n° 167 ; Th. Revet « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, 373, spéc. n° 20. Au contraire, l'article 1163 du projet de la Chancellerie attribuait ce pouvoir au juge dans les contrats cadre, en lui prescrivant de réviser le prix « en considération notamment des usages, des prix du marché et des attentes légitimes des parties ».

<sup>5</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 422 ; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 600.

<sup>6</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 419-420 ; Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1165.

<sup>7</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 393 ; G. Lardeux « Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil », *D.* 2016, 1659 et s., spéc. 1663-1664 ; Ch. Gijsbert « La révision du prix », *RDC* 2017, 564, n° 6-7 ; F. Labarthe « La fixation du prix dans les contrats cadre et les contrats de prestation de service », *JCP* 2016, 642.

<sup>8</sup> Ces auteurs mettent en doute l'intention du législateur de condamner la jurisprudence antérieure sur ce point.

<sup>9</sup> Com. 20 septembre 2023, préc.

## Sous-section 2 : Licéité du contrat

L'article 1128 du Code civil exige, pour que le contrat soit valable, un contenu non seulement certain, mais encore licite. Le législateur a développé sa pensée à l'article 1162 du Code civil, par lequel s'ouvre la division du titre III consacrée au contenu du contrat :

« Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties. »

Ce dernier texte doit encore être rapproché de deux autres dispositions :

- l'article 6 du Code civil, remontant à l'origine du Code civil :

« On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

- L'article 1102, alinéa 2, du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016 :

« La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public. »

Sous une formulation nouvelle, l'article 1162 du Code civil consacre les solutions que la jurisprudence avaient dégagées en se fondant sur les notions d'objet de l'obligation et d'objet du contrat, d'une part, de cause du contrat, d'autre part. Pour bien en comprendre le sens et la portée, il convient de préciser la notion d'ordre public, d'une part, celles de stipulations et de but du contrat, d'autre part.

### § 1 Notion d'ordre public<sup>1</sup>

Les composantes de l'ordre public et ses sources seront successivement exposés.

#### A. Composantes de l'ordre public

L'ordre public et les bonnes mœurs, qu'on examinera successivement, sont des notions évoluant dans le temps. Si les articles 1102, alinéa 2, et 1162 du Code civil ne font plus référence aux bonnes mœurs, l'article 6 du même code continue, en revanche, de le faire. Il faut sans doute en conclure que les bonnes mœurs sont désormais incluses dans l'ordre public, et non pas qu'un contrat pourrait désormais impunément y porter atteinte. On traitera donc successivement de l'ordre public *stricto sensu*, puis des bonnes mœurs.

##### 1. L'ordre public *stricto sensu*

On oppose volontiers l'ordre public politique et l'ordre public économique, d'apparition plus récente.

<sup>1</sup> Ph. Malaurie, *L'ordre public et le contrat*, thèse, préf. P. Esmein, LGDJ, 1953 ; Th. Revet (coord.), *L'ordre public à la fin du 20ème siècle*, Dalloz, 1996 ; P. Catala « A propos de l'ordre public », in : *Mélanges offerts à Pierre Drai – Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, 511 et suiv.

a. L'ordre public politique

L'ordre public politique est l'ordre public traditionnel, qui tend à assurer la défense de l'État, de la famille et de la personne humaine.

α) L'État

Sont d'ordre public les lois constitutionnelles, administratives, fiscales, pénales, etc... et sont donc nulles toutes les conventions qui y dérogeraient (corruption électorale, corruption de fonctionnaires, dessous de table, etc...).

β) La famille

Il s'agit, entre autres, du statut matrimonial personnel, ce qui conduit à la nullité, par exemple, des conventions entre époux sur la fidélité. En effet, l'article 212 du Code civil énonce :

« Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance. »

Or, si chacun est libre de se marier ou non, en revanche le statut du mariage est impératif. Ainsi que l'énonce l'article 1388 du Code civil :

« Les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs ni aux droits qui résultent pour eux du mariage, ni aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle. »

Au contraire, les règles patrimoniales gouvernant les rapports entre époux sont supplétives de volonté : le régime légal de la communauté réduite aux acquêts s'applique à défaut de convention contraire des futurs époux, lesquelles peuvent, par exemple, opter pour le régime de séparation des biens.

γ) La personne humaine

Les conventions portant atteinte à la dignité de la personne humaine sont entachées de nullité. En effet, aux termes de l'article 16 du Code civil :

« La loi assure la primauté de la personne et interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci. »

En conséquence, notamment (article 16-1, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil) :

« Chacun a droit au respect de son corps »

Enfin, le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort (article 16-1-1, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil)<sup>1</sup>.

De ces principes, l'article 16-5 du Code civil déduit l'interdiction des conventions sur le corps humain :

« Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles. »

En outre, l'article 16-7 du Code civil dispose :

« Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle. »

Une telle convention est interdite, serait-elle même conclue à titre gratuit.

<sup>1</sup> Civ. 1, 29 octobre 2014, n° 13-19729, B. I, n° 178.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

L'article 1102 du projet de la Chancellerie de 2005 érigeait cette composante de l'ordre public politique en un principe distinct, celui interdisant de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus par un texte applicable entre personnes privées, à moins de respecter un principe de proportionnalité<sup>1</sup>. Cette disposition consacrait la prééminence des droits fondamentaux, notamment ceux affirmés par la Convention EDH, telle que la CEDH l'interprète, sur la liberté contractuelle. Mais les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont renoncé à viser distinctement cette composante de l'ordre public<sup>2</sup>.

b. L'ordre public économique

On en distingue deux formes, l'ordre public économique de direction et l'ordre public économique de protection.

α) L'ordre public économique de direction

Cette première composante de l'ordre public économique tend à la défense de l'intérêt économique général de l'État. Elle comporte un aspect libéral et un aspect dirigiste.

• Aspect libéral de l'ordre public économique de direction

En sont des éléments, par exemple, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, la prohibition des conventions portant atteinte à la liberté de la concurrence, dite ententes anti-concurrentielles.

• Aspect dirigiste de l'ordre public économique de direction

Il se manifeste, par exemple, dans la réglementation des clauses d'indexation, destinées à pallier les conséquences de la dépréciation monétaire. En effet, le législateur (articles L. 112-1 et suiv. du Code monétaire et financier, précités) a fortement restreint la liberté pour les parties de choisir un indice permettant de réévaluer régulièrement le montant d'une prestation en argent, car il regarde ces clauses comme portant atteinte à la monnaie<sup>3</sup>.

β) L'ordre public économique de protection

Cette seconde composante de l'ordre public économique vise à la protection des faibles contre les puissants. Elle s'est considérablement développée, notamment depuis la seconde guerre mondiale, avec la multiplication de lois destinées à protéger les plus faibles. On peut citer, par exemple, la réglementation du contrat de travail dans le Code du travail, celle du bail à usage d'habitation ou du bail commercial, la protection des consommateurs dans le Code de la consommation.

2. Les bonnes mœurs<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Aux termes de l'article 1102 du projet de la Chancellerie, en effet, la liberté contractuelle ne permettait pas « de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché. »

<sup>2</sup> D'une manière générale, sur le maniement par la jurisprudence de la limitation des droits et libertés par l'intérêt général, cf. J. de Dinechin, *L'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux : approche judiciaire*, thèse Université Paris Panthéon-Assas, dir. D. Fenouillet, 2023.

<sup>3</sup> Cf. *supra* : Sous-section 1 : « Certitude du contenu du contrat », § 1 « Détermination ou déterminabilité de l'objet de l'obligation », B. « Prestation consistant dans le paiement d'une somme d'argent », 1. « Principe : nullité du contrat pour indétermination du prix », b. « Difficultés d'application du principe », α) « Inexistence ou disparition de l'indice désigné par une clause d'indexation ».

<sup>4</sup> D. Fenouillet « La fin des bonnes mœurs et l'ordre public philanthropique », in : *Le droit privé français à la fin du XXème siècle (études offertes à Pierre Catala)*, Paris : Litec, 2001, p. 487 et s. ; Y. Lequette « Le droit est la semence des mœurs », in : *Le discours et le Code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, LexisNexis Litec, 2004, p. 391 et s. ; B. Lavaud-Legendre, *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, PUF, 2005 ; du même auteur « Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats ? », *RDC* 2005, p. 1273 et s. ; D. Houtcieff « Pour un retour aux bonnes mœurs contractuelles », *RTD civ.* 2021, 757 et s.



Traditionnellement associées à l'ordre public, les bonnes mœurs ne sont en réalité qu'un aspect de celui-ci, relatif à la morale et plus particulièrement à la morale sexuelle. Mais il s'agit d'une morale sociale, qui évolue dans le temps, et l'expression même de bonnes mœurs est devenue désuète.

Ex. jeu et pari (article 1965 du Code civil), convention de *strip tease*, racolage (bien qu'il ne soit plus réprimé pénalement, il reste contraire aux bonnes mœurs en droit civil), commerce de la pédophilie.

L'évolution s'est faite globalement vers une plus grande permissivité. C'est la raison pour laquelle, eu égard de surcroît au caractère désuet de l'expression, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont renoncé à viser distinctement les bonnes mœurs. Mais il ne faudrait pas en conclure qu'un contrat peut désormais licitement porter atteinte aux bonnes mœurs ou, du moins, à ce qu'il en reste. Le respect de ces dernières est en effet compris dans celui de l'ordre public.

Ex. validité des conventions de courtage matrimonial, jadis considérées comme portant atteinte aux bonnes mœurs.

## B. Sources de l'ordre public

Les sources de l'ordre public et des bonnes mœurs ne se réduisent pas aux textes. On s'accorde, en effet, aujourd'hui à considérer qu'à côté de l'ordre public textuel, il existe un ordre public virtuel dont la jurisprudence détermine le contenu.

### 1. Ordre public textuel

Prenant appui sur l'article 6 du Code civil (« lois qui intéressent... »), la doctrine du dix-neuvième siècle enseignait que la liberté contractuelle ne pouvait être limitée que par le législateur. Mais, depuis lors, on a assisté au développement d'un ordre public en marge des textes, virtuel.

### 2. Ordre public virtuel

La jurisprudence s'est reconnue le pouvoir de définir elle-même l'ordre public et les bonnes mœurs, même en l'absence de texte<sup>1</sup>. Cependant son pouvoir n'est pas arbitraire, car elle doit se conformer aux conceptions actuelles de la société.

L'article 1102, alinéa 2, du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016, consacre implicitement ce pouvoir créateur de la jurisprudence, en visant les « règles qui intéressent l'ordre public », et non plus seulement « les lois ».

## § 2 Conformité des stipulations et du but du contrat à l'ordre public

On examinera successivement les deux notions de stipulations et de but du contrat.

### A. Conformité des stipulations du contrat à l'ordre public

En droit romain, la stipulation renvoie à un contrat *verbis*, c'est-à-dire un contrat qui se forme par un dialogue solennel entre le créancier et le débiteur. La *stipulatio* désigne les paroles prononcées par un créancier, auxquelles le débiteur répond par une

<sup>1</sup> Civ. 4 décembre 1929, *G.A.*, t. I, n° 17, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *D.H.* 1930, 50 ; *S.* 1931, 1, 49, note P. Esmein ; Civ. 1, 29 octobre 2014, n° 13-19729, *B. I.*, n° 178 ; *D.* 2015, 242, note A.-S. Epstein ; *ibid.*, 246, note D. Mainguy ; *ibid.*, 529, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *CCC* 2015, *comm.* 1, obs. L. Leveneur ; *RTD civ.* 2015, 102, obs. J. Hauser et 121, obs. H. Barbier ; *RDC* 2015, 370, obs. C. Pérès.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

promesse (*sponsio* ou *fidepromissio*)<sup>1</sup>. L'article 1205 du Code civil relatif à la stipulation pour autrui<sup>2</sup> – ancien article 1121 dans la version du code de 1804 – emploie le terme « stipulation » en ce sens originaire.

Mais, ultérieurement, dans le droit de Justinien, la stipulation deviendra écrite et résultera de la simple insertion d'une clause dans un acte écrit, mentionnant les paroles dont on peut douter qu'elles aient, en réalité, été échangées<sup>3</sup>. Avec l'avènement du consensualisme à la fin de l'Ancien droit, la référence à un échange de paroles entre créancier et débiteur devient superflue, puisque la formation d'un contrat n'est plus, désormais, subordonnée à l'observation de formes quelconques, verbales ou écrites. Le terme stipulation acquerra alors un autre sens, plus répandu, de clause insérée dans un contrat.

Il ne fait guère de doute que c'est en ce dernier sens, que le terme doit être entendu dans l'article 1162 du Code civil. Le texte signifie donc que le contrat ne doit pas déroger à l'ordre public par ses clauses<sup>4</sup>. Cependant le terme « clause » incite à un contrôle atomisé de la licéité du contrat, clause par clause, alors que celui de « stipulations » suggère que ce contrôle s'étend à l'opération contractuelle dans son ensemble<sup>5</sup>. Telle est sans doute la raison pour laquelle les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont préféré le terme « stipulations » à celui de « clauses ».

Dans le droit antérieur à l'ordonnance du 10 février 2016, la jurisprudence avait, de fait, imposé la conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs non seulement de l'objet de l'obligation, la prestation, mais encore de l'objet du contrat, c'est-à-dire de l'opération globale<sup>6</sup>. Le terme volontairement vague de « stipulations », utilisé dans l'article 1162 du Code civil, est destiné à exprimer ce double contrôle judiciaire de la licéité du contrat.

## 1. Conformité de l'objet de l'obligation à l'ordre public

On examinera successivement la licéité de la prestation relative à une chose et celle de la prestation purement immatérielle.

### a. Licéité de la prestation relative à une chose

L'ancien article 1128 du Code civil était ainsi rédigé :

« Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ».

Le mot « commerce » n'était pas ici pris dans le sens de la langue courante : la chose hors du commerce était celle qui ne peut être l'objet d'une obligation<sup>7</sup>.

Mais le texte se réduisait ainsi à une pure tautologie. Que la chose ne doit pas être hors du commerce signifiait, en réalité, qu'elle ne doit pas figurer dans cette catégorie de biens que soit le législateur, soit à défaut la jurisprudence, pour des raisons diverses, exclut du domaine des transactions privées. Si une chose était hors commerce, l'objet de l'obligation était illicite et, partant, le contrat entaché de nullité.

L'expression de chose « dans le commerce » n'a pas entièrement disparu du Code civil avec la réforme issue de l'ordonnance du 10 février 2016. Certes, les articles du titre III du livre III consacrés au contenu du contrat ne l'emploient pas. En revanche, elle subsiste dans l'article 1598 du Code civil, au titre VI du livre III, « De la vente ». Aux termes de ce texte, en effet :

« Tout ce qui est dans le commerce peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation. »

<sup>1</sup> Lévy et Castaldo, *Histoire du droit civil*, n° 445 et suiv.

<sup>2</sup> Cf. *infra* : sous-titre II « Les effets du contrat ».

<sup>3</sup> *Ibid.*, n° 446.

<sup>4</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 402.

<sup>5</sup> Bénabent, *op. cit.*, n° 176 et suiv. ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>6</sup> Sur la distinction, dans le droit antérieur, de l'objet du contrat et de l'objet de l'obligation, cf. *supra*.

<sup>7</sup> G. Loiseau « Typologie des choses hors du commerce », *RTD civ.* 2000, 47 et suiv.

Malgré l'abandon, dans le titre III, de la notion de chose dans le commerce, les solutions jurisprudentielles antérieures seront, sans aucun doute, reconduites, sauf à être désormais fondées sur l'interdiction de déroger à l'ordre public par les stipulations contractuelles<sup>1</sup>.

On citera quelques applications jurisprudentielles de la notion de chose hors commerce, avant de consacrer des développements spécifiques à la licéité de la cession des clientèles civiles.

#### α) Illustrations de la notion de chose hors commerce

Ont ainsi été déclarées hors commerce, par la jurisprudence, les choses suivantes :

- l'état et la capacité des personnes ;
- la personne humaine (*cf.* article 16-5 du Code civil), ce qui exclut les conventions portant atteinte à l'intégrité physique<sup>2</sup>, ainsi que les conventions de « prêts d'utérus » ou de mères porteuses, seraient-elles même conclues à titre gratuit<sup>3</sup>, la cession d'une action en réparation d'une atteinte à l'honneur ou à la considération<sup>4</sup>.
- une marchandise contrefaite<sup>5</sup>.
- l'investiture d'un candidat à une fonction élective<sup>6</sup>.

#### β) Licéité de la cession de clientèle civile

Longtemps la jurisprudence a considéré les clientèles civiles des professions libérales (médecins, avocats, architectes...) comme hors commerce, au motif que le lien entre ces professionnels et leur clientèle repose sur une confiance personnelle et ne saurait donc faire l'objet d'une transmission<sup>7</sup>. Elle admettait seulement la validité de l'engagement de présenter son successeur à la clientèle, de lui céder local et matériel, et de s'abstenir de lui faire concurrence<sup>8</sup>.

Mais la Cour de cassation a fini par admettre la licéité de la cession de clientèle médicale, « à la condition que soit sauvegardée la liberté de choix du patient »<sup>9</sup>. L'arrêt consacre ainsi la reconnaissance d'un « fonds libéral » susceptible de cession et opère un revirement de jurisprudence. Il appartient toutefois aux juges du fond d'apprécier souverainement, dans chaque cas d'espèce, si la convention de cession porte ou non atteinte à cette liberté<sup>10</sup>, d'où une insécurité juridique.

#### b. Licéité de la prestation immatérielle

Ainsi, par exemple, serait nul pour illicéité de son objet l'engagement d'accomplir un fait illicite ou immoral, une prestation :

- contraire à la loi pénale, par ex. commettre un délit, un « contrat » pour assassiner telle personne...
- ou, plus généralement, à l'ordre public, par ex. travailler « au noir ».

<sup>1</sup> Houtcieff, *op. cit.*, n° 401 et suiv. ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 403.

<sup>2</sup> TGI Paris 3 juin 1969, *D.* 1970, *J.* 136 ; *Gaz. Pal.* 1969, 2, 57, pour une convention de tatouage d'une rose et d'une tour Eiffel sur une fesse, suivie d'exérèse de la partie tatouée – *cf.*, dans cette affaire : Civ. 1, 23 février 1972, n° 70-12490, *B. I.* n° 61 ; *JCP* 1972, II, 17135, où la nullité de la convention n'était plus discutée.

<sup>3</sup> Ass. plén. 31 mai 1991, n° 90-20105, *B. Ass. plén.*, n° 4 ; *G.A.*, t. I, n° 58, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; jurisprudence consacrée par l'article 16-7 du Code civil qui interdit, on l'a vu, « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui ».

<sup>4</sup> Civ. 1, 30 mai 2006, n° 04-17102, *B. I.* n° 273.

<sup>5</sup> Com. 24 septembre 2003, n° 01-11504, *B. IV.* n° 147 ; *D.* 2003, *A.J.* 2576, obs. J. Daleau ; *D.* 2003, *J.* 2683, note Ch. Caron ; *ibid.*, *somm.* 2762, obs. P. Sirinelli ; *JCP* 2004, I, 123, n° 15, obs. G. Loiseau.

<sup>6</sup> Civ. 1, 3 novembre 2004, n° 02-10880, *B. I.* n° 237 ; *RTD civ.* 2005, p. 125, n° 5, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2005, 263, obs. D. Mazeaud ; Civ. 1, 27 février 2013, n° 10-19133.

<sup>7</sup> Civ. 1, 7 février 1990, n° 88-18441, *B. I.* n° 38 ; Civ. 1, 3 juillet 1996, n° 94-13239, *B. I.* n° 287.

<sup>8</sup> Civ. 1, 7 juin 1995, n° 93-17099, *B. I.* n° 243 ; *D.* 1995, *J.* 560.

<sup>9</sup> Civ. 1, 7 novembre 2000, n° 98-17731, *B. I.* n° 283 ; *D.* 2001, *J.* 2400, note Y. Auguet ; *JCP* 2001, II, 10452, note F. Vialla ; *CCC* 2001, 18, note L. Leveneur ; *RTD civ.* 2001, p. 130, n° 2, obs. J. Mestre et B. Fages ; Civ. 1, 19 novembre 2002, n° 00-18339, *B. I.* n° 277 ; Civ. 1, 30 juin 2004, n° 99-20286, *B. I.* n° 195.

<sup>10</sup> Mêmes arrêts.

## 2. Conformité de l'opération contractuelle à l'ordre public

La notion de licéité de l'opération contractuelle n'est pas dénuée d'intérêt. Certes, sous l'empire du droit antérieur, on enseignait parfois que la notion d'objet du contrat aurait été inutile, car elle aurait fait double emploi avec celle d'objet de l'obligation : afin de s'assurer que le contrat respecte l'ordre public et les bonnes mœurs, il suffirait de vérifier que l'objet de l'obligation, c'est-à-dire la prestation ne heurte pas ces notions.

Cependant il existe des prestations qui, envisagées séparément, sont licites, mais dont l'association donne naissance à une opération illicite.

Ex. le transfert de sang ou le paiement d'une somme d'argent sont licites. Mais la conjonction des deux est illicite : seul le don du sang est autorisé.

Ex. entretenir des relations sexuelles avec autrui ou payer une somme d'argent sont licites. Mais la conjonction des deux est illicite : prostitution.

La licéité de l'opération contractuelle est donc bien une condition supplémentaire à la validité du contrat, venant s'ajouter à la licéité de l'objet de l'obligation. La notion compréhensive de « stipulations », utilisée dans l'article 1162 du Code civil, permet de les prendre toutes deux en compte.

## B. Conformité du but du contrat à l'ordre public

L'expression « but du contrat » évoque irrésistiblement la notion de cause<sup>1</sup>. Les anciens articles 1108, 1131 à 1133 du Code civil mentionnaient, de fait, une quatrième condition pour qu'un contrat fût valablement formé : une cause licite à l'obligation. Pour expliquer cette exigence, le jurisconsulte Oudot avait souligné que deux questions se posent à propos du contenu du contrat :

- « *Quid debetur ?* » (« Qu'est-ce qui est dû ? »), question se rapportant à l'objet de l'obligation.
- « *Cur debetur ?* » (« Pourquoi est-ce dû ? »), question se rapportant à la cause.

La cause est donc « l'intérêt de l'acte juridique pour son auteur »<sup>2</sup>, c'est-à-dire la raison pour laquelle les parties ont consenti à s'obliger, le but qu'elles ont poursuivi en s'engageant. Dans le sillage d'une tradition remontant à Domat, célèbre jurisconsulte du dix-septième siècle, le Code civil avait érigé l'existence d'une cause licite en condition de validité du contrat. Sauf dans des hypothèses tout à fait exceptionnelles, le droit français n'admettait pas en effet la validité de l'engagement abstrait, détaché de sa cause et, en tout cas, ne l'admettait pas en droit civil.

La notion de cause avait connu une évolution historique tumultueuse<sup>3</sup>, du droit romain au droit civil moderne jusqu'à la veille de la réforme issue de l'ordonnance du 10 février 2016.

### - Droit romain

Le droit romain n'était pas causaliste. C'était en effet un droit formaliste, ignorant l'autonomie de la volonté : on n'était pas engagé parce qu'on l'avait voulu, mais parce que la loi l'avait voulu (*ex nudo pacto non nascitur actio*). Dès lors que les formes étaient respectées, peu importait donc, en théorie du moins, les raisons pour lesquelles on avait voulu s'engager. Aussi, les solutions qu'on rattache aujourd'hui à la cause soit n'existaient pas, soit étaient rattachées à un autre principe<sup>4</sup>.

### - Ancien droit

<sup>1</sup> H. Capitant, *De la cause des obligations*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 1927, réimpr. La Mémoire du Droit, 2012, préf. D. Mazeaud ; J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris : LGDJ, 2006 ; D. Mazeaud « La cause », in : *1804-2004 Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 451 et suiv.

<sup>2</sup> Cornu, *Vocabulaire Henri Capitant*, v<sup>o</sup> « cause ».

<sup>3</sup> Capitant, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 40 et s. ; Ripert et Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. II, n<sup>o</sup> 284 et s. ; Marty et Raynaud, *Les obligations*, t. I, *Les sources*, n<sup>o</sup> 194 et s. ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n<sup>o</sup> 396 et s.

<sup>4</sup> Lévy et Castaldo, *Histoire du droit civil*, n<sup>o</sup> 571 ; Capitant, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 40 et s.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

La théorie de la cause fut édiflée au Moyen âge, chez les canonistes et chez les glossateurs<sup>1</sup>.

- canonistes : rejetant le formalisme du droit romain, les canonistes firent de l'obligation née d'un simple accord de volontés, un devoir de conscience : *pacta sunt servanda*. Le débiteur se rendait coupable d'une faute s'il venait à manquer à son engagement. Encore fallait-il rechercher si cet engagement était fondé : les raisons de s'engager ont-elles été suffisantes pour que le débiteur soit tenu en conscience de respecter la parole donnée ?
- glossateurs : ils ne se contentent pas d'une stipulation, mais veulent savoir pourquoi on a promis. Ils distinguent par ailleurs, plusieurs sortes de cause : d'une part, ils empruntent à Aristote<sup>2</sup> la distinction de la cause efficiente (qui produit un effet) et de la cause finale (but) ; d'autre part (Bartole, Balde), ils opposent la cause finale (*causa proxima*, nécessaire à la validité d'un legs) à la cause impulsive et déterminante (*causa remota*, indifférente à la validité d'un legs).

Au dix-septième siècle, Domat<sup>3</sup> systématisa la notion de cause. Pour lui, la cause est toujours la même dans chaque type de contrat : c'est la cause abstraite. Elle est objective et s'oppose aux motifs individuels, concrets, qui diffèrent d'un contractant à l'autre. La distinction sera reprise par Pothier au dix-huitième siècle<sup>4</sup>.

Pour définir la cause, Domat puis Pothier distinguaient suivant que le contrat est à titre onéreux ou à titre gratuit :

- Contrats à titre onéreux : « l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre... Ainsi l'obligation, qui se forme dans ces sortes de conventions, a toujours sa cause de la part de l'autre, et l'obligation serait nulle si dans la vérité elle était sans cause »<sup>5</sup>.
- Contrats à titre gratuit : « l'engagement de celui qui donne a son fondement sur quelque motif raisonnable et juste, comme un service rendu ou quelque autre mérite du donataire, ou le seul plaisir de faire du bien. Et ce motif tient lieu de cause de la part de celui qui reçoit et ne donne rien »<sup>6</sup>. La cause est donc en réalité l'*animus donandi* et les motifs individuels que le donateur a, à gratifier le donataire, sont indifférents.

#### – Code civil de 1804

Le Code civil ne consacrait guère que trois dispositions à la cause, qu'il n'avait, du reste, pas définie :

- Ancien article 1131 du Code civil, selon lequel le contrat sans cause ou dont la cause est illicite était entaché de nullité :
 

« L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet. »
- Ancien article 1132 du Code civil : relatif au billet non causé, dont la cause n'est pas exprimé, il posait une présomption d'existence de la cause.
- Ancien article 1133 du Code civil, qui précisait dans quels cas la cause est illicite :
 

« La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. »

Si les textes du Code civil étaient donc succincts sur la notion de cause, il n'est pas douteux que ses rédacteurs n'avaient pas entendu s'écarter de la position des juristes du dix-septième et du dix-huitième siècles. Effectivement, les formules qu'ils avaient employées dans les anciens articles 1131 à 1133, étaient inspirées de celles de Domat et Pothier.

#### – Doctrine du dix-neuvième siècle

Elle reprit et précisa la conception abstraite de la cause exposée par Domat<sup>7</sup> :

<sup>1</sup> Capitant, *op. cit.*, n° 57 et suiv. ; Ripert et Boulanger, *op. cit.*, t. II, n° 285 et s.

<sup>2</sup> Aristote, *Physique*, texte grec et trad. H. Carteron, *Les belles lettres*, II, 194 b, 23 et s. ; *Métaphysique*, texte grec W. Jaeger, Oxford Classical Texts, livre A, 983 a, 25-30, trad. M.-P. Duminil et A. Jaulin, Garnier Flammarion. Aristote expose que la cause s'entend en quatre sens différents, parmi lesquels les glossateurs en ont exploité plus particulièrement deux dans la science juridique : la cause efficiente, principe du mouvement, qui produit le changement de ce qui est changé, d'une part ; la cause finale, la fin en vue de laquelle quelque chose existe, d'autre part.

<sup>3</sup> J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, livre I, titre 1, section 1, n° 5 et 6 ; section 5, n° 13. Cf. Capitant, *op. cit.*, n° 78 et s. ; Ripert et Boulanger, *op. cit.*, t. II, n° 287.

<sup>4</sup> Pothier, *Traité des obligations*, n° 42. Cf. Capitant, *op. cit.*, n° 80 ; Ripert et Boulanger, *op. cit.*, t. II, n° 288.

<sup>5</sup> Domat, *op. cit.*, livre I, titre I, section 1, n° 5.

<sup>6</sup> Domat, *op. cit.*, livre I, titre I, section 1, n° 6.

<sup>7</sup> Ripert et Boulanger, *op. cit.*, t. II, n° 289-290.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

- Dans les contrats synallagmatiques, où il existe des obligations réciproques de chacune des parties envers l'autre, l'obligation de chacune des parties a pour cause l'objet de l'obligation de l'autre : les obligations réciproques se servent mutuellement de cause.

Ex. L'acheteur s'oblige à payer le prix pour que le vendeur lui transfère la propriété et lui livre la chose vendue ; le vendeur s'oblige à transférer la propriété de la chose et à la livrer, pour que l'acheteur lui en paie le prix. Peu importe les motifs, les raisons personnelles que l'un a eu de vouloir vendre et l'autre de vouloir acheter.

- Dans les contrats unilatéraux à titre onéreux, les classiques n'envisageaient que le contrat réel. La cause de l'obligation de l'une des parties est alors la remise de la chose qui a fait l'objet du contrat : l'emprunteur, le dépositaire s'engageant à restituer la chose prêtée, déposée, parce que celle-ci leur a été préalablement confiée. Peu importe, ici encore, les motifs : les raisons personnelles pour lesquelles l'emprunteur, par exemple, a voulu se procurer la chose.
- Dans les contrats à titre gratuit, la cause réside, pour les classiques, dans la volonté même de faire un sacrifice sans contrepartie, dans l'intention libérale (*animus donandi*). Les motifs demeuraient indifférents : il n'y a pas à se soucier, par exemple, des raisons pour lesquelles tel donateur a gratifié tel donataire.

Pour les auteurs du dix-neuvième siècle, la notion de cause était donc bien abstraite et objective. Certes, elle est une donnée psychologique, puisqu'elle répond à la question du « pourquoi » d'un engagement, laquelle question se rapporte à la volonté. Mais l'économie même du contrat suffit à la révéler, sans autre examen.

#### – Critique anti-causaliste

Selon plusieurs auteurs<sup>1</sup>, la cause serait une notion inexacte et inutile. Le juriste liégeois Ernst<sup>2</sup> fut le premier anti-causaliste. Ses thèses furent ensuite reprises par son compatriote gantois Laurent<sup>3</sup>. Le représentant le plus connu du courant anti-causaliste en France fut Planiol<sup>4</sup>.

- Inexactitude de la notion de cause

Cette inexactitude, d'après Planiol, est double : inexactitude historique, d'une part, car Domat a forgé de toutes pièces une notion inconnue du droit romain<sup>5</sup> ; inexactitude logique, d'autre part, si on examine la définition de la cause dans les différents types de contrats :

- Contrats synallagmatiques : les deux obligations du contrat synallagmatique naissant simultanément, il existe une impossibilité logique à ce que l'une serve de cause à l'autre, car un effet est nécessairement postérieur à sa cause. Les auteurs classiques se seraient ainsi enfermés dans un cercle vicieux : si chaque obligation devait être l'effet de l'autre, aucune ne pourrait jamais exister.
- Contrats réels : si la chose n'a pas été remise, ce n'est pas seulement la cause qui fait défaut ; en pareille hypothèse, il n'y a aucun contrat, celui-ci n'a pu se former.
- Contrats à titre gratuit : dès lors qu'on fait abstraction des motifs qui l'ont déterminée, l'intention libérale est une notion vide de sens, à moins de la confondre avec le consentement.

- Inutilité de la notion de cause<sup>6</sup>

L'ancien article 1131 du Code civil frappait de nullité le contrat en l'absence de cause, de fausse cause ou de cause illicite. En réalité, il n'y avait là que deux hypothèses : la fausse cause suppose une erreur du débiteur, qui a cru à une cause qui n'existait pas ; elle se ramène donc à un cas particulier d'absence de cause.

La question est donc de savoir si la notion classique de cause permettait d'annuler un contrat soit pour absence de cause, soit pour cause illicite. Or il n'en aurait rien été, car l'absence de cause se confondrait, suivant les cas, avec l'absence d'objet ou l'absence de consentement. Quant à la cause illicite, elle se confondrait avec l'objet illicite.

<sup>1</sup> Cf. le résumé des thèses anticausalistes et leur réfutation, *in* : Capitant, *op. cit.*, n° 12 et s. ; Ripert et Boulanger, *op. cit.*, t. II, n° 291.

<sup>2</sup> Ernst « La cause est-elle une condition essentielle pour la validité d'une convention ? », *in* : *Bibliothèque du juriste et du publiciste*, 1826, t. I, p. 250-264.

<sup>3</sup> F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. XVI, 1875, n° 111.

<sup>4</sup> Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n° 1037 et s.

<sup>5</sup> Cf. E. Chevreau « La cause dans le contrat en droit français : une interprétation erronée des sources du droit romain », *RDC* 2013/1, 11 et suiv.

<sup>6</sup> X. Lagarde « Sur l'utilité de la théorie de la cause », *D.* 2007, *Chr.* 740.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Il n'y a pas grand-chose à répondre aux critiques de Planiol visant l'inexactitude de la théorie classique de la cause, car elles sont largement fondées. En revanche, contrairement à ce que cet auteur soutient, la notion de cause avait une utilité<sup>7</sup>.

- la cause, même objectivement entendue, avait son utilité dans les contrats synallagmatiques, car elle seule permet d'expliquer que l'absence ou l'illicéité de l'objet de l'obligation entraîne la nullité du contrat dans son ensemble. L'exigence légale d'un objet de l'obligation existant et licite ne permet en effet de justifier la nullité que de la prestation dont l'objet fait défaut ou est illicite. Si le contrat synallagmatique est néanmoins annulé en son entier, c'est parce que l'absence ou l'illicéité de l'objet de l'une des obligations du contrat synallagmatique prive de cause l'obligation réciproque de l'autre partie ou rend illicite cette cause.
- Tant la doctrine classique que les anti-causalistes négligent le rôle que la cause pouvait jouer dans les contrats unilatéraux à titre onéreux autres que les contrats réels. Il existe en effet de tels contrats, dont l'exemple est la promesse de payer une somme d'argent. Or la remise d'une chose n'est pas une condition de formation de ces contrats, puisqu'ils ne sont pas réels – les contrats réels sont limitativement énumérés, les autres contrats sont consensuels. Ainsi, dans ces contrats unilatéraux et consensuels à titre onéreux, la nullité pour défaut de remise de la chose ne peut reposer que sur l'absence de cause.

Ex. Lorsqu'elle est consentie à titre onéreux, et non à titre gratuit, la promesse de payer une somme d'argent a pour cause l'extinction d'une dette préexistante. Le contrat sera donc nul pour fausse cause (erreur sur la cause) si l'auteur de la promesse n'était pas réellement débiteur. En effet, notre droit ne reconnaît en principe pas l'engagement abstrait, valablement indépendamment de l'existence d'une cause, détaché de sa cause.

- L'élargissement de la notion de cause aux motifs individuels pouvait redonner son utilité à la notion de cause dans les actes à titre gratuit.

– Néo-causalisme moderne

Tenant compte des griefs adressés par Planiol à la théorie classique de la cause abstraite, les auteurs modernes, tels Capitant<sup>2</sup>, Maury<sup>3</sup>, Josserand<sup>4</sup>, Ripert et Boulanger<sup>5</sup>, développèrent une conception dualiste de la cause. En effet la notion de cause, selon ces auteurs, différait suivant que le contrôle judiciaire portait sur l'existence de la cause (cause objective) ou sur sa licéité (cause subjective). Insensible aux critiques anti-causalistes, la jurisprudence, en revanche, accueillit la conception dualiste de la cause.

Se conformant à une terminologie doctrinale largement reçue<sup>6</sup>, la Cour de cassation distingua effectivement la cause de l'obligation ou cause-contrepartie et la cause du contrat, identifiée au motif déterminant<sup>7</sup>. Cette distinction faisait pendant à celle de l'objet de l'obligation et de l'objet du contrat, également disparue avec la réforme du 10 février 2016<sup>8</sup>.

- La cause objective ou cause de l'obligation était la contrepartie. On l'appelait encore cause abstraite, parce qu'elle est identique dans chaque type de contrat ou cause prochaine, immédiate (*causa proxima*).

Ex. dans la vente, la cause de l'obligation de l'acquéreur de payer le prix réside dans le transfert de la propriété et la livraison de la chose vendue.

Cette notion intervenait pour apprécier l'existence de la cause. La cause-contrepartie apparaissait comme un moyen pour le juge de protéger la partie la plus faible, d'éviter qu'elle ne s'engage sans raison envers l'autre partie. L'absence de cause, c'est-à-dire de contrepartie, entraînait en effet soit la nullité du contrat, soit même celle de la clause déséquilibrante, en application de l'ancien article 1131 du Code civil. Aujourd'hui ces solutions résultent des articles 1169 et 1170 du Code civil ; mais ceux-ci se bornent à les énoncer, sans les justifier juridiquement<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Mazeaud et Chabas, *Obligations*, n° 265 et 266.

<sup>2</sup> Capitant, *op. cit.*, *passim*.

<sup>3</sup> J. Maury, *Essai sur la notion d'équivalence en droit civil français*, thèse Toulouse, Jouve & Cie, 1920, *passim*.

<sup>4</sup> Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, n° 121 et s.

<sup>5</sup> Ripert et Boulanger, *op. cit.*, t. II, n° 292 et s.

<sup>6</sup> Marty et Raynaud, *Les obligations*, t. I, *Les sources*, n° 202 et s. ; Mazeaud et Chabas, *Obligations*, n° 263 et s. ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 300 et s. et n° 335 et s. ; Bénabent, *Droit des obligations*, n° 204 et s. ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 399-400.

<sup>7</sup> Civ. 1, 12 juillet 1989, n° 88-11443, *B. I.*, n° 293 ; *G.A.*, t. II, n° 183, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *JCP* 1990, II, 21546, note Y. Dagorne-Labbé ; *Defrénois* 1990, 358, obs. J.-L. Aubert.

<sup>8</sup> *Cf. supra*.

<sup>9</sup> *Cf. infra* : sous-section 3 « Équilibre du contrat ».

- La cause subjective ou cause du contrat était le motif impulsif et déterminant, à rechercher dans la psychologie d'une partie. Elle recevait encore, selon les auteurs, d'autres appellations : cause concrète, car les motifs ayant déterminé une partie à contracter, sont variables d'un contractant à l'autre ou cause lointaine, médiate (*causa remota*).

Ex. dans un bail, la cause de l'obligation du preneur de payer le loyer réside dans la jouissance de la chose louée (article 1719 du Code civil) – d'un appartement par ex. –, mais la cause du contrat peut être, pour le preneur (locataire), de s'y livrer à la prostitution ou d'y cacher de la drogue.

Cette notion était utilisée pour apprécier la licéité de la cause. L'illicéité – ou l'immoralité – de la cause entraînait en effet la nullité du contrat. La cause subjective était donc la notion à laquelle le juge se référait pour apprécier la conformité de la cause à l'ordre public et aux bonnes mœurs, exigée par l'ancien article 1133 du Code civil en liaison avec les anciens articles 1108 et 1131 du même code exigeant une cause licite pour la validité du contrat.

La notion permettait au juge d'atteindre des contrats, que les seuls recours à la notion d'illicéité de l'objet de l'obligation ou même de l'objet du contrat aurait laissé intacts. La cause du contrat rendait en effet possible, par la recherche des motivations des parties, un contrôle efficace et approfondi de la licéité de l'opération, alors que ce contrôle, lorsqu'il était fondé uniquement sur les notions d'objet de l'obligation, d'objet du contrat et de cause de l'obligation, demeurait superficiel<sup>1</sup>.

Ainsi la jurisprudence attribuait-elle un sens différent à la notion de cause selon le rôle qu'elle entendait lui faire jouer et l'employait-elle souvent de manière opportuniste. D'où les critiques dont la notion avait continué de faire l'objet. En outre, de nombreux droits européens ignorent cette notion<sup>2</sup>. C'est, en particulier, dit-on, le cas du droit allemand, où règne le principe que les raisons pour lesquelles quelqu'un s'oblige, sont indifférentes à la validité de son engagement<sup>3</sup>. En employant d'autres instruments techniques que la cause, la jurisprudence allemande parvient néanmoins à des solutions semblables à celles de la jurisprudence française.

L'avant-projet Catala de 2006 avait conservé la notion de cause, en consacrant dans l'ensemble les solutions jurisprudentielles obtenues sur le fondement de cette notion. Au contraire, les projets plus récents de réforme du droit des obligations avaient sacrifié cette notion sur l'autel de l'harmonisation européenne. Le projet de réforme du droit des contrats élaboré par la Chancellerie en 2008 a substitué la notion d'intérêt du contrat à celle de cause objective<sup>4</sup>. Le projet de réforme du droit des contrats, élaboré par un groupe de juristes sous la houlette de F. Terré en 2008 avait fait de même<sup>5</sup>. Mais on avait objecté pertinemment que la notion d'intérêt du contrat n'était pas plus précise que celle de cause et aurait soulevé les mêmes difficultés<sup>6</sup>.

L'ordonnance du 10 février 2016 a officiellement éliminé la cause des conditions de formation du contrat<sup>7</sup>. Les regrets exprimés par une partie de la doctrine à l'occasion de la diffusion du projet de la Chancellerie, s'attirèrent la répartie suivante: « on ne va pas mourir pour la cause » (*sic*). Celle-ci se voulait un trait d'esprit, mais elle relevait, à dire vrai, d'un humour douteux et peut-être involontaire. Elle évoquait en effet le fameux « Mourir pour Dantzig ? » de Marcel Déat, titre d'un article resté tristement célèbre pour avoir symbolisé le défaitisme français et la volonté corrélative d'abandonner la Pologne à son sort à l'orée de la seconde guerre mondiale, en présentant la défense de Dantzig comme une cause perdue d'avance<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, n° 120 et suiv. ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 405.

<sup>2</sup> Capitant, *op. cit.*, n° 82 et s.

<sup>3</sup> *Ibid.*, n° 83 et s. A dire vrai, cette présentation du droit allemand mériterait d'être fortement nuancée.

<sup>4</sup> Cf. not. A. Ghozi et Y. Lequette « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », *D.* 2008, *Chr.* 2609 ; Ch. Larroumet « De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat (à propos du projet de réforme du droit des contrats) », *D.* 2008, *Point de vue*, 2441 ; Ph. Malinvaud « Le 'contenu certain' du contrat dans l'avant-projet 'chancellerie' de code des obligations ou le 'stoemp' bruxellois aux légumes », *D.* 2008, *Point de vue* 2551 ; D. Mazeaud « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! », *D.* 2008, *chr.* 2675, n° 8 et suiv.

<sup>5</sup> F. Terré (dir.) « Pour une réforme du droit des contrats », *D.* 2008, *Entretien* 2992 ; du même auteur « La cause est entendue », *JCP* 2008, *Actu.* 609 ; D. Mazeaud « Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats », *D.* 2009, *Chr.* 1364, n° 10.

<sup>6</sup> X. Lagarde « Sur l'utilité de la théorie de la cause », *D.* 2007, *Chr.* 740 ; Ch. Larroumet « De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat (à propos du projet de réforme du droit des contrats) », *D.* 2008, 2441 ; O. Tournafond « Pourquoi il faut conserver la théorie de la cause en droit civil français », *D.* 2008, 2607.

<sup>7</sup> D. Mazeaud « Pour que survive la cause », *Dr. et patr.* octobre 2014, 38 et s. ; L. Aynès « La cause, inutile et dangereuse », *ibid.* 40 et s. ; Th. Génicon « Défense et illustration de la cause en droit des contrats. A propos du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2015, 1551.



Mais il ne faudrait pas déduire hâtivement de la disparition formelle de la notion de cause du titre III du livre III, que le droit français a cessé, en réalité, d'être causaliste. Les nouveaux textes codifient, en effet, pour l'essentiel, les solutions que la jurisprudence avait dégagées sur le fondement de la notion de cause. Si le terme a disparu, nombre de ses applications subsistent donc. Aussi le changement intervenu apparaît-il finalement davantage de vocabulaire que de fond<sup>1</sup>.

Lors des débats ayant précédé l'adoption de la loi de ratification du 20 avril 2018<sup>2</sup>, le garde des sceaux de l'époque, Mme Nicole Belloubet<sup>3</sup>, a effectivement déclaré :

« la notion de cause a été supprimée mais l'ensemble de ses fonctions sont désormais clairement consacrées dans le code civil (...) Dans l'ordonnance, le choix a été fait d'écarter formellement le terme, tout en prenant soin de consacrer, pour plus de prévisibilité, les fonctions attribuées à la cause par la jurisprudence ».

Et, comme l'a résumé plaisamment le rapporteur au Sénat de la loi du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016, « si la cause est sortie côté jardin, elle est rentrée côté cour ! »<sup>4</sup>

En interdisant au contrat de déroger à l'ordre public par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties, l'article 1162 du Code civil reprend effectivement, sous d'autres expressions, les solutions que la jurisprudence avait fondées sur la notion de cause du contrat. A la lumière, donc, des enseignements du droit antérieur, on précisera la notion de but du contrat dans les libéralités et les actes à titre onéreux, puis on expliquera comment s'effectue le contrôle sa conformité à l'ordre public.

## 1. Notion de but du contrat

La jurisprudence antérieure avait fini par retenir, *mutatis mutandis*, une définition semblable de la notion de cause du contrat dans les libéralités et dans les contrats à titre onéreux. Or le but du contrat, qui n'est pas défini par le législateur, doit recevoir la même définition que la cause du contrat, puisqu'il la remplace<sup>5</sup>.

### a. Le but du contrat dans les libéralités

On détaillera sa définition issue de la jurisprudence, avant de parler de son application la plus fréquente, concernant les libéralités entre concubins.

#### α) Définition du but du contrat dans les libéralités

<sup>8</sup> Y. Lequette « Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », *RDC* 2015, 616 et s. Nous assistons aujourd'hui à la multiplication de lâches et aveugles discours du même acabit, émanant surtout de démagogues soit de l'extrême-gauche, soit de l'extrême droite, pour s'opposer à un soutien à l'Ukraine, attaquée par la Russie comme la Pologne le fut par l'Allemagne nazi. Les gens n'apprennent décidément rien de l'histoire, si tant est qu'ils la connaissent.

<sup>1</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 404 ; C. Grimaldi « Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots – A propos du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2015, 814 ; G. Wicker « La suppression de la cause dans le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *D.* 2015, 1557 ; F. Chénéde « La cause est morte... vive la cause ? », *CCC* 2016, dossier 4 ; G. Wicker « De la survie des fonctions de la cause – Ébauche d'une théorie des motifs », *D.* 2020, 1906.

<sup>2</sup> Cf. Deshayes, Genicon et Laithier « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations... », *op. cit.*, n° 10, texte et note 20, et les réf.

<sup>3</sup> Examen en séance publique, 1<sup>re</sup> lecture à l'Assemblée nationale, 11 décembre 2017 ; dans le même sens, déclaration de M. François Pillet, rapporteur, examen en séance publique, 1<sup>re</sup> lecture au Sénat, 17 octobre 2017 : « (...) Le contenu et le but renvoient aux fonctions de la cause, de sorte que la jurisprudence ne se trouvera pas bouleversée (...) Cela ne mérite peut-être pas que l'on modifie l'ordonnance sur ce point (...) J'espère, Mme Mélot, vous avoir au moins rassurée sur le fait que, dans l'ombre, la cause existe encore, et je vous invite en conséquence à retirer l'amendement n° 10 rectifié » ; déclaration de M. Sacha Houlié, rapporteur, examen en séance publique, 1<sup>re</sup> lecture à l'Assemblée nationale, 11 décembre 2017 : « De la notion de cause, nous avons enlevé les éléments qui étaient difficiles pour les étudiants en droit, tout en en conservant l'essence. Si la cause disparaît formellement, plusieurs des fonctions traditionnelles sont conservées, et même consacrées (...) On retrouvera donc dans le code civil une traduction de la notion de cause sans avoir à s'embarasser de son objet, quasiment indéfinissable ».

<sup>4</sup> Déclaration précitée de M. François Pillet.

<sup>5</sup> Houtcieff, *op. cit.*, n° 469 ; Bénabent, *op. cit.*, n° 186-187 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 406.

Dans les libéralités, la cause du contrat était la cause impulsive et déterminante, selon l'expression de Josserand<sup>1</sup>. Elle résidait, en d'autres termes, dans le motif déterminant et concret ayant déterminé le disposant, par opposition à l'*animus donandi*, l'intention libérale abstraite. Peu importait que ce motif fût ou non connu du gratifié<sup>2</sup>. Pour que le contrat fût valable, ce motif ne devait pas être entaché d'illicéité ou d'immoralité. L'ordonnance du 10 février 2016 n'a rien changé à cet égard, si ce n'est la terminologie : le motif déterminant s'identifie au « but du contrat », et non plus à la « cause », terme désormais banni.

Ces principes sont, à la vérité, applicables non seulement à la donation, qui est un contrat entre vifs, mais encore au testament, acte juridique unilatéral prenant effet au décès du testateur. On rappellera, à cet égard, que les actes juridiques, qu'ils soient conventionnels ou unilatéraux, obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats. Cette règle traditionnelle est désormais inscrite, on s'en souvient, dans l'article 1100-1, alinéa 2, du Code civil.

### β) Application : libéralités entre concubins

L'application la plus fréquente de l'illicéité ou de l'immoralité du motif déterminant du disposant concernait les libéralités entre concubins, adultères ou non, à propos desquelles la jurisprudence a connu une évolution radicale.

Selon la Cour de cassation, les concubins ne sont frappés d'aucune incapacité légale de donner ou recevoir dans leurs rapports mutuels<sup>3</sup>. Dès lors, le seul fait que l'auteur d'une libéralité entretienne des relations intimes et même adultères avec le bénéficiaire de cette libéralité, ne suffisait pas à invalider cette dernière<sup>4</sup>. La Cour de cassation avait effectivement établi une subtile distinction reposant sur les motifs qui inspiraient la libéralité, donation ou testament<sup>5</sup> :

- La cause était licite et la libéralité valable, si elle était inspirée par le souci de respecter un devoir moral, de conscience<sup>6</sup> : par exemple exprimer sa gratitude pour les soins prodigués pendant la maladie du disposant<sup>7</sup> ou pour l'aide apportée à celui-ci dans une activité professionnelle<sup>8</sup>, assurer les vieux jours de la concubine en réparant le dommage causé par la rupture<sup>9</sup>.
- La cause était illicite et la libéralité nulle, si elle avait pour but soit l'établissement, le maintien ou la reprise de relations intimes hors mariage<sup>10</sup>, soit, pire encore, directement leur rémunération (*pretium stupri*)<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, n° 123 et s., not. n° 124.

<sup>2</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 527 ; Houtcieff, *Droit des contrats*, n° 472.

<sup>3</sup> Req. 26 mars 1860, *D.P.* 60, 1, 255 ; *S.* 60, 1, 321 ; Req. 2 juillet 1866, *D.P.* 66, 1, 378 ; *S.* 66, 1, 356 ; Civ. 1, 6 octobre 1959, n° 57-12.609, *B. I.*, n° 383 ; *D.* 1960, *J.* 515, note Ph. Malaurie ; *JCP* 1959, II, 11305, note P. Esmein. Il en allait différemment dans l'Ancien Droit (article 132 de l'ordonnance du 15 janvier 1629, dite « Code Michau »).

<sup>4</sup> Req. 8 juin 1926, *D.P.* 1927, 1, 113, note R. Savatier ; Civ. 20 juillet 1936, *D.H.* 1936, 441 ; Civ. 1, 16 octobre 1956, *B. I.*, n° 353.

<sup>5</sup> Req. 8 juin 1926, Civ. 1, 6 octobre 1959, préc. ; Civ. 1, 14 novembre 1961, n° 59-12.988, *B. I.*, n° 526 ; *RTD civ.* 1962, 374, obs. R. Savatier ; Civ. 1, 4 novembre 1982, n° 81-15738, *B. I.*, n° 319. Cf. Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, n° 124 et n° 129-132.

<sup>6</sup> Civ. 1, 16 octobre 1956, Civ. 1, 6 octobre 1959, Civ. 1, 14 novembre 1961, préc. ; Civ. 1, 16 octobre 1967, *JCP* 1967, II, 15287, note R. Savatier.

<sup>7</sup> Civ. 1, 14 novembre 1961, Civ. 1, 16 octobre 1967, Civ. 1, 4 novembre 1982, préc.

<sup>8</sup> Civ. 1, 14 novembre 1960, n° 58-11.304, *B. I.*, n° 494.

<sup>9</sup> Req. 8 juin 1926, Civ. 20 juillet 1936, Civ. 1, 16 octobre 1956, Civ. 1, 6 octobre 1959, Civ. 1, 16 octobre 1967, préc.

<sup>10</sup> Req. 2 février 1853, *D.P.* 53, 1, 57 ; Civ. 1, 8 octobre 1957, *B. I.*, n° 359 ; *D.* 1958, *J.* 317, note P. Esmein ; Civ. 1, 31 mai 1958, arrêt n° 2, *B. I.*, n° 276 ; Civ. 1, 6 janvier 1964, n° 62-10.542, *B. I.*, n° 12 ; Civ. 1, 5 mai 1964, n° 61-10 103, *B. I.*, n° 231 ; Civ. 1, 6 juillet 1965, n° 63-13.699, *B. I.*, n° 443 ; Civ. 2, 10 janvier 1979, n° 77-11357, *B. I.*, n° 10 ; Civ. 1, 8 novembre 1982, n° 81-13815, *B. I.*, n° 321.

<sup>11</sup> Civ. 14 novembre 1940, *D.H.* 1940, 174 ; Civ. 1, 5 mai 1964, préc.

Symptomatique de l'influence exercée par la règle morale sur le droit positif des obligations<sup>1</sup>, cette jurisprudence était toutefois critiquée, en raison de son incertitude<sup>2</sup>. En effet, il était difficile de distinguer, entre les motifs, celui qui avait déterminé la libéralité. La recherche s'effectuait donc *in concreto* par les juges du fond, auxquels la Cour de cassation avait reconnu un pouvoir souverain. Il en résultait une insécurité juridique et un contentieux nourri, attendu que les solutions n'étaient guère prévisibles.

Aussi la première Chambre civile<sup>3</sup>, puis l'Assemblée plénière<sup>4</sup> de la Cour de cassation revinrent-elles sur cette jurisprudence. L'Assemblée plénière affirma, en effet :

« n'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs la libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère »<sup>5</sup>.

Pour justifier ce revirement de jurisprudence, on a invoqué l'évolution des mœurs et l'aspiration à une sécurité juridique accrue<sup>6</sup>. Mais les commentateurs lui ont opposé deux séries d'objections :

- D'une part, en effet, si l'évolution des mœurs peut avoir fait perdre son caractère immoral au motif déterminant d'une libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère, ce motif n'en reste pas moins illicite. En effet, aux termes de l'article 212 du Code civil, les époux se doivent mutuellement fidélité. L'adultère demeurant ainsi une faute civile, la libéralité motivée par une relation adultère est bien illicite<sup>7</sup>.
- D'autre part, la prostitution continue d'être regardée comme contraire aux bonnes mœurs et le recours aux services d'une prostituée est même désormais illicite et pénalement sanctionné<sup>8</sup>. Or une libéralité destinée principalement ou exclusivement à établir, maintenir ou reprendre des relations hors mariage équivalent à la rémunération, d'un commun accord, d'une prestation sexuelle<sup>9</sup>. Elle ne se distingue donc pas d'un contrat passé entre une prostituée et son client, dont personne ne conteste pourtant qu'en droit positif, il soit entaché de nullité pour immoralité et illicéité de son objet et aussi de son but.

#### b. Le but du contrat dans les actes à titre onéreux

Dans les contrats à titre onéreux, le but du contrat s'entend également du motif déterminant, auquel la doctrine et la jurisprudence avaient identifié la cause du contrat. Si le motif ayant déterminé une partie à contracter est illicite ou immoral, le contrat encourt l'annulation, alors même que l'autre partie en aurait ignoré l'existence.

<sup>1</sup> Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n° 25.

<sup>2</sup> R. Savatier, *Le droit, l'amour et la liberté*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1963, pp. 142-145.

<sup>3</sup> Civ. 1, 3 février 1999, n° 96-11946, *B. I.*, n° 43 ; *G.A.*, t. I, n° 34, obs. très critiques F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *D.* 1999, *J.* 267, rapp. X. Savatier, note J-P. Langlade-O'Sughrue ; *ibid.*, *somm.* 307, obs. critiques M. Grimaldi ; *JCP* 1999, II, 10083, note M. Billiau et G. Loiseau, arrêt à la motivation encore non dénuée d'ambiguïté.

<sup>4</sup> Ass. plén. 29 octobre 2004, n° 03-11238, *B. plén.*, n° 12 ; *G.A.*, t. I, n° 35, obs. très critiques F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *BICC* n° 612, 1<sup>er</sup> février 2005, rapport Bizot, conclusions D. Allix ; *D.* 2004, 3175, note D. Vigneau ; *JCP* 2005, II, 10011, note F. Chabas ; *CCC* 2005, n° 40, note L. Leveneur ; M. Lamarche « Sexe, bonnes mœurs et libéralités », *RLDC* déc. 2004, p. 41. *Cf.* le débat : « Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats ? », *RDC* 2005, 1273.

<sup>5</sup> Ass. plén. 29 octobre 2004, préc. ; dans le même sens : Civ. 1, 25 janvier 2005, n° 96-19878, *B. I.*, n° 35 ; *RTD civ.* 2005, p. 439, n° 2, obs. critiques M. Grimaldi.

<sup>6</sup> Savatier, rapp. préc.

<sup>7</sup> L. Leveneur « Une libéralité consentie pour maintenir une relation adultère peut-elle être valable ? », *JCP* 1999, I, 152 ; Y. Lequette « Quelques remarques à propos des libéralités entre concubins », in : *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, LGDJ, 2001, p. 547 et s., spéc. p. 552 ; Terré, Lequette et Chénéde, obs. préc., in : *G.A.*, t. I, n° 34 et 35, n° 8-9 ; *contra* : Ch. Larroumet « La libéralité consentie par un concubin adultère », *D.* 1999, *Chr.* 351 ; rapp. de l'opinion émise par M. Larroumet, à propos d'une convention de courtage matrimonial : Civ. 1, 4 novembre 2011, n° 10-20114, *B. I.*, n° 191 ; *D.* 2012, 59, note R. Libchaber ; *RDC* 2012, 383, obs. Y.-M. Laithier et 473, obs. D. Fenouillet ; *AJF* 2011, 613, obs. F. Chénéde ; *JCP* 2012, *Act.* 9, note D. Bakouche ; *ibid.*, 2012, 31, obs. F. Lamarche et 63, obs. M. Mekki ; *Gaz. Pal.* 2012, n° 11, p. 19, obs. D. Houtcieff ; *CCC* 2012, *comm.* 76, note G. Raymond.

<sup>8</sup> Article 611-1 du Code pénal : « Le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir des relations de nature sexuelle d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, en échange d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5<sup>e</sup> classe. Les personnes physiques coupables de la contravention prévue au présent article encourent également une ou plusieurs des peines complémentaires mentionnées à l'article 131-16 et au second alinéa de l'article 131-17. »

<sup>9</sup> Terré, Lequette et Chénéde, obs. préc.

α) Motif déterminant

Le but du contrat réside dans le mobile individuel d'une quelconque des parties, à la condition qu'il soit le motif déterminant de son consentement<sup>1</sup>. Ce motif déterminant est celui en l'absence duquel une partie ne se serait pas engagée<sup>2</sup>. S'il est illicite ou immoral, le contrat est nul pour illicéité de son but, on disait naguère pour illicéité de la cause du contrat.

Ex. Vente de matériel d'occultisme afin de permettre l'exercice du métier de deviner et de pronostiquer<sup>3</sup>, contrat de présentation d'une clientèle d'astrologue<sup>4</sup>. La cause est illicite, bien que ces activités, prohibées à l'époque de la conclusion du contrat, aient cessé de l'être ultérieurement<sup>5</sup>.

Ex. Prêt destiné à l'acquisition d'une maison de tolérance<sup>6</sup> ou bien à permettre à un joueur de continuer une partie<sup>7</sup>.

Ex. contrat de participation aux dépenses électorales d'un parti politique au plan national, dont le motif déterminant était l'investiture politique en qualité de candidat de ce parti<sup>8</sup>.

Souvent, néanmoins, la partie qui s'engage dans les liens d'un contrat, obéit à plusieurs motifs. Il convient alors d'effectuer un tri parmi eux. La jurisprudence a été confrontée à cette difficulté non seulement en matière de libéralités entre concubins<sup>9</sup>, mais encore dans les actes à titre onéreux.

En principe, le juge doit alors rechercher si le motif illicite ou immoral a bien été déterminant du consentement, et se désintéresser des mobiles accessoires, secondaires. L'annulation du contrat pour contrariété de son but à l'ordre public n'est, en effet, encourue que si le motif sans lequel la partie n'aurait pas consenti au contrat, est illicite ou immoral. Les juges du fond disposent, à cet égard, d'un pouvoir souverain d'appréciation.

Plusieurs auteurs<sup>10</sup> ont néanmoins souligné la part de verbalisme que cette analyse comporte. En effet, les ressorts de la volonté sont complexes et parfois insondables. L'affirmation selon laquelle tel motif a été déterminant du consentement, à l'exclusion des autres, est donc souvent arbitraire. En pratique, le juge convaincu de l'immoralité ou de l'illicéité d'un motif, aura tendance à le qualifier de déterminant, simplement parce qu'il est répréhensible, afin de pouvoir prononcer la nullité du contrat<sup>11</sup>.

β) Motif, le cas échéant, ignoré de l'autre partie<sup>12</sup>

La jurisprudence antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 a, à cet égard, évolué dans le sens d'un renforcement de son contrôle sur les conventions entachées d'un but immoral ou illicite.

La Cour de cassation avait paru exiger initialement que le motif illicite ou immoral fût commun aux deux parties, convenu entre elles, pour que le contrat encourût l'annulation en application des

<sup>1</sup> Civ. 1, 12 juillet 1989, préc.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Civ. 1, 10 février 1998, n° 96-15275, B. I, n° 49, D. 2000, J, 442, note L. Gannagé ; JCP 1998, II, 10142, note B. Fages ; RTD civ. 1998, p. 669, obs. J. Mestre.

<sup>5</sup> Sur la discussion de cette solution, cf. Gannagé, *op. cit.* ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 524.

<sup>6</sup> Req. 1<sup>er</sup> avril 1895, D.P. 95, 1, 263.

<sup>7</sup> Req. 4 juillet 1892, D. P. 92, 1, 500.

<sup>8</sup> Civ. 1, 22 juin 2004, n° 01-02819.

<sup>9</sup> Cf. *supra* : a. « Le but du contrat dans les libéralités », β) « Application : libéralités entre concubins ».

<sup>10</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 526 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *Droit des obligations*, n° 302 ; M. Défossez « Réflexions sur l'emploi des motifs comme cause des obligations », RTD civ. 1985, p. 529 et suiv., n° 23 ; Terré, Lequette et Chénéde, obs. ss. Civ. 1, 12 juillet 1989 et Civ. 1, 7 octobre 1998, in : *G.A.*, t. II, n° 156, n° 23 et n° 158, n° 4.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> A. Weill « Connaissance d'un motif illicite ou immoral déterminant et exercice de l'action en nullité », in : *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Presses universitaires de Toulouse, 1978, p. 1165 et suiv. ; O. Tournafond « L'influence du motif illicite ou immoral sur la validité du contrat », D. 1999, Chr. 237 ; Billiau, *op. cit.*, *loc. cit.*

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

anciens articles 1131 et 1133 du Code civil<sup>1</sup>. Défendue par Capitant<sup>2</sup>, cette solution avait semblé être notamment consacrée par un arrêt de la première section Civile du 4 décembre 1956<sup>3</sup>.

Puis la jurisprudence avait assoupli cette condition, en se contentant de la simple connaissance par l'autre partie du motif illicite ou immoral, sans exiger que ce motif ait été, à proprement parler, convenu entre les parties, pour en déduire la nullité du contrat pour illicéité ou immoralité de la cause<sup>4</sup>.

Cette jurisprudence exigeant, au minimum, une connaissance, par l'autre partie, du motif illicite ou immoral poursuivi était dictée par un souci de protection du contractant de bonne foi et de sécurité juridique. Il aurait été en effet injuste de faire supporter à un cocontractant de bonne foi les conséquences d'une annulation imputable à la poursuite, par l'autre partie, d'un motif illicite.

La condition n'a jamais été, en revanche, exigée dans les libéralités, où l'ignorance du gratifié du mobile illicite poursuivi par l'auteur de la libéralité est, on l'a vu<sup>5</sup>, traditionnellement considérée comme ne faisant pas obstacle à l'annulation du contrat. En effet, l'impératif de stabilité du contrat est moins impérieux quand l'acte est à titre gratuit que lorsqu'il est à titre onéreux : alors que le bénéficiaire de la libéralité lutte pour conserver son gain, celui qui a été partie à une opération onéreuse cherche à éviter une perte.

Pendant, la Cour de cassation aligna finalement le régime de la cause du contrat dans les actes à titre onéreux sur celui de la cause du contrat dans les libéralités. Elle opéra en effet un revirement à propos des contrats à titre onéreux, dans un arrêt de principe de la première Chambre civile du 7 octobre 1998<sup>6</sup>, aux termes duquel :

« Un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale, même lorsque l'une des parties n'a pas eu connaissance du caractère illicite ou immoral du motif déterminant de la conclusion du contrat ».

Ce revirement de jurisprudence a été justifié par l'opportunité d'un contrôle renforcé de la licéité de l'opération et de la moralité du contrat, en ouvrant la possibilité au cocontractant de bonne foi de demander l'annulation. En effet, si la jurisprudence antérieure protégeait le cocontractant de bonne foi lorsqu'il était défendeur à l'annulation pour cause illicite, en revanche elle l'empêchait de solliciter cette annulation. Dans cette dernière hypothèse, elle se retournait donc contre la partie qu'on avait voulu protéger. Tel avait été le cas dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 4 décembre 1956.

On remarquera que les frontières de la notion de cause avaient ainsi été toujours reculées plus loin pour étendre le contrôle judiciaire : à la subjectivisation de la notion de cause de l'obligation<sup>7</sup> avait répondu une subjectivisation croissante de la notion de cause du contrat<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Req. 1er avril 1895, *D.P.* 95, 1, 263.

<sup>2</sup> Capitant, *De la cause des obligations*, n° 112.

<sup>3</sup> Civ. 1, 4 décembre 1956, *B. I.*, n° 439 ; *JCP* 1957, II, 10008, note J. Mazeaud ; *RTD civ.* 1957, 329, obs. H. et L. Mazeaud : la Cour de cassation approuvait une décision d'avoir refusé de prononcer l'annulation d'un contrat de bail pour cause illicite, au motif que « les juges du fond ont constaté que la preuve n'est pas rapportée que lors de la passation du bail, comme lors de sa prorogation conventionnelle, les parties aient convenu de l'exploitation dans les lieux loués d'une maison de tolérance ». La note de Jean Mazeaud sous cet arrêt évoquait uniquement, il est vrai, la nécessité d'un motif illicite connu de l'autre partie. Mais il n'était pas rapporteur de l'arrêt et avait signé sa note simplement, si l'on ose dire, en qualité de président de Chambre à la cour d'appel de Paris.

<sup>4</sup> Civ. 1, 12 juillet 1989, préc. : la Cour de cassation approuve les juges du second degré d'avoir annulé le contrat litigieux pour illicéité de la cause du contrat, au motif que le cocontractant « exerçait la même profession de parapsychologue que Mme Guichard, qu'il considérait comme sa disciple ; qu'il ne pouvait donc ignorer que la vente de matériel d'occultisme à celle-ci était destinée à lui permettre d'exercer le métier de devin ; que la cour d'appel n'avait donc pas à rechercher si M. Pirmamod connaissait le mobile déterminant de l'engagement de Mme Guichard, une telle connaissance découlant des faits de la cause ».

<sup>5</sup> *Cf. supra* : a. « Le but du contrat dans les libéralités ».

<sup>6</sup> Civ. 1, 7 octobre 1998, n° 96-14359, *B. I.*, n° 285 ; *G.A.*, t. II, n° 185, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *D.* 1998, 563, concl. J. Sainte-Rose ; *ibid.* 1999, *Somm.* 110, obs. Ph. Delebecque ; *JCP* 1998, II, 10202, note M.-H. Maleville ; *ibid.* 1999, I, 114, n° 1, obs. Ch. Jamin ; *Deffrénois* 1998, 1408, obs. D. Mazeaud.

<sup>7</sup> *Cf. infra* : sous-section 3 « L'équilibre du contenu contractuel ».

<sup>8</sup> Terré, Lequette et Chénéde, obs. préc. ss. Civ. 1, 7 octobre 1998, *G.A.*, t. II, n° 185, n° 10.

En énonçant que le contrat ne peut déroger à l'ordre public par son but, que celui-ci ait été connu ou non de toutes les parties, l'article 1162 du Code civil entérine l'évolution jurisprudentielle. Cependant la solution actuelle présente l'inconvénient exactement inverse de l'ancienne, puisque désormais, le cocontractant de bonne foi est exposé à l'annulation du contrat à la demande de la partie dont les motifs étaient illicites. Pour y remédier, on a proposé<sup>1</sup> :

- soit de recourir aux règles de la responsabilité civile pour faute : le contractant de bonne foi, auquel son partenaire impose la nullité d'un contrat qu'il a conclu en étant guidé par un motif illicite inavoué, pourrait agir en responsabilité extracontractuelle, pour obtenir réparation du préjudice que l'anéantissement du lien contractuel lui a occasionné (article 1178, alinéa 4, du Code civil) ;
- soit de faire application de la règle *nemo auditur*<sup>2</sup>, en paralysant le jeu des restitutions consécutives à l'annulation du contrat au détriment du cocontractant *turpis* demandeur à la nullité. Toutefois, la maxime ne s'appliquant, selon la jurisprudence dominante, qu'aux contrats immoraux<sup>3</sup>, est impuissante à protéger le contractant de bonne foi dans les contrats illicites *stricto sensu*<sup>4</sup>.

## 2. Contrôle de la conformité du but du contrat à l'ordre public

Ce contrôle soulève deux questions : celle du moment d'appréciation du motif déterminant et celle de la preuve de son illicéité.

### a. Moment d'appréciation du motif déterminant

L'ordre public peut changer entre le jour de la conclusion du contrat et celui où le juge apprécie la conformité de son but à l'ordre public. Ainsi en va-t-il lorsque la loi pénale cesse d'incriminer un comportement, par exemple l'art de la divination, la pratique de l'astrologie... Dans un tel cas, selon la Cour de cassation, la licéité du motif déterminant doit s'apprécier au jour de la conclusion du contrat<sup>5</sup>. Cette solution se justifie par le principe de la non rétroactivité de la loi nouvelle, en vertu duquel les conditions de validité d'un acte juridique s'apprécie au jour de sa conclusion<sup>6</sup>.

Toutefois, l'ordre public n'a pas nécessairement pour source une loi<sup>7</sup>. Un contrat encourt donc la nullité pour illicéité de son but, quand bien même le législateur n'aurait consacré le principe d'ordre public auquel il contrevient, que postérieurement à la date de la conclusion de ce contrat<sup>8</sup>.

### b. Preuve du motif déterminant

Il convient d'examiner la charge de la preuve, puis son administration.

<sup>1</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 303 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 527 ; Bénabent, *op. cit.*, n° 187 ; Weill, *op. cit.*, p. 1173 ; Terré, Lequette et Chénéde, obs. préc. ss. Civ. 1, 7 octobre 1998, *G.A.*, t. II, n° 185, n° 12.

<sup>2</sup> Sur cette maxime, *cf. infra* : chap. III « La nullité, sanction des conditions de formation du contrat », section 2 « Effets de la nullité ».

<sup>3</sup> *Cf. infra* : chap. III.

<sup>4</sup> Terré, Lequette et Chénéde, obs. préc. ss. Civ. 1, 7 octobre 1998, *G.A.*, t. II, n° 185, n° 12.

<sup>5</sup> Civ. 1, 10 février 1998, n° 96-15275, *B. I.*, n° 49, *D.* 2000, J, 442, note L. Gannagé ; *JCP* 1998, II, 10142, note B. Fages ; *RTD civ.* 1998, p. 669, obs. J. Mestre, préc. ; Com. 31 mars 2009, n° 08-10244. *Cf.*, pour l'appréciation du moment de l'existence de la cause : Civ. 1, 19 juin 2008, n° 06-19753, *B. I.*, n° 174 ; *D.* 2008, *A.J.* 1825, obs. X. Delpech ; *D.* 2008, *pan.* 2369, obs. C. Creton ; *JCP* 2008, II, 10150, note A. Constantin.

<sup>6</sup> Pour une discussion de la solution en l'occurrence, *cf.* Gannagé, *op. cit.* ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 524.

<sup>7</sup> Civ. 4 décembre 1929, *G.A.*, t. I, n° 17, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *D.H.* 1930, 50 ; *S.* 1931, 1, 49, note P. Esmein, préc.

<sup>8</sup> Civ. 1, 29 octobre 2014, n° 13-19729, *B. I.*, n° 178, préc. : contrat contrevenant au principe selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort ; la consécration législative de ce principe, par l'article 16-1-1 du Code civil, était postérieure à la date de conclusion de ce contrat.

α) Charge de la preuve

La situation normale est la conformité des contrats à l'ordre public *stricto sensu* et à la morale. Tout contrat est donc présumé avoir un but licite, et c'est au demandeur à la nullité de rapporter la preuve contraire, à savoir que le motif ayant déterminé une partie à contracter était contraire à l'ordre public<sup>1</sup>.

β) Administration de la preuve

En principe, la preuve contre ou outre le contenu aux actes écrits doit se rapporter par écrit (article 1359, alinéa 2, du Code civil)<sup>2</sup>. Mais la jurisprudence a toujours admis que la preuve de l'immoralité ou de l'illicéité de la cause du contrat pouvait se rapporter par tous moyens, peu important qu'il faille, à cet effet, combattre ou non les énonciations d'un acte écrit qui mentionnerait inexactement une cause licite<sup>3</sup>. En effet, on admet traditionnellement que la preuve de la fraude est libre<sup>4</sup> : *fraus omnia currumpit*. Le demandeur à l'annulation sera donc recevable à se prévaloir de présomptions et d'indices propres à établir l'état d'esprit de la partie déterminée à contracter par un motif illicite ou immoral.

Longtemps, la jurisprudence avait retenu néanmoins un système restrictif en matière de libéralités. Elle exigeait que la preuve de l'illicéité ou de l'immoralité ressortît textuellement et intrinsèquement de l'acte, pour en prononcer l'annulation. Mais elle a abandonné ce système dit de la « preuve intrinsèque » au début du vingtième siècle<sup>5</sup>. Depuis, la preuve de l'illicéité ou de l'immoralité du motif du disposant peut donc être rapportée par tous moyens, comme c'est le cas en matière d'actes à titre onéreux.

## Sous-section 3 : Équilibre du contrat<sup>6</sup>

Deux formes possibles de déséquilibre se rencontrent dans un contrat. En effet, le déséquilibre peut être soit global, entre les prestations de chacune des parties au moment de la formation du contrat, soit tenir à certaines clauses du contrat, qui imposent à l'une des parties des conditions léonines, abusives.

La question se pose alors de savoir si, pour être valable, le contrat doit être juste, c'est-à-dire équilibré. Or la justice sociale s'oppose à la liberté contractuelle. Aussi, en principe, en droit français, l'équilibre du contrat n'en est pas une condition de validité : l'article 1128 du Code civil n'exige qu'un contenu licite et certain. Certaines règles tempèrent néanmoins ce principe, soit en sanctionnant un déséquilibre contractuel global trop flagrant par la nullité du contrat, soit en interdisant les clauses accessoires gravement déséquilibrantes.

### § 1 L'équilibre global du contrat<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Civ. 1, 21 juin 2005, préc.

<sup>2</sup> Ancien article 1341, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil.

<sup>3</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 529.

<sup>4</sup> La règle était naguère inscrite à l'ancien article 1353 du Code civil. En dépit du fait que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont bêtement omis de la reprendre dans les nouveaux textes, son maintien, fondé sur un principe général de droit, ne fait aucun doute.

<sup>5</sup> Civ. 2 janvier 1907, *G.A.*, t. I, n° 142, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *D. P.* 1907, 1, 137, note A. Colin ; *S.* 1911, 1, 585, note A. Wahl ; dans le même sens : Civ. 1, 31 mai 1958, *B. I.*, n° 276.

<sup>6</sup> V. Lasbordes, *Les contrats déséquilibrés*, thèse Toulouse, préf. C. Saint-Alary Houin, PUAM, 2000.

<sup>7</sup> L. Thibierge « Le juste prix », in : *Liberté, justesse, autorité – Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Aynès*, Lextenso LGDJ, 2019.

Le déséquilibre entre les prestations au moment de la formation du contrat à titre onéreux est, en principe, indifférent à sa validité. Mais il en va différemment s'il va jusqu'à priver la partie qui s'engage, de la contrepartie convenue dans un tel contrat. Seule l'existence de cette contrepartie est donc exigée pour la validité d'un tel contrat, et non l'équivalence entre les prestations de chacune des parties, sauf exceptions.

## A. Contrat synallagmatique lésionnaire

La lésion est un déséquilibre tenant au prix, soit trop bas, soit trop haut, par rapport à la chose ou à la prestation fournie en contrepartie. Ce déséquilibre des prestations existe au moment de la formation du contrat<sup>1</sup>. La lésion s'oppose ainsi à l'imprévision, rupture d'équilibre entre les prestations survenu en cours d'exécution du contrat, par suite d'une variation des circonstances économiques ou des données monétaires.

La possibilité de remettre systématiquement en cause d'un contrat lésionnaire soulèverait des difficultés, car l'idée de justice, qui la justifierait, se heurte à celle, antagoniste, de sécurité des affaires. Comme l'a écrit Georges Ripert<sup>2</sup> :

« Le problème le plus grave que soulèvent les rapports du droit et de la morale dans le contrat est assurément celui de la lésion ; c'est aussi le plus connu et peut-être le plus insoluble. »

- Histoire

Le droit romain interdisait à l'origine toute prise en considération de la lésion, en raison de son formalisme : on était irrémédiablement lié par la formule prononcée ou par la remise de la chose, peu important que le contrat fût, ou non, équilibré. Il s'orienta cependant progressivement vers une prise en compte de la lésion, mais à des conditions restrictives. Il ouvrit en effet la rescision pour lésion au mineur de vingt-cinq ans, ainsi qu'au vendeur d'immeuble, pourvu qu'il y eût *laesio enormis*, c'est-à-dire très importante.

L'Ancien droit connut une évolution défavorable à la prise en compte de la lésion. Si, en effet, les canonistes l'avaient largement admis au nom de l'idée de justice, on en revint progressivement au système romain.

Le Droit intermédiaire supprima la rescision pour lésion, puis la restaura. Effectivement, la dépréciation considérable des assignats ayant entraîné la multiplication des actions en rescision, la loi du 14 fructidor an III supprima ces actions. Mais la loi du 19 floréal an VI les rétablit.

Le Code civil n'admit la rescision pour lésion que de manière limitée, par crainte d'une instabilité contractuelle et parce qu'elle est en contradiction avec la philosophie de l'époque, qu'Alfred Fouillée a résumée dans le célèbre aphorisme : « Qui dit contractuel dit juste »<sup>3</sup>. Les rédacteurs du Code civil retinrent corrélativement une conception subjective de la lésion, dont ils traitèrent à l'ancien article 1118, à la suite des trois vices du consentement que sont l'erreur, le dol et la violence et dans une division consacrée au consentement<sup>4</sup>. Pour eux, en effet, une partie dont la volonté est libre et éclairée ne pouvant, par hypothèse même, souscrire à un contrat déséquilibré, la lésion fait présumer un vice du consentement. Or la lésion relève, en réalité d'une philosophie différente. Elle est un vice objectif, et non un vice du consentement. Aussi bien l'article 1168 du Code civil, qui remplace l'ancien article 1118, a-t-il été inséré dans la sous-section consacrée au « contenu du contrat », et non dans celle relative au « consentement ».

- Droit comparé

Contrairement au droit français, les droits suisse, allemand et polonais, notamment, autorisent, d'une manière générale, la contestation d'un contrat lésionnaire, mais à la double condition, d'une part, que la lésion soit manifeste et, d'autre part, qu'elle ait été déterminée par l'exploitation de la situation de faiblesse de l'autre partie.

Aux termes, en effet, de l'article 21 du Code des obligations suisse :

« En cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience. »

<sup>1</sup> Civ. 3, 17 juin 2009, n° 08-15055, B. III, n° 153 ; D. 2009, J. 2588, note G. Chantepie.

<sup>2</sup> Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n° 61.

<sup>3</sup> Cf. *supra* : chap. préliminaire « Notions générales sur le contrat ».

<sup>4</sup> F. Chénéde « Napoléon Bonaparte, lésion et violence », *RDC* 2014, 527.



Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Et, aux termes du § 138 du B.G.B. :

„(1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.  
(2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.“

Enfin, aux termes de l'art. 388 k.c. :

« § 1. Jeżeli jedna ze stron, wyzyskując przymusowe położenie, niedołość lub niedoświadczenie drugiej strony, w zamian za swoje świadczenie przyjmuje albo zastrzega dla siebie lub dla osoby trzeciej świadczenie, którego wartość w chwili zawarcia umowy przewyższa w rażąco stopniu wartość jej własnego świadczenia, druga strona może żądać zmniejszenia swego świadczenia lub zwiększenia należnego jej świadczenia, a w wypadku gdy jedno i drugie byłoby nadmiernie utrudnione, może ona żądać unieważnienia umowy.  
« § 2. Uprawnienia powyższe wygasają z upływem lat dwóch od dnia zawarcia umowy. »

On rappellera que le nouvel article 1143 du Code civil fait de l'abus de faiblesse une forme élargie de violence, entraînant la nullité de la convention. Il n'appréhende donc pas l'abus de faiblesse comme une forme de lésion qualifiée, mais comme un vice du consentement, approche qu'une partie de la doctrine a critiquée<sup>1</sup>. Néanmoins l'opposition entre le droit français, d'une part, et les droits suisse, allemand et polonais, d'autre part, doit être nuancée. Si, en effet, le législateur français n'admet exceptionnellement la lésion que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, il le fait, en réalité, en raison de la situation de faiblesse dans laquelle il présume qu'une des parties se trouve<sup>2</sup>. Il poursuit donc un objectif comparable à celui des trois étrangers précédemment évoqués – protéger une partie contre l'autre –, mais en usant d'une technique juridique différente.

On traitera successivement du domaine de la lésion, de sa nature et de ses sanctions.

## 1. Domaine de la lésion

Certains contrats sont, par hypothèse même, insusceptibles d'être affectés de lésion. Dans les autres contrats, où la lésion peut se rencontrer, le droit français ne la sanctionne qu'à titre exceptionnel.

### a. Contrats insusceptibles de lésion

La lésion ne peut jamais se rencontrer dans les contrats à titre gratuit et dans les contrats aléatoires<sup>3</sup>. En revanche, non seulement les contrats synallagmatiques, mais encore les contrats unilatéraux à titre onéreux sont susceptibles d'être lésionnaires, quoique les termes de l'article 1168 du Code civil pourraient, au premier abord, en faire douter.

#### α) Contrats à titre gratuit

Dans les contrats à titre gratuit, il y a bien déséquilibre, mais un déséquilibre qui a été délibérément voulu et qui est la manifestation même de la gratuité. La partie qui procure gratuitement un avantage à l'autre n'en attend pas de contrepartie, selon l'article 1107, alinéa 2, du Code civil. La question d'une équivalence de la contrepartie à l'engagement ne se pose donc pas<sup>4</sup>.

#### β) Contrats aléatoires

Dans les contrats aléatoires, d'une part, l'existence ou l'étendue de la prestation dépendant d'un événement incertain, il est impossible d'apprécier l'équivalence des prestations, d'autre part, les

<sup>1</sup> Cf. *supra* : section 1 « Le consentement », sous-section 2 « L'intégrité du consentement », § 3 « La violence », C. « Peu importe l'auteur de la violence », 2. « Violence par abus de dépendance ».

<sup>2</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 438 ; F. Chénéde « Napoléon Bonaparte, lésion et violence », *RDC* 2014, 527, n° 46.

<sup>3</sup> Cf. *supra* : chap. préliminaire « Notions générales », § 2 « Classification des contrats »

<sup>4</sup> Civ. 1, 16 juillet 1959, *B. I.*, n° 360 : est irrecevable l'action en rescision pour lésion d'une vente immobilière à un prix relativement modique, dès lors que « le vendeur » était animé d'un esprit de libéralité envers « l'acquéreur ». En réalité, le contrat conclu était une donation indirecte, et non une vente.

parties ont accepté de courir un risque de perte, dans l'espoir d'une chance de gain. Dès lors, « l'aléa chasse la lésion »<sup>1</sup>.

L'ordonnance du 10 février 2016 confirme implicitement ce principe. En effet, d'après l'article 1108, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, ce n'est que dans un contrat commutatif que chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est « regardé comme l'équivalent » de ce qu'elle reçoit. En revanche, dans les contrats aléatoires, d'après l'article 1108, alinéa 2, les parties ne recherchent pas un équivalent, mais acceptent, en s'obligeant, de courir un risque de perte en contrepartie d'une chance de gain. La lésion, défaut d'équivalence entre les prestations, n'est donc concevable que dans un contrat commutatif.

En revanche, l'aléa doit exister ; sinon le contrat aléatoire est dépourvu de contrepartie et encourt la nullité sur le fondement de l'article 1169 du Code civil<sup>2</sup>. Le juge pourrait alors aussi le requalifier en contrat commutatif, rescindable pour lésion dans les cas exceptionnels où la loi l'admet<sup>3</sup>.

#### γ) Contrats unilatéraux à titre onéreux ?

Aux termes de l'article 1168 du Code civil :

« Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement. »

L'article 1168 du Code civil, sur lequel on va revenir un peu plus bas, n'affirme l'indifférence de la lésion que dans les contrats synallagmatiques. Ainsi le législateur a-t-il estimé que par définition même, elle ne pouvait se rencontrer dans les contrats unilatéraux. A ses yeux, en effet, la lésion supposerait des prestations réciproques, dont l'équivalence fait défaut, comme cela ne peut arriver que dans un contrat synallagmatique.

Certes, la lésion se rencontre le plus souvent dans ce type de contrat. Mais la lésion peut, malgré tout, se produire aussi dans des contrats unilatéraux réels, notamment dans le prêt à intérêt lorsque le taux d'intérêt stipulé est excessif<sup>4</sup>. La position adoptée par le législateur dans l'article 1168 est donc discutable.

En revanche, il ne faudrait pas interpréter l'article 1168 *a contrario*, en déduisant du fait qu'il n'affirme l'indifférence de la lésion que dans les contrats synallagmatiques, qu'elle serait, en revanche, cause de nullité des contrats unilatéraux<sup>5</sup> ! L'emploi de l'argument *a contrario* n'est en effet légitime que pour remonter à un principe incontesté<sup>6</sup>. Or, en la matière, le principe traditionnel est que, d'une manière générale, le contrat à titre onéreux lésionnaire est valable. Un argument *a contrario* conduisant à proclamer, au contraire, le principe de la nullité des contrats à titre onéreux unilatéraux doit donc être écarté.

#### b. Contrats valables malgré leur caractère lésionnaire

L'article 1168 du Code civil pose le principe de la validité du contrat synallagmatique malgré le défaut d'équivalence entre les prestations, « à moins que la loi n'en dispose autrement ». Déjà l'ancien article 1118 du Code civil énonçait ce principe en des termes différents :

<sup>1</sup> Bénabent, *Droit des obligations*, n° 195. Cf. *supra* : chap. préliminaire « Notions générales sur le contrat », section 3 « Classifications des contrats », § 3 « Classifications fondées sur le contenu du contrat », D. « Contrats commutatifs et contrats aléatoires », 2. « Intérêts de la distinction », a. « L'aléa chasse la lésion ».

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Civ. 3, 10 juin 1998, n° 94-11778, B. III, n° 125.

<sup>4</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 429.

<sup>5</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 429 ; Dissaux et Jamin, *op. cit.*, article 1168.

<sup>6</sup> Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. I, 7<sup>e</sup> éd. par A. Ponsard, Librairies techniques, 1964, n° 170, p. 315, citant Merlin de Douai, *Rép. et Quest.*, v° Argument *a contrario sensu* ; Carbonnier, *Droit civil*, t. I, n° 156 ; Cornu, *Introduction au droit*, n° 414.

« La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes ».

La raison d'être de ce principe est aisée à percevoir<sup>1</sup>. Dans une société libérale, chacun est le meilleur juge de ses intérêts. Aussi le juste prix est-il celui que les parties ont accepté de payer. Admettre une remise en cause systématique des contrats commutatifs à titre onéreux au nom de la justice, motif pris d'un déséquilibre objectif entre les prestations, ruinerait la sécurité juridique. Ce n'est donc que dans des cas limités que le législateur ou, par extension, la jurisprudence peuvent exceptionnellement admettre une telle remise en cause.

Innovation de l'ordonnance du 10 février 2016, l'article 1143 du Code civil permet, il est vrai, à la partie victime d'une lésion de se prévaloir de la nullité du contrat, dès lors que son cocontractant a abusé de l'état de dépendance dans laquelle elle se trouvait envers lui et en l'absence duquel elle n'aurait pas contracté<sup>2</sup>. Sans doute doit-elle établir que son consentement a été vicié. Mais, sous cette réserve, et pourvu que cette lésion soit suffisamment caractérisée, sous la forme d'un « avantage manifestement excessif » que l'autre partie en retire, l'article 1143 du Code civil autorise la prise en compte de la lésion dans tout contrat, au profit de l'une quelconque des parties, et non pas seulement dans la vente immobilière ou les quelques ventes mobilières où la rescision pour lésion est admise par la loi. L'article 1143 du Code civil généralise ainsi indirectement le champ d'application restreint de la lésion et confère le pouvoir au juge d'apprécier si l'importance de celle-ci justifie l'annulation du contrat, sans être lié par une proportion que le législateur a imposée à l'avance, comme dans la vente immobilière, notamment, où la lésion du vendeur doit être des sept douzièmes pour rendre la vente rescindable (article 1674 du Code civil).

Cette disposition ne prive pas pour autant les dispositions légales particulières relatives à la lésion dans la vente de leur intérêt, loin s'en faut. En effet, l'article 1143 ne peut s'appliquer que si le contractant lésé se trouve en état de dépendance vis-à-vis de l'autre partie – et non vis-à-vis d'un tiers ou en raison d'une situation de faiblesse ou d'un état de nécessité. En outre, serait-on tenté d'ajouter, l'article 1143 exige que l'autre partie ait abusé de l'état de dépendance. L'avantage manifestement excessif retiré de l'état de dépendance ne serait donc pas suffisant pour entraîner l'annulation du contrat. Toutefois, on l'a vu, la doctrine est divisée se divise quant à la question de savoir si l'abus de dépendance et l'avantage manifestement excessif sont deux conditions cumulatives distinctes ou bien si l'abus doit se déduire de l'avantage manifestement excessif<sup>3</sup>.

Malgré son champ d'application général quant aux contrats, l'article 1143 du Code civil est appelé à ne jouer que rarement<sup>4</sup>, semble-t-il, en raison de l'exigence d'un état de dépendance d'une partie envers l'autre.

### c. Contrats rescindables ou révisables pour lésion

A dire vrai, le droit français contemporain témoigne d'un interventionnisme accru du législateur ou de la jurisprudence, soucieux de lutter contre les déséquilibres contractuels au détriment de la partie la plus faible. Les parties ne sont en effet pas toujours également armées pour défendre efficacement leurs intérêts. Aussi le principe d'indifférence de la lésion connaît-il aujourd'hui de notables tempéraments : initialement fort restreint, le domaine où la lésion est sanctionnée, s'est étendu ultérieurement, sous l'effet de lois postérieures au Code civil et de la jurisprudence.

#### α) Domaine d'admission de la lésion dans le Code civil

<sup>1</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 429.

<sup>2</sup> Cf. *supra* : section 1 « Le consentement des parties », sous-section 2 « L'intégrité du consentement », § 4 « La violence », C. « Peu importe l'auteur de la violence », 2. « Violence par abus de dépendance ».

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> B. Fages « La conclusion du contrat et les vices du consentement dans la loi de ratification du 20 avril 2018 », in : *Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018*, RDC 2018/hors série, p. 15 et suiv., n° 18 ; D. Mazeaud « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », D. 2018, 912, n° 15.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Selon l'ancien article 1118 du Code civil, la lésion ne viciait la convention qu'à l'égard de certaines personnes, pour tous contrats, d'une part, dans certains contrats, pour les personnes capables, d'autre part. Ces hypothèses de lésion subsistent de nos jours.

- A l'égard de certaines personnes, pour tous contrats

Ce sont des personnes, que le législateur a estimé devoir protéger contre la conclusion de contrats déséquilibrés, quand bien même elles auraient eu la capacité de le passer :

- le mineur non émancipé pour les actes courants (article 1149, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil), en application de l'adage *minor restituitur non tanquam minor sed tanquam laesus* ;
- le majeur placé sous la sauvegarde de la justice (article 435, alinéa 2, du Code civil) ;
- le majeur en tutelle ou en curatelle, ayant accompli seul un acte qu'il pouvaient faire sans la représentation ou l'assistance de la personne chargée de sa protection (article 465, 1<sup>o</sup>, du Code civil) ;
- le majeur ou le mineur émancipé sous mandat de protection future (article 488, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil).

- Dans certains contrats, pour les personnes capables

Le Code civil vise deux types d'actes juridiques, où la lésion mérite d'être sanctionnée, pour des motifs particuliers.

- La vente d'immeuble (article 1674 du Code civil), au profit du seul vendeur si la lésion est de plus des sept douzièmes (7/12<sup>e</sup>), c'est-à-dire si le prix de vente est inférieur au cinq douzièmes (5/12<sup>e</sup>) de la valeur réelle de l'immeuble.

Seules les ventes immobilières peuvent être rescindées pour lésion, à l'exclusion des ventes mobilières<sup>1</sup>, d'une part. L'action en rescision n'est ouverte qu'au vendeur, d'autre part : l'article 1683 du Code civil dénie expressément l'action à l'acquéreur.

Motifs historiques : les codificateurs entendaient défendre la propriété immobilière et estimaient que le vendeur était en position d'infériorité. En effet, si on peut être parfois contraint de vendre par besoin d'argent, on n'est jamais obligé d'acheter.

Cependant, conformément aux principes généraux, une vente immobilière aléatoire n'est pas rescindable pour lésion, car « L'aléa chasse la lésion ». Tel est le cas, normalement, de la vente d'immeuble consentie moyennant le paiement une rente viagère<sup>2</sup>. Aux termes de l'article 1976 du Code civil, de fait :

« La rente viagère peut être constituée au taux qu'il plaît aux parties contractantes de fixer. »

L'action en rescision pour lésion redevient néanmoins ouverte au vendeur, selon la jurisprudence, lorsque les circonstances donnent au juge le moyen de déterminer la valeur des obligations soumises à aléa<sup>3</sup>. Dans cette hypothèse, en effet, malgré les apparences, le contrat est, en réalité, commutatif<sup>4</sup>.

- Le partage (article 889 du Code civil), si la lésion est de plus du quart. En effet, « l'égalité est l'âme des partages ». Il est donc impératif de la faire respecter.

<sup>1</sup> Com. 9 octobre 1990, n° 88-14344 : cassation, pour violation de l'article 12 du Code de procédure civile et de l'ancien article 1134 du Code civil, du jugement d'un tribunal de commerce, qui avait procédé à une « réfaction » d'une vente commerciale de matériaux, en diminuant le prix exigé par le fournisseur, au motif que « les prix pratiqués » par ce dernier « paraissent trop élevés par rapport aux normes en vigueur et qu'il semble donc conforme à des considérations d'équité de pratiquer une réfaction de 30 % ».

<sup>2</sup> Cf. par ex. Req. 6 mai 1946, *D.* 1946, *J.* 287 ; *RTD civ.* 1946, 324, obs. J. Carbonnier ; Civ. 3, 30 octobre 1969, n° 68-13.437, *B.* III, n° 707 ; Civ. 3, 12 décembre 1973, n° 72-14244, *B.* III, n° 629 ; Civ. 3, 5 novembre 2008, n° 07-17106.

<sup>3</sup> Req. 22 novembre 1937, *D.P.* 1939, 1, 81, 1<sup>re</sup> espèce, note R. Savatier ; Civ. 28 février 1951, *D.* 1951, 309 ; Civ. 3, 3 octobre 1968, n° 65-12292, *B.* III, n° 363 ; Civ. 3, 25 janvier 1978, n° 76-15199, *B.* III, n° 55.

<sup>4</sup> Civ. 3, 3 octobre 1968, préc.

### β) Extension ultérieure du domaine d'admission de la lésion

Des lois postérieures ont procédé directement à cette extension et la jurisprudence l'a fait indirectement.

- Extension directe par la loi

A une prohibition au cas par cas dans certains contrats spécifiques s'est ajoutée, récemment, une prohibition potentiellement générale dans les relations commerciales.

- Prohibition spécifique de la lésion dans certains contrats

La lésion est sanctionnée dans les contrats suivants :

- Contrat d'assistance ou de sauvetage maritime (loi de 1916, aujourd'hui article L. 5132-6, 2°, du Code des transports).
- Vente d'engrais ou amendements<sup>1</sup>, de semences et plants destinés à l'agriculture, de substances<sup>2</sup> destinées à l'alimentation des animaux de ferme (article 1<sup>er</sup> de la loi du 8 juillet 1907 modifiée par la loi du 10 mars 1937), au profit de l'acheteur s'il est victime d'une lésion de plus du quart (¼) (article 1<sup>er</sup> de la loi). L'acquéreur peut obtenir non pas la rescision du contrat, mais une diminution de prix et des dommages-intérêts (article 1<sup>er</sup> précité).

L'action est enfermée dans un délai de quarante jours à dater de la livraison et demeure recevable nonobstant l'emploi partiel ou total des matières livrées (article 2 de la loi). Elle relève de la compétence du tribunal judiciaire, chambre de proximité s'il en existe une (article 761, 2°, du Code de procédure civile et tableau IV-2 annexé au code de l'organisation judiciaire combinés), du domicile de l'acquéreur. La procédure est donc orale et sans ministère d'avocat obligatoire (articles 761 et 817 du Code de procédure civile). Corrélativement le tribunal judiciaire statue à juge unique (article R 212-8, 19°, du Code de l'organisation judiciaire).

On trouve très peu d'applications pratiques de ces dispositions légales.

- Cession du droit d'exploitation dans la propriété littéraire et artistique s'il y a lésion de plus des sept douzièmes (7/12<sup>e</sup>) au détriment de l'auteur cédant (article L. 131-5, I, du Code de la propriété intellectuelle). Le texte permet alors la révision des « conditions de prix » de la cession, à la demande du cédant.

Ce texte n'a vocation à jouer que rarement. En effet, il suppose que la cession de droit soit conclue moyennant un prix forfaitaire. Or, en principe, la rémunération de l'auteur est proportionnelle « aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation » (article L. 131-4 du Code de la propriété intellectuelle). Elle ne peut être forfaitaire que dans des cas limitativement énumérés (même texte).

Le dispositif légal présente, de prime abord, une double originalité<sup>3</sup>. D'une part, il semble admettre la lésion dans une vente au caractère aléatoire marqué, dès lors qu'on peut difficilement prévoir quel succès l'œuvre rencontrera. Or, normalement, « l'aléa chasse la lésion ». D'autre part, d'après le texte, la lésion ne s'apprécie pas seulement au moment de la formation du contrat, mais au regard des résultats « en considération de l'ensemble de l'exploitation par le cessionnaire », faisant apparaître « une prévision insuffisante des produits de l'œuvre ». Il consacre donc une révision pour imprévision, plutôt que pour lésion. C'est ce qui explique son application à un contrat aléatoire, dans lequel la lésion est, par définition même, inconcevable<sup>4</sup>.

Mais, en outre, depuis une loi du 14 mai 2021, lorsque la rémunération de l'auteur est proportionnelle, l'article L. 131-5, II, du Code de la propriété intellectuelle dispose :

« L'auteur a droit à une rémunération supplémentaire lorsque la rémunération proportionnelle initialement prévue dans le contrat d'exploitation se révèle exagérément faible par rapport à l'ensemble des revenus ultérieurement tirés de l'exploitation par le cessionnaire. »

<sup>1</sup> Il s'agit, selon le texte, des amendements qui font l'objet de la loi n° 79-595 du 13 juillet 1979, et seulement de ceux-là.

<sup>2</sup> Ce terme doit s'entendre dans le sens restrictif de substances assimilables à des engrais, tels les tourteaux et les produits fabriqués, par opposition aux aliments naturels, tels que le foin ou la paille, dont le cultivateur doit connaître le prix, sans qu'il y ait besoin de le faire bénéficier d'une protection particulière (Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. X, par Hamel, n° 388). Autrement, le législateur n'aurait pas employé le mot, de prime abord déroutant, de « substances ».

<sup>3</sup> Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, n° 47.

<sup>4</sup> Cf. *supra* : a. Contrats insusceptibles de lésion », β) « Contrats aléatoires ».

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Cette disposition consacre donc également le droit à la révision judiciaire pour imprévision de l'auteur, lorsqu'il a cédé ses droits moyennant une rémunération proportionnelle « exagérément faible ».

- Prohibition du taux usuraire dans le prêt d'argent (article L. 314-6 du Code de la consommation, mais dont le champ d'application ne semble pas restreint aux rapports entre professionnels et consommateurs et s'étendre aux prêts à finalité professionnelle).
- Prohibition potentiellement générale de la lésion dans certaines relations commerciales

Le législateur a esquissé une prohibition générale de la lésion dans les relations commerciales. En effet, l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce dispose :

« Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services » :  
(...)  
« 2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »

La notion de « déséquilibre significatif » est empruntée à la définition de la clause abusive inscrite à l'article L. 212-1, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de la consommation et se retrouve désormais dans l'article 1171 du Code civil déclarant non écrites les clauses non négociables créant un tel déséquilibre dans les contrats d'adhésion<sup>1</sup>. Mais, ici, le déséquilibre visé peut être global, puisqu'il réside dans « les obligations » imposées par une partie à son partenaire commercial, et non imputable à une clause particulière, réputée de ce chef abusive. Il en résulte que le législateur semble aussi avoir envisagé la lésion, le déséquilibre économique, financier, et non uniquement le déséquilibre juridique lié à une clause qu'il suffirait d'éliminer, comme dans l'article 1171 du Code civil ou la protection des consommateurs contre les clauses abusives.

Cette généralisation implicite de l'interdiction de la lésion concerne des contrats conclus entre commerçants ou peut-être, par extension, entre commerçants et consommateurs, ce qui aurait pu poser un problème de chevauchement avec l'article 1171 du Code civil. Une telle superposition aurait été fâcheuse, car les deux textes prévoient une sanction différente : responsabilité civile pour l'article L. 442-1, I, 2°, clause réputée non écrite dans l'article 1171 du Code civil. Mais la Cour de cassation a écarté tout risque d'interférence, en décidant que l'article 1171 du Code civil n'est applicable qu'aux contrats ne relevant pas des articles L. 442-6 du Code de commerce et L. 212-1 du Code de la consommation<sup>2</sup>. Elle en a ainsi considérablement rétréci le champ d'application.

- Extension indirecte par la jurisprudence

L'article 1168 du Code civil n'envisage d'exceptions au principe d'indifférence de la lésion que d'origine légale. Cependant la jurisprudence antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 avait également contribué à l'extension des cas où la lésion est prise en considération. Le législateur de 2016 ayant entendu, pour l'essentiel, codifier à droit constant, il est douteux qu'il ait cherché à remettre en cause cette jurisprudence, malgré les termes de l'article 1168<sup>3</sup>.

Certes, selon la Cour de cassation, les juges du fond ne sauraient se comporter en « ministres d'équité » et rétablir l'équivalence des prestations en augmentant celle d'un contractant et en diminuant celle de l'autre<sup>4</sup>. Mais, tout en se refusant à contredire ouvertement l'ancien article 1118 du Code civil, la Cour de cassation n'en avait pas moins apporté indirectement divers tempéraments à celui-ci :

- Réduction du prix de cession des offices ministériels<sup>5</sup>, au motif que ces cessions intéressent l'ordre public. La jurisprudence entend, en effet, éviter que le cessionnaire ne soit tenté

<sup>1</sup> Cf. *infra* : § 2 « L'équilibre des clauses accessoires ».

<sup>2</sup> Com. 26 janvier 2022, n° 20-16782 (B), *RDC* 2022/2, p. 144, obs. S. Gerry-Vernières.

<sup>3</sup> Cf. *supra* : sous-section 1 « Certitude du contenu contractuel », § 1 « Déterminabilité de l'objet de la prestation », B. « Prestation consistant dans le paiement d'une somme d'argent », 2. « Exceptions : validité des contrats cadre et contrats de prestation de service malgré l'indétermination du prix », b. « Contrôle judiciaire du droit de fixer unilatéralement le prix », β) « Sanction de l'abus du droit de fixer unilatéralement le prix ».

<sup>4</sup> Cf. par ex. Com. 9 octobre 1990, n° 88-14.344 ; *RTD civ.* 1991, p. 113, n° 4, obs. J. Mestre.

<sup>5</sup> Req. 13 juin 1910, S. 1913, 1, 347.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

d'user de procédés irréguliers pour augmenter les produits d'une charge payée à un prix excessif.

Il s'agit d'un élargissement prétorien traditionnel du champ d'application de la lésion dans la vente, ayant indirectement contredit les termes restrictifs de l'ancien article 1118 du Code civil. En dépit des termes tout aussi restrictifs de l'actuel article 1168 du Code civil, qui a remplacé l'ancien article 1118, cette jurisprudence devrait se maintenir.

- Réduction des honoraires des mandataires et agents d'affaires<sup>1</sup>, solution étendue ultérieurement à d'autres prestataires de services, intervenant dans le cadre d'un contrat de louage d'ouvrage, et non plus d'un mandat : architectes<sup>2</sup>, avocats<sup>3</sup>, notaires, expert-comptables<sup>4</sup>, détectives privés<sup>5</sup>, généalogistes, etc....

Le contrat de révélation de succession<sup>6</sup> est une convention *sui generis* par laquelle un généalogiste propose à un héritier de lui révéler une succession à laquelle il est appelé, en contrepartie du paiement d'une quote-part de cette succession. La rémunération est ainsi proportionnelle au montant de la succession et non à l'importance du service rendu : elle est forfaitairement fixée à l'avance, sous la forme d'une quote-part de la succession.

Dans un premier temps, la Cour de cassation avait exclu la réduction de la rémunération, au motif que le contrat serait aléatoire<sup>7</sup>. En effet, le généalogiste prend le risque que sa recherche ne aboutisse pas (recherches antérieures à la conclusion du contrat pouvant se révéler infructueuses, héritier *ab intestat* privé de ses droits par un testament postérieur dont le généalogiste ignorait l'existence, succession grevée d'un passif imprévu retirant tout caractère profitable à l'opération, etc...)<sup>8</sup>.

Mais elle a fini par reconnaître au juge du pouvoir de réduire cette rémunération lorsque celle-ci apparaît exagérée au regard du service rendu<sup>9</sup>, au motif que seul le généalogiste supportant un aléa, le contrat n'était pas aléatoire au sens de l'article 1104, alinéa 2, du Code civil<sup>10</sup>. Les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain quant à l'étendue de la réduction en contemplation de la nature et de l'importance du service rendu<sup>11</sup>.

Le fondement de la réduction des honoraires de ces mandataires, agents d'affaires et autres prestataires de services est incertain.

On a pu invoquer l'article 1986 du Code civil, posant le principe de la gratuité du mandat. Mais ce fondement textuel a été critiqué<sup>12</sup>. D'une part, en effet, l'article 1986 n'est qu'une disposition supplétive de volonté ; d'autre part, l'explication ne permet pas de justifier la réduction des honoraires dans d'autres contrats que le mandat, essentiellement des contrats d'entreprise – louages d'ouvrage (médecin, détective, expert-comptable, etc...) : ceux-ci mettent à la charge du prestataire de services une obligation de faire, mais pas nécessairement le pouvoir d'accomplir des actes juridiques au nom du cocontractant, comme le mandat (article 1984 du Code civil).

<sup>1</sup> Civ. 29 janvier 1867, *D.P.* 67, 1, 53 ; *S.* 67, 1, 245 ; *G.A.*, t. II, n° 315, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *Com.* 23 janvier 1962, n° 59-11.039, *B.* III, n° 52.

<sup>2</sup> Civ. 1, 4 mars 1958, *B.* I, n° 129 ; *D.* 1958, *J.* 495.

<sup>3</sup> Quand bien même les honoraires auraient été forfaitairement convenus à l'avance (Civ. 1, 3 mars 1998, n° 95-15799, *B.* I, n° 85 ; *JCP* 1998, I, 159, n° 29, obs. critiques R. Martin et II, 10116, note J. Sainte-Rose ; *RTD civ.* 1998, 404, obs. P.-Y. Gautier ; Civ. 2, 19 février 2009, n° 07-21518), à la condition qu'ils apparaissent exagérés au regard du service rendu (Civ. 2, 13 mars 2003, n° 01-15933, *B.* II, n° 59 ; Civ. 2, 4 juillet 2007, n° 06-14633, *B.* II, n° 185).

<sup>4</sup> Civ. 1, 3 juin 1986, n° 85-10486, *B.* I, n° 150 ; *JCP* 1987, II, 20791, note A. Viandier.

<sup>5</sup> Civ. 1, 4 octobre 1989, n° 87-19193, *B.* I, n° 301.

<sup>6</sup> L. Leveneur « Une application du concept de bien-information : pour un renouvellement de l'approche du contrat de révélation de succession », in : *Etudes offertes à Pierre Catala : Le droit privé à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Litec, 2001, p. 771 et suiv.

<sup>7</sup> Civ. 1<sup>re</sup> sect. civ., 17 avril 1956, *B.* I, n° 169 ; *D.* 1956, *J.* 427 ; Civ. 1<sup>re</sup> sect. civ., 3 novembre 1960, n° 59-10.667, *B.* I, n° 471.

<sup>8</sup> A. Rouast « La réduction judiciaire de la rémunération des généalogistes », *JCP* 1954, I, 1179.

<sup>9</sup> Civ. 1, 5 mai 1998, n° 96-14328, *B.* I, n° 168 ; *JCP* 1998, I, 177, n° 1 et suiv., obs. F. Labarthe ; *JCP N* 1999, 24, note L. Leveneur ; *CCC* 1998, n° 111, obs. L. Leveneur ; *RTD civ.* 1998, 901, obs. J. Mestre ; Civ. 1, 1<sup>er</sup> juin 2016, n° 15-18034 ; Pau 5 décembre 2005, *D.* 2006, *J.* 2021, note A. Lecourt ; Aix-en-Provence 20 décembre 2007, RG n° 07/07763.

<sup>10</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 23 novembre 2011, n° 10-16270, *B.* I, n° 168 ; *D.* 2012, 589, note M. Séjean ; *RDC* 2012, 396, obs. Y.-M. Laithier. En ce sens : Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, n° 924 ; J.-Ch. Laurent « Le contrat de révélation de succession », *Rev. crit. lég. jur.* 1931, 398 et suiv., spéc. 421 ; *contra* : Capitant, *De la cause des obligations*, n° 101 ; A. Rouast, *op. cit.*, *passim* ; Leveneur, *op. cit.*, n° 12 et 21.

<sup>11</sup> Civ. 1, 21 février 2006, n° 02-14326, *B.* I, n° 100 ; *Rép. Defr.* 2006, 1223, obs. R. Libhaber.

<sup>12</sup> Rouast, *op. cit.* ; Leveneur, *op. cit.*, n° 10.

La jurisprudence s'était référée parfois à l'ancien article 1134 du Code civil<sup>1</sup>. Peut-être faut-il donc y voir une application du devoir d'exécuter la convention de bonne foi, prévu aujourd'hui par l'article 1104 du Code civil.

L'article 1165 du Code civil interdit désormais au juge de réviser le prix fixé unilatéralement par le créancier dans un contrat de prestation de service : il l'autorise uniquement à condamner le créancier à des dommages-intérêts en cas d'abus. L'article 1165 ne visant toutefois que l'hypothèse où le créancier a unilatéralement fixé son prix, on peut se demander si le juge conserve en revanche ces pouvoirs, lorsque les parties sont convenues d'un prix dans un contrat de prestation de service<sup>2</sup>.

A la lettre, l'article 1165 du Code civil ne condamne pas la jurisprudence antérieure permettant la révision judiciaire du prix convenue, puisqu'il n'exclut implicitement que la révision judiciaire du prix unilatéralement fixé par le créancier.

L'article 1168 du Code civil dispose, il est vrai, qu'à moins que la loi n'en dispose autrement, le défaut d'équivalence des prestations dans un contrat synallagmatique n'est pas une cause de nullité du contrat. Mais, si ce texte exclut la nullité du contrat lésionnaire sauf dans les cas où la loi la prévoit exceptionnellement, il n'interdit pas au juge, *a contrario*, de réviser la rémunération convenue<sup>3</sup>. En outre, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont entendu, pour l'essentiel, légiférer à droit constant. Ils n'auraient donc pas voulu condamner la jurisprudence antérieure admettant la révision du prix convenue dans certains contrats de prestation de service et le mandat. De fait, la considération essentielle qui avait guidé la jurisprudence, à savoir la difficulté de déterminer à l'avance l'étendue et la qualité de la prestation de services et, partant, la justesse de son prix, n'a nullement disparu avec la réforme ! La jurisprudence antérieure devrait dès lors se maintenir, selon plusieurs auteurs<sup>4</sup>.

L'hésitation est néanmoins permise<sup>5</sup>. En effet, il semble paradoxal d'interdire au juge de réviser le prix lorsque le créancier en a fixé unilatéralement le montant, et de lui reconnaître ce pouvoir lorsque les parties sont convenues de ce montant dans le contrat. L'immixtion judiciaire dans le contrat paraît plus grave dans le second cas que dans le premier, puisque le juge passe outre à la volonté commune des parties lors de la conclusion du contrat. S'il est impossible au juge de modifier le prix fixé unilatéralement par le créancier dans un contrat de prestation de service, ne lui devrait-il pas, *a fortiori*, être interdit de réduire le prix convenue ?

- Très exceptionnellement, sous couvert de constater l'absence de cause à l'obligation, la jurisprudence antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 a annulé, en réalité, des contrats synallagmatiques pour défaut d'équivalence entre les prestations<sup>6</sup>. Mais cette utilisation dévoyée de la notion de cause de l'obligation est restée marginale en droit positif.

## 2. Nature de la lésion

Deux conceptions de la lésion sont possibles, on l'a vu :

<sup>1</sup> Civ. 1, 3 mars 1998, Civ. 1, 5 mai 1998, Civ. 1, 23 novembre 2011 et Pau 5 décembre 2005, préc.

<sup>2</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 431.

<sup>3</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, *loc. cit.* Ces auteurs relèvent cependant que l'argument tiré de la lettre de l'article 1168 prouve trop, car on pourrait en déduire un pouvoir du juge de réviser le prix convenue dans les contrats en général, et pas uniquement dans les contrats de prestation de service. Néanmoins, comme ces auteurs le soulignent également, les auteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont entendu, pour l'essentiel, codifier à droit constant. Si l'interprétation *a contrario* de l'article 1168 peut donc difficilement conduire à admettre la révision judiciaire du prix convenue dans tous les contrats, elle permet de conclure à un maintien probable de la jurisprudence antérieure admettant cette révision dans les contrats de prestation de service.

<sup>4</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 393 et n° 435.

<sup>5</sup> Sur la discussion, *cf. not.* Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, *loc. cit.* ; J.-S. Borghetti « Fixation et révision du prix », in : *Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018*, RDC 2018/hors série, p. 25 et suiv., n° 63 et suiv.

<sup>6</sup> *Cf. infra* : B. « Contrat à titre onéreux à la contrepartie illusoire ou dérisoire », 2. « Applications de la nullité du contrat », a. « Contrepartie illusoire ».



- Conception subjective, c'est-à-dire reposant sur un vice du consentement présumé.
- Conception objective, c'est-à-dire fondée sur la justice commutative : la lésion procède exclusivement d'un déséquilibre économique.

Bien que l'ancien article 1118 du Code civil classât la lésion parmi les vices du consentement, la Cour de cassation s'est clairement prononcée pour la conception objective. D'une part, en effet, l'existence de la lésion n'est pas subordonnée à celle d'un vice du consentement<sup>1</sup>. D'autre part, et inversement, la preuve de l'absence d'un vice du consentement ne fait pas obstacle à l'existence d'une lésion<sup>2</sup>. En d'autres termes, il suffit de constater un défaut d'équivalence entre les prestations, sans qu'il soit nécessaire d'analyser l'état d'esprit des contractants.

L'ordonnance du 10 février 2016 a entériné cette conception objective de la lésion. En effet, l'article 1168 du Code civil, qui remplace l'ancien article 1118, est inséré dans la sous-section 3 relative au « contenu du contrat », au lieu de l'être dans la sous-section 1 portant sur « Le consentement ».

De cette conception objective, résulte une conséquence quant au moment exact d'appréciation de la lésion dans la vente immobilière. Certes, la lésion doit exister au moment de la formation du contrat, quelle que soit la conception qu'on en retient, d'ailleurs, objective ou subjective. L'article 1675, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, dont la rédaction remonte à 1804, l'énonce expressément :

« Pour savoir s'il y a lésion de plus de sept douzièmes, il faut estimer l'immeuble suivant son état et sa valeur au moment de la vente. »

Mais il arrive fréquemment que le contrat définitif de vente soit précédé d'une promesse unilatérale de vente<sup>3</sup>. Or, dans l'intervalle entre la conclusion de la promesse unilatérale et la levée d'option, le bien peut avoir augmenté de valeur ou la monnaie s'être dépréciée.

Si la conception subjective de la lésion avait prévalu, on aurait dû se placer au moment de la conclusion de la promesse unilatérale, pour apprécier son existence, puisque c'est à ce moment-là que le promettant a donné son consentement à une future vente. Or, confirmant une jurisprudence antérieure de la Cour de cassation<sup>4</sup>, une loi du 28 novembre 1949 a ajouté un second alinéa à l'article 1675 du Code civil, précisant que l'existence de la lésion est, au contraire, appréciée au moment de la « réalisation » de la promesse. Par cette expression, il faut entendre que la lésion s'apprécie au moment où le bénéficiaire de la promesse lève l'option, provoquant ainsi la conclusion du contrat définitif de vente<sup>5</sup>.

Pourtant, dans une telle hypothèse, la lésion a visiblement une cause extérieure aux parties et ne peut s'expliquer par un vice du consentement du promettant, lequel, au moment où il a consenti sa promesse, n'a commis aucune erreur sur la valeur. La lésion repose donc bien sur la simple constatation d'un déséquilibre entre les prestations réciproques moment de la formation du contrat synallagmatique de vente. Seule une conception objective de ce vice peut expliquer cette solution.

### 3. Sanctions de la lésion

Les sanctions possibles sont au nombre de trois : la nullité relative du contrat lésionnaire, la révision de ce contrat et la responsabilité civile du cocontractant bénéficiaire de la lésion.

#### a. Nullité relative du contrat lésionnaire

<sup>1</sup> Req. 28 décembre 1932, *G.A.*, t. II, n° 296, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *D.P.* 1933, 1, 87, rapp. Dumas ; *S.* 1933, 1, 377 ; *Gaz. Pal.* 1933, 1, 287.

<sup>2</sup> Civ. 1, 19 octobre 1960, *B. I.*, n° 448.

<sup>3</sup> *Cf. supra* : Chap. 1 « La conclusion du contrat », section 3 « Les contrats préparatoires », § 2 « La promesse unilatérale de contrat ».

<sup>4</sup> Civ. 14 novembre 1916, *D.P.* 1921, 1, 134.

<sup>5</sup> Civ. 3, 29 septembre 1999, n° 97-21738, *B. III*, n° 195 ; *RDI* 1999, 663, obs. J.-Cl. Groslière ; Civ. 3, 7 juillet 2010, n° 09-14579, *B. III*, n° 141 ; *RDC* 2011, 176, obs. J.-B. Seube.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

A dire vrai, l'article 1674 du Code civil emploie l'expression de rescision de la vente d'immeuble lésionnaire. Mais la rescision n'est rien d'autre qu'une sorte de nullité relative, entraînant donc l'anéantissement du contrat lésionnaire. Elle est en effet réservée par le Code civil au vendeur (articles 1674 et 1683), que la loi a seul entendu protéger.

Peut-être les rédacteurs du Code civil et la doctrine classique ont-ils utilisé le terme de « rescision », au lieu de celui de nullité, parce que c'est une nullité exceptionnelle que la loi a admise « comme à regret »<sup>1</sup>. En tout cas, le terme « rescision » n'est pas repris dans les textes postérieurs à 1804. C'est ainsi que l'article 1168 nouveau du Code civil lui préfère celui de « nullité », sans doute jugé moins abscons.

Le régime de la rescision pour lésion dans la vente immobilière se rapproche donc beaucoup de celui de la nullité relative, à deux réserves près :

- l'action est enfermée dans un délai de deux ans à compter de la vente (article 1676 du Code civil) – donc de la levée d'option en cas de promesse unilatérale de vente<sup>2</sup> –, au lieu de cinq ans à compter de la découverte du vice pour l'action en nullité relative (articles 1144 et 2224 du Code civil combinés<sup>3</sup>).
- L'acquéreur a la possibilité de faire obstacle à l'anéantissement du contrat, en procédant au rachat de la lésion, c'est-à-dire en payant un supplément de part ou de prix. Ce supplément représente la différence entre la valeur réelle de l'immeuble et le prix convenu, « sous la déduction d'un dixième du prix total », c'est-à-dire du juste prix (article 1681 du Code civil). Les rédacteurs du Code civil ont prévu la déduction d'un dixième du juste prix afin que l'acquéreur conserve quelque chose du contrat initialement avantageux.

Si, pour apprécier l'existence de la lésion, il convient de se placer au moment de la vente, en revanche le supplément à acquitter par l'acheteur pour échapper à la restitution, une fois la lésion reconnue, doit être calculé d'après la valeur du bien au moment de son règlement<sup>4</sup>.

La précision est d'importance. En effet, la procédure en rescision pour lésion est relativement longue. Si le vendeur doit d'abord prouver que la lésion est probable, condition de recevabilité de l'action (article 1677 du Code civil), la preuve de la lésion dans la vente immobilière est obligatoirement administrée par expertise : le juge devra ordonner une expertise collégiale – trois experts –, à l'issue de laquelle seulement il statuera (article 1678 du Code civil)<sup>5</sup>. Dès lors, entre la date de la conclusion de la vente et la date où le rachat de la lésion dûment établie devra intervenir, un délai conséquent peut s'écouler. Or la valeur de l'immeuble peut avoir varié dans l'intervalle.

Ex. vente d'un immeuble précédée d'une promesse unilatérale de vente. Soit :

- $V_0$  la valeur de l'immeuble à la date de la conclusion de la promesse,
- $P$  le prix de vente de l'immeuble,
- $V$  la valeur de l'immeuble au moment de la vente
- $V_1$  la valeur de l'immeuble au moment où le rachat de la lésion, que l'acquéreur a proposé, doit intervenir,
- $SL$ , le seuil de la lésion,
- $SP$  le supplément de prix à acquitter par l'acquéreur.

$$\begin{aligned} V_0 &= 90\,000 \text{ €} \\ V &= 120\,000 \text{ €} \\ V_1 &= 140\,000 \text{ €} \\ P &= 40\,000 \text{ €} \end{aligned}$$

<sup>1</sup> Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, n° 402 ; J. Carbonnier, obs. *RTD civ.* 1950, 515.

<sup>2</sup> Civ. 3, 29 mars 2000, n° 98-16741, *B. III*, n° 79.

<sup>3</sup> Ancien article 1304 du Code civil. *Cf. infra* : chap. IV « La nullité, sanction des conditions de formation du contrat ».

<sup>4</sup> Civ. 1, 7 juin 1966, n° 64-13532, *B. I*, n° 346 ; *G.A.*, t. II, n° 297, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *D.* 1966, *J.* 629, rapp. M. Ancel ; *JCP* 1967, II, 15049, note A. Planqueuel.

<sup>5</sup> Civ. 3, 11 janvier 1977, *D.* 1977, *IR* 176 : le juge n'est toutefois pas lié par les conclusions de cette expertise, que l'article 1678 lui prescrit d'ordonner.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Pour déterminer le seuil à partir duquel le prix est lésionnaire, il faut se référer à la valeur de l'immeuble « au moment de la vente », soit « au jour de la réalisation » de la promesse, selon l'article 1675, alinéas 1<sup>er</sup> et 2, du Code civil, c'est-à-dire au jour de la levée d'option. C'est en effet à la date où le bénéficiaire de la promesse lève l'option, que la vente définitive se forme.

En revanche, pour déterminer le supplément de prix dû par l'acquéreur qui entend éviter la rescision de la vente, il faut se placer au moment du règlement de ce supplément, selon la jurisprudence.

$$SL = (V \times 5) : 12$$

$$SL = (120\ 000 \times 5) \text{ €} : 12 = 50\ 000 \text{ €}$$

La lésion est bien ainsi supérieure au 7/12<sup>e</sup> de V, puisque le prix payé, 40 000 €, en est inférieur au 5/12<sup>e</sup>me. On remarquera que tel n'aurait pas été le cas, si la valeur de l'immeuble à retenir avait été celle au moment de la conclusion de la promesse. En effet, le seuil de la lésion (SL) aurait alors été 5/12<sup>e</sup> de 90 000 € (V<sub>0</sub>), soit 37 500 €. Or le prix convenu est supérieur à ce dernier montant. Le seuil de la lésion n'aurait donc pas été franchi.

Mais, en application de l'article 1675 du Code civil, la vente est en l'occurrence rescindable. L'acquéreur peut néanmoins faire échec à la demande en rescision, en offrant de racheter la lésion, par le paiement du supplément nécessaire pour parvenir au « juste prix » correspondant à la valeur réelle de l'immeuble, sous la déduction du dixième du prix total (article 1681 du Code civil).

$$SP = (V_1 - P) - (V_1 : 10)$$

$$SP = (140\ 000 - 40\ 000) \text{ €} - (140\ 000 : 10) \text{ €}$$

$$SP = 100\ 000 \text{ €} - 14\ 000 \text{ €}$$

$$SP = 86\ 000 \text{ €}$$

L'acquéreur devra donc déboursier au total 126 000 € (40 000 € correspondant au prix initialement convenu + 86 000 € de supplément de prix), soit les 9/10<sup>e</sup> de la valeur de l'immeuble appréciée au jour du paiement du supplément, s'il entend procéder au rachat de la lésion.

b. Révision du contrat lésionnaire

On procède à une révision de ses conditions pécuniaires afin de rétablir l'équilibre rompu. Cette sanction est privilégiée par les lois postérieures au Code civil, par exemple dans le contrat de cession du droit d'exploitation de l'auteur (article L. 131-5 du Code de la propriété intellectuelle précité), ainsi que par la jurisprudence, lorsqu'elle procède à la réduction de la rémunération des mandataires ou agents d'affaires.

C'est une technique juridique semblable qui est retenue par l'article 889 du Code civil en matière de partage, lequel est un acte juridique, mais pas un contrat. La lésion de plus du quart ouvre en effet à l'héritier le droit à l'obtention d'un complément en numéraire ou en nature, au choix du défendeur.

c. Responsabilité civile du cocontractant bénéficiaire de la lésion

Indépendamment de l'annulation du contrat dont une condition de validité fait défaut, l'article 1178, alinéa 4, du Code civil permet à la partie lésée de demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extra-contractuelle.

Lorsque les dommages et intérêts se substituent à l'annulation, la solution revient en pratique à rééquilibrer indirectement le contrat, par la condamnation de la partie bénéficiaire de la lésion au paiement de dommages-intérêts envers la partie victime de la lésion.

B. Contrat à titre onéreux à la contrepartie illusoire ou dérisoire

Le contrat est alors nul, faute pour la contrepartie convenue<sup>1</sup> d'exister véritablement. Aux termes, en effet, de l'article 1169 du Code civil :

« Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire. »

On s'intéressera au fondement de la nullité d'un tel contrat, avant d'en examiner les applications.

### 1. Fondement de la nullité du contrat

Dans les contrats à titre onéreux qui sont, par définition, des actes intéressés, l'engagement de chacun a sa raison d'être dans une contrepartie, reçue ou attendue de l'autre (article 1107, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil). On ne conçoit pas, en effet, qu'un individu qui n'est pas animé d'une intention libérale, puisse se trouver obligé sans recevoir aucun avantage en contrepartie. Cela contredirait la finalité du contrat à titre onéreux, qui est d'être un instrument d'échange. L'absence de la contrepartie convenue de l'engagement entraîne donc la nullité du contrat.

L'article 1169 du Code civil reprend des solutions que la jurisprudence antérieure fondait sur la notion de cause de l'obligation, appelée encore cause-contrepartie, cause objective ou cause abstraite. Le terme de cause a certes disparu, mais l'idée subsiste : on ne peut valablement s'engager sans raison et, partant, sans intérêt dans un contrat à titre onéreux<sup>2</sup>.

Mais ces solutions se retrouvent ainsi privées de leur fondement traditionnel. Comment alors expliquer, avec l'article 1169 du Code civil, qu'un contrat à titre onéreux encourt la nullité lorsque la contrepartie convenue est illusoire ou dérisoire ? Selon l'article 1128 du Code civil, les seules conditions de validité du contrat sont le consentement des parties, leur capacité de contracter et un contenu licite et certain. Or le caractère illusoire ou dérisoire de la contrepartie n'implique pas nécessairement un vice du consentement et ne rend le contenu du contrat ni illicite ni incertain. Il semble donc, au premier abord, incohérent de ne plus exiger une cause licite pour la validité du contrat, tout en affirmant la nullité d'un contrat à titre onéreux, dont la contrepartie convenue est illusoire ou dérisoire. Peut-être la nullité pourrait-elle être désormais rattachée à l'impossibilité de l'objet de l'obligation et ainsi être fondée sur l'article 1163 du Code civil. En effet, lorsque la contrepartie convenue n'est pas fournie, l'obligation du débiteur n'a pas d'objet<sup>3</sup>.

D'après l'article 1107 du Code civil un contrat est soit à titre onéreux, soit à titre gratuit. Un contrat à titre onéreux suppose, par définition, l'existence d'une contrepartie, selon l'article 1107, alinéa 1<sup>er</sup>. Si celle-ci fait défaut, le contrat devrait donc être à titre gratuit. Mais, pour qu'il le soit, la partie qui procure un avantage à l'autre doit non seulement ne pas recevoir de contrepartie, mais encore ne pas en attendre, d'après l'article 1107, alinéa 2. Si, au contraire, elle escomptait une contrepartie qui, en réalité, fait défaut, le contrat ne serait ni à titre gratuit ni à titre onéreux, à s'en tenir à la lettre de l'article 1107. Mais, comme le texte ne reconnaît que ces deux catégories de contrat, on est amené à le compléter par l'article 1169 : le contrat est bien à titre onéreux, mais nul, car la contrepartie convenue fait défaut. De fait, la partie qui procure un avantage à l'autre sans recevoir la contrepartie convenue s'est engagée sans raison. En d'autres termes, son obligation est dépourvue de cause, si ce n'est que ce dernier terme ne doit plus être employé.

### 2. Applications de la nullité du contrat

On conçoit mal que la contrepartie convenue puisse faire ouvertement défaut, car alors la partie ne s'engagerait pas, dès lors que le contrat est à titre onéreux. La plupart du temps, la contrepartie existe donc formellement, en apparence, mais elle est illusoire, « fallacieuse ou chimérique », selon l'expression que la jurisprudence employait pour justifier l'annulation du contrat.

Cependant la jurisprudence avait encore étendu la solution à l'hypothèse où, sans faire totalement défaut, la contrepartie est dérisoire. Ce sont ces deux hypothèses de nullité du contrat, que l'article 1169 du Code civil reprend, dans une formulation élégante empruntée à l'avant-projet Catala de 2006 (« contrepartie convenue (...) illusoire ou dérisoire »).

<sup>1</sup> K. Moya « La contrepartie », *RTD civ.* 2023, 269.

<sup>2</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 435.

<sup>3</sup> Civ. 1, 7 février 1990, n° 88-18441, *B. I.*, n° 38 : « lorsque l'obligation d'une partie est dépourvue d'objet, l'engagement du cocontractant est nul, faute de cause ».

On traitera successivement de la contrepartie illusoire, puis de la contrepartie dérisoire.

a. Contrepartie illusoire

La nullité en raison du caractère illusoire de la contrepartie peut se rencontrer tant dans les contrats commutatifs que dans les contrats aléatoires.

α) Contrats commutatifs

La jurisprudence avait notamment annulé pour absence de cause – on dirait aujourd’hui de contrepartie – les contrats synallagmatiques suivants<sup>1</sup> :

- Convention prévoyant la rémunération d’un concierge pour présenter son successeur au propriétaire, alors que le droit de présentation n’existait pas, ne pouvait être « cédé »<sup>2</sup>.
- Convention de cession d’un agrément administratif d’exploitation d’une auto-école, alors que le nombre d’établissements d’enseignement de la conduite automobile ne fait l’objet d’aucun *numerus clausus* légal et que l’agrément est délivré à titre personnel à tous ceux qui remplissent les conditions prévues par arrêté<sup>3</sup>.
- Contrat de révélation de succession : lorsqu’il apparaît que l’héritier aurait, de toute façon, découvert la succession à laquelle il était appelé, même sans l’aide du généalogiste, ce dernier n’a rendu aucun service réel à l’héritier. L’obligation du généalogiste est alors dépourvue d’objet, puisqu’il n’a pas révélé à l’héritier un secret, une succession qui serait restée ignorée de lui. L’obligation réciproque de l’héritier de verser le montant correspondant à une quote-part de la succession au généalogiste se trouve donc corrélativement privée de cause<sup>4</sup>, de contrepartie dira-t-on aujourd’hui, avec l’article 1169 du Code civil.

Il ne reste alors plus au généalogiste qu’à se placer sur le terrain quasi-contractuel de la gestion d’affaires<sup>5</sup>. S’il parvient à démontrer que son intervention a présenté une utilité pour l’héritier, il pourra obtenir de ce dernier un remboursement de ses dépenses et une indemnisation de ses dommages (article 1301-2, alinéa 2, du Code civil). En revanche, il ne pourra prétendre à une rémunération, laquelle est incompatible avec le caractère par essence désintéressé de la gestion d’affaires.

- Convention par laquelle le bailleur d’un local situé dans un centre commercial s’engageait à assurer à son locataire l’exclusivité d’un commerce de fruits et légumes en contrepartie du versement d’une certaine somme, alors qu’en raison des règles de la déspecialisation applicables aux baux commerciaux, il n’était pas en mesure de faire respecter cette exclusivité par les autres locataires de locaux dépendant du centre<sup>6</sup>.

Depuis l’entrée en vigueur des dispositions de l’ordonnance du 10 février 2016, la Cour de cassation a maintenu sa jurisprudence, en la fondant désormais sur l’article 1169 du Code civil.

<sup>1</sup> Pour d’autres illustrations que celles citées au texte, de contrats annulés pour absence de cause : Com. 23 octobre 2012, n° 11-23376, B. IV, n° 190 ; D. 2012, 2598 ; JCP 2013, 124, n° 5, obs. critiques J. Ghestin ; Gaz. Pal. 22 décembre 2012, n° 357, p. 21, obs. B. Dondero : convention de prestation de service synallagmatique à titre onéreux conclue entre deux sociétés, faisant double emploi, pour la première société, avec les fonctions sociales exercées par son directeur général qui était en même temps le gérant de la seconde, prestataire de service : la Cour de cassation en a déduit le défaut de « contrepartie réelle » et, partant, « l’absence de cause » de l’obligation monétaire, entraînant la nullité de la dite convention ; Com. 24 juin 2014, n° 12-27908, D. 2014, 2488 ; JCP 2014, n° 1337, obs. J. Ghestin ; AJCA 2014, 280, obs. J. Dubarry ; RTD civ. 2014, 884, obs. H. Barbier : annulation, pour défaut de cause, d’une convention de courtage, ne correspondant à « aucun service effectif ».

<sup>2</sup> Civ. 1, 20 février 1973, n° 71-13855, B. I, n° 63 ; D. 1974, J. 37, note Ph. Malaurie ; mais cf., pour la validité d’une convention de présentation à l’administration d’un successeur par le bénéficiaire d’un droit de place sur un marché : Civ. 1, 5 décembre 1995, n° 93-12096, B. I, n° 445 ; JCP 1996, I, 3929, n° 10, obs. M. Billiau ; Defrénois 1996, 743, obs. Ph. Delebecque.

<sup>3</sup> Civ. 3, 4 mai 1983, n° 79-16575, B. III, n° 103 ; RTD civ. 1984, 113, obs. F. Chabas : « la convention relative à la cession de l’agrément était [...] dépourvue d’objet ; que, dès lors, l’obligation de payer, mise à la charge [du cocontractant] en contrepartie, était nulle faute de cause ».

<sup>4</sup> Civ. 1, 18 avril 1953, B. I, n° 128 ; D. 1953, J. 403 ; Civ. 1, 8 octobre 2008, n° 07-16044 ; Civ. 1, 9 juillet 2015, n° 14-17447 ; Pau 5 décembre 2005, D. 2006, J. 2021, note A. Lecourt.

<sup>5</sup> Civ. 1, 2 mai 2024, n° 22-15801, RLDC n° 230, 2024, n° 7615, obs. V. Forti et J. Knetsch.

<sup>6</sup> Com. 5 octobre 1981, n° 80-11076, B. IV, n° 340.

C'est ainsi qu'elle a jugé nul, pour défaut de contrepartie, un contrat de location de véhicule, en vertu duquel un locataire ne bénéficiait pas de la jouissance du véhicule, tout en étant tenu du paiement des loyers<sup>1</sup>.

Mais la jurisprudence avait également employé la notion de cause de l'obligation pour annuler, pour contrepartie illusoire, des contrats unilatéraux à titre onéreux. Elle avait ainsi jugé que, dans la promesse unilatérale de payer une dette préexistante, la cause de l'engagement n'était pas alors la contre-prestation, comme dans un contrat synallagmatique, mais l'existence d'une dette antérieure<sup>2</sup>. Dès lors, si celle-ci faisait défaut, la promesse de payer s'en trouvait privée de cause. Là encore, cette solution devra désormais être fondée directement sur l'article 1169 du Code civil.

Ex. engagement souscrit par un homme, de subvenir aux besoins d'un enfant, dont, sur les déclarations de la mère, il se croyait à tort le père naturel<sup>3</sup>.

Dans ces contrats, cependant, la jurisprudence prenait en compte non seulement l'absence totale de cause, mais encore l'absence partielle de cause, en lui attachant une sanction spécifique. En effet : « la fausseté partielle de la cause n'entraîne pas l'annulation de l'obligation, mais sa réduction à la fraction subsistante »<sup>4</sup>. Le contraste était flagrant avec le contrat synallagmatique, dans lequel la fausseté partielle de la cause ne pouvait entraîner la réduction de l'obligation<sup>5</sup>. La jurisprudence s'y montrait en effet soucieuse de ne pas faire de la cause un instrument de rééquilibrage généralisé des conventions lésionnaires<sup>6</sup>.

L'article 1125-1, alinéa 2, de l'avant-projet Catala prévoyait que, « Lorsque la valeur fournie est d'un montant inférieur à celui de l'engagement, ce dernier doit être réduit à la mesure de sa cause, à moins que cette différence ne soit justifiée dans la convention. » Il étendait donc la solution de la Cour de cassation à tous les contrats, l'expression « valeur fournie » permettant d'englober, dans une même phrase, contrats synallagmatiques et contrats unilatéraux à titre onéreux, réels comme personnels.

Mais les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 n'ont pas repris cette disposition. D'une part, en effet, celle-ci devient difficile à formuler sans un recours à la notion de cause, que les auteurs du projet ont voulu bannir. D'autre part, ces auteurs ont sans doute estimé avoir conféré suffisamment de pouvoirs au juge pour rééquilibrer le contrat par d'autres dispositions.

## β) Contrats aléatoires

Dans ces contrats, l'existence ou l'étendue d'une des prestations dépend d'un aléa, d'un événement incertain. La chance aléatoire de gain est l'avantage servant de contrepartie à l'obligation et, partant, disait-on naguère, sa cause<sup>7</sup>. S'il n'y a pas chance de gain, faute d'aléa, l'obligation n'a donc pas de contrepartie : la partie ne peut que perdre. Le contrat est alors nul en application de l'article 1169 du Code civil.

On trouve plusieurs applications de cette idée en droit positif :

- Article L. 121-15 du Code des assurances : « L'assurance est nulle si, au moment du contrat, la chose a déjà péri ou ne peut plus être exposée aux risques. » En effet, l'assuré paie alors des primes pour rien, tandis que l'assureur ne court aucun risque de perte.

<sup>1</sup> Com. 23 octobre 2024, n° 23-11749 (B) ; CCC décembre 2024, *comm.* 174, L. Leveneur.

<sup>2</sup> Com. 14 mars 2006, n° 04-17433, B. IV, n° 66.

<sup>3</sup> Req. 7 juillet 1931, D.H. 1931, 445.

<sup>4</sup> Civ. 1, 11 mars 2003, n° 99-12628, B. I, n° 67 ; JCP 2003, I, 142, § 1, n° 5 et suiv., obs. J. Rochfeld ; RTD civ. 2003, p. 287, n° 3, obs. J. Mestre et B. Fages : en conséquence, viole l'article 1131 du Code civil, la cour d'appel qui, pour déclarer nulle en totalité une reconnaissance de dette, énonce que l'auteur de la reconnaissance « ne pouvait être débitrice de la somme portée à cet acte », alors « qu'elle s'était appropriée les conclusions de l'expert dont il résultait que la dette de [l'auteur de la reconnaissance] à l'égard [du créancier] existait bien, même si elle s'avérait inférieure à la somme pour laquelle elle s'était engagée ». La Cour de cassation n'ayant visé que la fausseté partielle de la cause, on peut néanmoins s'interroger sur les conséquences d'une absence partielle de cause *stricto sensu*, sans erreur corrélatrice sur l'importance de la cause.

<sup>5</sup> Civ. 1, 31 mai 2007, n° 05-21316, B. I, n° 211 ; D. 2007, J. 2574, note J. Ghestin ; Chr. C. cass. 2327, n° 5, obs. Cl. Creton ; pan. 2971, obs. S. Amrani-Mekki ; RTD civ. 2007, p. 566, n° 5, obs. B. Fages.

<sup>6</sup> Creton, Amrani-Mekki, Fages, obs. préc.

<sup>7</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 413.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

- Article 1974 du Code civil : « Tout contrat de rente viagère créé sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat ne produit aucun effet. » En effet, dans le contrat de rente viagère à titre onéreux, le créancier s'engage soit à verser une somme d'argent en capital au débiteur, soit à lui transférer la propriété d'un meuble d'une valeur appréciable ou d'un immeuble (article 1968 du Code civil). En contrepartie, le débiteur s'oblige à assurer le service d'une rente au créancier pendant toute la vie de ce dernier. Le contrat de rente viagère est par essence un contrat aléatoire, comme l'ancien article 1964 du Code l'énonçait jadis expressément<sup>1</sup>, car l'étendue de l'obligation du débiteur dépend de la durée de vie du créancier. La chance aléatoire de gain tient lieu de contrepartie et donc de cause, disait-on, à l'obligation de chacune des parties<sup>2</sup>. Lorsque l'aléa fait défaut, parce que le débiteur – l'acquéreur – ne court, malgré les apparences, aucun risque, en raison de la proximité du décès du créancier, ce dernier n'a rien à gagner et tout à perdre à l'opération : la contrepartie convenue à son engagement est illusoire ou dérisoire. Le contrat est donc nul, pour absence de « cause » à l'obligation du créancier.
- Article 1975 du Code civil : « Il en est de même du contrat par lequel la rente a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat. » Il s'agit d'une extension du cas de nullité de l'article 1974 du Code civil à l'hypothèse d'un créancier décédé très rapidement d'une maladie dont il était atteint au jour de la conclusion du contrat de rente viagère.

Après l'avoir un temps refusée en se fondant sur une lecture littérale de l'article 1975<sup>3</sup>, la Cour de cassation a admis, en outre, la nullité du contrat de rente viagère pour défaut d'aléa, même lorsque le créancier est décédé plus de vingt jours après la conclusion du contrat, s'il était atteint, à ce moment, d'une maladie incurable, dont le débiteur connaissait l'issue fatale<sup>4</sup>.

- Transaction dépourvue, malgré les apparences, de concessions réciproques, comme l'exige traditionnellement la jurisprudence et le prévoit l'article 2044 du Code civil, en sa rédaction issue de la loi du 18 novembre 2016 de « modernisation de la justice du vingt-et-unième siècle ». Ainsi en va-t-il, lorsqu'une partie à la transaction a cru à tort en l'existence des droits invoqués par l'autre<sup>5</sup> : cette dernière, en déclarant renoncer à des droits qu'elle ne possède en réalité pas, obtient des concessions sans autre contrepartie qu'illusoire. La transaction est dès lors nulle, en application des articles 1169 et 2044 du Code civil.

## b. Contrepartie dérisoire

La nullité a été aussi prononcée dans des cas où, sans faire totalement défaut, la contrepartie était dérisoire. Cette extension jurisprudentielle s'est manifestée dans divers contrats, ici encore commutatifs ou aléatoires.

### α) Contrats commutatifs

Ainsi, par exemple ont été annulé, en raison du caractère dérisoire de la contrepartie convenue, souvent motif pris de l'absence de cause d'une obligation, les contrats synallagmatiques suivants :

<sup>1</sup> L'article 5, 8° de l'ordonnance du 10 février 2016 a abrogé ce texte, parce que la définition du contrat aléatoire qu'il donnait, s'harmonisait mal avec celle de l'ancien article 1104, alinéa 2, du Code civil, devenu l'article 1108, alinéa 2, du même code et figurant dans les dispositions liminaires du sous-titre I consacré au contrat, du nouveau titre III du livre III. Mais cette modification ne remet nullement en question le caractère aléatoire du contrat de rente viagère, dont le Code civil continue de traiter parmi les contrats aléatoires, dans le titre XII du livre III, aux articles 1968 et suivants.

<sup>2</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénédy, *op. cit.*, n° 413 ; voir article 1125-3 de l'avant-projet Catala.

<sup>3</sup> Civ. 1, 21 octobre 1969, n° 68-11.544, B. I, n° 307 ; JCP 1970, II, 16159 ; comp. cpdt Civ. 1, 26 avril 1955, B. I, n° 170.

<sup>4</sup> Civ. 3, 6 novembre 1969, n° 67-12.438, B. III, n° 723 ; JCP 1970, II, 16502, note A. Bénabent ; Civ. 1, 2 mars 1977, n° 75-14556, B. I, n° 115 ; Civ. 3, 4 novembre 1980, n° 79-11680, B. III, n° 169 ; Civ. 3, 2 février 2000, n° 98-10714, B. III, n° 26 ; JCP 2000, II, 10289, note J.-F. Weber ; Malaurie, Aynès et Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, n° 700.

<sup>5</sup> Civ. 1, 13 décembre 1972, n° 71-10219, B. I, n° 290 ; Com. 11 septembre 2012, n° 10-26942.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

- Vente à prix vil, dérisoire<sup>1</sup>, dépourvue de prix sérieux<sup>2</sup> : c'est le cas notamment d'un prix inférieur aux revenus annuels susceptibles d'être procurés par la chose vendue, fonds de commerce<sup>3</sup> ou parts sociales<sup>4</sup>, par exemple. En effet, le vendeur n'encaisse alors, en réalité, rien, puisque, s'il n'avait pas vendu, il aurait pu tout aussi bien percevoir ces revenus. Quant à l'acheteur, il n'a aucun sacrifice à faire sur ses deniers, puisque les revenus nets qu'il perçoit de la chose vendue sont supérieurs au prix. Le prix vil est un prix tellement disproportionné, qu'on ne peut le considérer comme la contrepartie de la chose. Ce n'est pas un prix simplement modique<sup>5</sup>, ni même lésionnaire<sup>6</sup>. Aussi bien l'action en nullité pour vileté du prix est-elle autonome par rapport à l'action en rescision pour lésion<sup>7</sup>.
- Bail à prix dérisoire, à défaut d'un loyer sérieux stipulé en contrepartie du droit de jouissance des lieux conféré au preneur<sup>8</sup>.
- Mandat, où « l'importance de la rémunération promise était telle que la contrepartie fournie par l'agent d'affaires était à ce point dérisoire qu'elle devait être considérée comme inexistante »<sup>9</sup>.
- Contrat cadre de concession exclusive : engagement d'approvisionnement exclusif en contrepartie d'un avantage dérisoire procuré par le fournisseur<sup>10</sup>. Cependant cette jurisprudence n'est pas éloignée de sanctionner, en réalité, un défaut d'équivalence entre les prestations, en d'autres termes un contrat lésionnaire<sup>11</sup>. L'appréciation du caractère dérisoire de la contrepartie étant une question de fait abandonnée au pouvoir souverain des juges du fond, les solutions, il est vrai, ne sont pas toujours aussi favorables au distributeur<sup>12</sup>.

Certains arrêts antérieurs à la réforme de l'ordonnance du 10 février 2016 ont admis que la nullité d'un contrat pour absence de cause soit prononcée au motif que la contrepartie faisait défaut, alors qu'en réalité, cette contrepartie existait, mais qu'elle était insuffisante pour équilibrer le contrat. Sous couvert d'absence de cause à l'obligation, ces arrêts ont ainsi annulé des contrats lésionnaires. Mais cette jurisprudence n'était pas unanime. L'article 1169 du Code civil, qui se réfère exclusivement à la contrepartie convenue entre les parties pour la validité du contrat, et non à la rentabilité espérée par l'une d'entre elles, semble de toute façon l'avoir condamnée.

Un arrêt bien connu de la première Chambre civile<sup>13</sup> rendu, le 3 juillet 1996, dans l'affaire dite des « vidéocassettes » a été révélateur de ce dévoiement de l'utilisation de la notion d'absence de cause. En l'espèce, en effet, la première Chambre civile avait approuvé les juges du fond d'avoir annulé un contrat pour absence de cause, parce que l'intérêt économique attendu par l'une des parties du contrat faisait défaut. Cette solution revient à permettre à une partie de solliciter l'annulation d'une convention en raison d'une erreur sur le motif déterminant de son engagement<sup>14</sup>. Elle

<sup>1</sup> Civ. 1, 18 mai 2004, n° 01-01888 : les deux expressions sont synonymes.

<sup>2</sup> Com. 28 septembre 2004, n° 02-11210, *B. III*, n° 167 ; *D.* 2005, *J.* 302, note M.-A. Rakotovahiny ; *RTD civ.* 2005, 157, obs. P.-Y. Gautier ; Civ. 3, 23 mai 2007, n° 06-13629, *B. III*, n° 90 ; *CCC* 2007, n° 232, note L. Leveneur : cession d'un terrain d'une superficie importante moyennant un franc symbolique.

<sup>3</sup> Req. 3 mai 1922, *S.* 1922, 1, 310 (à vérifier)

<sup>4</sup> Com. 25 avril 1967, n° 63-13021, *B. III*, n° 168.

<sup>5</sup> Civ. 1, 28 novembre 1973, n° 72-12420.

<sup>6</sup> Civ. 1, 4 juillet 1995, n° 93-16198, *Bull. civ.* I, n° 303 ; *D.* 1997, *J.* 206, note A.-M. Luciani.

<sup>7</sup> Civ. 3, 18 juillet 2001, n° 99-17496, *B. III*, n° 101 ; *D.* 2002, *J.* 680, note C. Costets et *somm.* 930, obs. G. Paisant ; *CCC* 2001, n° 171, note L. Leveneur ; *Rép. Defr.* 2001, n° 23, article 37441, p. 1421-1425, note E. Savaux.

<sup>8</sup> Civ. 3, 20 décembre 1971, n° 70-13450, *B. III*, n° 644 : redevance fixée à 10 Frs l'an, non révisable, pour une location d'une durée de trente ans portant sur une propriété acquise 115.000 Frs, le preneur étant exonéré des impôts et charges de toute nature ; Soc. 16 janvier 1953, n° 5144, *B. III*, n° 54 : occupation d'une villa à charge pour l'occupant de rembourser au propriétaire les impôts ; Com. 12 mai 1959, n° 57-10377, *B. III*, n° 201 : occupation d'un terrain et de bâtiments, moyennant la prise en charge par l'occupant d'une fraction de l'impôt foncier afférent aux biens occupés ; Civ. 3, 27 avril 1976, n° 74-13925, *B. III*, n° 176 : prix « purement symbolique », inférieur au montant de l'impôt foncier laissé à la charge du propriétaire. Cf. ég. Soc. 16 janvier 1953, *B. IV*, n° 54 et Civ. 3, 7 mars 2001, n° 99-12781 : disqualification du bail en convention d'occupation précaire, en raison de l'absence d'un prix sérieux.

<sup>9</sup> Civ. 1, 10 octobre 1962, n° 60-13279, *B. I*, n° 414.

<sup>10</sup> Com. 14 octobre 1997, n° 95-14285, *Rép. Defr.* 1998, 1042, obs. D. Mazeaud ; *RJDA* 1998, n° 164 ; Com. 8 février 2005, n° 03-10749, *B. IV*, n° 21 ; *D.* 2005, *pan.* 2841, obs. S. Amrani Mekki ; *RDC* 684, obs. D. Mazeaud et 771, obs. M. Béhar-Touchais ; Com. 15 novembre 2005, n° 02-11172.

<sup>11</sup> Cf. not. Com. 15 novembre 2005, préc.

<sup>12</sup> Com. 11 mars 2014, n° 12-29820, *RDC* 2014, 342, obs. E. Savaux.

<sup>13</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 juillet 1996, *B. I*, n° 286 ; *D.* 1997, *J.* 500, note Ph. Reigné ; *JCP* 1997, I, 4015, n° 4, obs. F. Labarthe ; *RTD civ.* 1996, p. 903, obs. J. Mestre ; *Rép. Defrénois* 1996, p. 1011, obs. D. Mazeaud et 1015, obs. Ph. Delebecque.

<sup>14</sup> *Rappr.* Civ. 3, 29 mars 2006, *B. III*, n° 88 ; *D.* 2006, *pan.* 2643, obs. S. Amrani Mekki ; *JCP* 2006, I, 153, n° 7, obs. A. Constantin.



Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

traduisait ainsi un glissement vers une conception subjective de la cause de l'obligation, par la prise en considération du motif ayant déterminé l'une des parties à contracter<sup>1</sup>.

A rebours de la première Chambre civile, la Chambre commerciale avait semblé toutefois hostile à cette subjectivisation de la cause de l'obligation pour lutter contre les déséquilibres contractuels. Dans une première espèce, proche de celle de l'arrêt du 3 juillet 1996, elle avait estimé que la preuve de l'absence de cause n'était pas rapportée<sup>2</sup>. Puis, toujours dans une espèce proche de celle de 1996, elle censura une décision qui avait annulé un contrat en se fondant sur une conception subjective de la cause, au motif que, dans un contrat synallagmatique, la cause de l'obligation d'une partie est l'obligation de l'autre partie<sup>3</sup>.

Plus récemment, saisie d'un litige relatif à un contrat de licence d'exploitation d'une marque, la Chambre commerciale se retrancha derrière l'appréciation souveraine des juges du fond, selon lesquels la cause de l'obligation au paiement des redevances du licencié résidait dans la mise à disposition de la marque, et non dans la rentabilité du contrat<sup>4</sup>.

Par ailleurs, dans les relations commerciales, l'article L. 442-1, I, 1°, du Code de commerce prévoit que le défaut de contrepartie ou la contrepartie manifestement disproportionnée engage la responsabilité de celui qui l'obtient ou tente de l'obtenir envers l'autre partie :

« Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services :

1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie. »

Il s'agit d'un texte spécial de droit commercial, qu'on a déjà évoqué à propos de la lésion et qu'on n'analysera pas en détail.

## β) Contrats aléatoires

Si le prix convenu est dérisoire, la partie qui s'est obligée n'a rien à gagner et tout à perdre au contrat. Dès lors, le contrat est privé d'aléa et nul, faute pour celui qui s'engage de bénéficier d'une contrepartie.

L'annulation a le plus souvent concerné la vente d'un bien immobilier moyennant une rente viagère. Certes, aux termes de l'article 1976 du Code civil « La rente viagère peut être constituée au taux qu'il plaît aux parties contractantes de fixer ». Toutefois, lorsque la rente est d'un montant dérisoire<sup>5</sup>, l'aléa disparaît et le contrat encourt la nullité<sup>6</sup>. Il en est notamment ainsi, lorsque la rente est inférieure aux revenus net que le bien est susceptible de procurer<sup>7</sup>.

## § 2 L'équilibre des clauses accessoires

<sup>1</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 411.

<sup>2</sup> Com. 27 mars 2007, n° 06-10452 ; *D.* 2007, *pan.* 2970, obs. S. Amrani-Mekki ; *JCP* 2007, II, 10119, note Y.-M. Serinet.

<sup>3</sup> Com. 9 juin 2009, n° 08-11420, *RDC* 2009, 1345, obs. D. Mazeaud.

<sup>4</sup> Com. 18 mars 2014, n° 12-29453, *RDC* 2014, 345, obs. Y.-M. Laithier.

<sup>5</sup> Civ. 1, 15 novembre 1961, n° 60-11.118, *B. I.*, n° 534 ; Civ. 3, 12 juin 1996, n° 94-16988, *B. III.*, n° 147 ; Civ. 3, 10 juin 1998, n° 94-11778, *B. III.*, n° 125 ; Civ. 3, 2 novembre 2011, n° 10-24354.

<sup>6</sup> Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux.*, n° 37 et n° 973.

<sup>7</sup> Req 7 août 1849, *D.P.* 49, 1, 255 ; Req. 26 avril 1893, *D.P.* 93, 1, 359 ; Req. 28 octobre 1895, *DP* 96, 1, 36 ; Req. 15 mai 1899, *D.P.* 99, 1, 312 ; Req. 1<sup>er</sup> mai 1911, *D. P.* 1911, 1, 353, note M. Planiol ; Civ. 1, 16 juillet 1957, *B. I.*, n° 341 ; Civ. 1, 7 octobre 1957, *B. I.*, n° 357 ; Civ. 1, 5 décembre 1960, n° 58-11.632, *B. I.*, n° 529 ; Civ. 1, 15 novembre 1961, n° 60-10.993, *B. I.*, n° 533 ; Civ. 1, 15 novembre 1961, n° 60-11.063, *B. I.*, n° 535 ; Civ. 3, 9 février 1977, n° 75-14987, *B. III.*, n° 70. Civ. 3, 16 juillet 1998, n° 96-12720, *B. III.*, n° 169 ; *JCP* 1999, II, 10036, note Y. Dagorne-Labbé, visant l'ancien article 1131 du Code civil, visant l'ancien article 1131 du Code civil, aux termes duquel « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet » ; Civ. 1, 5 mai 1982, n° 82-11821, *B. I.*, n° 164 ; Civ. 1, 8 décembre 1998, n° 96-19645, *B. I.*, n° 353 ; Civ. 3, 27 mai 2010, n° 09-65258, *JCP* 2010, 843, note Y. Dagorne-Labbé.

Les articles 1170 et 1171 du Code civil interdisent deux clauses contractuelles déséquilibrantes, en les réputant non écrites : les clauses privant l'obligation essentielle du débiteur de sa substance, d'une part ; les clauses qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties dans un contrat d'adhésion, d'autre part.

## A. Interdiction des clauses privant l'obligation essentielle du débiteur de sa substance

Aux termes de l'article 1170 du Code civil<sup>1</sup> :

« Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. »

On pourrait estimer, de prime abord, surprenant que la stipulation d'une clause privant de sa substance l'obligation essentielle du débiteur ne soit sanctionnée que par l'éradication de cette clause. En effet, si l'obligation essentielle du débiteur est privée de sa substance, la contrepartie convenue semble *a priori* faire défaut, si bien que le contrat tout entier encourt l'annulation, par application de l'article 1169 du Code civil<sup>2</sup>.

Mais, en réalité, on le verra, l'article 1170 du Code civil vise notamment des hypothèses où, sans que la contrepartie convenue soit, en elle-même, illusoire ou dérisoire, une clause permet impunément au débiteur de ne pas fournir cette contrepartie, contredisant ainsi la portée de son engagement. Le vice dont le contrat est affecté n'étant alors pas irrémédiable, une réfaction du contrat, au lieu de son annulation pure et simple, semble préférable. En effet, l'élimination de la clause suffit à rétablir la légalité, en redonnant son efficacité à l'obligation essentielle du débiteur<sup>3</sup>.

L'article 1170 du Code civil codifie des solutions que la Cour de cassation avait imposées par le recours à la notion de cause de l'obligation. Elle s'était en effet servie de cette notion pour éliminer notamment certaines clauses contredisant la portée de l'engagement du débiteur.

Cependant la notion d'absence de cause sanctionnait traditionnellement l'absence de contrepartie dans un contrat à titre onéreux, frappé en conséquence d'une nullité totale par application de l'ancien article 1131 du Code civil. Réputer non écrite, pour défaut de cause, une clause déterminée, isolée par l'esprit des autres stipulations contractuelles, revenait donc, avait-on dénoncé, à « atomiser l'analyse de l'équilibre contractuel et à dénaturer le concept de cause »<sup>4</sup>.

En revanche, le législateur de 2016 ne peut s'attirer le reproche d'avoir dévoyé la notion de cause, puisqu'il a repris les solutions jurisprudentielles en prenant soin d'éviter de les fonder sur cette notion<sup>5</sup>. Il en résulte toutefois que ces solutions n'ont désormais plus d'autre fondement que l'autorité seule de la loi, ce qui peut apparaître un peu « court » à des esprits un tant soit peu exigeants intellectuellement.

La Cour de cassation avait annulé deux types de clauses abusives pour absence de cause<sup>6</sup> : les clauses limitatives de responsabilité abusives, d'une part ; la clause « couperet » dans le contrat d'assurance, d'autre part. Elle avait également proscrit la pratique bancaire dite des « dates de valeur », au motif que la perception d'intérêts sur le fondement de cette pratique était dépourvue de cause.

### 1. Clause limitative de responsabilité abusive<sup>7</sup>

<sup>1</sup> [La substance de l'obligation essentielle \(article 1170 du code civil\) | Cour de cassation](#) ; J. Risser « Bilan provisoire d'application de l'article 1170 du Code civil : ni inutile ni dangereux », *D.* 2024, 1343.

<sup>2</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 438.

<sup>3</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 439.

<sup>4</sup> Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans les contrats (essai d'une théorie)*, thèse Aix-Marseille 3, préf. R. Bout, LGDJ, 2000, n° 389.

<sup>5</sup> R. Boffa « Juste cause (et injuste clause). Brèves remarques sur le projet de réforme du droit des contrats », *D.* 2015, 335 ; G. Wicker « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *D.* 2015, 1557.

<sup>6</sup> Pour une autre application de cette idée, encore : Civ. 1, 12 mai 2016, n° 15-12360, *B. I.*, n° 110 : « la cessation de la participation d'un notaire à l'activité de la SCP dont il se retire ne peut constituer la contrepartie d'une privation de la rémunération afférente à ses apports en capital ; que l'arrêt constate que la clause de l'acte litigieux prive M. X... de tout bénéfice ou actif quelconque de la SCP ; qu'il en résulte qu'en l'absence de contrepartie, cette clause, qui énonce une obligation sans cause, est nulle ».

La Cour de cassation s'était servie de la notion de cause de l'obligation pour réputer non-écrite une clause limitative de responsabilité dans la fameuse affaire *Chronopost*<sup>1</sup>.

Souhaitant participer à une vente sur adjudication de lots importants de carcasse de jeunes bovins, une société, dont l'activité est le négoce de viande bovine, remit une enveloppe renfermant sa soumission à la société Chronopost, laquelle s'engageait à la faire parvenir au destinataire, au plus tard le lendemain de son envoi avant midi. « Maître du temps », selon la publicité bien connue de l'époque, Chronopost contractait ainsi, en contrepartie du surcoût payé par l'expéditeur, une obligation de célérité et de ponctualité. L'enveloppe étant parvenue à son destinataire après l'heure promise, c'est-à-dire trop tard pour être retenue dans la procédure d'adjudication, l'expéditeur réclama réparation de son préjudice à Chronopost. Celui-ci lui opposa une clause du contrat limitant l'indemnisation du retard au prix du transport acquitté.

Se fondant sur l'ancien article 1131 du Code civil, la Cour de cassation décida que la clause limitative de responsabilité « devait être réputée non écrite », car elle « contredisait la portée de l'engagement pris » par Chronopost, « spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service ». En d'autres termes, en limitant à une somme forfaitaire faible l'indemnisation due par Chronopost en cas d'inexécution de son obligation de rapidité et de fiabilité, la clause litigieuse privait de cause l'engagement de l'expéditeur, car le supplément de prix payé pour l'envoi du pli avait pour contrepartie l'obligation pour un professionnel du transport rapide de livrer en temps et en heure.

Cet arrêt avait opéré un glissement contestable dans l'utilisation de la notion de cause. En effet, l'obligation de payer le prix du transport incombant à la société avait bien une contrepartie, celle de Chronopost d'assurer le transport des plis qui lui avait été confié ; le contrat avait donc bien une cause. La clause limitative de responsabilité n'affranchissait donc pas Chronopost de son obligation. La Cour de cassation s'était donc servie de la notion de cause pour rééquilibrer un contrat en éradiquant une clause abusive, privant de sanction véritable l'inexécution de l'obligation. Cet arrêt était révélateur d'une tendance jurisprudentielle à la subjectivisation de la cause de l'obligation, par la prise en compte de l'utilité de l'opération contractuelle pour une des parties<sup>2</sup>, qu'on a déjà rencontrée.

La Cour de cassation confirma ultérieurement sa solution, mais en la soumettant à deux conditions :

- La limitation de responsabilité doit résulter de la convention des parties et non d'un décret, car, dans cette dernière hypothèse, la Cour de cassation n'a pas le pouvoir de la réputer non écrite<sup>3</sup>.
- La clause limitative de responsabilité doit avoir pour effet de « vider de toute substance l'obligation essentielle », à défaut de quoi il n'y aurait pas véritablement contradiction entre cette clause et l'engagement souscrit<sup>4</sup>. L'article 1170 du Code civil reprend cette condition.

L'interprétation de cette condition nourrit actuellement le contentieux. La Cour de cassation s'efforce en principe d'éviter que les juges du fond n'éliminent trop facilement des clauses qui, bien qu'elles soient défavorables à une partie, n'ôtent pas sa cohérence au contrat<sup>5</sup>. Il n'en reste pas moins que,

<sup>7</sup> Ph. Jestaz « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in : *Mélanges Pierre Raynaud*, p. 273 et s. ; L. Leveneur « Les clauses limitatives, exonératoires ou de non-garantie à l'épreuve de l'obligation essentielle : splendeur et misère de la force obligatoire », in : D. Houtcieff (dir.), *Le renouveau de la force obligatoire du contrat*, RDC 2024/4, 92 et s.

<sup>1</sup> Com. 22 octobre 1996, n° 93-18632, B. IV, n° 261 ; G.A., t. II, n° 184, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; D. 1997, J. 121, note A. Sériaux ; *ibid.*, *Somm.* 175, obs. Ph. Delebecque ; JCP 1997, II, 22881, note D. Cohen ; *ibid.* I, 4002, n° 1, obs. M. Fabre-Magnan ; *ibid.* I, 4025, n° 177, obs. G. Viney ; CCC 1997, n° 24, note L. Leveneur ; *Deffrénois* 1997, 333, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 1997, 418, obs. J. Mestre.

<sup>2</sup> Terré, Lequette et Chénéde, obs. préc., n° 13 ; Houtcieff, *op. cit.*, n° 437.

<sup>3</sup> Com. 30 mai 2006, *Chronopost*, n° 04-14974, B. IV, n° 132 ; BICC n° 847, 1<sup>er</sup> octobre 2006, n° 1887, nldr ; D. 2006, J. 2288, note D. Mazeaud ; *ibid.*, *Pan.* 2646, obs. B. Fauvarque-Cosson ; CCC 2006, n° 183, note L. Leveneur ; RDC 2006, 1075, obs. Y.-M. Laithier et 1224, obs. S. Carval ; RTD civ. 2006, 773, obs. P. Jourdain ; Com. 5 juin 2007, n° 06-14832, B. IV, n° 157 ; D. 2007, A.J. 1720, obs. X. Delpech ; *ibid.* 2975, obs. B. Fauvarque-Cosson ; JCP 2007, II, 10145, note D. Houtcieff ; *Dr. et patr.* sept. 2007, p. 95, obs. Ph. Stoffel-Munck ; RDC 2007, 1121, obs. D. Mazeaud et 1144, obs. S. Carval ; RTD civ. 2007, 567, obs. B. Fages.

<sup>4</sup> Com. 18 décembre 2007, EDF, n° 04-16069, B. IV, n° 265 ; D. 2007, A.J. 154, obs. X. Delpech ; JCP 2008, I, 125, n° 13 et suiv., obs. Ph. Stoffel-Munck ; RTD civ. 2007, p. 310, n° 5, obs. P. Jourdain ; Com. 29 juin 2010, n° 09-11841, B. IV, n° 115 ; D. 2010, J. 1832, note D. Mazeaud ; JCP 2010, n° 787, note D. Houtcieff ; *ibid.*, n° 1015, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *ibid.* 2011, n° 63, obs. J. Ghestin ; CCC 2010, n° 220, obs. L. Leveneur ; CCE 2010, n° 99, obs. Ph. Stoffel-Munck ; RDC 2010, 1220, obs. Y.-M. Laithier et 1253, obs. O. Deshayes ; RTD civ. 2010, 555, obs. B. Fages.

<sup>5</sup> Civ. 2, 24 septembre 2020, n° 19-15375, D. 2021, 316, note M. M. ; Civ. 2, 1<sup>er</sup> décembre 2022, n° 21-19343, D. 2023, 915, *Chr. C. Cass.* F. Jollec, C. Bohnert, S. Ittah, X. Pradel, C. Dudit et J. Vigneras ; *ibid.* 1142, obs. bs. R. Bigot, A. Cayol, D. Noguéro et P. Pierre ; CCC 2023, *Comm.* 19, L. L. ; RTD civ. 2023, 859, obs. H. Barbier ; *Resp. civ. et assur.* 2023, étude I. Bloch. Cependant, dans ce dernier arrêt et d'autres postérieurs, la Cour de cassation se fonde sur une disposition spéciale du droit des assurances, l'article L. 113-1 du Code des assurances. Ce texte prévoyant que les clauses d'exclusion de risque doivent être formelles et limitées, évince ainsi, selon elle, la disposition générale de l'article 1170 du Code civil en application du principe *specialia generalibus derogant*.

parfois, « sous couvert d'un contrôle de sa cohérence, c'est l'équilibre de la convention qui est examiné par les magistrats »<sup>1</sup>, dans une démarche proche de celle suivie à propos des clauses déséquilibrantes dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs et, depuis l'ordonnance du 10 février 2016, dans les contrats d'adhésion en général (article 1171 du Code civil)<sup>2</sup>. Aussi d'aucuns ont-ils dénoncé un texte « inutile et dangereux » dans l'article 1170 du Code civil<sup>3</sup>.

La disposition serait, tout d'abord, inutile, car elle se trouve enchâssée entre l'article 1169, qui la précède, et l'article 1171, qui la suit, avec lesquels elle peut paraître faire double emploi. Dès lors, en effet, qu'une clause vide l'obligation essentielle de sa substance, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire. Quand les conditions d'application de l'article 1170 sont remplies, l'article 1169 est donc aussi applicable. Il est vrai que les deux textes prévoient une sanction différente : la nullité du contrat pour l'article 1169, l'éradication de la clause pour l'article 1170. En outre, la clause qui « prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur », « crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » au sens de l'article 1171 du Code civil. En conséquence, elle doit être réputée non écrite conformément à ce texte, si bien qu'il est superflu de recourir à l'article 1170 pour l'éliminer. Certes, pour que l'article 1171 s'applique, il est nécessaire que la clause déséquilibrante figure dans un « contrat d'adhésion » et qu'elle soit « non négociable »<sup>4</sup>. L'article 1170 pourrait donc intervenir hors du champ d'application de l'article 1171, lorsque le contrat a été conclu de gré à gré ou que la clause incluse dans le contrat d'adhésion était négociable.

Cependant, et c'est la seconde critique adressée à l'article 1170, la disposition apparaît ainsi dangereuse. D'une part, elle conduit à déborder le domaine que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont assigné à l'article 1171. D'autre part, elle consacre une jurisprudence, la jurisprudence *Chronopost*, dont l'incertitude avait été soulignée. Sans doute, on l'a vu, le texte permet-il un contrôle judiciaire de la seule cohérence du contrat, en exigeant que la clause « prive l'obligation essentielle de sa substance ». Mais la formule étant, malgré tout, imprécise, les juges du fond risquent de glisser à un contrôle de l'équilibre de la convention en se fondant sur l'article 1170, alors que l'article 1168 du Code civil le leur interdit en principe. La qualification de clause « privant l'obligation essentielle de sa substance » étant une question de droit, la Cour de cassation est certes, théoriquement en mesure de corriger les dérapages des juges du fond. Mais il n'est pas sûr qu'en pratique, cela suffise.

## 2. Clause « couperet » dans le contrat d'assurance

Cette clause définissait le sinistre, qui déclenche l'obligation de l'assureur d'indemniser l'assuré, comme toute réclamation de celui-ci formulée pendant la durée de la garantie. En conséquence, l'assureur n'était tenu à garantie que si la réclamation de l'assuré lui parvenait avant la résiliation du contrat d'assurance, c'est-à-dire pendant sa période d'existence. La Cour de cassation déclara la clause non-écrite en application de l'ancien article 1131 du Code civil, comme étant dépourvue de cause, au motif que le versement des primes d'assurance pour la période se situant entre la prise d'effet du contrat d'assurance et son expiration a pour contrepartie nécessaire la garantie des dommages trouvant leur origine dans un fait qui s'est produit durant cette période<sup>5</sup>. En conséquence, en effet, la clause litigieuse privait l'obligation de payer les primes de contrepartie.

## 3. Dates de valeur dans la convention de compte bancaire

La Cour de cassation avait encore eu recours à la notion de cause pour interdire la pratique bancaire dite des « dates de valeur », sauf pour la remise des chèques à l'encaissement.

La date de valeur est la date à laquelle une somme est effectivement débitée ou créditée sur un compte postal ou bancaire. Elle ne coïncide pas forcément avec la date de l'opération de retrait, de paiement, ou de dépôt. Elle sert de référence pour le calcul

<sup>1</sup> Soc. 23 septembre 2020, n° 18-20869 (P) ; *RDC* 2021/1, 127, obs. G. Loiseau. Cf. Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 466.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> O. Deshayes, in : « La substance de l'obligation essentielle », *Colloque de la Cour de cassation. Rencontres de droit des contrats*, 13 mai 2024 : <https://www.courdecassation.fr/agenda-evenementiel/la-substance-de-lobligation-essentielle-article-1170-du-code-civil>

<sup>4</sup> Cf. *infra* : B. « Interdiction des clauses déséquilibrantes dans les contrats d'adhésion ».

<sup>5</sup> Civ. 1, 19 décembre 1990, n° 87-19588, *JCP* 1991, II, 21656, note J. Bigot ; *RTD civ.* 1991, 325, obs. J. Mestre ; Civ. 3, 2 février 2017, n° 15-20939.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

des intérêts éventuellement produits. Pour les banques, la justification des jours de valeur réside dans les délais de traitement des opérations, qui les empêcheraient de disposer réellement des fonds dès le moment où elles les comptabilisent.

Les dates de valeur sont des commissions déguisées, car les délais de traitement des opérations interbancaires sont en pratique très inférieurs aux dates de valeur les plus couramment pratiquées. Elles permettraient donc aux banques de percevoir, sur les comptes de ces clients, des intérêts qui ne sont justifiés par aucune contrepartie.

La Cour de cassation jugea donc sans cause la perception, par un établissement bancaire, d'intérêts sur les comptes débiteurs de ses clients, fondée sur la pratique dite des « dates de valeur », pour les opérations autres que « la remise de chèques en vue de leur encaissement »<sup>1</sup>.

L'interdiction des dates de valeur ne tombe désormais, à la lettre, ni sous le coup de l'article 1170 du Code civil, ni sous celui de l'article 1169 du même code. D'une part, en effet, la pratique bancaire en question ne prive pas l'obligation essentielle du débiteur de sa substance, car le banquier ne s'affranchit pas de son obligation d'inscrire les sommes au débit et au crédit du compte, en exécution de la convention de compte courant conclue avec son client : il se borne à jouer sur les dates auxquelles ces sommes seront inscrites en compte, pour percevoir des intérêts indus. D'autre part, cette pratique ne confère pas davantage un caractère illusoire ou dérisoire à la contrepartie convenue, car l'établissement offre des services en contrepartie de la rémunération que le client lui verse : c'est uniquement la contrepartie à la perception d'intérêts, à l'occasion de certaines opérations de crédit ou de débit, qui fait défaut. La pratique des dates de valeur ne saurait donc entraîner la nullité du contrat de compte courant en son entier, comme le voudrait l'application de l'article 1169 du Code civil. Il appartiendra donc sans doute à la jurisprudence, si elle se maintient, d'étendre par analogie l'article 1169 à la nullité d'une clause simplement accessoire, qui impose un engagement sans contrepartie, au lieu de priver globalement l'engagement de la contrepartie convenue.

## B. Interdiction des clauses déséquilibrantes dans les contrats d'adhésion<sup>2</sup>

Aux termes de l'article 1171 du Code civil :

« Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »

L'article 1171 a représenté une des innovations les plus controversées de l'ordonnance du 10 février 2016. Il généralise une interdiction, dont le champ d'application était jusqu'à présent limité au droit de la consommation (article L. 212-1 du Code de la consommation<sup>3</sup>). La loi de ratification du 20 avril 2018 est toutefois venue en limiter la portée<sup>4</sup>.

Les clauses déséquilibrantes ou abusives se rencontrent le plus souvent dans les contrats d'adhésion, car la position de force d'une des parties interdit toute discussion, toute négociation des conditions qu'elle propose à l'autre. Or la jurisprudence n'avait pas trouvé dans le droit commun des obligations un appui suffisant pour venir au secours de la partie la plus faible :

- D'une part, adhérer, c'est donner son consentement, peu important qu'il n'y ait pas de discussion préalable, donc aucun vice du consentement – erreur, violence ou dol –, dont la partie la plus faible serait fondée à se prévaloir.
- D'autre part, les parties sont libres de déterminer le contenu de leur contrat : le juge ne pouvait retoucher le contrat, sauf en cas de lésion ou d'absence de cause à l'obligation. Or, le plus souvent, tout en entraînant un déséquilibre entre les parties, la clause abusive n'entraîne pas une lésion ou une absence de cause.

Il était donc apparu au législateur de régler le problème posé par les clauses abusives, et il pouvait le faire de deux manières :

<sup>1</sup> Com. 6 avril 1993, n° 90-21198, B. IV, n° 138 ; D. 1993, J. 310, note Ch. Gavalda ; Com. 10 janvier 1995, n° 91-21141, B. IV, n° 8 ; D. 1995, J. 229, note Ch. Gavalda ; Com. 17 décembre 1993, n° 01-13170 ; Com. 24 septembre 2002, n° 00-21162.

<sup>2</sup> S. Gaudemet « Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil », CCC 2016, dossier 5 ; M. Béhar-Touchais « Le déséquilibre significatif », JCP 2016, 391 ; D. Fenouillet « Le juge et les clauses abusives », RDC 2016, 358 ; M. Mekki « Fiche pratique sur les clauses abusives : quel *modus operandi* pour les professionnels du droit ? », Gaz. Pal. 10 mai 2016, n° 17, p. 11 ; L. Leveneur et M. Leveneur-Azémar « L'article 1171 du Code civil et le droit des contrats : double regard sur son champ d'application en droit interne et en droit comparé », RDA n° 20, octobre 2020, pp. 142-150.

<sup>3</sup> Ancien article L. 132-1 du Code de la consommation.

<sup>4</sup> L'article 1171 du Code civil en sa version modifiée par la loi de ratification du 20 avril 2018 n'est applicable qu'aux contrats conclus à partir du 1<sup>er</sup> octobre 2018, date de l'entrée en vigueur de la loi (article 16, I de cette loi).

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

- soit en considérant que la réglementation des clauses abusives relève de l'ordre public, plus précisément d'un ordre public économique de protection de certaines catégories de personnes ;
- soit en élargissant la notion de violence à l'abus de situation économique, à la violence économique, c'est-à-dire en optant pour la voie d'une protection accrue du consentement.

Progressivement, c'était la première voie qui s'est imposée : c'est le contenu d'une clause qui lui imprime son caractère abusif, que cette clause ait été ou non imposée par un abus de puissance économique. En consacrant, dans l'article 1143 du Code civil, l'abus de dépendance<sup>1</sup>, l'ordonnance du 10 février 2016 a néanmoins ouvert la seconde voie, concurremment à la première.

Une loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 vint réglementer les clauses abusives pour la première fois en France, dans les rapports entre professionnels et consommateurs. Depuis, cette loi a subi des modifications, notamment pour la mettre en harmonie avec le droit européen, à la suite d'une transposition en droit interne d'une directive communautaire du 5 avril 1993 sur les clauses abusives (loi n° 95-96 du 1<sup>er</sup> février 1995). Les dispositions en sont actuellement codifiées aux articles L. 212-1 et suivants et R. 212-1 et suivants du Code de la consommation.

L'article 1171 du Code civil est inspiré de la rédaction de l'article L. 212-1 du Code de la consommation. Mais son domaine d'application est plus vaste, car il s'étend aux contrats d'adhésion que ceux-ci soient, ou non conclus entre professionnels et non-professionnels et consommateurs. On précisera successivement le domaine de l'interdiction édictée par l'article 1171, son contenu et sa sanction.

## 1. Domaine de la prohibition

Ce domaine doit être précisé quant aux contrats et quant aux clauses.

### a. Domaine de la prohibition quant aux contrats

L'article 1171 du Code civil ne s'applique que dans les contrats d'adhésion. Mais l'intention du législateur a été de soustraire certains contrats d'adhésion à l'application de ce texte, parce qu'ils sont déjà soumis à des dispositions spéciales interdisant les clauses abusives.

#### α) Prohibition restreinte aux contrats d'adhésion

L'interdiction des clauses déséquilibrantes est restreinte aux contrats d'adhésion. L'article 1110, alinéa 2, du Code civil en donne, on s'en souvient, la définition suivante :

« Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties »<sup>2</sup>.

Le contrat d'adhésion s'oppose au contrat de gré à gré, dont, aux termes de l'article 1110, alinéa 1<sup>er</sup>, « les stipulations sont négociables entre les parties. »

Selon la conception de Saleilles, que le législateur semble avoir fait sienne, dans le contrat d'adhésion, une partie est en mesure d'imposer ses conditions à l'autre, parce qu'elle est en position de force : l'autre partie n'a d'autre choix qu'entre adhérer en bloc au contrat proposé ou refuser de contracter. Cette situation justifie les pouvoirs, que l'article 1171 du Code civil attribue au juge, pour lutter contre les déséquilibres résultant de clauses pré-rédigées, que l'autre partie n'est pas en mesure de discuter préalablement à la conclusion du contrat.

#### β) Exclusion de contrats d'adhésion soumis à des dispositions spéciales

<sup>1</sup> Cf. *supra* : section 1 « Le consentement », sous-section 2 « L'intégralité du consentement », § 3 « La violence », C. « Peu importe l'auteur de la violence », 2. « Violence par abus de dépendance ».

<sup>2</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 442.

Il résulte des travaux préparatoires de la loi de ratification du 20 avril 2018<sup>1</sup> ayant ratifié l'ordonnance portant réforme du droit des contrats et, plus particulièrement, de la volonté exprimée par le gouvernement et les parlementaires à l'unisson, que l'article 1171 du Code civil subit une double limitation de son champ d'application quant aux contrats d'adhésion. En effet certains de ces derniers sont déjà soumis à des dispositions spéciales interdisant les clauses déséquilibrantes, abusives. Se référant explicitement à ces travaux préparatoires, la Cour de cassation a fait sienne cette interprétation, de manière à éviter tout chevauchement entre ces dispositions et l'article 1171<sup>2</sup>.

- Sont notamment des contrats d'adhésion les contrats conclus entre consommateurs et professionnels. Cependant, dans ces derniers, l'article L. 212-1 du Code de la consommation prohibe déjà les clauses ayant pour objet ou pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. L'article 1171 est donc inapplicable aux contrats relevant déjà de l'article L. 212-1 du Code de la consommation. Le droit commun des obligations est ainsi évincé au profit du droit spécial de la consommation.
- L'article 1171 du Code civil est également inapplicable à de nombreux contrats commerciaux, soumis à l'article L. 442-1 du Code de commerce. Ce dernier texte, on s'en souvient<sup>3</sup>, dispose en son I, 2° :

« Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services : (...) « De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

En outre, depuis une loi du 24 avril 1979, l'article L. 442-4, I permet à la victime de se prévaloir de la nullité des clauses issues des pratiques incriminées par l'article L. 442-1.

Cette loi du 24 avril 2019 a étendu le champ d'application du texte : naguère restreint aux relations de partenariat commercial, il est désormais applicable dans les relations commerciales, d'une manière générale<sup>4</sup>. L'article 1171 du Code civil faisant pratiquement double emploi avec cette disposition, est donc inapplicable à ces relations commerciales.

Ainsi le domaine d'application de l'article 1171 du Code civil est-il doublement amputé, à un point qui lui retire une bonne part de son intérêt<sup>5</sup>. En dehors de ces secteurs, il est vrai, l'article 1171 du Code civil, texte de droit commun, a vocation à s'appliquer. Il ne jouera toutefois que rarement. Certes, des contrats d'adhésion peuvent se rencontrer en dehors des rapports entre professionnels et consommateurs et des rapports entre professionnels. Mais ce n'est pas fréquent. On peut songer néanmoins à tous les contrats conclus dans le contexte de l'économie dite « collaborative » sans l'intermédiaire d'un professionnel, mais par le moyen d'une plate-forme Internet<sup>6</sup> : le co-voiturage, par exemple.

L'article 1169 du projet de la Chancellerie allait beaucoup plus loin que l'article 1171 actuel :

<sup>1</sup> Cf. Deshayes, Genicon et Laithier « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations... », *op. cit.*, n° 25 et les réf. ; des mêmes auteurs : *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (commentaire article par article)*, *op. cit.*, art. 1171.

<sup>2</sup> Com. 26 janvier 2022, n° 20-16782 (B), *D.* 2022, 539, note S. Tisseyre ; *JCP* 2022, p. 256, note Y.-M. Serinet ; *JCP E* 2022, 1125, note G. Chantepie ; *CCC* 2022, *comm.* 40, L. Leveneur ; *RTD civ.* 2022, 124, obs. H. Barbier ; *RDC* 2022/1, p. 10, obs. M. Latina ; *ibid.*, 2022/2, p. 16, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *ibid.*, 2022/3, p. 89, obs. N. Balat. Cf. S. Gerry-Vernières « L'interprétation de l'article 1171 du Code civil "à la lumière des travaux parlementaires" de la loi de ratification », *RDC* 2022/2, p. 144 et s. ; M. Béhar-Touchais « La résolution du conflit des textes sur le déséquilibre significatif . - À propos du non-cumul entre l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce et l'article 1171 du Code civil », *JCP* 2022, *doctr.* 494.

<sup>3</sup> Cf. *supra* : § 1 « L'équilibre global du contrat », A. « Contrat synallagmatique lésionnaire », 1. « Domaine de la lésion », c. « Contrats rescindables ou révisables pour lésion », β) « Extension ultérieure du domaine d'admission de la lésion ».

<sup>4</sup> Deshayes, Genicon et Laithier, *Réforme du droit des contrats...*, *op. cit.*, art. 1171.

<sup>5</sup> Blanc, *op. cit.*, n° 23.

<sup>6</sup> Leveneur et Leveneur-Azémar, *op. cit.*, n° 15.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

« Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée.

« L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »

Le projet conférerait donc au juge un pouvoir d'élimination des clauses abusives dans tous les contrats, que ceux-ci soient ou non conclus entre professionnels et consommateurs et qu'ils présentent, ou non, le caractère de contrats d'adhésion. La réglementation des clauses abusives aurait acquis ainsi une portée absolument générale. C'était assurément investir le juge de pouvoirs considérables, au détriment de la sécurité juridique du créancier de l'obligation. Aussi la disposition du projet avait-elle fait l'objet de vives critiques<sup>1</sup>. L'ordonnance du 10 février 2016 est revenue à une solution moins audacieuse, cantonnée aux contrats d'adhésion.

Quant à l'article L. 212-1, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de la consommation, il vise les « contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs ». Il protège donc contre les clauses abusives non seulement le consommateur stricto sensu, c'est-à-dire celui qui passe des contrats de biens ou de services pour la satisfaction de ses besoins personnels ou familiaux, mais encore le non-professionnel.

L'article liminaire du Code de la consommation définit ces personnes, en les opposant au professionnel :

« Pour l'application du présent code, on entend par :

- consommateur : toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ;
- non-professionnel : toute personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ;
- professionnel : toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel. »

Ce texte a mis fin aux tergiversations de la jurisprudence antérieure<sup>2</sup>. En effet, la Cour de cassation avait, dans un premier temps défini le non-professionnel comme toute personne, même professionnelle, sauf si le contrat avait « un rapport direct avec [son] activité professionnelle »<sup>3</sup>. Les professionnels pouvaient donc bénéficier de la protection contre les clauses abusives dans les contrats relatifs non seulement à leur vie privée, mais encore à leur vie professionnelle, à la condition toutefois que le bien ou service faisant l'objet du contrat soit extérieur à l'objet spécifique de leur activité<sup>4</sup>. Mais, ultérieurement, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation avait élargi la notion de non-professionnel, en y incluant le professionnel d'une autre spécialité que son contractant, quand bien même il contracterait pour les besoins spécifiques de son activité professionnelle<sup>5</sup>.

En sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, l'article liminaire du Code de la consommation a condamné cette jurisprudence extensive de la troisième Chambre civile<sup>6</sup>. Le texte est en effet revenu à une approche restrictive des notions de consommateur et de non-professionnel. D'une part, il définit le consommateur comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole »<sup>7</sup>. De l'autre il définit le non-professionnel comme « toute personne morale qui agit à des fins qui

<sup>1</sup> F. Bicheron « N'abusons pas de la clause abusive », *Gaz. Pal.* 30 avril 2015, n° 120, p. 24 ; R. Boffa : « Juste cause (et injuste clause) », *D.* 2015, 335 ; S. Bros, *RDC* 2015, 761 ; Ph. Stoffel-Munck « Les clauses abusives : en attendant Grouchy », *Dr. et patr.* 2014, n° 240, p. 56.

<sup>2</sup> G. Paisant « Le "non-professionnel" en quête d'identité (de la Cour de cassation au nouveau Code de la consommation) », *LPA* 14 avril 2016, n° 75, p. 9.

<sup>3</sup> Civ. 1, 3 janvier 1996, n° 93-19322, *B. I.*, n° 9 et Civ. 1, 30 janvier 1996, n° 93-18684, *B. I.*, n° 55 ; *D.* 1996, *J.* 228, note G. Paisant ; *JCP* 1996, II, 22654, note L. Leveneur ; Civ. 1, 23 février 1999, n° 96-21744, *B. I.*, n° 59 ; Com. 14 mars 2000, n° 97-16299, *JCP* 2000, II, 10367, note D. Talon ; Civ. 1, 27 septembre 2005, n° 02-13935, *B. I.*, n° 347 ; *D.* 2005, *A.J.* 2670, obs. X. Delpech.

<sup>4</sup> Civ. 1, 1<sup>er</sup> décembre 1998, n° 96-13924, *B. I.*, n° 339 ; *D.* 2000, *somm.* 39, note J.-P. Pizzio : l'achat par un masseur-kinésithérapeute d'un logiciel de comptabilité gérant l'agenda, l'entente préalable avec la sécurité sociale, la facturation et la comptabilité n'a pas de rapport direct avec son activité, puisqu'il a pour but de se passer d'un expert-comptable ; Civ. 1, 8 juillet 2003, n° 01-11640, *JCP* 2004, II, 10107, note C. Duvert et N. Sauphanor-Brouillaud : L'acquisition d'un photocopieur pour les besoins d'une paroisse n'est pas en rapport direct avec l'activité pastorale du curé de cette paroisse ; Civ. 1, 3 janvier 1996, préc. : La fourniture d'eau est en rapport direct avec l'activité d'une entreprise de verrerie qui consomme une grande quantité d'eau pour refroidir des coulées en fusion. Cf. D. Mazeaud « Les professionnels sont des consommateurs comme les autres », in : *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle – Liber amicorum*, Dalloz, 2013, 518.

<sup>5</sup> Civ. 3, 4 février 2016, n° 14-29347.

<sup>6</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 445.

<sup>7</sup> Pour une application : Civ. 1, 31 août 2022, n° 21-11097 (B), *JCP* 2022, 1203, note N. Sauphanor-Brouillaud : le médecin qui, inscrit à un congrès médical, réserve une chambre d'hôtel dans la ville où se tient le congrès, n'agit pas à des fins entrant dans le cadre de son activité professionnelle et est dès lors recevable à se prévaloir des dispositions de l'article L. 212-1 du Code de la consommation sur les clauses abusives.



Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole »<sup>1</sup> : alors que, selon la jurisprudence antérieure, le non-professionnel pouvait simplement être une personne morale<sup>2</sup>, il l'est désormais obligatoirement. Dès lors qu'une personne agit à des fins entrant dans le cadre de son activité professionnelle, actuelle ou même future<sup>3</sup>, elle ne saurait donc être regardée comme un consommateur ou, s'agissant d'une personne morale, comme un non-professionnel. Peu importe que son activité professionnelle relève d'une autre spécialité que celle de son cocontractant.

En revanche, l'article L. 212-1, alinéa 1<sup>er</sup>, évoquant simplement « les contrats », ne fait aucune distinction au sein de ceux-ci. La réglementation des clauses abusives du Code de la consommation s'applique donc à tout contrat passé entre un professionnel et un non-professionnel ou un consommateur, quels qu'en soient le mode de conclusion, la forme ou le support, comme l'article L. 212-1, alinéa 4 le précise expressément, l'objet (prestation de service se rapportant, ou non, à une chose).

b. Domaine de la prohibition quant aux clauses

En sa rédaction issue de la loi de ratification du 20 avril 2018, l'article 1171 du Code civil ne prohibe la clause induisant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, que si :

- non seulement elle se trouve insérée dans un contrat d'adhésion,
- mais encore si elle est « non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties ».

Par l'adjonction de cette dernière précision<sup>4</sup>, le législateur a voulu, tout d'abord, harmoniser la nouvelle définition du contrat d'adhésion donnée à l'article 1110, alinéa 2, du Code civil et le domaine de la prohibition des clauses déséquilibrantes ou abusives. En effet, aux termes de l'article 1110, alinéa 2, on s'en souvient :

« Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties. »

Mais le législateur a entendu, de surcroît, que seules les clauses justifiant la qualification de contrat d'adhésion encourent l'annulation, lorsqu'elles induisent un déséquilibre significatif au détriment de la partie économiquement faible, laquelle n'est pas en situation de les négocier. Ainsi, lorsque le contrat d'adhésion comporte également des clauses négociables de gré à gré, celles-ci demeurent-elles valables, quand bien même elles seraient à l'origine d'un déséquilibre significatif entre les parties<sup>5</sup>.

Cette restriction supplémentaire, d'inspiration libérale, au champ d'application de la prohibition est-elle bien fondée ? La doctrine semble divisée.

Certains font observer qu'elle est logique, car l'article 1171 est destiné à protéger l'adhérent dans un contrat d'adhésion, parce qu'il n'est pas en mesure d'en négocier un ensemble de clauses<sup>6</sup> :

« Cette restriction est légitime si on part du postulat que la protection contre les clauses abusives a pour raison d'être l'impossibilité de l'adhérent de librement négocier le contenu de la clause litigieuse : il est alors légitime

<sup>1</sup> Pour une application : Civ. 1, 1<sup>er</sup> juin 2016, n° 15-13236, B. I, n° 127. La qualité de non-professionnel d'une personne morale s'apprécie au regard de son activité et non de celle de son représentant légal (Civ. 3, 17 octobre 2019, n° 18-18469 (P)).

<sup>2</sup> Civ. 1, 15 mars 2005, n° 02-13285, B. I, n° 135 ; D. 2005, 1948, note A. Boujeka ; JCP G 2005, II, 10114, note G. Paisant ; JCP E 2005, n° 769, note D. Bakouche ; Defrénois 2005, p. 2009, obs. E. Savaux ; CCC 2005, n° 100, obs. G. Raymond ; LPA 12 mai 2005, p. 12, note D. Bert ; RDC 2005, p. 740, obs. D. Fenouillet.

<sup>3</sup> CJCE 3 juillet 1997, n° C-269/95 ; CJUE 14 février 2019, n° C-630/17 ; Civ. 1, 9 mars 2022, n° 21-10487 (B) ; CCC 2022, comm. 89, S. B.-D.

<sup>4</sup> Aux termes de l'article 16, I, de la loi de ratification du 20 avril 2018, l'article 1171 en sa rédaction modifiée ne s'applique qu'aux contrats conclus à compter de son entrée en vigueur, fixée au 1<sup>er</sup> octobre 2018. La modification substantielle apportée au texte issu de l'ordonnance du 10 février 2016 ne pouvait en effet être qualifiée de simplement interprétative et rétroagir ainsi au 1<sup>er</sup> octobre 2016, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance.

<sup>5</sup> Mekki « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016... », *op. cit.*, n° 31 ; Mazeaud « Quelques mots de la réforme de la réforme du droit des contrats », *op. cit.*, n° 17 ; Deshayes, Genicon et Laithier « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations... », *op. cit.*, n° 25 ; Revet « L'achèvement de la réforme du droit commun des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *op. cit.*, n° 7 ; Blanc « Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification », *op. cit.*, n° 12.

<sup>6</sup> Mazeaud, *op. cit.*, *loc. cit.* ; dans le même sens : Revet, *op. cit. loc. cit.*

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

qu'il ne supporte pas les déséquilibres excessifs qui ne sont pas le fruit de la liberté contractuelle, mais le produit de la liberté unilatérale du contractant qui la lui a imposée. Si les clauses étaient négociables, fût-ce dans un contrat d'adhésion, la protection ne s'impose pas car le contractant avait le pouvoir de refuser la clause, d'en discuter le contenu. »

Pour d'autres<sup>1</sup>, à rebours, l'article 1171 du Code civil étant destiné à imposer un équilibre objectif entre les parties à un contrat d'adhésion, toute clause induisant un déséquilibre significatif au sens du texte devrait être réputée non écrite, qu'elle soit par nature négociable ou non.

En outre, a-t-on fait valoir<sup>2</sup>, la rédaction de l'article 1171, alinéa 1<sup>er</sup>, s'harmonise mal avec celle de l'article 1189, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil. Ce dernier texte, qui pose une directive d'interprétation du contrat à l'intention du juge<sup>3</sup>, énonce en effet : « Toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier. » A suivre ce texte, le déséquilibre significatif dans un contrat devrait donc s'apprécier globalement. Or l'article 1171, alinéa 1<sup>er</sup>, invite au contraire à isoler, dans un contrat d'adhésion, les clauses non négociables des autres, pour apprécier si elles créent un déséquilibre significatif

Enfin, on peut ajouter que la question de savoir si une clause doit être considérée comme négociable ou non risque de soulever de délicates questions de qualification. Mais il est vrai que cette difficulté n'est pas propre à l'interprétation de l'article 1171 du Code civil : elle se pose aussi à propos de la qualification du contrat d'adhésion lui-même, tel que l'article 1110, alinéa 1<sup>er</sup>, le définit.

L'application de l'article 1171 du Code civil pose le problème de la preuve du caractère négociable ou non négociable de la clause. Ce problème se décompose, car il concerne la charge de la preuve, d'une part, l'objet de la preuve, d'autre part<sup>4</sup>.

- Tout d'abord, il semble logique d'imposer à la partie qui se prévaut des dispositions de l'article 1171 du Code civil, de rapporter la preuve que les conditions d'application de cette disposition sont réunies. La preuve du caractère non négociable de la clause de la preuve incomberait ainsi à l'adhérent au contrat, qui soutient qu'elle doit être réputée non écrite en raison de son caractère déséquilibrant. Mais une telle preuve, négative, n'est pas aisée à rapporter. On peut donc se demander si la volonté de protéger la partie adhérente ne conduira pas le juge à imposer à la partie qui prétend que la clause insérée dans le contrat d'adhésion était négociable, de le prouver.
- Ensuite, l'objet de la preuve est la possibilité – ou l'impossibilité – de négociation de la clause litigieuse, en d'autres termes sa négociabilité – ou sa non-négociabilité, et non sa négociation – ou sa non-négociation – en fait. Sans doute un indice décisif de cette négociabilité ou non-négociabilité pourra-t-il être tiré de la situation de domination contractuelle, ou non, d'une des parties envers l'autre, ce qui revient à se fonder sur un critère subjectif.

## 2. Contenu de la prohibition

L'article 1171, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil interdit :

« toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ».

Mais l'alinéa 2 du texte indique, en outre, comment ce déséquilibre doit s'apprécier.

### a. Notion de déséquilibre significatif

La formule de l'article 1171, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil est visiblement inspirée de celle de l'article L. 212-1, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de la consommation :

<sup>1</sup> Mekki, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Blanc, *op. cit.*, n° 13.

<sup>2</sup> Blanc, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>3</sup> Cf. *infra* : sous-titre II « Les effets du contrat », chap. I « L'exécution du contrat », section 2 « Difficultés d'application de la loi contractuelle », § 1 « L'interprétation des contrats », A. « Règles générales d'interprétation des contrats », 1. « Recherche de la volonté des parties », b. « Recettes particulières ».

<sup>4</sup> Mazeaud, *op. cit.*, n° 17 ; Blanc, *op. cit.*, n° 17 ; Mekki, *op. cit.*, n° 31.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

« Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. »

Nul doute, en conséquence, que le droit spécial de la consommation<sup>1</sup> servira de guide à la doctrine et à la jurisprudence dans l'interprétation du nouvel article 1171. A cet égard, il apparaît que l'origine du déséquilibre est indifférente, pourvu qu'il revête une certaine importance.

α) Origine du déséquilibre

Peu importe l'origine du déséquilibre significatif, qu'il résulte ou non d'un abus de la partie en situation de supériorité.

Initialement, il est vrai, en droit de la consommation, l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 exigeait deux conditions cumulatives pour qu'une clause soit considérée comme abusive. Le premier élément était subjectif : la clause devait être « imposée au non-professionnel ou consommateur par un abus de puissance économique ». Le second élément était objectif : était visée la clause « conférant au professionnel un avantage excessif ».

Mais la loi du 1<sup>er</sup> février 1995 avait apporté deux modifications à cette définition, inscrite à l'article L. 212-1, alinéa 1<sup>er</sup>, précité du Code de la consommation :

- l'avantage excessif s'était mû en « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». Ce déséquilibre peut être constaté ou potentiel, puisque l'article L. 212-1 vise les clauses ayant pour « objet ou effet de créer un déséquilibre significatif ».
- Il n'est plus exigée que le déséquilibre significatif résulte d'un abus de puissance économique du professionnel, solution que la Cour de cassation avait déjà retenue dans les contrats d'adhésion.

Seul subsiste donc désormais, reformulé, le second élément, objectif, de la définition de la clause abusive. C'est cet élément que l'article 1171 du Code civil reprend.

β) Importance du déséquilibre

L'expression « déséquilibre significatif » implique que le juge n'a pas vocation à intervenir pour remédier à un déséquilibre quelconque : le déséquilibre doit être suffisamment important pour justifier une intervention du juge<sup>2</sup>. A l'inverse, cependant le déséquilibre n'a pas pour autant besoin d'être manifeste, flagrant, pour que le juge puisse agir<sup>3</sup>.

La notion laisse, malgré tout, un large pouvoir d'appréciation au juge, d'où des risques d'immixtion arbitraire de celui-ci dans le contrat, au détriment de sa force obligatoire. La disposition de l'article 1171 nuit donc à la sécurité juridique. On peut espérer cependant que le juge ne fasse qu'un usage parcimonieux des pouvoirs dont le législateur l'a investi. En tout cas, la Cour de cassation exerce un contrôle sur la qualification de déséquilibrante attribuée à une clause par les juges du fond<sup>4</sup>, ce qui est de nature à tempérer leur éventuelle propension à à refaire les contrats en équité.

La clause privant l'obligation essentielle du débiteur de sa substance induit un déséquilibre significatif. Or l'article 1170 du Code civil interdit déjà une telle clause dans tous les contrats, que l'article 1171 permet de surcroît de proscrire dans les contrats d'adhésion. Les domaines respectifs des articles 1170 et 1171 du Code civil se chevauchent donc partiellement<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Sur lequel : Cl-M. Pégliion-Zika, *La notion de clause abusive. Étude de droit de la consommation*, thèse Paris 2, 2013, préf. L. Leveneur, LGDJ, 2018 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 443-452.

<sup>2</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 447.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Com. 26 janvier 2022, n° 20-16782, préc.

<sup>5</sup> Houtcieff, *op. cit.*, n° 438.

b. Appréciation du déséquilibre significatif

Le législateur a posé deux directives dans l'appréciation de la clause abusive, l'une, explicite, relative à son objet, l'autre, implicite, relative à son mode.

α) Objet de l'appréciation

Aux termes de l'article 1171, alinéa 2, du Code civil :

« L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »

Cette précision est visiblement inspirée de celle de l'article L. 212-1, alinéa 7, du Code de la consommation :

« L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert ».

Le législateur de 2016 n'a donné nulle part de définition de « l'objet principal du contrat »<sup>1</sup>. Au contraire, il paraît avoir voulu éviter de consacrer la notion controversée d'objet du contrat, pour ne retenir que la notion d'objet de l'obligation, que l'article 1163, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil définit comme la prestation qu'une partie doit à l'autre. La référence imprécise à l'objet principal du contrat dans l'article 1171, alinéa 2, laisse donc perplexe.

En revanche, l'interdiction adressée au juge de faire porter l'appréciation du déséquilibre sur « l'adéquation du prix à la prestation », se comprend aisément. L'article 1171 du Code civil ne saurait en effet être utilisé pour remettre en cause un contrat lésionnaire. L'article 1168 du Code civil, aux termes duquel, sauf exception légale, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, s'y oppose<sup>2</sup>.

En droit de la consommation, toutefois, par l'article L. 212-1, alinéa 7, *in fine*, du Code de la consommation le législateur a apporté un tempérament à l'interdiction de prendre en compte la lésion, dans l'hypothèse d'une clause obscure ou incompréhensible (« ... pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible »). A dire vrai, le procédé consistant en une utilisation de la notion de clause abusive pour éradiquer les clauses obscures, est discutable. En réalité, si la clause est totalement amphigourique, il n'y a pas eu consentement, tout simplement.

β) Mode d'appréciation

L'article 1171, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, vise un déséquilibre significatif « entre les droits et obligations des parties ». Le caractère déséquilibrant de la clause ne doit donc pas s'apprécier isolément, mais en la replaçant dans l'ensemble contractuel. Il revient ainsi au juge de s'assurer que l'avantage que la clause arguée de déséquilibre confère à une des parties, n'est pas compensé par d'autres stipulations<sup>3</sup>.

Le droit de la consommation est, à ce sujet, encore plus explicite que l'article 1171 du Code civil. Selon l'article L. 212-1, alinéa 5, du Code de la consommation, en effet :

« Le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il

<sup>1</sup> Aucune définition n'en est non plus donnée dans le Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016.

<sup>2</sup> Fages, *Droit des obligations*, n° 194.

<sup>3</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 446 ; Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1171 ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 376 ; Com. 26 janvier 2022, n° 20-16782, préc. : le défaut de réciprocité d'une clause résolutoire de plein gré dans un contrat de location financière ne rend pas cette clause abusive, dès lors qu'« elle se justifie par la nature des obligations auxquelles sont respectivement tenues les parties » ; seule la partie de la clause instituant de causes de résolution de plein droit ne tenant pas uniquement aux manquements du locataire à ses obligations doit en conséquence être réputée non écrite par application de l'article 1171 du Code civil, comme instaurant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Ce morcellement de la clause litigieuse et la référence à l'expression abstraite de « nature des obligations » ont été critiqués par M. Chantepie dans sa note préc. ss cet arrêt, *JCP E* 2022, 1125.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre. »

### 3. Sanction de la prohibition

On distinguera le droit commun et le droit de la consommation.

#### a. Droit commun

Aux termes de l'article 1171, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, la clause est réputée non écrite. Ainsi, la partie au contrat d'adhésion à laquelle cette clause aura été dictée, pourra demander au juge de la supprimer. Le contrat subsistera donc, expurgé de la clause déséquilibrante, voire de la partie déséquilibrante d'une clause<sup>1</sup>.

#### b. Droit de la consommation

Le fastidieux droit de la consommation a mis en place un système d'éradication des clauses abusives plus complet et plus complexe, en instituant une technique d'identification de ces clauses et en précisant les modalités de leur sanction.

##### α) Identification des clauses abusives en droit de la consommation

Deux techniques d'identification des clauses abusives sont principalement envisageables *de lege ferenda* :

- le législateur dresse lui-même, directement ou par renvoi à une autorité, par exemple réglementaire, une liste des clauses abusives, et le juge n'a plus qu'à en faire une application mécanique.
- Le législateur se borne à poser un ou des critères de la clause abusive, en laissant au juge le soin de déterminer, dans chaque espèce, si, prise dans son contexte, telle clause est ou non abusive.

Le droit français de la consommation cumule les deux techniques, ce qui a abouti à créer trois catégories de clauses abusives, que la doctrine désigne de la manière suivante : les clauses « noires », les clauses « grises », les clauses « blanches ». La définition actuelle de ces catégories résulte de la loi LME du 4 août 2008<sup>2</sup>.

##### • Clauses irréfablement présumées abusives (clauses noires)

Etablie en faveur du consommateur ou non professionnel, la présomption du caractère abusif de la clause ne souffre pas la preuve contraire.

Selon l'article L. 212-1, alinéa 3, du Code de la consommation, visant ces clauses « noires », un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission instituée à l'article L. 212-2,

« détermine des types de clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfutable, comme abusives ».

Le juge judiciaire est donc obligé de s'incliner devant la mention de la clause dans une liste établie par l'administration. Mais le système est abandonné à la bonne volonté du pouvoir exécutif, qui a manifesté une certaine inertie par le passé.

L'article R. 212-1 du Code de la consommation donne une liste de ces clauses noires, qui reprend dans ses grandes lignes une liste qui figurait déjà dans un décret de 1978.

##### • Clauses simplement présumées abusives (clauses grises)

La présomption du caractère abusif de la clause, dont le consommateur ou non professionnel bénéficie, peut être combattue par la preuve contraire. Il incombe au professionnel de rapporter celle-ci en cas de litige.

Aux termes de l'article L. 212-1, alinéa 2, du Code de la consommation, visant ces clauses « grises » :

<sup>1</sup> Com. 26 janvier 2022, préc.

<sup>2</sup> Delpech « LM2 : renforcement du mécanisme de lutte contre les clauses abusives », *op. cit.*

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

« Un décret en Conseil d'État, pris après avis de la Commission instituée à l'article L. 212-2, détermine une liste de clauses présumées abusives ; en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le professionnel doit apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse ».

L'article R. 212-2 du Code de la consommation dresse une liste de ces clauses grises.

- Clauses virtuellement abusives (clauses blanches)

Ce sont les clauses qui répondent au critère matériel de l'article L. 212-1, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de la consommation, mais qu'un décret n'a pas répertoriées comme abusives en les présument telles soit irréfragablement (clauses noires), soit simplement (clauses grises).

La loi du 10 janvier 1978 avait confiné la jurisprudence dans une tâche quasi-mécanique d'application des textes, puisque seules les clauses entrant dans les prévisions d'un décret pouvaient être réputées non écrites. Mais, en raison de la carence du pouvoir réglementaire durant de longues années, la Cour de cassation a reconnu aux juges du fond le pouvoir de déclarer directement une clause abusive, sur le fondement de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978<sup>1</sup>. Les juges se sont ainsi réappropriés le pouvoir dont le législateur avait entendu les priver. Bien qu'elle ait entendu réaffirmer le rôle du pouvoir réglementaire dans l'élimination des clauses abusives, la loi du 4 août 2008 ne paraît pas avoir condamné pour autant cette jurisprudence. L'article 1171 du Code civil investit désormais le juge, dans tous les contrats d'adhésion, de ce pouvoir, ainsi qu'on l'a vu.

Comme désormais en droit commun en application de l'article 1171 du Code civil, la notion de clause abusive en droit de la consommation est une question de droit, sur laquelle la Cour de cassation exerce son contrôle<sup>2</sup>.

Dans sa tâche, le juge peut s'aider des recommandations et avis de la Commission des clauses abusives, placée auprès du Ministre chargé de la consommation (article L. 212-2 du Code de la consommation) :

- Recommandations émises en marge de tout litige.
- Avis exprimés à l'occasion d'un litige : « La commission peut être saisie pour avis lorsqu'à l'occasion d'une instance le caractère abusif d'une clause contractuelle est soulevé » (article R. 822-21 du Code de la cons.).

Si le juge n'est pas lié par ces recommandations ou avis, ceux-ci sont, en pratique, décisifs pour la solution du litige.

### β) Sanctions des clauses abusives en droit de la consommation

Le consommateur peut saisir le juge, afin que celui-ci déclare la clause abusive non écrite. Mais, en outre, l'article L. 621-2 du Code de la consommation ouvre aux associations de consommateurs une action aux fins de voir supprimer la clause dans le contrat litigieux ou dans le type de contrat proposé au consommateur.

De plus, la jurisprudence reconnaît à ces associations de consommateurs le droit de demander, à cette occasion, la condamnation du professionnel à des dommages-intérêts, en réparation du préjudice tout préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 14 mai 1991, n° 89-20999, *B. I.*, n° 153 ; *G.A.*, t. II, n° 186, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *D.* 1991, *J.* 449, note J. Ghestin et *Somm.* 320, obs. J.-L. Aubert ; *JCP* 1991, II, 21763, note G. Paisant ; *CCC* 1991, n° 160, note L. Leveneur ; *RTD civ.* 1991, 526, obs. J. Mestre.

<sup>2</sup> *Cf.* par ex. Civ. 1, 1<sup>er</sup> février 2005, n° 01-16733, *B. I.*, n° 60 ; *RTD civ.* 2005, p. 393, n° 2, obs. J. Mestre et B. Fages ; Civ. 1, 1<sup>er</sup> février 2005, n° 03-13779, *B. I.*, n° 61 ; Civ. 1, 1<sup>er</sup> février 2005, n° 03-19692, *B. I.*, n° 64 ; *RTD civ.* 2005, p. 393, n° 2, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2005, 725, obs. D. Fenouillet ; Civ. 1, 12 mai 2011, n° 10-15786, *CCC* 2011, *comm.* 223, note G. Raymond ; Civ. 1, 13 décembre 2012, n° 11-27766, *B. I.*, n° 260 ; *D.* 2013, 818, note P. Lemay et 949, obs. N. S.-B. ; *JCP* 2013, 140, note G. Paisant.

<sup>3</sup> Civ. 1, 5 octobre 1999, n° 97-17559, *B. I.*, n° 260 ; *D.* 2000, *J.* 110, note G. Paisant ; Civ. 1, 1<sup>er</sup> février 2005, n° 03-16905, *B. I.*, n° 62 ; *RTD civ.* 2005, p. 393, n° 2, obs. J. Mestre et B. Fages ; Civ. 1, 1<sup>er</sup> février 2005, n° 02-20633, *B. I.*, n° 63 ; *RTD civ.* 2005, p. 393, n° 2, obs. J. Mestre et B. Fages.

### CHAPITRE III : LA FORME DU CONTRAT

Contrairement au droit romain, le droit français est, depuis le dix-huitième siècle, un droit pleinement consensualiste. Le contrat est normalement formé par le seul échange des consentements. Aussi bien l'article 1128 du Code civil, qui énumère les conditions de validité du contrat, n'en énonce aucune relative à la forme que le contrat devrait emprunter.

Ce principe du consensualisme a un fondement à la fois moral et économique :

- Fondement moral : respect nécessaire de la parole donnée.
- Fondement économique : le consensualisme répond au besoin de rapidité et de simplicité de la vie des affaires et de la vie courante.

En revanche, le consensualisme se révèle souvent inadapté aux contrats importants par leur montant ou par la complexité de l'opération dont ils sont le vecteur.

Ex. achat d'une maison ou d'un appartement, contracter un emprunt auprès d'un établissement financier, constituer une société, conclure un contrat de mariage.

La conclusion de ces contrats exige le respect de certaines formes, pour différentes raisons<sup>1</sup> :

- nécessité, pour les parties, de donner un consentement réfléchi,
- nécessité d'un document constatant l'accord des parties et le détaillant, de telle manière qu'une d'entre elles ne conteste ultérieurement la portée de son engagement : *verba volant, scripta manent*,
- nécessité, pour les tiers, de pouvoir connaître, le cas échéant, la situation juridique créée par le contrat.

Dans la réalité, nombre de contrats sont donc soumis à des formes pour leur conclusion. La doctrine a, depuis longtemps, souligné le phénomène de renaissance du formalisme à l'époque contemporaine<sup>2</sup>. Aussi, tout en posant le principe du consensualisme dans son article 1172, alinéa 1er, le Code civil lui apporte-t-il des exceptions.

L'article 1173 du Code civil distingue, plus précisément, deux types de formalisme, selon la fonction qu'il remplit :

- le formalisme direct ou de validité ;
- le formalisme indirect, probatoire ou de publicité.

Lorsque le législateur exige qu'un contrat soit établi par écrit, il ne précise pas toujours si la formalité est requise pour la validité du contrat, pour sa preuve ou pour son opposabilité. Dans le silence de la loi, il revient à la jurisprudence de décider si la formalité est, dans l'intention du législateur, prescrite *ad validitatem*, *ad probationem* ou pour l'opposabilité aux tiers<sup>3</sup>. En d'autres termes, il convient de s'attacher au but dans lequel la formalité a été instituée. Cette recherche de l'intention du législateur n'est pas exempte d'incertitude, car la tournure du texte légal est parfois trompeuse.

Ex. L'article 2044, alinéa 2, du Code civil, dispose que la transaction, contrat par lequel des parties mettent fin au litige les opposant, « doit être rédigé par écrit ». Mais, malgré la tournure catégorique de cette disposition, on s'accorde à n'y voir qu'une

<sup>1</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 380 et s.

<sup>2</sup> J. Flour « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in : *Le droit privé français au milieu du vingtième siècle – Etudes offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, t. I, 92 ; V. Moeneclay, *De la renaissance du formalisme en droit civil et en droit commercial français*, thèse Lille, 1914 ; A. Piedelièvre, *Les transformations du formalisme dans les obligations civiles*, thèse Paris, 1959 ; J. Mestre « L'approche par le juge du formalisme légal », *RTD civ.* 1988, 389 ; B. Nuyten et L. Lesage « Formations des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *Deffrénois* 1998, art. 36784 ; X. Lagarde « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP* 1999, I, 170 ; *Le formalisme, Journée Jacques Flour (Trav. Ass. Henri Capitant)*, Deffrénois, 2000, art. 37207 et suiv. ; N. Randoux « Réflexions actuelle sur le formalisme », *JCP N*, 2012, 1350.

<sup>3</sup> Fages, *Droit des obligations*, n° 124.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

exigence de preuve. En d'autres termes, cette disposition est regardée comme une application particulière du principe énoncé par l'article 1359 du Code civil<sup>1</sup>, selon lequel la preuve des actes juridiques, si elle est contestée, doit être rapportée par écrit<sup>2</sup>. Il en va autrement, toutefois, dans certains domaines, où l'écrit est exigé à peine de validité de la transaction, dans un souci de protection des parties : divorce, lorsque la transaction porte sur des biens immobiliers (article 265-2 du Code civil), accidents de la circulation (articles L. 211-9 et suiv. du Code des assurances).

Ex. La rédaction par écrit du contrat d'assurance, prévue par l'article L. 112-3, alinéa 1er, du Code des assurances, n'a, selon la jurisprudence qu'un « *but probatoire* »<sup>3</sup>.

Ex. La cession de parts sociales dans une société en nom collectif est parfaite entre les parties dès l'échange des consentements, bien que l'article L. 221-14 du Code de commerce prévoit qu'elle doit être constatée obligatoirement par écrit<sup>4</sup>.

## Section 1 : Le formalisme direct, de validité

Aux termes de l'article 1172 du Code civil, précité :

« Les contrats sont par principe consensuels.  
« Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation. »  
« En outre, la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d'une chose. »

Ce texte reprend la distinction tripartite des contrats consensuels, réels et solennels énoncée par l'article 1109 du Code civil, en précisant que le contrat consensuel représente le droit commun des contrats.

### § 1 Contrats solennels

D'après les articles 1109 et 1172 du Code civil, l'inobservation de la forme à laquelle un contrat solennel est subordonné, entraîne la nullité du contrat. L'écrit requis à peine de nullité du contrat peut être un acte authentique ou un acte sous seing privé.

Les articles 1174 et 1175 du Code civil précisent les conditions dans lesquelles l'écrit requis pour la validité du contrat, qu'il soit authentique ou seing privé, peut être conservé sous forme électronique.

#### A. Contrats soumis à la forme de l'acte authentique

La donation doit, à peine de nullité, être en principe établie par acte authentique (article 931 du Code civil). Il en va de même pour les contrats suivants :

- contrat de mariage (article 1394 du Code civil),
- hypothèque conventionnelle (article 2409 du Code civil),
- subrogation conventionnelle par le débiteur (article 1346-2 du Code civil),
- vente d'immeuble à construire (article 261-11 du Code de la construction et de l'habitation).

<sup>1</sup> Ancien article 1341, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil.

<sup>2</sup> Civ. 1, 18 mars 1986, n° 84-16817, *B. I.*, n° 74 ; *adde* : Civ. 3, 6 février 1973, n° 71-12511, *B. III.*, n° 104 ; Civ. 1, 10 octobre 1995, n° 93-15626, *B. I.*, n° 360 ; *RTD civ.* 1996, 643, obs. P.-Y. Gautier. Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, n° 1006 ; Raynard et Seube, *Droit des contrats spéciaux*, n° 611.

<sup>3</sup> Civ. 1, 4 juillet 1978, n° 77-10772, *B. I.*, n° 251.

<sup>4</sup> Com. 10 mars 1992, n° 90-14456, *Rev. soc.* 1992, 732, note R. Libchaber.



En revanche, la vente d'immeuble – autre que d'immeuble à construire – est un contrat consensuel, même si elle est toujours, en pratique, constatée par acte notarié. Son établissement par acte authentique n'est en effet indispensable qu'à des fins d'opposabilité aux tiers ayant acquis sur l'immeuble des droits concurrents<sup>1</sup>.

## B. Contrats soumis à la forme de l'acte sous seing privé

Ces contrats sont de plus en plus nombreux de nos jours.

Ex. mandat d'achat, de vendre, de louer donné à un agent immobilier (articles 1<sup>er</sup> et 6 de la loi du 2 janvier 1970), crédit à la consommation (article L. 312-18 du Code de la consommation), crédit immobilier (article L. 313-24 du Code de la consommation), contrat de courtage matrimonial (article 6 de la loi du 23 juin 1989), contrat de travail à durée déterminée (article L. 1245-1 du Code du travail : à défaut, il ne vaut que comme contrat de travail à durée indéterminée).

La promesse unilatérale de vente d'un immeuble, d'un droit immobilier, d'un fonds de commerce ou de cession d'un droit de bail afférent à un immeuble doit, à peine de nullité, être constatée par acte authentique ou par acte sous seing privé enregistrée auprès de l'Administration fiscale dans un délai de dix jours à compter de son acceptation par le bénéficiaire (article 1589-2 du Code civil).

Le but de cette disposition exceptionnelle, souvent critiquée en raison de l'immixtion du droit fiscal dans le droit civil qu'elle emporte, est d'empêcher une dissimulation de prix<sup>2</sup>.

En revanche, le bail à usage d'habitation, malgré les termes de l'article 3, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 6 juillet 1989<sup>3</sup>, est un contrat consensuel. En effet, il reste soumis aux dispositions de l'article 1714 du Code civil, aux termes desquelles « on peut louer par écrit ou verbalement ».

A peine de nullité (article 1322 du Code civil), la cession de créance, contrat par lequel le créancier, cédant, cède sa créance à un tiers, cessionnaire (article 1321 du même code), doit être constatée par écrit. Elle est donc devenue, avec la réforme du 10 février 2016, un contrat solennel, alors qu'elle ne l'était pas antérieurement<sup>4</sup>. Il en va de même de la cession de dette (article 1327, alinéa 2, du Code civil).

## § 2 Contrats réels

On rappellera brièvement la notion de contrat réel, avant de préciser la sanction attachée au défaut de remise de la chose.

### A. Notion de contrat réel

Le contrat réel se forme par la remise d'une chose (*res*). Il s'agit d'une survivance, généralement critiquée, du droit romain, qui constitue une solennité, un formalisme. Les contrats réels, parfois appelés aussi, de manière discutée, contrats de restitution, sont en nombre limité. La catégorie est en voie de régression.

On rappellera que sont réels les contrats suivants :

- le prêt à usage (article 1875 du Code civil)<sup>5</sup> ;

<sup>1</sup> Cf. *infra* : section 2 « Le formalisme indirect, probatoire ou de publicité », § 2 « Le formalisme de publicité ».

<sup>2</sup> Bénabent, *Droit des obligations*, n° 156 ; du même auteur, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, n° 94.

<sup>3</sup> Civ. 3, 24 février 1999, *LPA* n° 78, 20 avril 1999, p. 6, note A.P.

<sup>4</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 859.

<sup>5</sup> Civ. 1, 7 février 1962, n° 57-10660, *B. I.*, n° 87 (sol. implicite).

- le prêt de consommation (article 1892 du Code civil)<sup>1</sup>, sauf, selon la jurisprudence<sup>2</sup>, lorsqu'il est consenti par un professionnel du crédit : il devient alors consensuel<sup>3</sup> ;
- le dépôt (article 1915 du Code civil)<sup>4</sup> ;
- le don manuel<sup>5</sup>, qui, selon la jurisprudence, n'a « d'existence que par la tradition réelle que fait le donateur de la chose donnée »<sup>6</sup>. La jurisprudence en admet la validité<sup>7</sup>, par tempérament au principe posé par l'article 931 du Code civil, selon lequel toute donation, à peine de nullité, doit être consentie par acte authentique. On explique généralement cette jurisprudence *contra legem* par l'idée d'un formalisme de substitution<sup>8</sup> : la nécessité d'une remise effective de la chose au donataire pour que le contrat soit formé<sup>9</sup>, tiendrait lieu de mise en garde contre un emportement irréflecti, que l'article 931 a cherché à empêcher par l'imposition de la forme authentique. Malgré les termes de l'article 1172, alinéa 3, du Code civil, qui suggèrent qu'un contrat ne peut être réel qu'en vertu de la loi, cette hypothèse jurisprudentielle traditionnelle de contrat réel qu'est le don manuel, est appelée à se maintenir.

Le gage, contrat par lequel une personne accorde à un créancier le droit de se faire payer, par préférence à ses autres créanciers, sur un bien mobilier ou sur un ensemble de biens mobiliers (article 2233 du Code civil), était naguère également un contrat réel. Mais, avec la réforme du droit des sûretés opérée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, il est devenu un contrat solennel. Selon l'article 2336 du Code civil, en effet « Le gage est parfait par l'établissement d'un écrit... »

## B. Sanction du défaut de remise de la chose

Selon l'article 1172, alinéa 3, du Code civil, lu *a contrario*, à défaut de remise de la chose, le contrat réel n'est pas formé. Au contraire, l'article 1172, alinéa 2, sanctionne l'inobservation de la forme à laquelle la loi le subordonne un contrat solennel par la nullité de celui-ci.

La sanction de l'absence de remise de la chose dans un contrat réel serait donc, d'après le texte, différente de celle de l'inobservation de la forme requise dans un contrat solennel. Laisser entendre, en effet, comme le fait l'article 1172, alinéa 3, qu'en l'absence de remise de la chose, le contrat réel n'est pas formé, revient à le

<sup>1</sup> Civ. 1, 20 juillet 1981, n° 80-12529, *B. I.*, n° 267 ; *G.A.*, t. II, n° 318, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *RTD civ.* 1982, 427, obs. Ph. Rémy ; Civ. 1, 19 juin 2008, n° 06-19056, *B. I.*, n° 175 ; 14 janvier 2010, n° 08-18581, *B. I.*, n° 7 ; *D.* 2010, 620, 1<sup>re</sup> espèce, note J. François ; *ibid.*, *Pan.* 259, obs. V. Avena-Robardet

<sup>2</sup> Civ. 1, 28 mars 2000, n° 97-21422, *B. I.*, n° 105 ; *G.A.*, t. II, n° 319, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *D.* 2000, *J.* 482, note S. Piedelièvre ; *ibid.* 2000, *Somm.* 358, obs. Ph. Delebecque ; *ibid.* 2001, *Somm.* 1615, obs. M.-N. Jobard-Bachelier ; *ibid.* 2002, *Somm.* 640, obs. D. R. Martin ; *JCP* 2000, II, 10296, concl. J. Sainte-Rose ; Civ. 1, 19 juin 2008, n° 06-19753, *B. I.*, n° 174 ; *D.* 2008, *A.J.* 1825, obs. X. Delpech ; *D.* 2008, *pan.* 2369, n° 5, obs. Cl. Creton ; *JCP* 2008, II, 10150, note A. Constantin.

<sup>3</sup> Civ. 1, 14 janvier 2010, n° 08-13160, *B. I.*, n° 6 ; *D.* 2010, 620, 2<sup>e</sup> espèce, note J. François ; *ibid.*, *Pan.* 259, obs. V. Avena-Robardet ; *ibid.*, *Chr. C. cass.* 2092, obs. Cl. Creton ; *ibid.*, 2011, *Pan.* 1643, obs. R. Martin ; *JCP* 2010, n° 380, obs. N. Dissaux ; *Gaz. Pal.* 8 avril 2010, n° 98, p. 17, obs. D. Houtcieff ; *RLDC* 2010/69, n° 3733, obs. C. Le Gallou ; *RD banc. fin.* 2010, n° 45, obs. X. Lagarde ; *LPA* 25 janvier 2011, n° 17, p. 19, note A. Cayrol ; Com. 1<sup>er</sup> octobre 2013, n° 12-25392, *Gaz. Pal.* 9 novembre 2013, n° 313, p. 20, obs. B. Bury ; Civ. 1, 29 juin 2022, n° 21-15082 (B).

<sup>4</sup> Crim. 18 novembre 1969, n° 68-06891, *B. crim.*, n° 300 (sol. implicite).

<sup>5</sup> Civ. 1, 11 juillet 1960, n° 58-11232, *B. I.*, n° 382 ; *D.* 1960, *J.* 702, note P. Voirin ; Civ. 1, 10 octobre 2012, n° 10-28363, *B. I.*, n° 195 ; *RTD civ.* 2012, 760, obs. M. Grimaldi ; *ibid.* 2013, 146, obs. W. Dross ; *RDC* 2013, 202, obs. Ch. Goldie-Genicon.

<sup>6</sup> Civ. 1, 11 juillet 1960, n° 58-11232, préc.

<sup>7</sup> Req. 5 août 1878, *D.P.* 79, 1, 253 (motifs).

<sup>8</sup> F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions, les libéralités*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2024, n° 538 ; X. Lagarde « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du Code civil », *RTD civ.* 1997, 25 et s., spéc. 35.

<sup>9</sup> Civ. 1, 11 juillet 1960, préc. ; Civ. 1, 10 octobre 2012, n° 10-28363, *B. I.*, n° 195 ; *RTD civ.* 2012, 760, obs. M. Grimaldi ; *ibid.* 2013, 146, obs. W. Dross ; *RDC* 2013, 202, obs. Ch. Goldie-Genicon. Sur les difficultés posées par le don manuel de sommes d'argent, opéré par virement, cf. not. Civ. 1, 12 juillet 1966, n° 64-12424, *B. I.*, n° 424 ; *D.* 1966, *J.* 614, note J. Mazeaud ; Civ. 1, 14 décembre 2004, n° 03-18413, *B. I.*, n° 317 ; *D.* 2005, *J.* 626, note C. Noblot ; *ibid.*, *Pan.* 813, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *JCP* 2005, I, 187, n° 8, obs. R. Le Guidec ; *RTD civ.* 2005, 394, obs. R. Cabrillac ; par chèque : Civ. 1, 4 novembre 1981, n° 80-12926, *B. I.*, n° 327 ; *G.A.*, t. I, n° 150, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *RTD civ.* 1982, 781, obs. J. Patarin ; *Deffrénois* 1982, 1378, obs. G. Champenois ; Civ. 1, 3 avril 2002, n° 99-20527, *B. I.*, n° 105 ; *Deffrénois* 2003, 46, obs. G. Champenois ; *RTD civ.* 2002, 554, obs. J. Patarin.

tenir pour inexistant<sup>1</sup>, et pas simplement pour nul<sup>2</sup>. Cependant, d'une manière générale, la distinction de la nullité et de l'inexistence est souvent artificielle et contestable, comme on le verra<sup>3</sup>.

Mais la solution légale permet paradoxalement d'atténuer les conséquences de l'exigence d'une remise d'une chose pour la formation du contrat de prêt<sup>4</sup>, alors que les partisans de l'inexistence<sup>5</sup> la considèrent comme sanctionnant un vice encore plus grave que la nullité. En effet l'échange des consentements n'en fait pas moins naître, comme l'a jugé naguère la Cour de cassation à propos d'un prêt de consommation<sup>6</sup>, une promesse de contrat réel parfaitement valable<sup>7</sup>, sinon le contrat définitif lui-même. Cette promesse a donc pleine valeur obligatoire. Toutefois, la sanction de sa violation ne semble pouvoir consister qu'en l'allocation de dommages-intérêts à son bénéficiaire, et non en la remise forcée de la chose<sup>8</sup>.

Motif : si la promesse consensuelle de contrat réel pouvait faire l'objet d'une exécution forcée en nature, elle produirait des effets identiques au contrat réel lui-même. L'exigence d'une remise de la chose pour qu'un contrat réel soit formé, serait donc dépourvue de sanction véritable, et la distinction des contrats réels et consensuels serait privée d'intérêt pratique.

## Section 2 : le formalisme indirect, probatoire ou de publicité

Comme le précise l'article 1173 du Code civil, ce formalisme indirect n'a pas d'incidence sur la validité du contrat. On distinguera le formalisme probatoire et le formalisme de publicité.

### § 1 Le formalisme probatoire

En principe, les actes juridiques doivent être prouvés par écrit. Mais la règle connaît des atténuations et des exceptions.

#### A. Principe : preuve des actes juridiques par écrit

On exposera brièvement le contenu du principe et son domaine.

##### 1. Contenu du principe

On rappellera simplement pour mémoire<sup>9</sup> qu'alors que la preuve des faits juridiques est libre (article 1358 du Code civil), en revanche celle des actes juridiques doit, en principe, être administrée par écrit,

<sup>1</sup> Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 162 et n° 387 ; *contra* : Houtcieff, *op. cit.*, n° 121. *Cf.*, en droit antérieur : Civ. 1, 11 juillet 1960, préc. (inexistence d'un don manuel faute de tradition) ; Civ. 1, 5 juillet 2006, n° 04-13235 (inexistence d'un prêt faute de remise de la chose prêtée).

<sup>2</sup> *Cf. infra* : chap. IV « La nullité du contrat ».

<sup>3</sup> *Cf. infra* : chap. IV « La nullité du contrat ».

<sup>4</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 454.

<sup>5</sup> *Cf. infra* : chap. IV « La nullité du contrat ».

<sup>6</sup> Civ. 1, 20 juillet 1981, préc. *Cf. supra* : Classifications des contrats.

<sup>7</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>8</sup> Civ. 1, 20 juillet 1981, préc. ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Raynard et Seube, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Bénabent, *Droit des obligations*, n° 153.

<sup>9</sup> *Cf.* cours d'introduction générale au droit de 1<sup>re</sup> année.

dès lors que l'acte juridique porte sur une somme supérieure à 1500 € (article 1359 du Code civil<sup>10</sup> et article 1<sup>er</sup> du décret n° 80-533 du 5 juillet 1980, auquel l'article 1359 renvoie implicitement).

L'écrit doté de la valeur probante peut être soit sur support papier, soit un écrit électronique (articles 1365 et 1366 du Code civil).

En outre, selon l'article 1359 du Code civil, la preuve contre ou outre le contenu aux actes écrits doit aussi être obligatoirement administrée par écrit, et cela quel que soit le montant en jeu.

## 2. Domaine du principe

Le domaine du principe doit être soigneusement circonscrit. En effet, ce principe n'est pas toujours applicable :

- La règle de l'article 1359 du Code civil étant supplétive de volonté, les parties peuvent l'écarter lorsque la convention porte sur des droits dont elles ont la libre disposition (article 1356 du Code civil).
- La preuve des actes juridiques civils pour lesquels il est d'usage de ne pas établir un écrit, est libre (article 1360 du Code civil), l'usage pouvant être assimilé à une convention tacite d'écarter la règle de l'article 1359 du Code civil<sup>1</sup>.
- Les tiers sont admis à prouver par tous moyens l'acte juridique<sup>2</sup>.
- La preuve des actes de commerce est libre (article L. 110-3 du Code de commerce). Comme l'indique ce texte, ce n'est qu'à « l'égard des commerçants », que la preuve des actes juridiques est libre. En conséquence, lorsqu'un acte est mixte, c'est-à-dire conclu entre un commerçant et un particulier non-commerçant, seul ce dernier bénéficie de la liberté de la preuve<sup>3</sup>. Le commerçant, au contraire, sera soumis à la règle de l'article 1359 du Code civil : il devra prouver par écrit l'existence ou le contenu de l'acte juridique, si l'autre partie les conteste<sup>4</sup>.
- La preuve des actes juridiques civils portant sur une somme inférieure ou égale à 1500 € est libre (article 1<sup>er</sup> du décret n° 80-533 du 5 juillet 1980).
- En cas de fraude, la preuve de l'acte juridique est libre, car la fraude fait échec à toutes les règles (*fraus omnia corrumpit*).

## B. Atténuations et exceptions au principe

Même lorsque le principe est applicable, l'exigence d'une preuve écrite pour la preuve des actes juridiques et donc des contrats reçoit diverses exceptions et atténuations.

### 1. Atténuations au principe

Un commencement de preuve par écrit peut suppléer à l'absence de l'écrit, s'il répond à la définition que la loi en donne et s'il est complété par des témoignages ou présomptions (articles 1361 et 1362 du Code civil).

<sup>10</sup> Le texte reprend la règle qui figurait à l'ancien article 1341, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil.

<sup>1</sup> Cf. *infra*.

<sup>2</sup> Civ. 3, 7 avril 1991, n° 89-15898, B. III, n° 124.

<sup>3</sup> Com. 17 février 1976, n° 75-10726, B. IV, n° 58 ; Civ. 1, 23 septembre 2020, n° 19-11443 (P) ; D. 2021, 214, obs. A. Aynès ; JCP 2020, 1208, obs. J.-S. Borghetti.

<sup>4</sup> Soc. 8 janvier 1964, B. IV, n° 21 ; Civ. 1, 2 mai 2001, n° 98-23080, B. I, n° 108 ; *Defrénois* 2001, 1057, obs. R. Libchaber ; *RTD civ.* 2001, 856, obs. J. Hauser ; Com. 12 juin 2019, n° 18-13846, CCC 2019, *comm.* 152, L. Leveneur ; Civ. 1, 17 novembre 2021, n° 20-20409 (B), CCC 2022, *comm.* 24, L. Leveneur ; D. 2022, 433, obs. A. Aynès.

a. Notion de commencement de preuve par écrit

Il s'agit d'un écrit par définition incomplet, par exemple une lettre missive ou un écrit ne satisfaisant pas à certaines exigences formelles<sup>1</sup>, telles celles de l'article 1377 du Code civil. Dans le cas contraire, en effet, l'acte serait un écrit au plein sens du terme, faisant à lui seul preuve de l'acte juridique contesté.

Comme l'article 1362 le précise<sup>2</sup>, pour constituer un commencement de preuve par écrit, l'acte écrit en question doit remplir deux conditions résultant de sa définition :

« tout écrit qui, émanant de celui qui conteste un acte ou de celui qu'il représente, rend vraisemblable ce qui est allégué. »

α) Acte émanant de celui contre lequel la demande est formée

Il faut que le défendeur, qui conteste l'existence ou le contenu de l'acte juridique, soit l'auteur soit matériel, soit du moins intellectuel – celui qui l'a inspiré – du document qui lui est opposé<sup>3</sup>.

Le commencement de preuve par écrit résultera, par exemple, d'une lettre émanant de celui qui conteste l'acte<sup>4</sup>, d'un courriel de sa part<sup>5</sup>, d'un chèque qu'il aura signé<sup>6</sup>... La jurisprudence, confirmée par une loi du 9 juillet 1975, y avait assimilé les résultats d'une comparution personnelle des parties. L'article 1362, alinéa 2, du Code civil reprend cette extension :

« Peuvent être considérés par le juge comme équivalents à un commencement de preuve par écrit les déclarations faites par une partie lors de sa comparution personnelle, son refus de répondre ou son absence à la comparution ».

Enfin, l'article 1362, alinéa 3, consacre une seconde extension de la notion de commencement de preuve par écrit :

« La mention d'un écrit authentique ou sous signature privée sur un registre public vaut commencement de preuve par écrit.

β) Acte rendant vraisemblable le fait allégué

Il faut que le document exhibé présente une certaine pertinence. L'appréciation de cette pertinence relève du pouvoir souverain des juges du fond<sup>7</sup>, car c'est évidemment une question de fait, et non de droit.

b. Incomplétude du commencement de preuve par écrit

Le commencement de preuve est un adminicule préalable, permettant au demandeur de prouver par tous moyens l'acte juridique dont il se prévaut, c'est-à-dire par témoignages ou présomptions. En effet, comme l'indique l'article 1361 du Code civil, il doit être :

« corroboré par un autre moyen de preuve. »

<sup>1</sup> Civ. 1, 30 mars 1955, *B. I*, n° 148 ; *D.* 1955, *J.* 427.

<sup>2</sup> Ce texte reprend l'ancien article 1347 du Code civil, avec une rédaction améliorée.

<sup>3</sup> Civ. 3, 20 juin 1969, n° 67-14114, *B. III*, n° 514 ; Civ. 3, 29 février 1972, n° 70-13069, *B. III*, n° 142.

<sup>4</sup> *Cf.* par ex. Civ. 1, 1<sup>er</sup> décembre 1965, n° 63-13.421, *B. I*, n° 670.

<sup>5</sup> Civ. 1, 26 septembre 2019, n° 18-16523, *CCC* 2019, *comm.* 195, *L. L.*

<sup>6</sup> Civ. 1, 25 juin 2009, n° 08-16211 ; Civ. 1, 2 octobre 2013, n° 12-17943 ; Civ. 1, 12 juillet 2023, n° 22-10846.

<sup>7</sup> *Cf.* par ex. Civ. 1, 30 mars 1955, *préc.* ; Civ. 1, 27 février 1961, n° 59-11.436, *B. I*, n° 127 ; Civ. 1, 13 janvier 1964, n° 62-13.531, *B. I*, n° 28 ; Civ. 3, 19 mars 1969, n° 67-11.325, *B. III*, n° 249 ; *Com.* 24 janvier 2018, n° 16-19866, *B. IV*, n° 7 ; *JCP* 2018, 352, note J. Lasserre Capdeville.

Ainsi ne suffit-il pas en lui-même à faire la preuve de l'acte juridique, puisque c'est un « commencement » de preuve par écrit. Il doit être complété par des témoignages ou présomptions, extérieurs à l'écrit imparfait<sup>1</sup> et dont les juges du fond apprécieront, ici encore, souverainement la valeur et la portée.

## 2. Exceptions au principe

On en recense quatre, énoncées par les articles 1360 et 1379 du Code civil.

### a. Impossibilité morale ou matérielle de se procurer un écrit

L'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit permet la preuve par tous moyens de l'acte juridique, selon l'article 1360 du Code civil. Ce texte reprend la teneur de l'ancien article 1348 du Code civil, en y intégrant la jurisprudence extensive qui s'était développée à propos de l'interprétation de ce dernier texte.

Les juges du fond apprécient souverainement l'existence de l'impossibilité matérielle ou morale<sup>2</sup>, qu'il appartient à celui qui s'en prévaut d'établir<sup>3</sup>. L'impossibilité morale peut résulter de l'existence de relations de famille<sup>4</sup> ou, au-delà, de relations étroites d'amitié et d'affection<sup>5</sup>.

L'article 1360 du Code civil autorise le demandeur, qui justifie que ses conditions d'application sont réunies, à rapporter la preuve de l'acte juridique par tous moyens, mais il ne le dispense pas de cette preuve<sup>6</sup>.

### b. Usage de ne pas établir un écrit

La jurisprudence antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 avait élargi la notion l'impossibilité morale de se pré-constituer un écrit au point d'admettre que cette impossibilité pouvait résulter d'usages<sup>7</sup>, qu'il revenait néanmoins aux juges du fond de caractériser<sup>8</sup>. L'article 1360 du Code civil a préféré abandonner cette déformation jurisprudentielle de la notion d'impossibilité morale : il a fait de l'usage une cause autonome de dérogation à l'exigence d'une preuve écrite pour les actes juridiques. Mais la jurisprudence antérieure demeure utile pour déterminer dans quelles hypothèses l'existence d'un tel usage peut être raisonnablement admis.

Cette « exception » à l'exigence d'une preuve écrite des actes juridiques constitue, en réalité, une restriction au champ d'application de la règle posée à l'article 1359 du Code civil, analogue à celle de la liberté de la preuve des actes juridiques en matière commerciale<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> Com. 24 janvier 2018, préc. ; Civ. 1, 26 septembre 2019, préc.

<sup>2</sup> Cf. par ex. Civ. 1, 21 février 1956, *B. I.*, n° 86 ; *D.* 1956, *J.* 287 ; Civ. 1, 27 novembre 1961, *B. I.*, n° 555 ; Civ. 1, 18 juin 1963, n° 61-13.816, *B. I.*, n° 324 ; Crim. 3 mai 1967, n° 66-90170, *B. crim.*, n° 145 ; Civ. 1, 17 novembre 1971, n° 70-10281, *B. I.*, n° 291 ; Civ. 3, 7 janvier 1972, n° 70-13528, *B. III.*, n° 20.

<sup>3</sup> Cf. par ex. Civ. 1, 19 juillet 1978, n° 77-10872, *B. I.*, n° 278.

<sup>4</sup> Cf. par ex. Req. 2 février 1920, *D.P.* 1921, 1, 40 ; Civ. 1, 21 février 1956, préc. ; Civ. 1, 27 novembre 1961, préc. ; Civ. 1, 13 janvier 1969, n° 67-11.682, *B. I.*, n° 19 ; Civ. 1, 6 décembre 1972, n° 71-13427, *B. I.*, n° 279.

<sup>5</sup> Cf. par ex. Soc. 7 juin 1963, n° 62-20.253, *B. IV.*, n° 480 ; Crim. 3 mai 1967, préc. ; Civ. 1, 17 novembre 1971, préc. ; Civ. 3, 7 janvier 1972, préc. ; Civ. 3, 7 janvier 1981, n° 79-14831, *B. III.*, n° 7.

<sup>6</sup> Soc. 31 janvier 1962, n° 61-20.094, *B. IV.*, n° 105 ; Civ. 1, 19 octobre 2016, n° 15-27387 (P) : arrêts rendus à propos de l'ancien article 1348 du Code civil, mais dont les enseignements demeurent, bien entendu, valables.

<sup>7</sup> Req. 4 novembre 1908, *D.P.* 1909, 1, 186 : médecin ; Civ. 1, 18 juin 1963, préc. : garagiste ; Civ. 1, 15 janvier 1963, n° 60-11.612, *B. I.*, n° 32 : vente de chevaux ; Civ. 1, 15 avril 1980, n° 79-10328, *B. I.*, n° 113 : *idem* ; Civ. 1, 28 février 1995, n° 93-15448 : vente de fumier entre agriculteurs ; Com. 22 mars 2011, n° 09-72426, *B. IV.*, n° 50 ; *RTD civ.* 2011, 491, obs. P. Deumier ; *RDC* 2011, 869, obs. R. Libchaber ; *D.* 2011, 1076, obs. X. Delpech : vente d'aliments pour le bétail.

<sup>8</sup> Civ. 1, 17 mars 1982, n° 80-11937, *B. I.*, n° 114 : vente de matériaux de construction à un chauffeur de taxi, cassation de l'arrêt pour n'avoir pas relevé que cet usage, dont il ne précise même pas l'origine et la portée, aurait mis le fournisseur dans l'impossibilité morale de se pré-constituer une preuve écrite.

<sup>9</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 1157.

c. Perte de l'écrit par force majeure

La perte d'un écrit par force majeure permet également la preuve par tous moyens de l'acte juridique, selon l'article 1360 du Code civil. Les juges du fond apprécient ici encore, si la perte de l'écrit résulte d'un cas de force majeure<sup>1</sup>.

d. Copie fiable de l'original

Aux termes de l'article 1379 du Code civil :

« La copie fiable a la même force probante que le titre original. La fiabilité est laissée à l'appréciation du juge.

Est présumée fiable jusqu'à preuve du contraire toute copie résultant d'une reproduction à l'identique de la forme et du contenu de l'acte, et dont l'intégrité est garantie dans le temps par un procédé conforme à des conditions fixées par décret en Conseil d'État<sup>2</sup>. »

## § 2 Le formalisme de publicité

Ce formalisme est destiné à assurer l'information des tiers sur la situation juridique engendré par le contrat. Il est sanctionné par l'inopposabilité de l'acte aux tiers, que la formalité de publicité imposée avait pour but de protéger.

Un tel formalisme se rencontre notamment pour les actes juridiques translatifs ou constitutifs de droits réels immobiliers. Ces actes ne peuvent être opposés aux tiers ayant acquis des droits réels concurrents sur l'immeuble et les ayant eux-mêmes publiés, qu'à la condition d'avoir été publiés au service de la publicité foncière (articles 28, 1° et 30, 1, du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 sur la publicité foncière).

Il en résulte d'ailleurs qu'un contrat portant sur la constitution ou la transmission d'un droit réel immobilier doit être établi par acte authentique. En effet, tout acte destiné à la publicité foncière doit être dressé en la forme authentique (article 4 du décret du 4 janvier 1955).

<sup>1</sup> Civ. 1, 21 janvier 1963, n° 58-11.992, B. I, n° 43.

<sup>2</sup> Cf. décret n° 2016-1673 du 5 décembre 2016, relatif à la fiabilité des copies et pris pour l'application de l'article 1379 du Code civil.

## CHAPITRE IV : LA NULLITÉ DU CONTRAT

Il n'existe pas de sanction préventive, *a priori*, tout au moins au sens classique du terme, affectant un contrat qui ne satisfait pas aux conditions légales de validité.

Une telle sanction est prévue dans d'autres domaines du droit civil, par exemple en matière de mariage, où il est possible de faire opposition au mariage pour certains motifs déterminés (articles 172 et suiv. du Code civil), ce qui fait préventivement obstacle à sa célébration. En revanche, en matière contractuelle, rien de tel : il n'existe pas de contrôle administratif ou judiciaire préalable du respect des conditions de formation du contrat. Les parties peuvent simplement redouter des sanctions a posteriori.

Mais il existe une sanction « curative » : la nullité, qui consiste en la mise à néant du contrat, à faire comme s'il n'avait jamais existé. L'article 1178 du Code civil énonce en effet :

« Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord.  
Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé.  
Les prestations exécutées donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9.  
Indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extra-contractuelle. »

La nullité doit être distinguée de sanctions voisines, tout d'abord. Ensuite, on expliquera comment elle est mise en œuvre, puis ses effets.

### Section 1 : Nullité et notions voisines

La nullité d'un acte juridique doit être distinguée de sa résolution, de son inopposabilité et de sa caducité. En revanche, la rescision d'un contrat est une forme de nullité relative.

#### § 1 Nullité et résolution

La résolution du contrat (article 1229 du Code civil) a pour cause l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un contrat, souvent synallagmatique (article 1217 du Code civil), et non pas la violation d'une condition de formation<sup>1</sup> ou de validité. Jusqu'à la réforme de l'ordonnance du 10 février 2016, on soulignait que la nullité et la résolution emportait les mêmes effets, à savoir l'anéantissement rétroactif du contrat. Mais l'article 1229 du Code civil a abandonné le principe de l'effet rétroactif de la résolution<sup>2</sup>. Enfin, il convient de rapprocher de la résolution la résiliation, qui procède de la même cause, mais qui n'entraîne pas de restitutions (article 1229, alinéa 3, du Code civil).

#### § 2 Nullité et inopposabilité

<sup>1</sup> Com. 22 mai 2012, n° 11-15449.

<sup>2</sup> Bénabent, *Droit des obligations*, n° 404 ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 740 ; Houtcieff, *op. cit.*, n° 994 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 669 ; Fages, *op. cit.*, n° 314. Cf. *infra* : sous-titre II « Effets du contrat », chap. II « Inexécution du contrat »



Contrairement à la résolution mais comme la nullité, l'inopposabilité est la conséquence d'une imperfection dans la formation du contrat. Toutefois elle sanctionne, en général, une règle édictée pour la seule protection des tiers, par exemple le défaut de publicité de l'acte (acte portant constitution ou mutation de droits réels immobiliers soumis à la publicité foncière, notamment – article 28, 1° et 30, 1, du décret du 4 janvier 1955...). Limitant la portée de la sanction à ce que la protection des tiers requiert, le droit prive le contrat de ses effets à l'égard des tiers, auxquels il est inopposable. En revanche, le contrat demeure obligatoire dans les rapports entre les parties<sup>1</sup>.

### § 3 Nullité et caducité<sup>2</sup>

Dans la section IV, intitulée « Les sanctions », du chapitre II dédié à « La formation du contrat », les articles 1178 à 1185 traitent de la nullité du contrat, puis les articles 1186 et 1187 de sa caducité. Ainsi les causes de caducité d'un contrat (article 1186) et les effets de cette caducité (article 1187) sont-ils désormais précisés par la loi. Le plan du titre III n'est toutefois, à cet égard, guère cohérent, car la caducité d'un contrat ne remet en question ni sa formation, ni sa validité : seule une caducité de l'offre (article 1117 du Code civil) fait obstacle à la formation du contrat<sup>3</sup>. Dès lors, traiter de la caducité dans les sanctions de la formation du contrat n'est pas des plus heureux.

Selon l'article 1186 du Code civil, il existe deux causes de caducité d'un acte juridique, qu'il faut l'une et l'autre distinguer des causes de nullité. En revanche, il résulte de l'article 1187 que les effets de la caducité sont identiques, quelle que soit sa cause.

#### A. Effets de la caducité d'un acte juridique

En principe privé de ses effets uniquement pour l'avenir (article 1187, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil), à la différence de l'acte nul, l'acte caduc pourra néanmoins l'être aussi, dans certains cas, pour le passé (article 1187, alinéa 2, du Code civil) :

« La caducité met fin au contrat.  
Elle peut donner lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9 »

#### B. Causes de caducité d'un acte juridique

Aux termes de l'article 1186 du Code civil :

« Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît. Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie. La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement. »

L'article 1186 invite donc à différencier la caducité d'un acte pour disparition d'un élément essentiel et la caducité d'un contrat pour indivisibilité.

<sup>1</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 135 et n° 590 et s.

<sup>2</sup> Bénabent, *op. cit.*, n° 206 et n° 336 et s. ; Fages, *op. cit.*, n° 215 ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 429 et s. ; Terré, Simler et Lequette, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 444 et s. ; Houtcieff, *op. cit.*, n° 593 et s. ; Y. Buffelan-Lanore, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques*, thèse Toulouse, préf. P. Hébraud, LGDJ, 1963 ; N. Fricero, *La caducité en droit privé*, thèse Nice, 1979 ; F. Garron, *La caducité du contrat*, thèse Aix-Marseille, préf. J. Mestre, PUAM, 1999 ; R. Chaaban, *La caducité des actes juridiques*, thèse Paris 2, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2005 ; V. Wester-Ouisse « La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer », *JCP* 2001, I, 290.

<sup>3</sup> Cf. *supra*.

## 1. Caducité d'un acte juridique pour disparition d'un élément essentiel

Comme la nullité, la caducité visée par l'article 1186, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil met aussi à néant un acte, mais pour avoir perdu, postérieurement à sa formation, un élément essentiel soit à sa validité, soit à sa perfection, en raison de la survenance d'un événement indépendant, en totalité ou partiellement, de la volonté des parties.

Comme applications de la notion de caducité, on peut citer la caducité de l'offre, la caducité d'un acte juridique due à la défaillance d'une condition suspensive qui y était insérée, la caducité d'une citation en justice qui n'a pas été placée au greffe de la juridiction dans les délais réglementaires (articles 385, 406, 754, dernier alinéa, et 857, alinéa 2, du Code de procédure civile)<sup>1</sup>.

Avec la disparition de la cause comme condition de validité du contrat, on peut se demander si certaines hypothèses de caducité du contrat, que la jurisprudence avait reconnues en les fondant sur cette notion de cause, subsisteront malgré tout.

Traditionnellement, il est vrai, la jurisprudence appréciait l'existence de la cause au moment de la formation du contrat. En effet, les anciens articles 1108 et 1131 du Code civil faisaient de l'existence d'une cause licite une condition de validité de la convention. La Cour de cassation en déduisait donc que la disparition de la cause postérieurement à la formation du contrat est normalement sans incidence sur la force obligatoire de ce dernier<sup>2</sup>.

Cependant, pour une partie de la doctrine – Capitant<sup>3</sup>, Josserand<sup>4</sup>, Maury<sup>5</sup>, Larroumet<sup>6</sup>, notamment –, le rôle de la cause ne s'épuisait pas une fois le contrat valablement formé. Selon Capitant<sup>7</sup>, plus précisément, « Si le contractant s'engage, ce n'est pas seulement pour obtenir que l'autre s'oblige de son côté. Les deux obligations corrélatives ne sont qu'un premier stade destiné à préparer le résultat définitif qui est l'exécution des prestations promises. » Ainsi, dans les contrats synallagmatiques tout au moins, la cause de l'obligation ne serait-elle pas seulement l'obligation de l'autre, « mais l'exécution de l'obligation de l'autre »<sup>8</sup>. Dès lors, toujours d'après Capitant, « l'obligation ne peut vivre qu'autant qu'elle reste appuyée sur la cause. »

La jurisprudence n'était pas toujours restée insensible à ce courant doctrinal<sup>9</sup>. En particulier, la première Chambre civile de la Cour de cassation avait posé le principe que la disparition de la cause postérieurement à la formation d'un contrat à exécution successive entraînait la caducité de celui-ci<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> Selon la Cour de cassation, cette caducité opère d'ailleurs rétroactivement, si bien qu'elle prive la citation de tout effet interruptif de la prescription extinctive (Ass. plén. 3 avril 1987, n° 86-11536, *B. ass. plén.*, n° 2 ; *D.* 1988, *somm.* 122, obs. P. Julien ; *JCP* 1987, II, 20792, concl. J. Cabannes ; *RTD civ.* 1987, 401, obs. R. Perrot ; dans le même sens : Soc. 21 mai 1996, n° 92-44347, *B. V.*, n° 193 ; Civ. 3, 1<sup>er</sup> février 2012, n° 11-10482, *B. III.*, n° 19 ; *D.* 2012, 496, obs. Y. Rouquet. La Cour de cassation a ultérieurement élargi cette solution, en décidant que, d'une manière générale, la demande en justice caduque n'interrompt pas la prescription, qu'elle prenne ou non la forme d'une citation, c'est-à-dire d'une assignation (Civ. 2, 21 mars 2019, n° 17-31502 (P) ; *D. actu.* 29 avril 2019, obs. G. Deharo ; *Gaz. Pal.* 23 juillet 2019, 39, note L. Mayer). Mais, inspirée par des considérations d'opportunité propres à la procédure civile, cette solution ne saurait être généralisée à l'ensemble du droit privé.

<sup>2</sup> Civ. 1, 28 janvier 1963, n° 60-11161, *B. I.*, n° 60 ; Civ. 1, 14 février 1967, n° 65-10222, *B. I.*, n° 64 ; Com. 21 octobre 1974, n° 73-11099, *B. IV.*, n° 255 ; Civ. 3, 16 novembre 1977, n° 76-12983, *B. III.*, n° 391 ; Civ. 3, 17 juillet 1996, n° 93-19432, *B. III.*, n° 193 ; *Rép. Defrénois* 1996, 1357, obs. Ph. Delebecque ; Com. 24 septembre 2002, n° 00-16245, 00-16408, 00-17443, 00-17503, *B. IV.*, n° 130 ; *D.* 2003, *J.* 235, note Ph. Delebecque ; Civ. 1, 3 avril 2007, n° 05-11405, *B. I.*, n° 139 ; *RTD civ.* 2007, p. 566, n° 4, obs. B. Fages ; Civ. 1, 19 juin 2008, n° 06-19753, *B. I.*, n° 174 ; *D.* 2008, *A.J.* 1825, obs. X. Delpech ; *D.* 2008, *pan.* 2369, n° 6, obs. C. Creton ; *JCP* 2008, II, 10150, note A. Constantin ; Com. 7 avril 2009, n° 08-12192, *B. IV.*, n° 54 ; *D.* 2009, *J.* 2080, note J. Ghestin ; Com. 18 mars 2014, n° 12-29453, *RDC* 2014, 345, obs. Y.-M. Laithier ; Civ. 3, 15 septembre 2016, n° 15-22250.

<sup>3</sup> Capitant, *De la cause des obligations*, n° 14 et suiv., n° 121 et suiv. Cf. A. Cermolacce, *Cause et exécution du contrat*, thèse Aix-Marseille 2000.

<sup>4</sup> Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, n° 116.

<sup>5</sup> Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, t. I, p. 287 et s., p. 316 et s.

<sup>6</sup> Larroumet, *Les obligations, le contrat*, n° 469 et s.

<sup>7</sup> Capitant, *op. cit.*, n° 14 et n° 120 et s.

<sup>8</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 412.

<sup>9</sup> Cf. Civ. 22 novembre 1921, *S.* 1923, I, 81, note L. Huguency, énonçant que « Dans une convention synallagmatique, l'obligation de chacune des deux parties a pour cause l'exécution de l'obligation de l'autre partie ».

<sup>10</sup> Civ. 1, 30 octobre 2008, n° 07-17646, *B. I.*, n° 241 ; *D.* 2009, *Chr. C. cass.*, 753, obs. Cl. Creton, invoquant l'autorité de Capitant ; *RDC* 2009, 49, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2009, 118, obs. B. Fages : reconnaissance de dette devant être acquittée en plusieurs mensualités, souscrite par un homme en faveur de son ex-épouse et destinée à assurer l'entretien et l'éducation de leur fils, alors à la charge de l'ex-épouse. Or, postérieurement à la souscription de la reconnaissance, le fils était venu habiter avec son père. La Cour de cassation en a déduit que la cause de l'engagement avait disparu et que celui-ci était dès lors devenu caduc.

Désormais la cause n'est plus une condition de validité du contrat. Mais peut-on considérer néanmoins que la raison, le motif déterminant pour lequel une partie s'engage demeure un élément essentiel, dont la disparition doit entraîner la caducité du contrat ? De la réponse à cette question dépend le maintien ou la disparition de la jurisprudence antérieure<sup>1</sup>. La sécurité juridique imposerait, à tout le moins, de réserver la qualification d'élément essentiel, dont la disparition entraîne la caducité du contrat, aux éléments intégrés dès l'origine dans l'accord des parties, par opposition à ceux qui lui sont extérieurs, à savoir les mobiles individuels d'une partie qui avaient été ignorés de l'autre<sup>2</sup>.

## 2. Caducité d'un contrat indivisible d'un autre contrat disparu

Dans ses alinéas 2 et 3, l'article 1186 du Code civil envisage une hypothèse particulière de caducité du contrat, étrangère *a priori* à la disparition d'un de ses éléments essentiels visée à l'alinéa 1<sup>er</sup>. Cette hypothèse est celle de la caducité d'un contrat en raison de la disparition d'un autre contrat, avec lequel il formait un ensemble contractuel indivisible :

« Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie.

« La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement. »

On suppose ici qu'une même personne conclut deux contrats, chacun avec un partenaire différent, tous deux orientés vers la réalisation d'une opération économique unique. En principe, l'anéantissement d'un contrat est sans incidence sur l'autre :

Ex. vente financée par un prêt. L'anéantissement de la vente est sans incidence sur le sort du prêt. En effet, la contrepartie de l'obligation de remboursement incombant à l'emprunteur est la remise des fonds prêtés, et non le motif qui a pu déterminer l'emprunteur à contracter<sup>3</sup>.

Mais, prenant appui sur la notion de cause, la jurisprudence avait estimé qu'il en allait autrement en cas d'indivisibilité entre les contrats, c'est-à-dire d'interdépendance des deux contrats voulue entre les parties. L'un des contrats était alors considéré comme servant de cause à l'engagement du débiteur dans l'autre. Dès lors, l'anéantissement (annulation ou résolution) du premier contrat entraînait, selon certains arrêts, la caducité du second pour disparition de la cause de l'obligation<sup>4</sup>.

Ex. résiliation d'un contrat de crédit-bail, au motif que « la seule cause du contrat » était constituée par un contrat de prestation d'images, lequel ne pouvait plus être exécuté du fait de la défaillance du cocontractant<sup>5</sup>.

Ex. société en charge de l'exploitation de la chaufferie d'un hôpital militaire, s'approvisionnant pour ce faire auprès de Gaz de France ; le gestionnaire ayant fait savoir à cette société que l'hôpital aurait désormais recours au chauffage urbain et que leur convention d'exploitation serait rompue, l'intéressée demanda à Gaz de France la résiliation à la même date du contrat d'approvisionnement, ce que Gaz de France a refusé. Selon la Cour de cassation, la cour d'appel ayant souverainement relevé que la réalisation de l'exploitation de la chaufferie constituait la seule cause du contrat de fourniture d'un produit dont Gaz de France a le monopole et qu'ainsi les deux contrats « concouraient sans alternative à la même opération économique » et « constituaient un ensemble contractuel indivisible », « en a déduit à bon droit que la résiliation du contrat d'exploitation avait entraîné la caducité du contrat d'approvisionnement, libérant la société des stipulations qu'il contenait »<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 493 ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 434 ; pour une réponse négative, cf. Houtcieff, *op. cit.*, n° 594.

<sup>2</sup> Fages, *Droit des obligations*, n° 215 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>3</sup> Civ. 1, 20 novembre 1974, n° 72-13117, *B. I.*, n° 311 ; Com. 5 mars 1996, n° 93-20778, *B. IV.*, n° 75 ; Civ. 1, 16 février 1999, n° 96-16093, *B. I.*, n° 55 ; CCC 1999, n° 70, obs. L. Leveneur.

<sup>4</sup> Cf. par ex. Com. 5 juin 2007, n° 04-20380, *B. IV.*, n° 156 ; *D.* 2007, *A.J.* 1723, obs. X. Delpech ; Civ. 1, 4 avril 2006, n° 02-18277, *B. I.*, n° 190 ; *D.* 2006, *J.* 2656, note R. Boffa ; *D.* 2006, *pan.* 2641, obs. S. Amrani Mekki ; *RDC* 2006, 700, obs. D. Mazeaud.

<sup>5</sup> Com. 15 février 2000, n° 97-19793, *B. IV.*, n° 29 ; *D.* 2000, *somm.* 364, obs. Ph. Delebecque.

<sup>6</sup> Civ. 1, 4 avril 2006, préc.

Cette jurisprudence participait d'un glissement, déjà signalée, vers une conception plus subjective de la cause de l'obligation, par la prise en considération du motif déterminant l'une des parties à contracter, pour rééquilibrer les relations des contractants.

L'article 1186 du Code civil, en ses alinéas 2 et 3, s'inspire de cette jurisprudence antérieure, tout en évitant le recours à la notion controversée de cause de l'obligation. Mais il distingue, plus précisément, deux types d'indivisibilité, pour en déduire la caducité du contrat, mettant fin à certaines hésitations jurisprudentielles antérieures quant au mode d'appréciation de l'indivisibilité<sup>1</sup> :

- Indivisibilité objective : l'exécution d'un des contrats est devenu impossible en raison de la disparition de l'autre, d'où sa caducité.
- Indivisibilité subjective : l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie à l'autre contrat. La caducité de ce dernier en résultera, à la condition toutefois que l'autre partie ait connu l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'elle a donné son consentement.

## § 4 Nullité et rescision

La différence entre rescision et nullité est historique. Dans l'Ancien droit, en effet, le plaideur devait obtenir des « lettres de rescision » de la Chancellerie, pour pouvoir agir en rescision du contrat pour lésion, car cette action n'était ouverte qu'en vertu du droit romain, lequel n'avait pas force de loi dans les pays de coutume. La différence a aujourd'hui disparue : la rescision est synonyme de nullité relative, et le terme est employé pour désigner la sanction de la lésion exclusivement.

Du reste, le nouvel article 1168 du Code civil, on s'en souvient, énonce que, sauf dans les cas exceptionnels où la loi en décide autrement, le défaut d'équivalence entre les prestations au moment de la formation du contrat synallagmatique, en d'autres termes la lésion, « n'est pas une cause de nullité du contrat ». Il fait ainsi explicitement de la rescision une variété de nullité.

## Section 2 : Mise en œuvre de la nullité

La nullité est soit judiciaire, soit très exceptionnellement conventionnelle. Sa mise en œuvre obéit aussi à des règles en partie différentes selon qu'elle est relative ou absolue.

### § 1 Nullité judiciaire et nullité conventionnelle

Traditionnellement, la nullité doit être invoquée en justice, pour pouvoir être prononcée. Cependant l'ordonnance du 10 février 2016 a innové, en permettant qu'elle soit aussi éventuellement constatée par les parties, sans recours au juge. Effectivement, comme le précise l'article 1178, alinéa 1<sup>er</sup>, *in fine* du Code civil :

« la nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord. »

<sup>1</sup> Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 441-446 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 495.

## A. Principe de la nullité judiciaire

On exposera la justification du principe d'une nullité judiciaire, avant d'indiquer de quelle manière elle peut être soulevée en justice.

### 1. Justification du caractère en principe judiciaire de la nullité

Longtemps considéré comme un état de l'acte (il y aurait des actes nuls et des actes valables), la nullité est, depuis les thèses développées par René Japio<sup>1</sup>, analysée en un droit de critique contre les effets d'un acte, conféré à une personne ou à un groupe de personnes. Cela explique qu'un acte annulable puisse néanmoins accomplir tous ses effets, si les titulaires de l'action ne l'exercent pas, ou certains de ces effets, si ne sont critiquables que d'autres effets de cet acte.

Tout contrat est présumé valablement conclu, si bien qu'il appartient à celui qui en critique la validité d'en apporter la démonstration. Cette critique ne peut être formulée que devant un juge qui a seul le pouvoir de prononcer l'annulation du contrat, opération par laquelle il en constate la nullité.

La nécessité d'une action en justice a toutefois été contestée dans le cas où le prétendu contrat aurait si peu d'apparence qu'on devrait le considérer comme inexistant ; en pareil cas, selon certains, il n'y aurait pas lieu de faire prononcer la nullité, mais simplement de constater son inexistence, et l'action serait imprescriptible<sup>2</sup>.

### 2. Mode d'invocation de la nullité en justice

Si celui qui veut obtenir l'annulation d'un contrat doit, dans tous les cas, s'adresser au juge, il le fait, en pratique, de deux manières, selon qu'il occupe la position de demandeur initial ou de défendeur à un procès. Dans le premier cas, on parle d'action en nullité, dans le second d'exception de nullité, lorsque la nullité est invoquée comme moyen de défense. Enfin, sous certaines conditions, le juge peut aussi relever la nullité du contrat d'office.

#### a. Invocation de la nullité par voie d'action

Celui qui entend se prévaloir de la nullité du contrat, forme une demande principale en justice, tendant à faire prononcer cette nullité. Cette action est soumise à la prescription extinctive quinquennale de droit commun de l'article 2224 du Code civil<sup>3</sup>.

#### b. Invocation de la nullité par voie d'exception

La nullité est invoquée comme moyen de défense à l'encontre d'une action intentée par l'autre, pour y faire échec. Telle est, spécialement, l'attitude du contractant qui, n'ayant pas exécuté ses obligations et se voyant réclamer cette exécution, oppose la nullité du contrat pour refuser d'y procéder.

Au point de vue de la technique procédurale, l'exception de nullité peut prendre la forme soit d'une défense au fond, soit d'une demande reconventionnelle, selon que la partie qui s'en prévaut se borne à vouloir faire échec à la demande en exécution ou entend tirer toutes les conséquences du prononcé de la nullité, notamment une restitution<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> R. Japio, *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle*, thèse Dijon, 1909.

<sup>2</sup> Cf. *infra*.

<sup>3</sup> Cf. *infra*.

<sup>4</sup> Ass. plén. 22 avril 2011, n° 09-16008, B. Ass. plén., n° 4 ; D. 2011, 1870, obs. X. Delpech, note O. Deshayes et Y.-M. Laithier ; *ibid.* 2012, 244, obs. N. Fricero ; *Rev. soc.* 2011, 547, note J. Moury ; *RTD civ.* 2011, 795, obs Ph. Théry ; *Dr. et proc.* 2011, p. 210, note E. Putman ; arrêt en déduisant l'applicabilité de l'article 68, alinéa 2, du Code de procédure civile.

Contrairement à l'action en nullité, l'exception de nullité est en principe perpétuelle, c'est-à-dire qu'elle échappe à la prescription extinctive. En effet, aux termes de l'article 1185 du Code civil, lequel codifie la jurisprudence antérieure<sup>5</sup> :

« L'exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à un contrat qui n'a reçu aucune exécution. »

### c. Relevé d'office de la nullité par le juge<sup>2</sup>

Bien que les articles 1180 et 1181 du Code civil n'en disent rien, le juge a la faculté de relever d'office le moyen tiré de la nullité d'un contrat, lorsqu'aucune partie n'a songé à s'en prévaloir.

On a longtemps opposé sur ce point, il est vrai, la nullité absolue et la nullité relative. Tandis que le juge aurait pu soulever, même d'office, la première, pourvu qu'elle touche à l'ordre public, il n'aurait pu prononcer la seconde que si une partie l'avait invoquée.

L'actuel Code de procédure civile condamne cette distinction. D'une manière générale, en effet, selon les articles 12 et 16, alinéa 3, de ce code, le juge a le pouvoir de relever d'office les moyens de droit, à la condition toutefois de respecter le principe de la contradiction, en provoquant les observations préalables des parties. Peu importe, à cet égard, que le moyen de droit soit, ou non, d'ordre public. Le juge peut donc relever d'office le moyen tiré de la nullité d'un acte juridique, ne serait-elle que relative, sauf à inviter préalablement les parties à faire valoir leurs observations.

Cependant, d'une manière générale, le relevé d'office d'un moyen de droit n'est qu'une simple faculté pour le juge, et non une obligation<sup>3</sup>. Le juge n'est donc pas tenu de relever d'office le moyen tiré de la nullité d'un acte juridique, quand bien même la nullité serait absolue et d'ordre public. Il en va toutefois autrement pour les clauses abusives insérées dans des contrats conclus entre professionnel et non-professionnel ou consommateur. Selon l'article R. 632-1, alinéa 2, du Code de la consommation, tel que la Cour de cassation l'a interprété<sup>4</sup>, le juge doit en effet écarter d'office l'application de telles clauses, en les réputant non-écrites.

## B. Possibilité d'une nullité conventionnelle<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 569 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *Droit des obligations*, n° 416, n° 425 *in fine* et n° 1016 ; Houtcieff, *Droit des contrats*, n° 569-570 ; N. Picot « La consécration légale de l'exception de nullité : un second souffle pour un adage séculaire ? », *D.* 2020, 2076. Pour la jurisprudence et la doctrine antérieures : Civ. 3, 1<sup>er</sup> février 1978, n° 76-14147, *B. III*, n° 68 ; Civ. 1, 19 décembre 1995, n° 94-10812, *B. I*, n° 477 ; *CCC* 1996, 38, note L. Leveneur ; *D.* 1996, *Somm.* 327, obs. R. Libchaber ; *RTD civ.* 1996, 607, obs. J. Mestre ; Civ. 3, 24 novembre 1999, n° 98-12694, *B. III*, n° 223 ; *RTD civ.* 2000, 568, obs. J. Mestre et B. Fages ; Civ. 3, 4 octobre 2000, n° 98-22379, *B. III*, n° 156 ; Civ. 1, 14 janvier 2015, n° 13-26279, *B. I*, n° 4 ; *D.* 2015, 208 ; *AJ fam.* 2015, 169, obs. J. Casey ; *Dr. fam.* 2015, n° 77, note B. Beignier ; *JCP* 2015, n° 306, obs. Y.-M. Serinet. Cf. A. Dessaux, *L'article 1304 et le principe de la perpétuité de l'exception : contribution à l'étude de la prescription des actions en nullité en droit civil français et comparé*, thèse Paris, Monchrestien, 1937 ; M. Bandrac, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Economica, 1986, n° 149 ; J.-L. Aubert « Brèves réflexions sur le jeu de l'exception de nullité », in : *Etudes offertes à Jacques Ghestin – Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, LGDJ, 2001, p. 19 et suiv. ; M. Storck « L'exception de nullité en droit privé », *D.* 1987, *Chr.* 67 ; D. Vich-y-Llado « L'exception de nullité du contrat », *Deffrénois* 2000, 1265 ; M. Bruschi « L'exception de nullité du contrat », *Dr. et patr.* 2000, 69.

<sup>2</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 536.

<sup>3</sup> Ass. plén. 21 décembre 2007, n° 06-11343, *B. Ass. plén.*, n° 10 ; *D.* 2008, 228, obs. L. Dargent ; *JCP* 2008, I, 138, n° 9, obs. S. Amrani-Mekki et II, 10006, note L. Weiller ; *Procédures* 2008, n° 70, obs. R. Perrot ; dans le même sens : Civ. 1, 28 mars 2018, n° 17-10031, *D.* 2018, 720 ; Soc. 21 novembre 2018, n° 17-26810 (P) ; *JCP S* 2019, II, 1015, note G. Duchange. Cf. G. Bolard « L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme », *JCP* 2008, I, 156 ; O. Deshayes « L'office du juge à la recherche de sens », *D.* 2008, 1102 ; C. Bléry « Office du juge : entre activité exigée et passivité permise – réflexions à partir de la jurisprudence récente sur l'article 12 du code de procédure civile », *Procédures* 2012, n° 11, p. 4.

<sup>4</sup> Com. 29 mars 2017, 2 arrêts, n° 16-13050 et n° 15-27231 (P) ; Civ. 2, 14 octobre 2021, n° 19-11758 (B) ; Civ. 3, 19 janvier 2022, n° 21-11095 (B). Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 452 et n° 536.

<sup>5</sup> Cf. not. Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 538-539 ; Bénabent, *op. cit.*, n° 210 et s. ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 468 ; Y.-M. Serinet « La constatation de la nullité par les parties : une entorse limitée au caractère judiciaire de la nullité », *JCP* 18 juillet 2016, n° 29, 845.

L'article 1178, alinéa 1<sup>er</sup> *in fine*, reconnaît la possibilité aux parties de constater la nullité à l'amiable, « d'un commun accord », au lieu de saisir le juge par la voie contentieuse afin de la faire prononcer. A dire vrai, la jurisprudence antérieure à l'ordonnance du 12 février 2016 avait déjà semblé l'admettre implicitement<sup>1</sup>. Il n'en reste pas moins que l'éventualité d'une nullité conventionnelle, faut-il le préciser, n'est appelée qu'à se produire rarement...

Il convient de distinguer brièvement la nullité conventionnelle de la révocation du contrat par *mutuus dissensus*, avant de dire quelques mots du régime de la nullité conventionnelle.

### 1. Distinction de la nullité conventionnelle et de la révocation conventionnelle

La nullité conventionnelle se différencie de la révocation du contrat par *mutuus dissensus* prévue par l'article 1193 du Code civil<sup>2</sup>.

Dans la nullité conventionnelle, les parties se bornent à tirer les conséquences d'une imperfection préexistante, tenant au défaut d'une des conditions de validité du contrat. Elles conviennent donc que le contrat est censé n'avoir jamais existé, car tel est l'effet de toute nullité (article 1178, alinéa 2). Lorsque, au contraire, les parties reviennent par *mutuus dissensus* sur un contrat valablement conclu, elles ne le font pas disparaître rétroactivement : elles le révoquent ou « l'abrogent » pour l'avenir seulement.

### 2. Régime juridique de la nullité conventionnelle

Puisqu'elle est une convention, la nullité conventionnelle obéit aux règles gouvernant les contrats, conformément aux dispositions de l'article 1100-1, alinéa 2, du Code civil, tant en ce qui concerne ses conditions de validité que ses effets.

#### a. Conditions de validité de la nullité conventionnelle

D'une manière générale, la nullité conventionnelle est soumise, pour sa validité, aux dispositions de l'article 1128 du Code civil. Les difficultés concernent surtout son contenu, plus précisément la conformité des stipulations et du but de cette convention à l'ordre public (article 1162 du Code civil), d'une part, la possibilité de l'objet des obligations des parties (article 1163, alinéa 2, du Code civil), d'autre part.

##### α) Conformité de la nullité conventionnelle à l'ordre public

A cet égard, rien ne semble s'opposer à la constatation conventionnelle d'une nullité absolue. L'accord a en effet pour ambition de constater la nullité d'un contrat et non de la confirmer. La règle selon laquelle seule la nullité relative est susceptible de confirmation (articles 1180, alinéa 2, et 1181, alinéa 2, du Code civil)<sup>3</sup>, est donc inapplicable.

##### β) Possibilité de l'objet

L'article 1178, alinéa 1<sup>er</sup>, énonce que les parties « constatent » la nullité d'un commun accord. Le contrat doit donc être nul, pour que l'article 1178 s'applique. Ainsi les parties ne saurait-elles convenir artificiellement de la nullité d'un contrat valable, par exemple d'un contrat où l'une d'elles n'a été victime que d'une erreur sur la valeur ou d'un dol émanant d'un tiers<sup>4</sup>. L'objet des obligations respectives des parties serait alors impossible, car on ne peut s'obliger à annuler un

<sup>1</sup> Soc. 2 avril 2014, n° 11-25442, B. V, n° 96 ; D. 2014, 1363, note J.-P. Karaquillo ; *ibid.*, 1404, *Chr. C. cass.* S. Mariette, C. Sommé, F. Ducloz, E. Wurtz, A. Contamine et P. Flores ; *RDC* 2014, 339, obs. Y.-M. Laithier.

<sup>2</sup> *Cf. infra* : sous-titre II « Les effets du contrat ».

<sup>3</sup> *Cf. infra* : § 2 « Nullité absolue et nullité relative », B. « Intérêts de la distinction de la nullité absolue et de la nullité relative », 2. « Extinction de l'action en nullité », a. « Confirmation de l'acte nul : une différence persistante ».

<sup>4</sup> Bénabent, *op. cit.*, n° 212 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 539.

contrat valable. Aussi la convention encourrait-elle la nullité, sur le fondement des articles 1128 et 1163, alinéa 2, combinés du Code civil.

Cette solution débouche toutefois sur d'autres questions, que signale M. Bénabent<sup>1</sup> :

- Tout d'abord, en cas de contestation, comment s'opérera la répartition du fardeau de la preuve? Certes, un contrat est en principe présumé valable et obligatoire et c'est au demandeur à l'annulation de rapporter la preuve qu'une condition de validité fait défaut. Mais, en l'occurrence, les parties ayant constaté d'un commun accord la nullité du contrat, il semble que ce soit au demandeur à une éventuelle annulation de cette convention, d'établir que le contrat, de la nullité duquel les parties étaient convenues, était en réalité valable<sup>2</sup>.
- En la forme, la convention devra-t-elle énoncer la cause de nullité du contrat ?
- Enfin, la convention constatant une nullité imaginaire ne pourrait-elle échapper à l'annulation au prix d'une requalification ? Saisi d'un litige, le juge pourrait peut-être effectivement, en application de l'article 12 du Code de procédure civile<sup>3</sup>, requalifier l'accord en une révocation pour l'avenir, par *mutuus dissensus*, d'un contrat valable<sup>4</sup>.

#### b. Effets de la nullité conventionnelle

L'article 1178, alinéa 1<sup>er</sup>, n'en dit rien. On est amené à en conclure que la nullité conventionnelle doit normalement produire les mêmes effets qu'une nullité prononcée en justice.

Toutefois, on peut s'interroger sur l'étendue de la liberté contractuelle des parties. Celles-ci pourraient-elles licitement déroger aux effets habituels de la nullité, en écartant, par exemple, sa rétroactivité, les principes gouvernant le choix entre une nullité partielle et une nullité totale ou encore certaines règles relatives aux restitutions ? La réponse est incertaine, faute pour le législateur d'avoir indiqué clairement si le régime des nullités est, ou non, d'ordre public<sup>5</sup>. En tout cas, comme dans la nullité prononcée en justice, les droits des tiers devront être impérativement préservés<sup>6</sup>.

## § 2 Nullité absolue et nullité relative

Dans certains de ses articles, le Code civil de 1804 suggérait, sans la formuler expressément, l'existence d'une distinction entre deux types de nullités<sup>7</sup>. Connue comme celle de la nullité relative et de la nullité absolue, et désormais officialisée dans le nouvel article 1179 du Code civil, cette distinction est fondamentale, car la mise en œuvre de ces deux nullités diffère. Cependant la terminologie employée est trompeuse. Contrairement à ce qu'elle pourrait laisser supposer, les effets des deux nullités sont identiques, à savoir l'anéantissement rétroactif de l'acte ; seules leurs conditions d'exercice sont différentes.

On ne trouve pas de liste des cas de nullité absolue ou de nullité relative dans le Code civil. Il en résulte des controverses doctrinales et des hésitations jurisprudentielles, sur le point de savoir si telle nullité est absolue ou relative. Un critère général de distinction apparaît dès lors indispensable. Si le Code civil de 1804 ne l'énonçait

<sup>1</sup> Bénabent, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>2</sup> Complicé, hein, ha ha ha ☺.

<sup>3</sup> « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.

Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. »

<sup>4</sup> Bénabent, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>5</sup> Bénabent, *op. cit.*, n° 213.

<sup>6</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>7</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 137 et suiv. et les réf.



pas davantage, en revanche l'article 1179 nouveau du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016 remédie à cette lacune.

On exposera successivement ce critère et les intérêts attachés à la distinction des deux types de nullité.

## A. Critère de distinction de la nullité absolue et de la nullité relative

Dans le silence du Code civil de 1804, la doctrine et la jurisprudence ont progressivement abandonné le critère classique, tiré de la gravité du vice, au profit d'un critère moderne, reposant sur la finalité de la règle violée. L'article 1179 du Code civil, en sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016, consacre ce critère moderne.

### 1. Critère classique de distinction tiré de la gravité du vice<sup>1</sup>

Ce critère a été promu par les auteurs du dix-neuvième siècle principalement, lesquels ont élaboré la théorie classique des nullités. On exposera la teneur du critère de distinction, puis ses incertitudes.

#### a. Contenu du critère classique de distinction

La nullité serait un état particulier de l'acte qui en est affecté : le critère de distinction est fondé sur la gravité du vice.

##### α) Nullité absolue : acte mort-né

L'acte est mort-né, car l'une de ses conditions d'existence fait défaut, c'est-à-dire une condition sans laquelle il est impossible d'en concevoir la formation même. Ainsi en irait-il dans les cas suivants : absence de consentement, d'objet ou de cause, illicéité de l'objet ou de la cause, inobservation des formes dans les contrats solennels.

Le vice est irréparable, avec notamment deux corollaires :

- Tout intéressé peut se prévaloir de la nullité absolue, puisqu'il suffit de tirer les conséquences d'une situation préexistante.
- La nullité absolue est insusceptible de confirmation, car aucun événement ultérieur ne saurait donner vie à un organisme mort-né.

##### β) Nullité relative : acte malade ou infirme

Le contrat est simplement malade ou informe, d'où deux corollaires :

- La nullité relative ne peut être invoquée que la personne que la loi a entendu protéger : le contractant incapable ; celui dont le consentement a été vicié ; celui qui a subi la lésion (lorsque celle-ci peut être efficacement invoquée).
- La nullité relative est susceptible de confirmation, car un acte malade peut guérir.

#### b. Incertitude du critère classique de distinction

C'est un artifice que de comparer le contrat à un organisme vivant et ses conditions à des organes. Aussi en résulte-t-il des incertitudes dans l'application du critère de distinction de la nullité absolue et de la nullité relative. L'apparition de la théorie de l'inexistence a aggravé ces incertitudes.

<sup>1</sup> Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. III, p. 363 ; t. IV, n° 21 ; Ch. Mortet, *Etude sur la nullité des contrats*, thèse Bordeaux, 1878 ; Ch. Beudant, note ss. Req. 5 mai 1879, *D.P.* 80, 1, 145.

α) Nullité relative et nullité absolue

Par exemple, on comprend mal, avec la théorie classique, pourquoi l'incapacité n'est sanctionnée que par une nullité relative, alors que l'article 1128 du Code civil – comme le faisait l'ancien article 1108, qu'il a remplacé – classe la capacité parmi les conditions de validité des conventions, au même titre que le consentement et un contenu licite et certain – naguère un objet certain et une cause licite. Or, si le consentement ou l'objet font défaut, la nullité serait, à en croire la théorie classique, absolue, et non pas relative, comme l'incapacité.

β) Nullité et inexistance

Des auteurs classiques ont encore compliqué la matière, en proposant d'admettre, en marge de la distinction des nullités relative et absolue, une troisième forme d'inefficacité de l'acte juridique : l'inexistence<sup>1</sup> : contrairement à sa nullité, l'inexistence d'un acte juridique n'aurait pas besoin d'être prononcée en justice et serait imprescriptible<sup>2</sup>.

Cependant, d'aucuns soutiennent que depuis la réforme de la prescription opérée par la loi du 17 juin 2008, l'action en constatation de l'inexistence d'un acte juridique se prescrirait par cinq ans, comme celle en annulation d'un tel acte<sup>3</sup>. Ils tirent argument de la rédaction de l'article 2224 du Code civil, qui soumet à la prescription extinctive quinquennale « les actions personnelles ou mobilières », sans distinction. L'action en constatation de l'inexistence entrerait dans cette vaste catégorie d'actions. Ainsi la controverse sur la distinction de la nullité et de l'inexistence aurait-elle très largement perdu son intérêt pratique. Mais il semble curieux de considérer que la prescription d'une action puisse faire sortir un acte du néant juridique. Dans la rigueur des principes, l'inexistence de l'acte se déduit d'elle-même, sans qu'aucune action soit requise pour la faire judiciairement constater<sup>4</sup>. L'argument tiré de la généralité des termes de l'article 2224 relatif à la prescription des actions n'est donc pas parfaitement convaincant.

La jurisprudence a, sans doute, par le passé, fait application ponctuellement de la notion d'inexistence<sup>5</sup>. Cependant on n'a jamais pu donner un critère général fiable de distinction entre l'acte inexistant et l'acte nul. La jurisprudence, parfois, a d'ailleurs parlé d'inexistence pour, en réalité, désigner une nullité absolue<sup>6</sup>. Aussi la doctrine était-elle divisée antérieurement à

<sup>1</sup> Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. I, 6<sup>e</sup> éd., par Bartin, § 37, p. 230-231 ; F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XV, Durand & Pédone, Bruylant, 1875, n° 450-466 ; G. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XIV, *Obligations*, vol. 3, par G. Baudry-Lacantinerie et L.-J. Barde, 3<sup>e</sup> éd., Larose & Tenin, 1907, n° 1929 ; J. Pize, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, thèse Paris, 1897 ; A. Posez, *L'inexistence du contrat. Un autre regard sur sa formation*, thèse Paris II, 2010 ; F.-G. Fage-Chahine « Le rationnel et l'empirique dans la notion d'inexistence en matière d'actes juridiques », in : *Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, 528 et s. ; H. Adida-Canac « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », *Rapp. C. Cass.*, 2004, pp. 105 et s. ; Cl. Witz « La consécration de l'inexistence par plusieurs instruments d'uniformisation du droit », in : *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, 729 et s.

<sup>2</sup> Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, 6<sup>e</sup> éd., par Bartin, *loc. cit.* ; G. Cohendy « Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité d'ordre public », *RTD civ.* 1914, 33 et suiv.

<sup>3</sup> Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 403.

<sup>4</sup> Bénabent, *op. cit.*, n° 209.

<sup>5</sup> Civ. 1, 18 juillet 1967, n° 65-14.384, *B. I.*, n° 268 : transaction déclarée « inexistante », en raison de l'équivoque entachant l'offre, le pollicitant ayant émis par erreur deux propositions contradictoires simultanées et le destinataire des propositions ayant opté pour celle qui lui était la plus avantageuse ; Civ. 1, 10 juin 1986, n° 84-14241, *B. I.*, n° 159 ; *RTD civ.* 1987, 535, obs. J. Mestre : « les juges du second degré ayant souverainement estimé que l'acte litigieux révélait uniquement l'intention de donner et que cette offre de donner n'avait pas été accepté par son destinataire, il ne pouvait y avoir prescription de l'action en nullité d'un acte auquel faisait défaut l'un de ses éléments essentiels » ; cf. é.g., pour l'inexistence d'un prêt faute d'accord entre les parties : Civ. 1, 5 mars 1991, n° 89-17167, *D.* 1993, *J.* 508, 1<sup>ère</sup> espèce, note L. Collet ; faute de remise de la chose : Civ. 1, 5 juillet 2006, n° 04-13235 ; comp. Civ. 3, 21 mai 2014, n° 13-16591, *RDC* 2014, 605, obs. Th. Génicon : recours implicite à la notion d'inexistence, pour soustraire un contrat entaché d'une irrégularité particulièrement grave – contrat portant une fausse signature – au régime de la nullité relative, alors que le critère fondé sur l'intérêt poursuivi par la règle violée, en l'occurrence la protection d'un intérêt privé, celui de la personne dont la signature avait été imitée, aurait dû conduire à l'application de ce régime.

<sup>6</sup> Une partie de la doctrine classique avait, de fait, qualifié l'acte inexistant d'« acte nul de plein droit », en visant des hypothèses de nullité absolue, par opposition à « l'acte annulable », qui n'aurait été que « relativement nul » : C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*,

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

l'ordonnance du 10 février 2016 sur l'admission de la notion d'inexistence et le demeure-t-elle aujourd'hui<sup>1</sup>. De fait, l'ordonnance du 10 février 2016 est muette sur la théorie de l'inexistence. Mais ce silence n'emporte pas nécessairement condamnation de la théorie.

D'une part, en effet, les partisans de celle-ci soulignent qu'il était inutile de prévoir une sanction qui procède de la simple logique<sup>2</sup>.

D'autre part, la structure du nouveau titre III, sous-titre 1<sup>er</sup>, selon divers commentateurs<sup>3</sup>, permettrait à la notion de connaître le développement que la jurisprudence lui avait globalement jusqu'alors refusé, réserve faite de certaines décisions. L'article 1178, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil qualifie en effet, on l'a vu, de « nul », « un contrat qui ne remplit pas les conditions nécessaires à sa validité ». La nullité serait donc « moins la sanction d'un échec du processus de formation du contrat, que celle d'une irrégularité affectant celle-ci »<sup>4</sup>. Dès lors, selon certains auteurs, « il ne semble plus possible de sanctionner les imperfections qui affectent le processus même de formation du contrat par la nullité »<sup>5</sup>.

Ainsi le contrat qui ne s'est pas formé, par exemple faute pour les volontés de s'être rencontrées ou faute de la remise de la chose s'il est réel ou encore en raison d'une erreur-obstacle, ne serait-il point nul, mais inexistant, à en croire une partie de la doctrine. La nullité deviendrait la sanction des conditions de validité du contrat uniquement, tandis le contrat qui n'est pas parvenu à se former serait inexistant. Reste à savoir quel accueil la jurisprudence réservera à cette thèse. Avant la réforme, elle l'avait, certes, retenue dans certains arrêts rendus au sujet de la formation de contrats réels<sup>6</sup> ; mais elle l'avait, en revanche, écartée à propos de l'erreur-obstacle<sup>7</sup>.

L'application de la théorie de l'inexistence entraîne des incohérences. Ainsi, l'article 1129 du Code civil fait de l'existence du consentement une condition de validité du contrat. La sanction de l'insanité d'esprit, que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont considérée, à l'instar d'une partie de la doctrine, comme un défaut de consentement, est donc la nullité – relative – de ce contrat (articles 414-1 et 414-2 du Code civil). Or, si on appliquait la théorie de l'inexistence, on devrait, au contraire, qualifier d'inexistant l'acte juridique conclu par une personne sous l'empire d'un trouble mental. De fait, on comprendrait mal que le contrat conclu par une partie victime d'une erreur-obstacle soit tenu pour inexistant, alors que celui conclu par une personne qui n'est pas saine d'esprit, est entaché d'une simple nullité relative.

Certes, mérite sans doute d'être qualifié d'inexistant un contrat dont le projet a avorté en raison de l'échec des négociations pré-contractuelles, ou encore parce qu'il n'y a pas eu d'offre et d'acceptation concordantes. A la rigueur, le contrat vicié par une erreur ayant fait obstacle à la rencontre des volontés, pourrait également être considéré comme inexistant. En effet, « c'est un malentendu, ce n'est pas un contrat », comme l'écrivait Planiol<sup>8</sup>. La jurisprudence, on l'a vu précédemment, n'en a pas moins écarté la théorie de l'inexistence en ce domaine, en sanctionnant l'erreur-obstacle par la nullité relative du contrat.

Mais au-delà de ces hypothèses, le concept d'inexistence ne se distingue pas de celui de nullité. Par exemple, l'article 1172, alinéa 3, du Code civil énonce qu'un contrat réel n'est formé que par la remise de la chose. On est tenté d'en déduire qu'à défaut d'une telle remise, le contrat est inexistant, comme la Cour de cassation l'a jugé à propos du don manuel<sup>9</sup>. Toutefois, on pourrait tout aussi bien considérer que la remise de la chose n'est qu'une condition de validité du contrat réel. Aussi bien, la plupart du temps, la jurisprudence, lorsqu'elle ne la confond pas, tout simplement, avec celle de nullité absolue, recourt à la notion d'inexistence pour soustraire exceptionnellement un acte juridique au régime des

t. XXIX, n° 21 et suiv. ; Laurent, *op. cit.*, t. XV, *loc. cit.*. Mais Aubry et Rau (*op. cit.*, *loc. cit.*) et Baudry-Lacantinerie et Barde (*op. cit.*, *loc. cit.*) dénoncèrent une confusion entre inexistence et nullité dans l'emploi de cette terminologie.

<sup>1</sup> Pour : Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 387 ; Fages, *Droit des obligations*, n° 196 ; Bénabent, *op. cit.*, n° 209 ; contre : Houtcieff, *Droit des contrats*, n° 591.

<sup>2</sup> P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, *in* : F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008, p. 170.

<sup>3</sup> Dissaux et Jamin, *op. cit.*, art. 1178 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 465 ; dans le même sens : Fages, *op. cit.*, n° 196.

<sup>4</sup> Dissaux et Jamin, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>5</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>6</sup> *Cf. supra.*

<sup>7</sup> *Cf. supra* : chap. II « La validité du contrat », section 1 « Le consentement des parties », sous-section 2 « L'intégrité du consentement », § 2 « L'erreur », B. « Gravité de l'erreur », 1. « L'erreur obstacle ».

<sup>8</sup> Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n° 1052.

<sup>9</sup> *Cf. supra.*

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

nullités, de manière à éluder les conséquences perverses résultant de l'application normale du régime des nullités<sup>1</sup>. C'est dire que la jurisprudence fait un emploi largement opportuniste de la notion d'inexistence<sup>2</sup>.

Par exemple, en matière de mariage – qui n'est pas un contrat, mais qui est soumis, lui aussi, à des conditions de validité – le principe est qu'il n'y a « pas de nullité sans texte ». La notion d'inexistence a donc permis à la jurisprudence d'invalider des mariages dont la nullité n'est pas prévue par le Code civil, malgré la gravité du vice qui les affecte, par exemple un défaut total de célébration du mariage ou, naguère, l'appartenance des futurs époux au même sexe<sup>3</sup>.

Semblablement, la Cour de cassation a condamné le recours à la théorie de l'inexistence pour tourner le délai de deux mois à compter de la notification d'une décision d'assemblée générale, impartie aux copropriétaires opposants ou défaillants par l'ancien article 42, alinéa 2, de la loi du 10 juillet 1965 sur la copropriété des immeubles bâtis, pour agir en nullité de cette décision<sup>4</sup>. Qu'il soit permis de la trouver peu convaincante, car la jurisprudence a, jusqu'à présent, fait une utilisation opportuniste de la notion d'inexistence, comme on l'a vu.

En revanche, en d'autres domaines, la Cour de cassation rejette fermement la théorie de l'inexistence, ainsi en matière de nullité des actes de procédure, où elle n'admet pas aujourd'hui, contrairement à ce qu'elle décidait dans le passé, que les juges du fond y aient recours, notamment pour tourner le principe « pas de nullité sans texte »<sup>5</sup>.

A une époque récente, la théorie de l'inexistence a reçu de nouvelles applications à propos des clauses illicites ou abusives réputées non-écrites.

En droit de la consommation, tout d'abord, se conformant à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>6</sup>, la Cour de cassation a soustrait l'action visant à voir déclarer une clause abusive non écrite sur le fondement de l'article L. 132-1 du Code de la consommation à la prescription quinquennale<sup>7</sup>. Cette action serait ainsi imprescriptible, bien qu'il s'agisse d'une action personnelle qui devrait normalement entrer dans le champ d'application de l'article 2224 du Code civil, soumettant en principe les actions personnelles et mobilières à la prescription extinctive quinquennale.

En matière de baux commerciaux, ensuite, afin de mieux protéger le preneur, le législateur a implicitement mobilisé la théorie de l'inexistence, en réputant « non écrites » des clauses illicites qu'il déclarait naguère nulles (articles L. 145-15 et L. 145-16, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de commerce). Le juge n'a donc plus à en prononcer la nullité, comme naguère, mais simplement à constater que la clause doit être réputée non écrite, et il peut le faire à tout moment. L'action visant à voir déclarer la stipulation non écrite n'étant pas une action en nullité, est imprescriptible<sup>8</sup>.

## 2. Critère moderne de distinction tiré du but de la règle violée<sup>9</sup>

On exposera le contenu du critère, puis l'application qui en est faite.

<sup>1</sup> Req. 30 décembre 1902, *D.P.* 1903, 1, 137, note E. Glasson ; *S.* 1903, 1, 257, note A. Tissier ; *G.A.*, 10<sup>e</sup> éd., 1994, n° 12, obs. F. Terré et Y. Lequette – l'arrêt n'est pas reproduit dans les éditions postérieures de cet ouvrage ; *Civ.* 1, 10 juin 1986, préc. ; *Civ.* 1, 5 mars 1991, préc. Sur l'arrêt du 30 décembre 1902, cf. Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, par P. Esmein, n° 284 et surtout G. Durry, article cité à la note suivante.

<sup>2</sup> G. Durry « Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques en droit français », *Trav. Ass. H. Capitant*, 1962, T. XIV, Dalloz, 1965, 611 et s. ; Houtcieff, *op. cit.*, n° 589 ; *adde* : Malinvaud, Mekki et Seube, *Droit des obligations*, n° 415 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 566.

<sup>3</sup> Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. V, 5<sup>e</sup> éd., par Bartin, § 450.

<sup>4</sup> *Civ.* 3, 13 novembre 2013, n° 12-12084, *B.* III, n° 144 ; comp. cpdt., plus nuancés : *Civ.* 3, 19 décembre 2007, n° 06-21410, *B.* III, n° 228 ; *Civ.* 3, 30 mars 2011, n° 10-14381, *B.* III, n° 54.

<sup>5</sup> Cf. not. Ch. mixte 7 juillet 2006, n° 03-20026, *B.* mixte, n° 6 ; *Procédures* 2006, n° 200, obs. R. Perrot ; *JCP* 2006, II, 10146, note E. Putman ; *ibid.*, I, 183, n° 12, obs. Y.-M. Serinet ; *Dr. et patr.* 2007, 118, obs. S. Amrani-Mekki ; *RTD civ.* 2006, 820, obs. R. Perrot.

<sup>6</sup> CJUE 10 juin 2021, C-776/19 à C-782/19 : « les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, lus à la lumière du principe d'effectivité, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale soumettant l'introduction d'une demande par un consommateur aux fins de la constatation du caractère abusif d'une clause figurant dans un contrat conclu entre un professionnel et ce consommateur à un délai de prescription ».

<sup>7</sup> *Civ.* 1, 13 mars 2019, n° 17-23169 ; *Civ.* 1, 30 mars 2022, n° 19-17996 (B).

<sup>8</sup> *Civ.* 3, 19 novembre 2020, n° 19-20405 (P) ; *Civ.* 3, 30 juin 2021, n° 19-23038 (B) ; *D. Actu.* 22 juillet 2021, obs. S. Andjetchaïri-Tribillac.

<sup>9</sup> F. Drogoul, *Essai d'une théorie générale des nullités*, thèse Aix, 1901 ; R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques...*, *op. cit.* ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, p. 147 et s. ; Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. I, 7<sup>e</sup> éd., par Ponsard, § 37, n° 158. Sur l'apport de Japiot, cf. A. Posez « La théorie des nullités, le centenaire d'une mystification », *RTD civ.* 2011, 647 et s. Bibliographie plus complète, par ex., in : Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 141.

a. Contenu du critère moderne de distinction

Le fondement de la règle transgressée doit commander le caractère de la sanction. Ce fondement correspond au but de la règle :

- Si la règle violée a pour finalité la sauvegarde de l'intérêt général, la nullité est absolue.
- Si, au contraire, la règle violée tend à la protection d'intérêts privés, la nullité est relative.

Ce critère moderne de distinction a connu la faveur croissante de la jurisprudence<sup>1</sup>. L'article 1179 du Code civil lui confère une valeur désormais légale :

« La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général. Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé. »

Sous l'empire des nouveaux textes, il ne sera donc plus possible à la jurisprudence de se référer au critère classique tiré de la gravité du vice, qu'elle a, du reste, progressivement délaissé. Le critère moderne acquérant valeur « légale », les tribunaux seront en effet tenus de s'y conformer.

L'article 1179, alinéa 2, donne toutefois une définition restrictive du critère de la nullité relative, de nature à soulever des difficultés<sup>2</sup>. En effet, aux termes de ce texte, la nullité n'est relative que lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé<sup>3</sup>. Or certaines règles peuvent avoir pour fin à la fois la sauvegarde de l'intérêt général et la protection d'intérêts privés<sup>4</sup>. Il en va ainsi, notamment, de certaines règles d'ordre public, qu'on peut hésiter à rattacher à l'ordre public économique de direction ou à l'ordre public économique de protection<sup>5</sup>. D'après l'article 1179, alinéa 2, la nullité devrait être absolue, dès lors que la règle violée tend peu ou prou à la défense de l'intérêt général, quand bien même elle viserait aussi à la protection d'intérêts privés.

b. Application du critère moderne de distinction<sup>6</sup>

Elle est parfois délicate, car l'article 1179 se borne à poser un critère général de distinction, sans que le législateur ait toujours précisé, loin s'en faut, le caractère de la nullité attachée à la violation d'une disposition. Lorsque la loi est silencieuse, il appartient donc à la jurisprudence de rechercher quelle a été l'intention du législateur en édictant la disposition violée. Or cette intention peut être difficile à déceler.

Dans certains cas, le caractère relatif ou absolu de la nullité est clairement acquis, notamment lorsque le législateur l'a lui-même indiqué. D'autres cas, en revanche, ont prêté à discussion.

<sup>1</sup> Com. 3 mai 1995, n° 93-12256, *B. IV*, n° 128 ; *D.* 1995, *J.* 124, note F. Eudier ; Civ. 1, 20 février 2001, n° 99-12574, *B. I*, n° 39 ; Civ. 1, 29 septembre 2004, n° 03-10766, *B. I*, n° 216 ; Civ. 3, 29 mars 2006, n° 05-16032, *B. III*, n° 88 ; *D.* 2006, *pan.* 2643, obs. S. Amrani Mekki ; *JCP* 2006, I, 153, n° 7, obs. A. Constantin ; Civ. 3, 21 septembre 2011, n° 10-21900, *B. III*, n° 152 ; *D.* 2011, 2711, note D. Mazeaud ; *JCP* 2011, 1276, note J. Ghestin ; *RDC* 2012, 47, obs. E. Savaux et 130, obs. J.-B. Seube ; *CCC* 2011, n° 252, note L. Leveneur ; Civ. 3, 24 octobre 2012, n° 11-21980 ; Civ. 1, 16 janvier 2013, n° 11-27837, *B. I*, n° 3 ; *D.* 2014, 630, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *RDC* 2013, 537, obs. Y.-M. Laithier.

<sup>2</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 473.

<sup>3</sup> Civ. 3, 26 novembre 2020, n° 19-14601 (P). Dans le même sens, en droit antérieur : Com. 3 mai 1995, Civ. 1, 20 février 2001, Civ. 1, 29 septembre 2004 et Civ. 3, 29 mars 2006, préc.

<sup>4</sup> Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 399 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 142 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 419.

<sup>5</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>6</sup> Fages, *op. cit.*, n° 197 ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 400 et s. ; Bénabent, *op. cit.*, n° 216-217 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 420-421.

α) Nullités relatives<sup>1</sup>

- Insanité d'esprit (article 1129 du Code civil). En effet, l'article 414-2 du Code civil réserve l'action en nullité à l'intéressé de son vivant et, à son décès, à ses héritiers à certaines conditions<sup>2</sup>.
- Vice du consentement – erreur sur les qualités essentielles de la prestation ou de la personne, dol, violence – (article 1131 du Code civil)<sup>3</sup>.
- Incapacité d'exercice (article 1147 du Code civil)<sup>4</sup>.
- Rescision pour lésion (articles 1674 et 1683 du Code civil pour la vente immobilière)<sup>5</sup>.
- Violation d'une disposition se rapportant à l'ordre public économique de protection<sup>6</sup>. Mais encore faut-il que la disposition violée ne relève pas simultanément de l'ordre public économique de direction. En effet, aux termes de l'article 1179, alinéa 2, du Code civil, la nullité n'est relative que si la disposition violée a pour seul objet la sauvegarde d'intérêts privés. Or l'ordre public économique de direction tend à la défense de l'intérêt général. Lorsque la disposition violée participe à la fois de l'ordre public économique de direction et de l'ordre public économique de protection, la nullité est donc absolue.

β) Nullités absolues

La nullité absolue frappe les contrats contraires, soit par leurs stipulations, soit par leur but, à l'ordre public politique ou à l'ordre public économique de direction.

γ) Qualifications ayant prêté à discussion

Il en existe plusieurs cas, mais le critère moderne de distinction des nullités ayant désormais valeur légale ou, en tout cas, « réglementaire » jusqu'à la ratification de l'ordonnance, permet de résoudre certaines incertitudes antérieures.

• Nullité pour défaut total de consentement

Normalement la nullité devrait relative, puisque la règle a pour but la protection d'un intérêt privé. Mais certains auteurs avaient naguère défendu le caractère absolu de la nullité, voire soutenu que le contrat serait inexistant, sans pouvoir invoquer une jurisprudence suffisamment affirmée.

A propos de l'erreur-obstacle, la Cour de cassation avait, dans un arrêt relativement ancien, retenu l'inexistence d'une transaction entachée d'une telle erreur<sup>7</sup>. Mais, depuis lors, elle s'est

<sup>1</sup> Parmi les cas de nullité relative incontestés, on citait naguère également le défaut de pouvoir, notamment du mandataire, que seul le représenté était recevable à invoquer (Civ. 1, 25 mai 1992, n° 90-18803, *B. I.*, n° 156 : « la nullité du contrat [...] découlant du pouvoir irrégulier de représentation d'un contractant, n'est que relative » ; Civ. 1, 2 novembre 2005, n° 02-14614, *B. I.*, n° 395 ; *RTD civ.* 2006, 138, obs. P.-Y. Gautier : « la nullité d'un contrat en raison de l'absence de pouvoir du mandataire, qui est relative, ne peut être demandée que par la partie représentée » ; Civ. 1, 9 juillet 2009, n° 08-15413, *CCC* 2009, n° 260, note L. Leveneur : formule similaire). Mais la solution est désormais caduque, car l'article 1156, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil sanctionne le défaut de pouvoir par l'inopposabilité de l'acte au représenté. Toutefois le tiers ignorant le défaut de pouvoir peut en invoquer la nullité, selon l'article 1156, alinéa 3 : cette nullité présente alors clairement un caractère relatif, puisque seul le tiers peut s'en prévaloir.

<sup>2</sup> *Cf. supra* : chap. II « La validité du contrat », section 1 « Le consentement », sous-section 1 « L'existence du consentement ».

<sup>3</sup> *Cf. supra* : chap. II « La validité du contrat », section 1 « Le consentement », sous-section 2 « L'intégrité du consentement ».

<sup>4</sup> *Cf. supra* : chap. II « La validité du contrat », section 2 « La capacité et le pouvoir ».

<sup>5</sup> *Cf. supra* : chap. II « La validité du contrat », section 3 « Le contenu du contrat », sous-section 3 « Équilibre du contrat », § 1 « L'équilibre global du contrat », A. « Contrat synallagmatique lésionnaire », 3. « Sanctions de la lésion », a. « Nullité relative du contrat lésionnaire ».

<sup>6</sup> *Cf. par ex.* Civ. 1, 10 janvier 1995, n° 92-20557, *B. I.*, n° 18 ; Civ. 1, 9 juillet 2003, n° 01-11153, *B. I.*, n° 170.

<sup>7</sup> Civ. 1, 18 juillet 1967, n° 65-14.384, *B. I.*, n° 268, préc.

clairement prononcée en faveur de la nullité relative, au motif qu'une telle erreur « ne portait pas atteinte à l'intérêt général », se référant ainsi sans ambiguïté au critère moderne de distinction des nullités absolue et relative<sup>1</sup>.

Au-delà du cas de l'erreur obstacle, la jurisprudence a connu certains flottements<sup>2</sup>. Mais, actuellement, elle tend à sanctionner le défaut total de consentement par une nullité relative, au motif que cette « nullité (...) vise à protéger l'intérêt de la partie dont le consentement n'a pas été valablement donné<sup>3</sup> ». Les articles 414-1, 414-2 et 1129 du Code civil sont en ce sens, lorsque le défaut total de consentement résulte d'une insanité d'esprit. Le critère tiré de l'objet de la règle violée – sauvegarde de l'intérêt général ou exclusivement d'un intérêt privé – étant désormais consacré par l'article 1179 du Code civil, le caractère relatif de la nullité pour défaut de consentement, destinée à protéger la partie qui n'a pas donné son consentement, paraît devoir s'imposer<sup>4</sup>.

- Nullité pour impossibilité ou indéterminabilité de l'objet de l'obligation

La doctrine était divisée<sup>5</sup>. Se référant au critère moderne de distinction des nullités, la majorité des auteurs considèrent la nullité comme relative, au motif que l'impossibilité ou l'indéterminabilité de la prestation prive le cocontractant qui doit la recevoir, de son intérêt au contrat<sup>6</sup>. Mais certains auteurs estiment que la nullité est absolue, car elle tient à la structure du contrat, et non aux parties<sup>7</sup>.

La jurisprudence intervenue sous l'empire des textes du Code civil de 1804 semble avoir connu une évolution. Naguère, un arrêt de la Chambre commerciale avait attribué un caractère absolu à la nullité pour défaut d'objet<sup>8</sup>. Mais, dans un *obiter dictum*, un arrêt récent de la même chambre a paru conférer un caractère relatif à la nullité pour indétermination du prix dans la vente, comme à la nullité pour vileté du prix, au motif général que :

« c'est non pas en fonction de l'existence ou de l'absence d'un élément essentiel du contrat au jour de sa formation, mais au regard de la nature de l'intérêt, privé ou général, protégé par la règle transgressée qu'il convient de déterminer le régime de nullité applicable »<sup>9</sup>.

L'article 1179 du Code civil impose désormais de s'attacher uniquement à l'objet de la règle violée, sauvegarde de l'intérêt général ou d'un intérêt privé. L'exigence légale d'une détermination ou d'une déterminabilité du prix semble instituée à seule fin de protéger le débiteur de ce prix. Le caractère relatif de la nullité pour impossibilité ou indéterminabilité du prix devrait donc prévaloir. Mais il n'est pas absolument certain qu'il en aille de même pour toutes les hypothèses d'indétermination de l'objet<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 3, 26 juin 2013, n° 12-20934, B. III, n° 85 ; D. 2013, 630, obs. S. Amrami-Mekki et M. Mekki ; D. 2013, *Chr. C. cass.* 2544, obs. V. Guillaudier ; *JCP* 2013, 974, n° 9, obs. Y.-M. Serinet. *Cf. supra* : chap. II « Les conditions de validité du contrat », section 1 « Le consentement », sous-section 2 « L'intégrité du consentement », § 1 « L'erreur », B. « Gravité de l'erreur ».

<sup>2</sup> *Cf.* les arrêts déjà cités faisant application de la théorie de l'inexistence : Civ. 1, 10 juin 1986, n° 84-12241, B. I, n° 159 ; *RTD civ.* 1987, 535, obs. J. Mestre ; Civ. 1, 5 mars 1991, n° 89-17167, D. 1993, J. 508, 1<sup>ère</sup> espèce, note L. Collet ; Civ. 3, 21 mai 2014, préc. Mais une hirondelle, deux ou même trois ne font pas le printemps...

<sup>3</sup> Com. 23 octobre 2019, n° 18-11425 ; Civ. 3, 9 mars 2023, n° 21-10171. *Adde* : Civ. 3, 3 décembre 2015, n° 14-12998, B. III, n° 129 ; *RTD civ.* 2016, 343, obs. H. Barbier (sol. implicite).

<sup>4</sup> Deshayes, Genicon et Laithier *op. cit.*, art. 1129, avec certaines nuances.

<sup>5</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 547.

<sup>6</sup> Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 403 ; Fages, *op. cit.*, n° 197.

<sup>7</sup> Carbonnier, *op. cit.*, t. II, n° 1019.

<sup>8</sup> Com. 28 avril 1987, n° 86-16084 : « la nullité des conventions pour défaut d'objet est une nullité absolue ». Cassation, pour violation de l'article 1304 ancien du Code civil, de l'arrêt qui soumet cette nullité à la prescription quinquennale, à une époque où seule l'action en nullité relative y était soumise.

<sup>9</sup> Com. 22 mars 2016, n° 14-14218, B. IV, n° 50 ; D. 2016, *Chr. C. cass.* 1037, n° 1, obs. S. Tréard ; *CCC* 2016, *comm.* 136, note L. Leveneur ; *LPA* 10 mai 2016, n° 93, p. 10, note P. Batistini ; *RTD civ.* 2016, 343, obs. H. Barbier.

<sup>10</sup> *Cf.* Bénabent, *op. cit.*, n° 217. D'autres auteurs ne distinguent pas selon que la prestation consiste dans le paiement d'un prix ou qu'elle se rapporte à autre chose : la nullité serait toujours relative, car l'article 1163, alinéa 2, aurait « principalement pour but la défense des intérêts d'une des parties au contrat » (Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 547).

• Nullité pour contrepartie illusoire ou dérisoire

L'article 1169 du Code civil ne précise pas le caractère de la nullité résultant d'une contrepartie illusoire ou dérisoire dans un contrat à titre onéreux. Cependant l'article 1179 consacre désormais, d'une manière générale, le critère moderne de distinction des nullités relative et absolu, tiré de l'intérêt protégé. Or l'exigence d'une contrepartie qui ne soit ni illusoire ni dérisoire dans un contrat à titre onéreux, vise à la protection de l'intérêt privé de celui qui s'engage sans rien recevoir en échange. La nullité est donc indiscutablement relative.

Telle est, du reste, le caractère que la jurisprudence avait fini par attribuer à la nullité pour absence de cause-contrepartie, de cause de l'obligation<sup>1</sup>. Or on sait que l'article 1169 du Code civil a, pour l'essentiel, codifié cette jurisprudence, tout en évitant de fonder la nullité sur la notion de cause, bannie des nouveaux textes.

La Cour de cassation considérait jadis, il est vrai, la nullité pour absence de cause comme absolue<sup>2</sup>. En effet, lorsque la contrepartie est illusoire ou dérisoire, un élément essentiel du contrat, la cause, fait défaut, enseignait-on. Or, dans la théorie classique des nullités, la nullité est absolue dès lors qu'il manque à l'acte un élément essentiel.

Cependant, dès avant l'ordonnance du 10 février 2016, la théorie classique des nullités a été progressivement rejetée au profit de la théorie moderne, selon laquelle la nature de la nullité dépend du fondement assigné à la règle violée. Or la nullité découlant de l'absence de cause à l'obligation apparaît comme protectrice des intérêts du seul contractant qui s'est engagé sans rien recevoir. Dès lors elle aurait dû être relative.

Les première<sup>3</sup> et troisième<sup>4</sup> chambres de la Cour de cassation consacrèrent finalement cette solution. Mais la jurisprudence de la Cour de cassation n'était pas parfaitement unifiée. En effet, la Chambre commerciale persistait à sanctionner la vileté du prix – privant l'obligation du vendeur de cause – par la nullité absolue du contrat de vente, au motif qu'un élément essentiel au contrat fait alors défaut<sup>5</sup>. Toutefois, la Chambre commerciale finit par se rallier, à son tour, à la sanction de la nullité relative, au motif que la règle violée a pour fin la protection de l'intérêt privé du contractant privé de contrepartie dans un contrat à titre onéreux<sup>6</sup>. Elle a appliqué ainsi, par anticipation, le critère moderne de nullité, auquel l'article 1179 nouveau du Code civil confère désormais une valeur légale.

<sup>1</sup> Houtcieff, *op. cit.*, n° 554 ; Fages, *op. cit.*, n° 197.

<sup>2</sup> Cette jurisprudence concernait la vileté du prix dans la vente : Civ. 16 novembre 1932, S. 1934, I.1, note P. Esmein ; Civ. 1, 4 août 1952, B. I, n° 260 ; Civ. 1, 17 décembre 1959, B. I, n° 546 ; D. 1960, J. 294 ; RTD civ. 1960, 489, obs. J. Carbonnier ; Civ. 1, 20 octobre 1981, n° 80-14741, B. I, n° 301 ; D. 1983, J. 73, note Ch. Larroumet ; Com. 30 novembre 1983, n° 82-12045, B. IV, n° 333 ; Gaz. Pal. 1984, 2, 675, note J. Calvo ; Civ. 1, 10 février 1993, n° 90-21462, CCC 1993, 128, note L. Leveneur.

<sup>3</sup> Civ. 1, 20 février 2001, n° 99-12574, B. I, n° 39 ; Civ. 1, 29 septembre 2004, n° 03-10766, B. I, n° 216.

<sup>4</sup> Civ. 3, 29 mars 2006, n° 05-16032, B. III, n° 88 ; D. 2006, *pan.* 2643, obs. S. Amrani Mekki ; JCP 2006, I, 153, n° 7, obs. A. Constantin : nullité du contrat pour défaut de cause tenant à « l'impossibilité [pour une partie] de réaliser un profit », c'est-à-dire à un défaut d'équivalence entre les prestations ; Civ. 3, 21 septembre 2011, n° 10-21900, B. III, n° 152 ; D. 2011, 2711, note D. Mazeaud ; JCP 2011, 1276, note J. Ghestin ; RDC 2012, 47, obs. E. Savaux et 130, obs. J.-B. Seube ; CCC 2011, n° 252, note L. Leveneur : bail à construction au loyer dépourvu de sérieux : Civ. 3, 24 octobre 2012, n° 11-21980 : vente à vil prix ; Civ. 3, 24 janvier 2019, n° 17-25793 (P) ; BICC n° 903, 1<sup>er</sup> juin 2019, n° 548 ; RLDC 2019, n° 6545, p. 8, note J. Blanchet ; JCP 2019, éd. G, II, 270, note J. Klein : nullité pour « défaut d'objet » d'une convention concédant, moyennant indemnité, un droit de passage sur un terrain, alors que la servitude existait déjà, ce que les propriétaires du fond dominant ignoraient. En réalité, il s'agissait d'une nullité pour absence de cause, on dirait aujourd'hui pour contrepartie illusoire. Cf. é.g., pour des dates de valeur dépourvues de cause : Com. 16 mars 2010, n° 09-11236 ; D. 2010, A.J. 823, obs. V. Avena-Robardet.

<sup>5</sup> Com. 23 octobre 2007, n° 06-13979, B. IV, n° 226 ; D. 2008, J. 954, note G. Chantepie ; JCP 2007, II, 10119, note Y.-M. Serinet ; JCP 2008, II, 10024, note N. Roger ; RDC 2008, 231, obs. D. Mazeaud et 234, obs. Th. Genicon ; Droit et patrimoine mai 2008, 91, obs. L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck ; CCC 2008, n° 65, obs. L. Leveneur ; Defrénois 2007, 1729, obs. crit. R. Libchaber ; JCP 2008, I, 104, n° 7, obs. crit. R. Wintgen.

<sup>6</sup> Com. 22 mars 2016, n° 14-14218, B. IV, n° 50 ; D. 2016, *Chr. C. cass.* 1037, n° 1, obs. S. Tréard ; JCP 2016, *doctr.* 797, n° 6, obs. Y.-M. Serinet CCC 2016, *Comm.* 136, note L. Leveneur ; LPA 10 mai 2016, n° 93, p. 10, note P. Batistini ; RTD civ. 2016, 343, obs. H. Barbier ; JCP E 2016, 1251, note N. Dissaux ; Gaz. Pal. 10 mai 2016, p. 23, n° 2640, obs. D. Houtcieff ; *adde* : R. Libchaber, « Une motivation en trompe-l'œil : les cailloux du Petit Poucet » : JCP 2016, *doctr.* 632.



- Nullité pour inobservation d'une condition de forme *lato sensu*<sup>7</sup>

On se place dans l'hypothèse où la formation du contrat est subordonnée à l'établissement soit d'un acte écrit (contrats solennels), soit à la remise d'une chose (contrats réels<sup>2</sup>).

L'alinéa 2 de l'article 1172 du Code civil prévoit que l'observation de la forme requise dans un contrat solennel en est une condition de validité, tandis que l'alinéa 3 de ce texte érige la remise de la chose en condition de formation du contrat. Si la première disposition ne se prononce pas sur la nature de la nullité encourue pour inobservation de la forme dans un contrat solennel, la seconde paraît donc sous-entendre qu'à défaut de remise de la chose, le contrat réel serait inexistant<sup>3</sup>. Mais la théorie de l'inexistence, on l'a vu, encourt, d'une manière générale, de sérieuses critiques.

Traditionnellement, selon la jurisprudence et la doctrine<sup>4</sup>, le défaut d'accomplissement de la formalité à laquelle la validité d'un contrat solennel est soumise, entraînait la nullité absolue<sup>5</sup>, voire l'inexistence de l'acte. Pourtant, la forme peut protéger un intérêt privé : par exemple, en matière de donation, un acte authentique est exigé pour empêcher les libéralités irréflechies. L'article 931-1, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil n'en dispose pas moins que, « en cas de vice de forme, une donation entre vifs ne peut faire l'objet d'une confirmation. Elle doit être refaite en la forme légale. » La nullité est donc absolue, avec ce tempérament, toutefois, que l'article 931-1, alinéa 2, permet une confirmation par les héritiers ou ayant-cause du donateur, après le décès de celui-ci<sup>6</sup>.

Quoi qu'il en soit, en dehors du domaine des donations, la Cour de cassation a opéré un revirement remarqué de jurisprudence, dans une affaire où l'ordonnance du 10 février 2016 était inapplicable. Au nom du rapprochement souhaitable du droit ancien et du droit nouveau, elle a en effet décidé que la violation d'une exigence de forme prescrite *ad validitatem* est sanctionnée par une nullité relative, lorsque cette exigence est édictée pour la seule protection d'un intérêt privé<sup>7</sup>. Elle a ainsi soumis les règles de forme gouvernant un contrat au critère moderne de distinction des nullités absolue et relative.

En droit de la consommation, par application de ce critère, la jurisprudence avait déjà antérieurement sanctionné l'inobservation de la forme en laquelle le contrat doit être conclu, dans l'intérêt du consommateur, par une nullité relative<sup>8</sup>.

Remarque : pour tenter de mettre fin aux controverses doctrinales et aux hésitations jurisprudentielles, un auteur<sup>9</sup> a proposé récemment un troisième critère de distinction des nullités : la nullité serait relative lorsqu'elle atteint le consentement, absolue lorsqu'elle atteint le contrat lui-même, formé en aval du consentement.

## B. Intérêts de la distinction de la nullité absolue et de la nullité relative

<sup>7</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 458.

<sup>2</sup> Cf. Civ. 1, 5 juillet 2006, préc.

<sup>3</sup> Cf. *supra* : chap. III « La forme du contrat », section 1 « Le formalisme direct, de validité », § 2 « Contrats réels », B. « Sanction du défaut de remise de la chose ». Cf., en ce sens, les arrêts déjà cités : Civ. 1, 11 juillet 1960, n° 58-11232, B. I, n° 382 ; D. 1960, J. 702, note P. Voirin ; Civ. 1, 11 juillet 1960, n° 58-11232, B. I, n° 382 ; D. 1960, J. 702, note P. Voirin (inexistence d'un don manuel faute de tradition) ; Civ. 1, 5 juillet 2006, n° 04-13235 (inexistence d'un prêt faute de remise de la chose prêtée).

<sup>4</sup> Bénabent, *op. cit.*, n° 217.

<sup>5</sup> Civ. 1, 25 février 2003, n° 01-00461 ; Civ. 1, 18 octobre 2005, n° 02-16046, B. I, n° 363 ; Civ. 3, 8 avril 2009, n° 07-21610, B. III, n° 80.

<sup>6</sup> M. Nicot « La confirmation des libéralités nulles en la forme », in : *Mélanges en l'honneur de Corinne Saint-Alary-Houin*, LGDJ, 2020, p.

<sup>7</sup> Ch. mixte, 24 février 2017, n° 15-20411, B. mixte, n° 1 ; CCC 2017, *comm.* n° 93, note L. Leveneur ; JCP 2017, 305, avis B. Sturlèse, et 306, note G. Pignarre ; *ibid.*, 325, n° 5, obs. Y.-M. Serinet ; D. 2017, p. 793, note B. Fauvarque-Cosson. Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 210.

<sup>8</sup> Com. 3 mai 1995, n° 93-12256, préc. ; Civ. 1, 9 juillet 2003, n° 01-11153, B. I, n° 170 ; Civ. 1, 2 octobre 2007, n° 05-17691, B. I, n° 316.

<sup>9</sup> Posez « La théorie des nullités, le centenaire d'une mystification », *op. cit.*

Codifiant la jurisprudence antérieure, les articles 1180 et 1181 du Code civil font en effet apparaître les différences de régime entre la nullité relative et la nullité absolue.

Aux termes de l'article 1180, traitant de la nullité absolue :

« La nullité absolue peut être demandée par toute personne justifiant d'un intérêt, ainsi que par le ministère public.  
Elle ne peut être couverte par la confirmation du contrat. »

En revanche, aux termes de l'article 1181, concernant la nullité relative :

« La nullité relative ne peut être demandée que par la partie que la loi entend protéger.  
Elle peut être couverte par la confirmation.  
Si l'action en nullité relative a plusieurs titulaires, la renonciation de l'un n'empêche pas les autres d'agir. »

Il résulte de la combinaison de ces deux textes que les intérêts à distinguer la nullité relative de la nullité absolue tiennent aux personnes pouvant invoquer la nullité et à l'extinction de l'action en nullité par la confirmation. En revanche, s'agissant de la prescription extinctive de l'action en nullité, les différences entre les deux types de nullité se sont largement estompés depuis la réforme de la prescription en 2008, comme on le verra.

### 1. Personnes pouvant invoquer la nullité

Leur liste diffère effectivement selon que la nullité est absolue ou relative.

#### a. Nullité absolue

Outre par le ministère public, dont la mission est d'intervenir pour la défense de l'ordre public, y compris en matière civile<sup>1</sup>, la nullité absolue peut être invoquée par tout intéressé (article 1180 du Code civil), à savoir :

- l'une ou l'autre des parties au contrat ;
- les ayants-cause à titre particulier de l'une ou l'autre partie au contrat ;
- les créanciers de l'une ou l'autre partie au contrat ;
- les tiers *penitus extranei*, exceptionnellement.

#### b. Nullité relative

Aux termes de l'article 1181, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, reproduit plus haut, « La nullité relative ne peut être demandée que par la partie que la loi entend protéger. » Si, toutefois, la personne que la disposition violée a entendu protéger est le plus souvent une partie au contrat, il arrive exceptionnellement que ce soit un tiers<sup>2</sup>. Ainsi mieux vaut énoncer que la nullité relative ne peut être demandée que par la personne protégée par la disposition méconnue.

<sup>1</sup> Article 423 du Code de procédure civile.

<sup>2</sup> Fages, *op. cit.*, n° 197 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 476. Ainsi, par exemple, l'article 595, alinéa 4, du Code civil dispose que « L'usufruitier ne peut, sans le concours du nu-propiétaire, donner à bail un fonds rural ou un immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal. » Un tel bail constitue en effet un acte de disposition sur la chose, que l'usufruitier n'a pas le pouvoir d'accomplir seul. Or la sanction de l'inobservation de l'article 595, alinéa 4, est, selon la jurisprudence, la nullité relative du bail, dont seul le nu-propiétaire, tiers à ce bail conclu par l'usufruitier, a qualité pour se prévaloir (Civ. 3, 26 janvier 1972, n° 70-12594, B. III, n° 69 ; D. 1975, J. 22, note J. Penneau ; JCP 1972, II, 17104, note G. G. ; Bourges 30 mai 1979, *Gaz. Pal.* 1979, 2, 617, note J. Lachaud). Pareillement, l'article 1124, alinéa 3, du Code civil dispose que « Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul » (*cf. supra* : chap. I « La conclusion du contrat », Section 1 : « La conclusion d'un contrat classique », § 1 « L'offre ou sollicitation », A. « Notion d'offre », 2. « Distinction de l'offre et de l'avant-contrat », b. « La promesse unilatérale de contrat », β) « Régime juridique de la promesse unilatérale ». *A priori* cette nullité semble avoir un caractère relatif, car l'interdiction pour le tiers de mauvaise foi de conclure le contrat est destinée à protéger le bénéficiaire de la promesse unilatérale. Ce dernier a donc seul qualité pour demander la nullité, bien qu'il soit tiers au contrat conclu en violation de la promesse.

En outre, à la personne que la loi a entendu protéger, il convient d'assimiler ses héritiers – ayants-cause à titre universel – puisqu'ils sont réputés de par la loi en continuer la personne après son décès.

Il faut y assimiler aussi le créancier agissant en nullité d'un contrat passé par son débiteur, au moyen de l'action oblique prévue par le nouvel article 1341-1 du Code civil<sup>1</sup>. Par cette action, le créancier exerce en effet, au nom de son débiteur, des droits et actions appartenant à ce dernier et qu'il négligerait d'exercer, compromettant ainsi son patrimoine : le créancier se substitue ou représente, selon les analyses, son débiteur.

## 2. Extinction de l'action en nullité

A cet égard, les intérêts de la distinction entre nullité absolue et nullité relative tenaient traditionnellement à la possibilité ou non de confirmer l'acte nul, d'une part, au délai de la prescription extinctive, d'autre part. Toutefois le second de ces intérêts s'est aujourd'hui largement estompé. Le premier, en revanche, subsiste.

### a. Confirmation de l'acte nul<sup>2</sup> : une différence persistante

L'article 1181, alinéa 2, du Code civil énonce que la nullité relative est susceptible de confirmation et l'article 1180, alinéa 2, que la nullité absolue ne l'est pas. Cette différence est reprise du droit antérieur. On verra successivement la notion de confirmation, son domaine, ses conditions, ses effets.

#### α) Notion de confirmation

L'article 1182, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil définit cette notion :

« La confirmation est l'acte par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité, y renonce. »

La personne en droit d'invoquer la nullité, y renonce, si bien que la validité de l'acte devient désormais indiscutable. La confirmation constitue donc un acte unilatéral, émanant de la seule volonté du « confirmant ».

La confirmation se distingue de la régularisation, consistant à corriger l'irrégularité de la convention initiale, en faisant disparaître le vice qui l'affectait. Les deux mécanismes ne doivent pas être confondus, bien que leur distinction ne soit pas toujours aisée<sup>3</sup> et qu'une partie de la doctrine n'envisage la régularisation qu'à l'égard des actes juridiques entachés d'une nullité simplement relative, comme la confirmation<sup>4</sup>. En effet, l'acte régularisé est rétroactivement validé *erga omnes*, alors que la confirmation n'a d'effet qu'à l'égard de celui qui renonce à invoquer la nullité<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Ancien article 1166 du Code civil. Sur l'action oblique, *cf. infra* : sous-titre II « Les effets du contrat » et seconde partie « Le régime général des obligations ».

<sup>2</sup> G. Couturier, *La confirmation des actes nuls*, thèse Paris 2, préf. J. Flour, LGDJ, 1972.

<sup>3</sup> Marty et Raynaud, *Les obligations*, t. 1, n° 224 et s. ; J. Ghestin, *La formation du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 1993, n° 790 et s. ; Malinvaud, Mekki et Seube, *Droit des obligations*, n° 423 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 545 ; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, n° 413 ; Bénabent, *Droit des obligations*, n° 223 ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 412 et s. ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 478 ; C. Dupeyron, *La régularisation des actes nuls*, thèse Toulouse, préf. P. Hébraud, Paris : LGDJ, 1973.

<sup>4</sup> Marty et Raynaud, *op. cit.*, t. 1, n° 226 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, *loc. cit.* ; *contra* : Bénabent, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 415.

<sup>5</sup> Marty et Raynaud, *op. cit.*, t. 1, n° 225 ; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Bénabent, *op. cit.*, *loc. cit.*

Fréquente en droit des sociétés<sup>1</sup> et à l'égard des actes de procédure<sup>2</sup>, la régularisation n'est en revanche appelée à jouer que rarement en droit civil<sup>3</sup>. En raison de la vigueur de ses effets, puisqu'elle valide rétroactivement un contrat qui était nul, la loi doit impérativement l'autoriser<sup>4</sup>. On peut citer :

- la régularisation d'un contrat solennel en cas d'inobservation des conditions de forme auquel sa validité est subordonnée<sup>5</sup>. En effet, l'article 1172, alinéa 2, du Code civil en évoque la possibilité<sup>6</sup>.
- Le rachat de la lésion dans la vente immobilière, prévu par l'article 1681 du Code civil, lequel permet la régularisation, à l'initiative de l'acquéreur, d'une vente immobilière rescindable pour lésion des sept-douzièmes<sup>7</sup>.
- La régularisation de la vente de la chose d'autrui, nulle par application de l'article 1599 du Code civil. Il s'agit d'une nullité relative<sup>8</sup>, dont seul l'acquéreur a qualité pour se prévaloir<sup>9</sup>. En effet, l'article 1599 a pour but de le protéger contre les conséquences d'une éviction émanant du véritable propriétaire de la chose. Or, selon la jurisprudence, l'acquéreur devient irrecevable à invoquer la nullité s'il n'est pas ou plus menacé d'éviction<sup>10</sup>, notamment dans l'hypothèse où son vendeur est devenu entre-temps propriétaire de la chose vendue<sup>11</sup>.

La confirmation s'oppose aussi à la réfection, consistant pour les parties à conclure un nouveau contrat, cette fois-ci dans des conditions régulières : l'acte est alors efficace à l'égard de tous les intéressés, mais il l'est sans rétroactivité<sup>12</sup>.

#### β) Domaine de la confirmation

La confirmation doit émaner de celui que la nullité tendait à protéger et qui, par la confirmation, renonce à son droit. Elle n'est donc possible que pour les actes affectés d'une nullité relative (article 1181, alinéa 2, du Code civil)<sup>13</sup>. Elle ne l'est pas dans le cas de la nullité absolue (article 1180, alinéa 2, du Code civil)<sup>14</sup>, car tout intéressé pouvant la demander, la confirmation de l'un ne saurait mettre l'acte à l'abri du droit de critique des autres.

#### γ) Conditions de la confirmation

<sup>1</sup> Cf. Cours de droit des affaires de licence droit 3<sup>e</sup> année.

<sup>2</sup> Cf. les articles 115 et 121 du Code de procédure civile.

<sup>3</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>4</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, *loc. cit.* ; rappr. Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 415.

<sup>5</sup> Cf. *supra* : chap. III « La forme du contrat », section 1 « Le formalisme direct, de validité », § 1 « Les contrats solennels ».

<sup>6</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 458.

<sup>7</sup> Cf. *supra* : chap. II « Les conditions de validité du contrat », section 3 « Le contenu du contrat », sous-section 3 « L'équilibre du contenu contractuel », § 2 « L'équilibre contractuel global », B. « Par exception, le défaut d'équivalence des prestations affecte la validité de certains contrats à titre onéreux », 3. « Sanctions de la lésion ».

<sup>8</sup> Civ. 23 janvier 1832, S. 32, 1, 666 ; *G.A.*, t. II, n° 298, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; Civ. 1, 17 juillet 1958, B. I, n° 386 ; *D.* 1958, J. 619 ; Civ. 3, 16 avril 1973, n° 72-11276, B. III, n° 303 ; Civ. 3, 6 octobre 2004, n° 01-00896, B. III, n° 166 ; *Rev. soc.* 2005, 152, note B. Saintourens ; arrêt écartant parallèlement la théorie de l'inexistence en la matière.

<sup>9</sup> Civ. 1, 14 décembre 1953, B. I, n° 364 : sommaire de l'arrêt uniquement ; Civ. 1, 17 juillet 1958, préc. ; Civ. 1, 4 décembre 1967, n° 66-11836, B. I, n° 354 ; *D.* 1968, J. 283 ; Civ. 3, 8 décembre 1999, n° 98-12922, B. III, n° 241 ; Civ. 3, 9 mars 2005, n° 03-14916, B. III, n° 63 ; *CCC* 2005, n° 128, note L. Leveueur ; *Defrénois* 2005, 1240, note R. Libchaber ; *LPA* 2006, n° 117, p. 18, note J.-G. Mahinga ; *Com.* 17 janvier 2006, n° 03-16352 ; *Com.* 15 octobre 2013, n° 12-19756.

<sup>10</sup> Cf. not. Terré, Lequette et Chénéde, obs. préc. *in* : *G.A.*, ss. Civ. 23 janvier 1832, n° 5.

<sup>11</sup> Civ. 1, 12 juillet 1962, n° 60-13506, B. I, n° 370 ; *D.* 1963, J. 246 ; *RTD civ.* 1963, 113, obs. G. Cornu ; *Com.* 2 juillet 1979, n° 77-16048, B. IV, n° 224 ; *D.* 1980, IR 225, obs. B. Audit ; *RTD com.* 1980, 138, obs. J. Hémar ; *Defrénois* 1980, 32448, obs. J.-L. Aubert ; *Com.* 20 février 2001, n° 97-13381 ; Civ. 1, 21 mars 1918, n° 16-28416, *a contrario* ; Civ. 3, 7 mars 2019, n° 17-31062.

<sup>12</sup> Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 418 et suiv.

<sup>13</sup> Bénabent, *op. cit.*, n° 225 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 477 ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 408.

<sup>14</sup> Civ. 1, 8 janvier 1985, B. I, n° 6 : seule la réfection du contrat entaché d'une nullité absolue est envisageable ; *Com.* 3 novembre 1988, B. IV, n° 287.

L'article 1182, alinéas 1<sup>er</sup> et 2, du Code civil<sup>15</sup> soumet la confirmation à deux conditions, la première relative à son caractère volontaire et la seconde relative au moment auquel elle peut intervenir.

- Volonté de renoncer à se prévaloir de la nullité du contrat

Aux termes de l'article 1182, alinéa 1<sup>er</sup>, l'acte de confirmation :

« mentionne l'objet de l'obligation et le vice affectant le contrat. »

Ces mentions sont indispensables pour établir la volonté de l'auteur de la confirmation de renoncer, en connaissance du vice affectant le contrat, à se prévaloir de la nullité.

- Moment de la confirmation

Selon l'article 1182, alinéa 2 :

« La confirmation ne peut intervenir qu'après la conclusion du contrat. »

Cette condition est destinée à priver d'efficacité une clause de renonciation anticipée à se prévaloir de la nullité du contrat, qui aurait été insérée dans ce dernier.

En cas de violence, l'article 1182, alinéa 3, prévoit en outre que :

« la confirmation ne peut intervenir qu'après que la violence a cessé. »

Dans le cas contraire, on pourrait en effet redouter que la confirmation n'intervienne elle-même sous l'empire de la crainte qui avait déjà déterminé la victime à contracter.

L'action en nullité peut être exercée pendant un délai assez long – cinq ans en principe – pendant lequel la situation juridique est incertaine, puisqu'on ignore si la partie qui peut invoquer la nullité du contrat, le fera effectivement. Aussi, à la condition que la cause de nullité ait disparu, l'article 1183 du Code civil ouvre-t-il à l'autre partie une action interrogatoire, destinée à contraindre le contractant en droit de se prévaloir de la nullité à prendre parti, pour mettre fin à l'incertitude. Selon ce texte, en effet, elle peut lui demander par écrit, soit de confirmer le contrat, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois, à peine de forclusion.

- Formes de la confirmation

La confirmation peut être expresse, mais elle peut être aussi tacite. Cela résulte de l'article 1182, alinéa 3, du Code civil :

« L'exécution volontaire du contrat, en connaissance de la cause de nullité, vaut confirmation. »

En revanche, la confirmation ne peut s'induire d'un simple silence.

#### δ) Effets de la confirmation

L'article 1182, alinéa 4, du Code civil distingue les rapports des parties entre elles et les rapports avec les tiers :

« La confirmation emporte renonciation aux moyens et exceptions qui pouvaient être opposés, sans préjudice néanmoins des droits des tiers. »

- Effets de la confirmation entre les parties

<sup>15</sup> Ce texte n'innove guère par rapport à l'ancien article 1338 du Code civil, lequel gouvernait naguère la confirmation de l'acte nul.

La confirmation interdit au renonçant de se prévaloir de la nullité du contrat. S'il était seul à le pouvoir, le contrat est désormais inattaquable. Elle laisse néanmoins subsister le vice dont le contrat était entaché, alors que la régularisation le fait disparaître, d'où l'opposabilité *erga omnes* de cette dernière<sup>1</sup>.

Comme le texte le précise (« moyens et exceptions »), la confirmation de l'acte nul rend irrecevable non seulement l'action, mais encore l'exception de nullité invoquée par le renonçant.

- Effets de la confirmation à l'égard des tiers

*In fine* l'article 1182, alinéa 4, précise que la confirmation opère « sans préjudice néanmoins du droit des tiers. » La confirmation est donc inopposable à ces derniers, plus précisément aux tiers ayant traité avec l'auteur de l'acte annulable, ses ayants-cause à titre particulier<sup>2</sup>.

Ex. mineur qui vend un immeuble à A, puis étant devenu majeur à B, avant de confirmer la première vente. Si la confirmation validait l'acte à l'égard de tous, la seconde vente serait sans valeur, comme ayant été consentie par quelqu'un qui n'était plus propriétaire (A serait donc propriétaire). La disposition finale de l'article 1182, alinéa 4, tend à éviter ce résultat : la seconde vente restera régulière, parce que la confirmation de la première sera inopposable au second acquéreur.

b. Prescription de l'action en nullité : une différence largement estompée

La prescription n'est pas une institution spécifique aux actions en nullité : toutes les actions se prescrivent par un délai, aujourd'hui fixé à cinq ans pour les actions personnelles ou mobilières (article 2224 du Code civil), c'est-à-dire la grande majorité des actions.

En effet, la sécurité juridique postule que s'éteignent toutes les actions non exercées au bout d'un certain délai. Pour la nullité relative, un autre fondement, tiré de l'idée de confirmation tacite, était jadis invoqué ; mais il est aujourd'hui rejeté, car il est jugé artificiel, pour reposer sur une interprétation divinatoire de la volonté du titulaire de l'action.

On traitera successivement des conditions de la prescription, puis de ses effets.

α) Conditions de la prescription

Elles se rapportent à la durée du délai de prescription et à son point de départ.

- Durée du délai de prescription

Alors que cette durée était naguère différente selon que la nullité était absolue ou relative, elle est aujourd'hui identique, quelle que soit la nullité.

Jusqu'il y a quelques années en effet, le délai de prescription extinctive de droit commun en droit français était de trente ans (ancien article 2262 du Code civil). Ce délai s'appliquait notamment à l'action en nullité absolue, tandis que l'action en nullité relative était soumise à un délai spécifique, plus court, de cinq années (ancien article 1304 du Code civil – autrefois, avant 1968, le délai de prescription de l'action en nullité relative était plus long, puisqu'il s'élevait à dix ans).

Mais depuis longtemps, ce délai de prescription de droit commun en droit français était critiqué pour sa longueur, jugée excessive, en regard des délais en vigueur dans d'autres pays européens. Aussi une loi récente n° 2008-561 du 17 juin 2008 est-elle venue réformer la

<sup>1</sup> Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 417.

<sup>2</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 558.

prescription – acquisitive et extinctive. Le délai de droit commun de la prescription extinctive des « actions personnelles ou mobilières » est désormais de cinq ans, selon l'article 2224 nouveau du Code civil :

« Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. »

L'action en nullité relative et l'action en nullité absolue relèvent toutes deux de la catégorie très vaste des « actions personnelles ou mobilières ». Elles sont donc soumises actuellement au même délai de prescription de cinq ans. Tout au plus doit-on réserver le cas de l'action en rescision pour lésion dans la vente d'immeuble, dont une dispositions spéciale, l'article 1676 du Code civil, enferme l'exercice dans un délai préfix de deux ans<sup>1</sup>.

Critique : le délai de cinq ans paraît bien court pour certaines nullités absolues, en particulier en cas d'atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs<sup>2</sup>. Il est révélateur d'un manque de considération contemporain pour l'intérêt général<sup>3</sup>.

- Point de départ du délai de prescription

Il n'est pas toujours identique selon que la nullité est absolue ou relative, de sorte qu'à ce point de vue, une différence subsiste entre les deux nullités.

- Nullité absolue

Aux termes de l'article 2224 précité du Code civil, le délai de la prescription quinquennale court « à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. »

Cette dernière formule renvoie à une présomption de connaissance, induite des circonstances. Or le jour où le demandeur à l'action en nullité absolue « aurait dû connaître les faits lui permettant » d'exercer cette action sera bien souvent concomitant à la passation de l'acte<sup>4</sup>.

Il en résulte que, dans certains cas, le délai de prescription de l'action en nullité absolue peut être plus court que celui de l'action en nullité relative. En effet, le point de départ de celle-ci est fréquemment retardé, on va le voir, tandis que celle-là courra fréquemment au jour de la conclusion de l'acte, on vient de le voir.

- Nullité relative

Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont reconduit les solutions naguère inscrites à l'ancien article 1304 du Code civil, retardant le point de départ du délai de prescription dans certains cas.

Ainsi, pour les incapacités (article 1152 du Code civil), le point de départ du délai de prescription est retardé de la manière suivante :

- jour de la majorité ou de l'émancipation pour le mineur.
- Jour où le majeur a eu connaissance de l'acte, alors qu'il était en situation de le refaire valablement. Ici, il n'y a pas de différence de régime avec la prescription de l'action en nullité absolue, car ces événements correspondent à la date à laquelle le demandeur a dû connaître les faits lui permettant d'exercer l'action en nullité relative.

<sup>1</sup> Cf. *supra*.

<sup>2</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 566.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Ibid.*

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

- Jour du décès, si la prescription n'a pas commencé à courir auparavant, pour les héritiers de la personne ou tutelle ou en curatelle ou de la personne faisant l'objet d'une habilitation familiale.

S'agissant des vice du consentement, l'article 1144 du Code civil, déjà rencontré, retarde également le point de départ du délai de la prescription extinctive selon les règles suivantes :

- jour où l'erreur ou le dol a été découvert. Le point de départ de la prescription est donc reporté au jour de la connaissance effective des faits, peu important qu'il ait dû les connaître auparavant<sup>1</sup>.

Ex. erreur découverte vingt-six ans après la conclusion d'un contrat – la prescription quinquennale ne sera accomplie que trente et un ans après la conclusion du contrat<sup>2</sup> ; de même, pour une erreur provoquée par un dol découverte vingt-huit ans après la conclusion du contrat<sup>3</sup>.

- Jour où la violence a cessé.

Pour les autres cas de nullité relative, où la loi n'a rien prévu, on peut hésiter entre deux solutions. Soit, raisonnant par analogie, on voit dans les dispositions des articles 1144 et 1152 du Code civil l'expression d'un principe général, selon lequel le point de départ de la prescription de l'action en nullité relative est retardé jusqu'au jour où le vice a cessé. Soit on considère ces dispositions comme une exception au principe selon lequel la prescription de l'action en nullité relative court du jour de l'acte.

Sous l'empire de l'ancien article 1304 du Code civil, la jurisprudence tendait à se prononcer en ce dernier sens<sup>4</sup>. Dans le silence des nouveaux textes, on peut penser que cette solution perdurera.

Toutefois, le recul du point de départ de la prescription de l'action en nullité relative ne peut avoir pour conséquence d'allonger la durée du délai au-delà de vingt ans à partir de la conclusion du contrat.

En effet, applicable en principe à la prescription de toutes les actions sans distinction, y compris donc l'action en nullité relative d'un contrat, l'article 2232, alinéa 1er, du Code civil institue une date butoir, pour éviter que le délai de prescription d'une action n'en vienne à s'allonger excessivement, en raison du recul de son point de départ :

« Le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit. »

## β) Effets de la prescription

Aux termes de l'article 1185 du Code civil :

« L'exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à un contrat qui n'a reçu aucune exécution »<sup>5</sup>.

Ce texte pose un principe, celui de la perpétuité de l'exception de nullité, assorti d'une limite en cas d'exécution, même partielle, du contrat nul.

- Principe de la disparition de la seule action en nullité

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> Civ. 1, 24 janvier 2006, n° 03-11889, *B. I.*, n° 28 ; *D.* 2006, *J.* 626, note critique R. Wintgen.

<sup>3</sup> Civ. 1, 11 sept. 2013, n° 12-20816, *B. I.*, n° 172 ; *D.* 2014, 630, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *AJ fam.* 2013, 652, obs. N. Levillain ; *RTD civ.* 2013, 856, obs. P.-Y. Gautier ; *JCP* 2013, 1236, note N. Guerrero.

<sup>4</sup> Civ. 1, 9 juillet 2003, préc. : partage ; Civ. 1, 29 septembre 2004, préc. : disposition relative à la protection des consommateurs ; Civ. 3, 29 mars 2006 et Com. 16 mars 2010, préc. : absence de cause.

<sup>5</sup> N. Picot « La consécration légale de l'exception de nullité : un second souffle pour un adage séculaire ? », *D.* 2020, 2076.



L'accomplissement de la prescription extinctive n'entraîne que la disparition de l'action de la nullité. En revanche, l'exception de nullité survit, on y a déjà fait allusion antérieurement. C'est la règle traditionnelle de la perpétuité de l'exception de nullité<sup>1</sup>, souvent exprimée par un adage latin : *Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*<sup>2</sup>. Elle avait été solennellement consacrée par la Cour de cassation<sup>3</sup>.

La justification de l'imprescriptibilité de l'exception de nullité se trouve dans le fondement même de la prescription. En effet, la prescription de l'action en nullité a pour fin de consolider une situation de fait, en interdisant sa critique au bout d'un certain délai. Or la perpétuité de l'exception de nullité permet, de même, de maintenir le *statu quo*, à savoir l'inexécution d'un contrat nul : *quieta non movere*<sup>4</sup>.

- Limite tenant à l'exécution du contrat nul

L'article 1185 du Code civil subordonne l'imprescriptibilité de l'exception de nullité à l'absence totale d'exécution du contrat nul, sans distinguer selon que la nullité est absolue ou relative.

Cette disposition codifie une jurisprudence, difficile à interpréter, qui avait posé cette limite au principe de la perpétuité de l'exception de nullité<sup>5</sup>. En effet, une fois le délai de prescription de l'action en nullité écoulé, la Cour de cassation interdit d'invoquer l'exception de nullité lorsque le contrat a été partiellement exécuté<sup>6</sup>. Peu importe à cet égard, toujours selon la Cour de cassation, que la nullité invoquée soit relative ou absolue<sup>7</sup>. Cette solution se justifie, là encore, par l'adage *quieta non movere*.

## Section 3 : Effets de la nullité

Trois problèmes doivent être examinés : l'étendue de la nullité, les restitutions consécutives à l'annulation et la responsabilité qui en découle.

### § 1 Étendue de la nullité

<sup>1</sup> Marty et Raynaud, *Les obligations*, t. I, n° 233 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 569 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 416 et n° 1016 ; Houtcieff, *Droit des contrats*, n° 569.

<sup>2</sup> Roland et Boyer, *Adages du droit français*, n° 331.

<sup>3</sup> Civ. 3, 10 mai 2001, n° 99-11762, *B. III*, n° 61 ; *D.* 2001, *J.* 3156, note P. Lipinski : « vu le principe selon lequel l'exception de nullité est perpétuelle » ; Civ. 3, 3 février 2010, n° 08-21333 ; Civ. 1, 14 janvier 2015, n° 13-26279, *B. I*, n° 4 ; *D.* 2015, 208 ; *AJ fam.* 2015, 169, obs. J. Casey ; *Dr. fam.* 2015, n° 77, note B. Beignier ; *JCP* 2015, n° 306, obs. Y.-M. Serinet (visant le même principe et l'appliquant à l'exception de nullité d'un testament).

<sup>4</sup> Roland et Boyer, *op. cit.*, n° 346 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>5</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 488. Ces auteurs soulignent les difficultés que l'imprécision de l'article 1185 soulève néanmoins, quant au point de départ du délai de prescription de l'exception de nullité dans cette hypothèse. La Cour de cassation avait fait coïncider les points de départ du délai de prescription de l'action et de l'exception (Com. 13 mai 2014, n° 12-28013 et 12-28654, *B. IV*, n° 84 ; *RDC* 2014/4, p. 627, note M. Latina ; *RTD civ.* 2014, 646, obs. H. Barbier ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 183, p. 16). Mais, en lisant l'article 1185 *a contrario*, on pourrait en déduire que la prescription de l'exception de nullité ne court qu'à compter du commencement de l'exécution du contrat. Toutefois le droit positif s'en trouverait inutilement compliqué, ce qui incite à écarter cette solution.

<sup>6</sup> Civ. 1, 1<sup>er</sup> décembre 1998, n° 96-17761, *B. I*, n° 338 ; *RTD civ.* 1999, 621, obs. J. Mestre ; Civ. 3, 10 mai 2001, préc. ; Civ. 1, 24 avr. 2013, n° 11-27082, *B. I*, n° 84 ; *D.* 2013, 1132, et 2014, 630, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *RDC* 2013/4, p. 1310, obs. Y.-M. Laithier ; *CCC* 2013, n° 7, p. 24, note L. Leveneur ; *Dr. et patr.* 2014, n° 234, p. 53, obs. L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 184-185, obs. D. Houtcieff ; *RTD civ.* 2013, 596, obs. H. Barbier ; *LEDC* juin 2013, p. 2, obs. G. Pillet ; *RDC* 2013, 1310, note Y.-M. Laithier ; Civ. 1, 15 janvier 2015, n° 13-25212 et 13-25213, *B. I*, n° 9 ; Civ. 1, 12 novembre 2015, n° 14-21725, *B. I*, n° 276.

<sup>7</sup> Civ. 1, 24 avril 2013, préc. ; Civ. 3, 16 mars 2017, n° 16-13063, *B. III*, n° 37.

La nullité entraîne en principe l'anéantissement total du contrat, mais ce principe comporte des exceptions.

### A. Principe : anéantissement total du contrat

A moins que les parties ne la constatent d'un commun accord, la nullité suppose une décision judiciaire (article 1178, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil), quelle que soit la gravité du vice qui affecte le contrat. Tant qu'elle n'est pas prononcée, le contrat est réputé valable et obligatoire.

Une fois prononcée, en revanche, elle entraîne l'anéantissement du contrat, conformément à la maxime *Quod nullum est, nullum producit effectum*<sup>1</sup>. Aux termes de l'article 1178, alinéa 2, du Code civil, en effet :

« Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé »<sup>2</sup>.

L'étendue de la nullité est identique, qu'elle soit relative ou absolue.

### B. Exceptions au principe de l'anéantissement total du contrat

Parfois, au lieu d'un anéantissement total du contrat, seule la clause illicite sera réputée non écrite. Il arrive aussi qu'une clause excessive soit réduite ou que l'acte nul se retrouve converti en un acte valable.

#### 1. Clause réputée non écrite

Lorsqu'une clause seulement du contrat est affectée d'un vice, on peut se demander si le contrat doit être annulé en son entier. L'article 1184 du Code civil énonce une règle fondée sur la recherche de l'importance de la clause dans l'esprit des parties, assortie d'une limite tenant au respect nécessaire de l'ordre public<sup>3</sup>.

##### a. Principe : recherche du caractère déterminant ou non de la clause

Codifiant la jurisprudence antérieure, l'article 1184, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil distingue selon que la clause a été déterminante de l'engagement d'une partie ou non<sup>4</sup>.

« Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'entre elles. »

Les textes antérieurs semblant, au premier abord, contradictoires, la jurisprudence avait effectivement entrepris de les concilier au moyen d'une distinction tirée de l'importance que la clause revêtait dans l'intention des parties au contrat. Le Code civil de 1804 contenait, de fait, deux dispositions, dont la conciliation apparaissait malaisée.

- L'article 900, toujours en vigueur, répute non écrites les conditions impossibles, illicites ou immorales insérées dans les donations et testaments, c'est-à-dire prévoit une nullité partielle de l'acte. Cette disposition s'expliquait par le souhait des rédacteurs du code de favoriser l'annulation de clauses illicites (par ex. tendant à rétablir le droit d'aînesse ou à imposer des servitudes) en maintenant la libéralité au profit du demandeur à l'annulation.
- Au contraire, l'ancien article 1172, abrogé par l'ordonnance du 10 février 2016, déclarait que l'illicéité ou l'immoralité d'une clause « rend nulle la convention qui en dépend » pour les actes à titre onéreux, c'est-à-dire prévoit nullité totale.

<sup>1</sup> Roland et Boyer, *op. cit.*, n° 367.

<sup>2</sup> Cette disposition reprend la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation qui visait « le principe selon lequel ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé » (Civ. 1, 15 mai 2001, n° 99-20597, *B. I.*, n° 133 ; *RTD civ.* 2001, p. 699, n° 3, obs. N. Molfessis ; Civ. 3, 2 octobre 2002, n° 01-02924, *CCC* 2003, n° 23, note L. Leveneur ; Soc. 9 décembre 2014, n° 13-21766, *B. V.*, n° 283).

<sup>3</sup> Au contraire, le § 139 du *B.G.B.* pose le principe de la nullité totale de l'acte, sauf exception.

<sup>4</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 484 et suiv.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

La jurisprudence avait consacré finalement une solution identique pour tous les actes, en faisant appel à la notion de cause impulsive et déterminante. En effet, la nullité était totale, étendue à l'ensemble du contrat si la clause avait été déterminante du consentement des parties. Elle était, en revanche, partielle, limitée à la clause, qui était alors réputée non écrite, dans le cas contraire. C'est la distinction que le nouvel article 1184, alinéa 1er, du Code civil consacre, tout en évitant l'emploi de la notion honnie de cause.

La directive posée par l'article 1184, alinéa 1<sup>er</sup>, implique une recherche *in concreto* de l'intention des parties échappant au contrôle de la Cour de cassation, d'où une certaine insécurité juridique<sup>1</sup>.

b. Limite : respect de l'ordre public

L'article 1184, alinéa 2, du Code civil apporte un correctif à la directive de principe de l'alinéa 1<sup>er</sup> :

« Le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien. »

En d'autres termes, la nullité partielle doit être prononcée malgré la volonté contraire des parties, lorsque la loi ou, plus largement, l'ordre public l'exige. Ce correctif est inspiré de la jurisprudence antérieure : lorsqu'une partie avait perfidement stipulé que la clause illicite était essentielle, afin de dissuader l'autre partie de soulever une nullité qui lui ferait perdre le bénéfice du contrat dans son entier, les juges n'hésitaient pas à réputer non écrite la stipulation contraire à l'ordre public<sup>2</sup>.

C'est ainsi que les articles 1170 et 1171 du Code civil réputent non écrites les clauses déséquilibrantes qu'ils incriminent, décidant ainsi que le contrat subsistera amputé de la clause illicite<sup>3</sup>.

2. Réduction d'une clause excessive

Dans l'hypothèse où une disposition contractuelle excède le *quantum* autorisé par la loi, la clause est alors illicite, non dans son principe mais dans son montant. Il est donc possible de réparer ce vice en ramenant le montant à ce qui est autorisé. C'est le système que le législateur a mis en place pour la clause pénale, selon laquelle le débiteur, en cas d'inexécution, devra payer une somme forfaitaire convenue à l'avance (articles 1231-5, alinéas 1<sup>er</sup> et 2 du Code civil).

3. Conversion de l'acte nul en un acte valable<sup>4</sup>

Cette technique juridique tend à sauver un acte de la nullité : elle consiste en une disqualification de l'acte nul en un acte valable, sous réserve qu'il réponde aux conditions de validité de ce dernier.

Ex. la méconnaissance des conditions de fond ou de forme régissant les contrats de travail à durée déterminée emporte la requalification automatique en contrat de travail à durée indéterminée (article L. 1245-1 du Code du travail).

Ex. une vente à prix dérisoire peut être requalifiée en donation indirecte et ainsi échapper à la nullité sur le fondement des articles 1169, 1583 et 1591 du Code civil, pourvu que l'intention libérale du prétendu vendeur puisse être établie<sup>5</sup>. En effet, seuls les contrats onéreux sont nuls lorsque la contrepartie à l'engagement est illusoire ou dérisoire ; dans un acte à titre gratuit, la partie qui procure un avantage n'attend ni ne reçoit de

<sup>1</sup> Fages, *op. cit.*, n° 205.

<sup>2</sup> Civ. 3, 6 juin 1973, *D.* 1974, *J.* 151, note Ph. Malaurie ; Civ. 3, 31 janvier 2001, *RJDA* 2001, n° 428 ; *JCP* 2001, I, 354, § 1, n° 1 et suiv., obs. Y.-M. Serinet.

<sup>3</sup> *Cf. supra* : chap. II « La validité du contrat », section 3 « Le contenu du contrat », sous-section 3 « Équilibre du contenu », § 2 « L'équilibre des clauses accessoires ».

<sup>4</sup> P. Lipinski « La conversion des actes juridiques », *RRJ* 2002/3, 1 et suiv. ; A. Boujeka « La conversion par réduction : contribution à l'étude des nullités des actes juridiques formels », *RTD com.* 2002, 223 et suiv.

<sup>5</sup> Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, n° 36 ; Civ. 1, 6 janvier 1969, n° 67-10401, *B. I.*, n° 8 ; Civ. 1, 2 février 1970, n° 68-13898, *B. I.*, n° 40 ; Civ. 3, 7 avril 1976, n° 74-12883, *B. III.*, n° 144 ; rapp. déjà : Civ. 1, 16 juillet 1959, *B. I.*, n° 360, écartant l'action en rescision pour lésion d'une vente immobilière en raison de l'intention libérale du vendeur.

contrepartie, selon l'article 1107, alinéa 2, du Code civil. Si la vileté du prix entache donc une vente de nullité, elle peut être révélatrice d'un acte à titre gratuit.

## § 2 Restitutions

Les règles légales gouvernant les restitutions sont aussi importantes en pratique que fastidieuses à mémoriser. Il est conseillé aux étudiants de n'en retenir que l'essentiel, en se reportant aux dispositions du Code civil lorsque le souvenir leur fait défaut. Ces règles reposent sur un principe, dont la mise en œuvre soulève néanmoins des difficultés.

- Principe de rétroactivité

Le problème des restitutions ne se pose que dans la mesure où la nullité du contrat se traduit par son anéantissement total. En vertu du principe *Quod nullum est, nullum producit effectum*, le contrat est censé n'avoir jamais existé (article 1178, alinéa 2, du code civil) : non seulement le contrat n'aura pas d'effets dans l'avenir, mais en outre il faudra effacer le passé. C'est le principe de la rétroactivité.

- Difficultés de mise en œuvre du principe de rétroactivité

Si la première conséquence de la nullité de l'acte ne soulève pas de difficultés, il en va différemment de la seconde, lorsque, au moment où l'annulation intervient, le contrat a déjà fait l'objet d'une exécution totale ou partielle. Il en résulte des problèmes non seulement entre les parties, mais encore à l'égard des tiers.

Ex. annulation d'un contrat de bail, le bailleur peut aisément restituer les loyers perçus, mais comment le locataire peut-il rendre la jouissance de la chose louée ?

Ex. annulation d'une vente, lorsque la chose qui en était l'objet a été prêtée, louée ou revendue à une tierce personne : si on fait jouer à plein la rétroactivité, elle entraîne en cascade la nullité de tous les contrats ultérieurs qui trouvaient leur support dans le contrat annulé.

On étudiera, d'une part, la forme et l'étendue des restitutions, d'autre part, les atténuations et exceptions au principe de la rétroactivité.

### A. Forme et étendue des restitutions

Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont pris le parti de traiter des restitutions en général, aux articles 1352 à 1359 du Code civil, dans un chapitre V, intitulé « Les restitutions », du titre IV du livre III du Code civil, consacré au « Régime général des obligations ». L'article 1178, alinéa 3, du Code civil renvoie à ces règles. Ils ont donc traité des restitutions indépendamment de leur cause, que celle-ci réside dans l'annulation d'un contrat ou non, en les soumettant à des règles communes.

Le Code civil de 1804 ne consacrait pas de dispositions spécifiques aux restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat. De prime abord, on aurait pu envisager de leur appliquer les règles de la répétition de l'indu (anciens articles 1376 à 1381 du Code civil). En effet, l'annulation du contrat prononcée, ce qui a été payé en exécution de ce contrat apparaît indu et oblige celui qui a reçu le paiement à le restituer. Comme l'énonçait, en effet, d'une manière générale, l'ancien article 1235, alinéa 2, « ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition. » Il aurait ainsi été tentant de rechercher la source de l'obligation de restitution dans le quasi-contrat de paiement de l'indu, puisque le contrat a fait l'objet d'une disparition rétroactive. Mais la Cour de cassation avait posé le principe selon lequel « les restitutions consécutives à une annulation ne relèvent pas de la répétition de l'indu mais seulement des règles de la nullité »<sup>1</sup>. Ces restitutions obéissaient donc à un régime autonome, distinct de celui de la répétition de l'indu.

<sup>1</sup> Civ. 1, 24 septembre 2002, n° 00-21278, B. I, n° 218 ; D. 2003, J. 369, note critique J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 2003, 284, obs. J. Mestre et B. Fages. Le paiement de l'indu est un quasi-contrat, ouvrant au *solvens*, celui qui a payé, un recours en répétition du paiement contre l'*accipiens*, celui qui a reçu le paiement qui n'était pas dû. L'annulation du contrat ouvre aux parties une action en restitution, mais celle-

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont, en revanche, édicté des règles générales applicables à toutes les restitutions, auxquelles ils renvoient systématiquement quelle que soit leur cause, annulation (article 1178, alinéa 3, précité du Code civil) ou résolution d'un contrat (article 1229, alinéa 4, du Code civil) ou encore quasi-contrat de répétition de l'indu (article 1302-3, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil).

Reste à préciser le contenu de ces règles générales gouvernant les restitutions, notamment celles consécutives à l'annulation d'un contrat. A cet égard, l'article 1352 du Code civil distingue la restitution d'une somme d'argent et la restitution d'une chose autre qu'une somme d'argent :

« La restitution d'une chose autre qu'une somme d'argent a lieu en nature ou, lorsque cela est impossible, en valeur, estimée au jour de la restitution. »

L'article 1352-8 du Code civil prévoit, quant à lui, une restitution en valeur de la prestation de service :

« La restitution d'une prestation de service a lieu en valeur. Celle-ci est appréciée à la date à laquelle elle a été fournie. »

### 1. Restitution d'une chose autre qu'une somme d'argent

Selon l'article 1352 du Code civil, la restitution a lieu en nature ou, lorsque cela est impossible, en valeur, estimée au jour de la restitution.

#### a. Principe : restitution en nature

Chacun doit restituer exactement ce qu'il a reçu à raison du contrat annulé. S'il a reçu une chose, le contractant doit donc restituer cette chose même, si elle existe encore. Mais la mise en œuvre du principe de la restitution en nature peut alors rencontrer des difficultés.

##### α) Frais nécessités par la chose

- Si la chose soumise à restitution a subi des dégradations, le contractant sera tenu d'une indemnité correspondant à la moins-value envers le bénéficiaire de la restitution, à moins qu'il ne soit de bonne foi et que les dégradations ne soient pas dues à sa faute (article 1352-1 du Code civil)<sup>1</sup>. En revanche, la vétusté de la chose n'ouvre droit à aucune indemnisation<sup>2</sup>.
- Inversement, si le détenteur a exposé des frais pour la conservation de la chose, il devra en être remboursé par le bénéficiaire de la restitution qui, par suite de la rétroactivité, est censé en avoir toujours été propriétaire (article 1352-5 du Code civil). En revanche, le détenteur ne pourrait exiger le remboursement des frais qu'il aurait exposés pour l'amélioration de la chose, que dans la limite de l'enrichissement que cette amélioration aura procuré au bénéficiaire de la restitution (article 1352-5)<sup>3</sup>. Ainsi seuls les travaux utiles sont-ils indemnisés.

##### β) Fruits générés par la chose

Aux termes de l'article 1352-3, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, « La restitution inclut les fruits » produits par la chose.

L'article 1352-7 du Code civil précise la date à compter de laquelle les fruits perçus doivent être restitués, en distinguant selon que l'accipiens était de bonne ou de mauvaise foi : le premier ne

ci n'est pas, selon la Cour de cassation, soumise au régime juridique de la répétition de l'indu (articles 1376 et s. du Code civil).

<sup>1</sup> Civ. 1, 2 juin 1987, n° 84-16624, B. I, n° 183 ; *Defrénois* 1988, p. 373, note J.-L. Aubert.

<sup>2</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 1064 et 1068 ; Civ. 1, 8 mars 2005, n° 02-11594, B. I, n° 128.

<sup>3</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 1064 ; Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1352-1. Avant l'ordonnance du 10 février 2016, la jurisprudence appliquait, par analogie, les dispositions de l'article 555 du Code civil relatives à l'accession immobilière artificielle.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

doit la restitution des fruits qu'à compter du jour de la demande, tandis que le second la doit à compter du paiement<sup>1</sup>.

Si les fruits ne se retrouvent pas en nature, ils devront être restitués en valeur. Selon l'alinéa 3 de ce texte :

« Sauf stipulation contraire, la valeur » est « estimée à la date du remboursement, suivant l'état de la chose au jour du paiement de l'obligation. »

γ) Privation de la jouissance de la chose

Aux termes de l'article 1352-3, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, la restitution inclut non seulement les fruits, mais encore « la valeur de la jouissance que la chose a procurée. » L'alinéa 2 de ce texte précise que « La valeur de la jouissance est évaluée par le juge au jour où il se prononce. »

L'article 1352-3 du Code civil a pris l'exact contre-pied de la jurisprudence antérieure<sup>2</sup>. Les différentes chambres de la Cour de cassation s'étaient divisées sur la question de savoir si celui qui avait utilisé la chose pendant la période plus ou moins longue s'étant écoulée entre la formation et l'annulation du contrat, est tenu ou non d'une indemnité au titre de cette jouissance (par ex. occupation de l'immeuble) envers le bénéficiaire de la restitution. Mais une Chambre mixte de la Cour de cassation avait fini par trancher en faveur de l'exclusion de toute indemnité de jouissance ou d'occupation<sup>3</sup>, tirant ainsi toutes les conséquences de la rétroactivité de l'annulation. En effet, le détenteur de la chose est censé n'avoir jamais joui de la chose, puisque le contrat est rétroactivement annulé. Il ne pouvait donc être indemnisé d'une jouissance dont il n'a pas été privé. La Chambre mixte avait ainsi déplacé la question du terrain des restitutions à celui de la responsabilité éventuellement encourue par une partie envers l'autre pour le préjudice résultant de la conclusion du contrat annulé<sup>4</sup>.

En ce qui concerne la date à partir de laquelle le débiteur de l'obligation de restitution est comptable de la valeur de la jouissance, l'article 1352-7 du Code civil, déjà cité, opère la même distinction que pour les fruits. L'*accipiens* de bonne foi n'est donc redevable de cette valeur correspondant à la jouissance de la chose qu'à compter du jour de la demande, tandis que l'*accipiens* de mauvaise foi la doit à compter du paiement.

b. Exception : restitution en valeur

La restitution en nature est impossible lorsque la chose à restituer a disparu ou a été aliénée : par exemple la chose a été détruite dans un accident, ou consommée, ou encore vendue à un tiers. En pareille circonstance, la restitution aura lieu en valeur<sup>5</sup>. Cette valeur doit être estimée au jour de la restitution (article 1352 du Code civil).

<sup>1</sup> L'article 1352-7 du Code civil étend ainsi à la restitution de la valeur de la jouissance une distinction que la jurisprudence avait fait prévaloir au sujet de la restitution des fruits en appliquant les articles 549 et 550 du Code civil, et de la restitution des intérêts d'une somme d'argent (Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 1073). Dans le cas de l'annulation d'une vente, le principe de la rétroactivité de la nullité postule que l'acquéreur restitue non seulement la chose, mais encore les fruits et revenus qu'elle a produits pendant le temps où elle était en sa possession. Toutefois l'article 549 du Code civil écarte cette conséquence, en prévoyant que le possesseur de bonne foi, c'est-à-dire celui qui a ignoré le vice ayant motivé l'annulation de son titre translatif de propriété, fait les fruits siens jusqu'au jour où il a connaissance de la véritable situation (article 550 du même Code), c'est-à-dire jusqu'au jour où l'action en nullité est engagée. Le juge ne saurait donc condamner d'office l'acquéreur à la restitution des fruits, sans avoir provoqué les explications contradictoires des parties quant à sa bonne ou mauvaise foi (Civ. 3, 11 février 2021, n° 20-11037 (P)).

<sup>2</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 1068 ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 1442 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 434 ; Bénabent, *Droit des obligations*, n° 235 ; Houtcieff, *op. cit.*, n° 582.

<sup>3</sup> Ch. mixte 9 juillet 2004, n° 02-16302, *B. mixte*, n° 2 ; *D.* 2004, *J.* 2175, note Ch. Tuillon et Y.-M. Sérinet ; *JCP* 2004, II, 10190, note G. François ; *ibid.*, I, 173, n° 14-21, obs. Y.-M. Sérinet ; *ibid.* 2005, I, 132, n° 1, obs. G. Viney ; *CCC* 2004, n° 168, note L. L. ; *RTD civ.* 2005, 125, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Deffrénois* 2004, 1, 1402, obs. R. Libchaber ; dans le même sens : Civ. 3, 2 mars 2005, n° 03-10553, *B. III*, n° 57 ; Civ. 1, 15 mai 2007, n° 05-16926, *B. I*, n° 193 ; Com. 30 octobre 2007, n° 05-17882, *B. IV*, n° 231 ; Civ. 3, 19 décembre 2007, n° 07-12824, *RDC* 2008, 255, obs. Th. Génicon et Civ. 1, 19 février 2014, n° 12-15520, *B. I*, n° 26 ; *D.* 2014, 642, note S. Pellet ; *CCC* 2014, *comm.* 112, obs. L. Leveueur (pour la résolution d'un contrat).

<sup>4</sup> *Cf. infra*.

<sup>5</sup> Civ. 1, 11 juin 2002, n° 00-15297, *B. I*, n° 163 ; *D.* 2002, *J.* 3108, note M.-A. Rakovahiny ; *RTD. civ.* 2003, p. 284, n° 2, obs. J. Mestre et B. Fages : « les restitutions réciproques, conséquences nécessaires de la nullité d'un contrat de vente, peuvent être exécutées en nature ou en valeur ».

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Plusieurs arrêts de la Cour de cassation<sup>1</sup> avaient affirmé antérieurement que c'était la valeur au jour du contrat qui devait être prise en compte. Mais la solution était critiquée en doctrine. Elle estimait que la valeur prise en compte devrait être celle de la chose au jour de la restitution, en l'état qui était le sien au jour de l'exécution de l'obligation de délivrance<sup>2</sup>.

L'article 1352-2 du Code civil nuance néanmoins ce principe d'estimation de la valeur de la chose à la date de la restitution, lorsque l'impossibilité de restitution en nature tient à la revente de la chose par l'acquéreur qui doit la restituer. Le texte distingue en effet selon que l'*accipiens* est de bonne ou de mauvaise foi :

« Celui qui l'ayant reçu de bonne foi a vendu la chose ne doit restituer que le prix de vente.  
« S'il l'a reçue de mauvaise foi, il en doit la valeur au jour de la restitution lorsqu'elle est supérieure au prix. »

## 2. Restitution d'une somme d'argent

Elle ne peut, par définition même, intervenir qu'en valeur (article 1352 du Code civil, *a contrario*).

S'il a reçu un prix (prix de vente, loyers, intérêts), en bref des sommes d'argent, le principe du nominalisme monétaire (article 1343, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil) postule que le contractant restitue la somme même qu'il a reçue et non pas un montant réévalué en fonction de l'érosion monétaire<sup>3</sup> ou diminué au motif que la chose aurait entre-temps perdu une part de sa valeur<sup>4</sup>.

Néanmoins, selon l'article 1352-6 du Code civil, la restitution d'une somme d'argent inclut les intérêts moratoires au taux légal, ce qui constitue une manière indirecte de prendre en compte la dépréciation monétaire. Conformément à l'article 1352-7 du Code civil, déjà cité, également applicable aux intérêts, le point de départ de ceux-ci diffère selon que l'*accipiens* est de bonne ou de mauvaise foi. S'il est de bonne foi, il ne les doit que du jour de la demande ; s'il est de mauvaise foi, il les doit à compter du paiement.

Dans le cas – fréquent – d'une vente, le vendeur devra restituer, outre le prix et les intérêts, les taxes qu'il a reçues, telle la T.V.A. (article 1352-6 du Code civil). Peu importe qu'il ait reversé celle-ci au Trésor, car c'est à lui que l'acquéreur l'avait versée. Il appartiendra au vendeur de se retourner ensuite, le cas échéant, contre l'administration fiscale pour en obtenir le remboursement<sup>5</sup>.

## 3. Restitution d'une prestation de service

Dans un contrat tel que, par exemple, le bail ou le contrat de travail, le créancier de la prestation est dans l'impossibilité de la restituer en nature, car elle a été consommée : le locataire ne saurait restituer la jouissance de la chose louée, ni l'employeur le travail de son salarié<sup>6</sup>.

En conséquence, selon l'article 1352-8 du Code civil :

« La restitution d'une prestation de service a lieu en valeur. Celle-ci est appréciée à la date à laquelle elle a été fournie. »

Au contraire, on s'en souvient, la valeur d'une chose qui ne peut être restituée en nature, est estimée à la date de sa restitution (article 1352 du Code civil).

<sup>1</sup> Cf. par ex. Com. 19 janvier 1993, n° 91-12853, B. IV, n° 20.

<sup>2</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *Droit des obligations*, n° 435 et les réf.

<sup>3</sup> Civ. 1, 7 avril 1998, n° 96-18790, B. I, n° 142.

<sup>4</sup> Civ. 1, 19 mars 1996, n° 94-12760, B. I, n° 139, actions ayant perdu de leur valeur.

<sup>5</sup> Com. 26 juin 1990, n° 88-17892, B. IV, n° 190.

<sup>6</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 1075.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Ex. la valeur de l'avantage procuré au preneur par la jouissance du bien loué pendant la période concernée ne coïncide pas nécessairement avec le loyer effectivement payé<sup>1</sup>. Mais, comme la restitution de la jouissance de la chose est impossible en nature, une indemnité compensatrice de cette jouissance doit être allouée au bailleur. Cette indemnité n'ayant pas un fondement contractuel, son montant n'est pas nécessairement égal au montant que le contrat a prévu pour la prestation fournie (en d'autres termes, en l'occurrence, au loyer) : même s'il se réfère, le plus souvent, à ce dernier, le juge peut arbitrer le montant de l'indemnité compensatrice de jouissance en équité.

Longtemps on avait considéré que, dans les contrats à exécution successive donnant naissance à une prestation en nature, la nullité n'avait donc d'effet que pour l'avenir, et non pour le passé. Mais la Cour de cassation avait finalement abandonné cette solution. Selon la dernière jurisprudence antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, l'annulation opérait toujours rétroactivement, de sorte qu'il incombait au juge de déterminer la valeur de la prestation sans avoir à se référer au montant versé en exécution du contrat<sup>2</sup>. L'article 1352-8 du Code civil conforte cette jurisprudence.

## B. Atténuations et exceptions au principe de la rétroactivité

Le principe de la rétroactivité connaît des limites non seulement dans les rapports entre les parties, mais encore et surtout dans les rapports avec les tiers.

### 1. Limites au principe de la rétroactivité dans les rapports entre les parties

Les atténuations ou exceptions concernent les limitations de l'obligation de restitution incombant à un possesseur de bonne foi, d'une part, à l'incapable, d'autre part, et le refus de répétition pour cause d'indignité.

#### a. Limitations de l'obligation de restitution du possesseur de bonne foi

L'article 1352-7 du Code civil précité n'oblige, on l'a vu, le possesseur de bonne foi à restituer la valeur de la jouissance, les fruits et les intérêts qu'à compter du jour de la demande, en l'occurrence de la demande en nullité<sup>3</sup>.

Cette solution trouve son fondement dans l'idée que le possesseur de bonne foi se croyant propriétaire, a légitimement consommé les fruits de la chose et joui de la chose. Il serait dès lors injuste de l'obliger à restituer les fruits et la valeur de la jouissance, malgré son éviction de la chose. Il serait tout aussi injuste de lui imposer le paiement d'intérêts moratoires sur une somme d'argent à restituer, alors qu'il ignorait, jusqu'à la demande en nullité, qu'il devrait la restituer. C'est à compter de la date de la demande en nullité seulement qu'il cesse d'être de bonne foi, parce qu'il sait désormais qu'il risque d'être évincé de la chose. Aussi devient-il comptable des fruits, de la valeur de la jouissance et des intérêts moratoires à partir de cette date.

#### b. Limitations de l'obligation de restitution de l'incapable

Aux termes de l'article 1352-4 du Code civil :

« Les restitutions dues par un mineur non émancipé ou par un majeur protégé sont réduites à hauteur du profit qu'il a retiré de l'acte annulé. »

<sup>1</sup> Civ. 3, 13 juin 2001, n° 99-18382, CCC 2001, n° 155, note L. Leveneur ; Civ. 3, 24 juin 2009, n° 08-12251, B. III, n° 155.

<sup>2</sup> Civ. 3, 13 septembre 2006, n° 05-11533, B. III, n° 175 ; Civ. 3, 24 juin 2009, préc.

<sup>3</sup> Bénabent, *op. cit.*, n° 241.



Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont entendu reconduire la règle qui figurait dans l'ancien article 1312 du Code civil<sup>1</sup>, en la reformulant<sup>2</sup>. Cette règle s'explique aisément : si l'incapable devait restituer intégralement ce qu'il a reçu, la protection que la loi a voulu lui assurer serait illusoire. Le plus souvent, en effet, lorsqu'un incapable passe irrégulièrement un acte, c'est pour se procurer de l'argent et le consommer ; le forcer à restituer cet argent aboutirait donc à enlever tout intérêt à l'action en nullité.

Ex. Si un mineur a vendu un bien pour 5000 € et qu'il obtient ultérieurement l'annulation du contrat de vente après avoir dissipé la moitié du prix, on le tiendra quitte s'il restitue 2500 €.

Mais cette règle conduit à des résultats parfois discutables : l'incapable dissipateur est incité à demander la nullité, et bien entendu après avoir consommé inutilement les sommes remises. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence admet assez facilement que l'incapable ait retiré un profit de l'acte annulé, par exemple utilisation de l'argent versé pour éteindre une dette.

C'est à celui qui demande la restitution de la chose remise à l'incapable de prouver que cette chose a tourné à son profit. Il faut se placer au jour de la demande en nullité, et non au jour de la convention annulée, pour déterminer s'il y a ou non profit.

c. Refus de répétition pour cause d'indignité (*nemo auditur*)<sup>3</sup>

Cette importante exception au principe de la rétroactivité est d'origine jurisprudentielle. Elle résulte d'une règle traditionnelle, déjà connue en droit romain et appliquée par les Parlements, mais que les rédacteurs du Code civil avaient passé sous silence.

Deux maximes expriment cette règle :

- *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (« Nul ne peut être entendu, qui allègue sa propre turpitude ») ;
- *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* (« En cause égale de turpitude, la répétition cesse »).

L'ordonnance du 10 février 2016 étant muette sur cette règle, la doctrine est partagée sur la question de son maintien en vigueur<sup>4</sup>.

Cette règle tend, on le verra, à paralyser des restitutions lorsqu'un contrat est annulé pour immoralité, parce que son contenu ou son but porte atteinte aux bonnes mœurs. Or la notion de bonnes mœurs a connu un déclin, jusqu'à formellement disparaître des nouveaux textes : les articles 1102, alinéa 2 et 1163 du Code civil interdisent de déroger uniquement à l'ordre public, auquel les bonnes mœurs se trouvent désormais agrégées. Ainsi, le silence conservé par les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 sur la règle *nemo auditur*, corrélé au fait que l'atteinte portée aux bonnes mœurs par les stipulations<sup>5</sup> ou le but<sup>6</sup> du contrat n'est plus incriminée en tant que telle, plaiderait, selon certains auteurs<sup>7</sup>, en faveur de l'éviction de la règle. En outre, font valoir ces auteurs, l'application des règles de la responsabilité extra-contractuelle (article 1178, alinéa 4 du Code civil) permet d'empêcher une

<sup>1</sup> Selon l'ancien article 1312 du Code civil, dans le cas où un contrat était annulé pour incapacité, le remboursement de ce qui avait été payé à l'incapable « ne peut en être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à son profit. » Dans sa version initiale, l'article 1352-4 parlait des restitutions « dues à un mineur non émancipé ». Mais cette formule n'avait aucun sens. Ce ne sont pas, en effet, les restitutions dues à un mineur non émancipé ou à un majeur protégé qu'il convient de limiter au profit subsistant, mais bien celles dues par ces personnes. Telle était la signification de l'ancien article 1312 du Code civil. Aussi la loi de ratification du 20 avril 2018 est-elle venue heureusement modifier la rédaction de l'article 1352-4, lequel parle désormais des restitutions dues « par un mineur non émancipé », comme il aurait fallu le faire... L'article 16, I, de la loi du 20 avril 2018 a attribué un caractère interprétatif à cette modification, en la faisant ainsi rétroagir au 1er octobre 2016.

<sup>2</sup> Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 1070.

<sup>3</sup> Ph. Letourneau, *La règle nemo auditur*, préf. P. Raynaud, LGDJ, 1971 ; Roland et Boyer, *Adages du droit français*, 3<sup>e</sup> éd., n° 166 et n° 232.

<sup>4</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 1056.

<sup>5</sup> « L'objet du contrat » dans la terminologie antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016.

<sup>6</sup> « La cause du contrat » dans la terminologie antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016.

<sup>7</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 441, *in fine* ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 1460 ; Houtcieff, *Droit des contrats*, n° 478.

restitution au profit du contractant *turpis*, sans qu'il soit nécessaire de faire appel à la règle *nemo auditur*, dès lors inutile.

Mais d'autres auteurs<sup>1</sup> estiment, au contraire, que le silence des nouveaux textes ne devrait pas s'interpréter comme une condamnation de la jurisprudence antérieure. En effet, le Code Napoléon n'en soufflait déjà mot, ce qui ne l'avait pas empêchée de se développer.

On étudiera le domaine de la règle *nemo auditur*, ses conditions d'application, son fondement.

#### a) Domaine de la règle *nemo auditur*<sup>2</sup>

Ce domaine doit être précisé quant aux actions, d'une part, quant à la source de l'obligation dont le paiement est sujet à répétition, d'autre part.

##### • Domaine quant aux actions

En application de cette règle, la jurisprudence décide que, lorsque la nullité d'un contrat est prononcée pour immoralité, celui qui se prévaut de l'immoralité ne peut obtenir la restitution de ce qu'il a fourni. Ainsi la règle n'empêche-t-elle pas à l'indigne de demander la nullité<sup>3</sup>, mais elle lui interdit de réclamer restitution de sa prestation<sup>4</sup>. C'est la raison pour laquelle on la formule plus exactement sous la forme *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* (« en cause égale de turpitude, la répétition cesse »)<sup>5</sup>, que sous celle *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (« nul n'est entendu qui allègue sa propre turpitude »).

Il est cependant arrivé à la jurisprudence d'avoir eu recours à la règle *nemo auditur* pour faire obstacle à d'autres actions. D'une part, en effet, la jurisprudence l'a parfois employée pour interdire l'action en nullité elle-même<sup>6</sup>. D'autre part, il lui est arrivé de se fonder sur cette règle, pour déclarer irrecevable une demande en exécution d'un contrat entaché d'une immoralité de sa cause<sup>7</sup>.

##### • Domaine quant à la source de l'obligation

La règle *nemo auditur* ne joue qu'en matière contractuelle<sup>8</sup> : elle est inapplicable en matière quasi-contractuelle<sup>9</sup>, délictuelle<sup>10</sup> ou pour faire échapper un prévenu à sa responsabilité pénale<sup>11</sup>.

Son application est, en outre, limitée aux contrats à titre onéreux entachés d'immoralité :

<sup>1</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 583 ; Bénabent, *op. cit.*, n° 247 ; Fages, *Droit des obligations*, n° 207 ; plus dubitatifs : Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1178.

<sup>2</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 583.

<sup>3</sup> Civ. 1, 25 janvier 1972, n° 70-12679, *B. I.*, n° 25 ; *D.* 1972, *J.* 413, note Ph. Le Tourneau ; Civ. 1, 22 juin 2004, n° 01-17258, *B. I.*, n° 182 ; *D.* 2005, *Pan.* 189, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 2004, II, 10006, note A.-F. Eyraud ; *ibid.* 2005, I, 132, n° 2, obs. G. Viney ; *CCC* 2004, *comm.* 136, obs. L. Leveneur ; *RTD civ.* 2004, p. 503, n° 3, obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>4</sup> Civ. 1, 15 février 1967, n° 65-12371, *B. I.*, n° 67 ; *Gaz. Pal.* 1967, I, 270.

<sup>5</sup> Bénabent, *Droit des obligations*, n° 247.

<sup>6</sup> Civ. 1, 16 juillet 1959, *B. I.*, n° 358.

<sup>7</sup> Civ. 15 décembre 1873, *S.* 74, I, 241 ; Soc. 8 janvier 1964, n° 57-40454 bis, *B. IV.*, n° 25 ; *D.* 1964, *J.* 267 ; *JCP* 1964, II, 13546 ; Civ. 1, 15 février 1967, préc. ; Com. 12 novembre 1974, n° 73-12558, *B. IV.*, n° 283 ; Com. 27 avril 1981, n° 80-11200, *B. IV.*, n° 187 ; *D.* 1982, *J.* 51, note Ph. Letourneau ; *RTD civ.* 1982, 418, obs. F. Chabas ; *contra*, pour une action en résiliation d'un contrat illicite : Civ. 3, 24 juin 1992, n° 90-21276, *B. III.*, n° 219 ; *D.* 1993, *som.* 400, obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 1993, 121, obs. J. Mestre ; *Deffrénois* 1992, art. 35395, n° 131, obs. J.-L. Aubert ; Civ. 1, 20 novembre 2001, n° 98-21080.

<sup>8</sup> *Cf.* cpdt., l'appliquant à une obligation d'origine légale, dont le créancier *turpis* exigeait l'exécution : Soc. 8 juin 1995, n° 93-13958, *B. V.*, n° 195.

<sup>9</sup> Civ. 3, 9 novembre 2005, n° 03-21076.

<sup>10</sup> Civ. 1, 14 décembre 1982, *B. I.*, n° 355 ; *RTD civ.* 1983, 342, obs. G. Durry ; Civ. 3, 25 juin 1985, n° 84-13160, *B. III.*, n° 103 ; Civ. 1, 17 novembre 1993, n° 91-15867, *B. I.*, n° 326 ; *RTD civ.* 1994, 115, obs. P. Jourdain ; Civ. 2, 8 juillet 1998, n° 96-17709 ; Civ. 1, 22 juin 2004, préc. ; Civ. 3, 13 janvier 2010, n° 08-21677, *B. III.*, n° 13, *a contrario*.

<sup>11</sup> Crim. 16 mars 2004, n° 03-83689.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

- d'une part, en effet, elle ne fait pas obstacle aux restitutions si le contrat n'est qu'illicite, au sens étroit du terme<sup>1</sup>. Elle intervient uniquement pour paralyser les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat annulé pour immoralité de l'objet ou de la cause, par exemple la vente d'une maison de tolérance ou d'une maison de jeux.

La règle n'avait pas toujours été appliquée rigoureusement par le passé<sup>2</sup>. En effet, certaines décisions s'étaient servies de la règle *nemo auditur*, pour paralyser une action en restitution consécutive à l'annulation d'un contrat simplement illicite, voire l'action en nullité d'un tel contrat<sup>3</sup>.

- D'autre part, elle ne s'applique pas aux libéralités nulles pour immoralité, car elle priverait la nullité de la libéralité de tout effet en permettant au bénéficiaire de la conserver<sup>4</sup>.

β) Conditions d'application de la règle *nemo auditur*

La règle ne s'applique que si le demandeur à la restitution est égal ou supérieur en turpitude à son adversaire : *In pari...*<sup>5</sup>. Dans le cas contraire, la règle ne joue pas. Ainsi, par exemple, une prostituée a-t-elle pu obtenir la répétition des sommes correspondant aux revenus de son activité, qu'elle avait remises à son souteneur<sup>6</sup>.

γ) Fondement de la règle *nemo auditur*<sup>7</sup>

Deux fondements ont, tour à tour, été avancés :

- Jadis, on invoquait la dignité de la magistrature, à laquelle il ne reviendrait pas d'écouter certains débats<sup>8</sup>. Mais alors, c'est l'action en nullité elle-même qui aurait dû être déclarée irrecevable et d'ailleurs les juges sont souvent saisis, notamment en matière pénale, de questions mettant en jeu les bonnes mœurs<sup>9</sup>.
- On y voit aujourd'hui plus volontiers une règle morale à caractère préventif : elle dissuade les contractants *turpis* d'exécuter un contrat nul pour immoralité<sup>10</sup>. En effet, le premier qui exécute prend un risque considérable, puisqu'il est exposé à une action en nullité sans pouvoir obtenir la restitution de ce qu'il aura payé. La règle protège aussi le contractant de bonne foi, défendeur à une action en annulation du cocontractant *turpis* qui se prévaut de l'immoralité de son motif. Faut-il encore, pour que l'effet dissuasif de la règle joue véritablement, que les contractants connaissent l'existence de la règle, ce qui n'est pas certain<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 25 octobre 1949, *Gaz. Pal.* 1950, 1, 27 ; *RTD civ.* 1950, 183, obs. H. et L. Mazeaud ; Civ. 1, 18 juin 1969, n° 67-12690, *B. I.*, n° 238 ; *JCP* 1969, II, 16131, note P.L. ; Com. 23 juin 1981, n° 79-10988, *B. IV.*, n° 294 ; Com. 20 janvier 1987, n° 85-11277 ; Civ. 1, 2 mai 1989, n° 88-11611 ; Civ. 3, 29 mars 2000, n° 97-16860 ; Soc. 23 mai 2001, n° 99-43140 ; Com. 11 juillet 2006, n° 04-16759, *B. IV.*, n° 180 ; Com. 3 octobre 2006, n° 04-14611, *B. IV.*, n° 203 ; Soc. 10 novembre 2009, n° 08-43805 et a., *B. V.*, n° 251 ; *JCP* 2010, p. 168, note J. Mouly ; *RDC* 2010, 557, obs. Y.-M. Laithier ; rapp. Civ. 3, 24 juin 1992, n° 90-21276, préc. ; Civ. 3, 25 février 2004, n° 02-15269, *B. III.*, n° 42 ; *D.* 2005, 2205, note M. Tchendjou ; *JCP* 2004, I, 149, n° 9-14, obs. F. Labarthe ; *RDC* 2004, 639, obs. D. Mazeaud ; *ibid.* 639, obs. critiques Ph. Brun ; *RTD civ.* 2004, 279, obs. J. Mestre et B. Fages : l'interprétation de ce dernier arrêt prête à discussion (*cf.*, en des sens différents : Malinvaud, Mekki et Seube *op. cit.*, n° 441 ; Bénabent, *op. cit.*, n° 247) ; Civ. 1, 26 septembre 2018, n° 16-25184, *B. I.*, n° 158.

<sup>2</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>3</sup> Civ. 1, 16 juillet 1959, préc. ; Marty et Raynaud, *Les obligations*, t. 1, n° 237 et les décisions citées.

<sup>4</sup> Civ. 1, 25 janvier 1972, n° 70-12679, *B. I.*, n° 25 ; *D.* 1972, *J.* 413 ; Civ. 1, 23 avril 1981, n° 80-10873, *B. I.*, n° 130 ; Bénabent, *op. cit.*, n° 247.2

<sup>5</sup> Soc. 8 janvier 1964, n° 57-40.454 bis, *B. IV.*, n° 25 ; *JCP* 1964, II, 13546 ; Civ. 1, 22 juin 2004, préc.

<sup>6</sup> Crim. 7 juin 1945, *D.* 1946, *J.* 149, note R. Savatier ; *JCP* 1946, II, 2255, note J. Hémar.

<sup>7</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 582.

<sup>8</sup> Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n° 105, p. 185 ; *cf.* encore aujourd'hui : Houtcieff, *Droit des contrats*, n° 478.

<sup>9</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>10</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>11</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, *loc. cit.*

## 2. Limites au principe de la rétroactivité dans les rapports avec les tiers

Les tiers s'entendent ici des ayants cause à titre particulier.

On suppose en effet que l'un des cocontractants a conféré à des tiers des droits sur la chose faisant l'objet du contrat par la suite annulé. En vertu du principe de rétroactivité, la nullité du premier contrat devrait entraîner la nullité des contrats ultérieurs, comme ayant été conclu par quelqu'un qui n'était pas le véritable propriétaire de la chose. Deux adages consacrent cette solution : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*<sup>1</sup> (« Nul ne peut transférer à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même ») et *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*<sup>2</sup> (« Résolu le droit du cédant, résolu le droit du cessionnaire »).

Mais cette solution est génératrice d'une grave insécurité juridique pour les tiers qui, faute de connaître la cause de nullité infestant le contrat, étaient fondés à prendre la situation juridique résultant de ce contrat pour certaine. D'où un certain nombre de correctifs<sup>3</sup> :

- En matière mobilière, la règle « En fait de meubles, la possession vaut titre » protège l'acquéreur *a non domino* de bonne foi. Il faut que le possesseur soit de bonne foi et que le meuble ne soit ni perdu ni volé (article 2276 du Code civil).
- En matière immobilière, selon les cas, la prescription acquisitive trentenaire ou l'usucapion abrégée (article 2272 et suivants du Code civil) permet au tiers de devenir propriétaire, quand bien même son auteur aurait rétroactivement perdu sa qualité de propriétaire à la suite de l'annulation du contrat de vente lui ayant transféré la propriété du bien.
- Les actes d'administration et *a fortiori* les actes conservatoires passés avec des tiers de bonne foi sont maintenus, par exemple un bail conclu par l'acquéreur – mais avec le renforcement contemporain des droits des locataires dans la plupart des baux, ne peut-on considérer que l'acte est de disposition ?
- La théorie de l'apparence reçoit application, lorsque les conditions en sont remplies, à savoir la bonne foi du tiers concerné et l'erreur commune (*Error communis facit jus*)<sup>4</sup>. Ainsi les actes accomplis par le propriétaire apparent, même les actes de disposition, ne peuvent-ils être remis en cause.

## § 3 Responsabilité consécutive à l'annulation du contrat

Des frais ont pu être inutilement engagés, du temps a été perdu, la conclusion du contrat nul a pu conduire à écarter d'autres offres ou possibilités. La question se pose de savoir si ces préjudices peuvent être réparés. Le régime de la responsabilité dépend de la nature qu'on lui attribue.

### A. Nature de la responsabilité

Deux thèses ont été soutenues : celle de la responsabilité contractuelle et celle de la responsabilité délictuelle, extra-contractuelle. C'est cette dernière qui a prévalu en droit positif.

#### 1. Thèse de la responsabilité contractuelle (Jhering)

Rudolf von Jhering<sup>5</sup> considérait que le contractant qui provoque l'annulation du contrat, est de plein droit responsable du dommage causé en raison de la faute – *culpa in contrahendo* – commise par le seul

<sup>1</sup> Roland et Boyer, *Adages du droit français*, n° 245 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 584 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 442.

<sup>2</sup> Roland et Boyer, *op. cit.*, n° 382 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>3</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 585 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Houtcieff, *Droit des contrats*, n° 585 ; Bénabent, *Droit des obligations*, n° 250.

<sup>4</sup> Roland et Boyer, *op. cit.*, n° 116.

fait de contester la validité du contrat, dont chaque contractant est, en quelque sorte, le garant. L'action en nullité serait constitutive d'une violation de l'obligation de bonne foi résultant de l'accord tacite précontractuel portant sur la conclusion d'un contrat valable<sup>1</sup>.

La théorie s'explique par l'absence d'un principe général de responsabilité extra-contractuelle en droit allemand, d'où la tentative de rattacher la responsabilité consécutive à l'annulation d'un contrat, moyennant un artifice, à la responsabilité contractuelle. Certains auteurs français l'ont néanmoins faite leur<sup>2</sup>.

Dans le sillage du pandectiste Windscheid, Eugène Gaudemet<sup>3</sup> alla encore plus loin, en soutenant que la responsabilité encourue était une responsabilité objective, détachée de toute idée de convention tacite ou de faute. La nullité du contrat serait un risque qu'il appartient à chaque partie d'assumer<sup>4</sup>.

## 2. Thèse de la responsabilité extra-contractuelle ou délictuelle (droit positif français)

Elle est admise presque unanimement en droit français<sup>5</sup>. En effet, le détour par le devoir de bonne foi est inutile, puisqu'il existe un texte énonçant un principe général de responsabilité du fait personnel, l'article 1240 du Code civil (ancien article 1382 du Code civil)<sup>6</sup>. Aussi bien, l'article 1178, alinéa 4 du Code civil la consacre-t-il explicitement :

« Indépendamment de la nullité du contrat, la victime peut demander réparation du préjudice subi dans les conditions de droit commun de la responsabilité extra-contractuelle. »

## B. Régime de la responsabilité

L'action en responsabilité est réservée à la partie de bonne foi, laquelle doit établir une faute à l'origine de son dommage.

### 1. Nécessité d'une faute et d'un préjudice

Le demandeur à l'annulation doit les établir<sup>7</sup>.

#### a. La faute

La faute ne résulte pas de la seule demande en nullité, contrairement à ce que Jhering soutenait. Elle est encore moins objective et détachée de toute idée de faute, comme le soutenait E. Gaudemet. Elle résulte habituellement du fait que le cocontractant a sciemment souscrit à un contrat nul, dont il connaissait le vice<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> « De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites », in : R. von Jhering, *Œuvres choisies*, trad. De Meulenaère, t. II, p. 1-100, n° 11-12.

<sup>1</sup> Pour des résumés de la thèse de Jhering et sa critique : Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, par P. Esmein, n° 324 ; E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, pp. 196-198.

<sup>2</sup> R. Saleilles « De la responsabilité précontractuelle », *RTD civ.* 1907, 697 et s. ; P. Roubier, *La responsabilité précontractuelle*, thèse Lyon, 1911 ; J. Huet, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, thèse Paris II, 1978, n° 258 et s.

<sup>3</sup> *Théorie générale des obligations*, pp. 194 et s., spéc. pp. 197-198.

<sup>4</sup> Pour la critique de cette thèse :

<sup>5</sup> Doctrine classique ; cf. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. I, 6<sup>e</sup> éd., par Bartin, Marchal & Billard, 1936, § 37, p. 235 ; doctrine moderne : cf. par ex. Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. I, 7<sup>e</sup> éd., par Ponsard, § 37, n° 163, p. 299 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 587 et les réf. ; Malinvaud, Mekki et Seube, *Droit des obligations*, n° 443 et les réf. En jurisprudence, cf. not. Civ. 1, 4 février 1975, n° 72-13217, *B. I.*, n° 43 ; *D.* 1975, *J.* 405, note Ch. Gaury ; *JCP* 1975, II, 18100, note Ch. Larroumet ; *RTD civ.* 1975, 537, obs. G. Durry.

<sup>6</sup> Ch. mixte 9 juillet 2004, préc. ; Civ. 3, 18 mai 2011, n° 10-11-721, *B. III.*, n° 79 ; *JCP* 2011, n° 22, obs. Y.-M. Serinet ; *RDC* 2011/4, p. 1139, obs. Th. Genicon ; *RLDC* 2011/84, n° 4296, obs. C. Paulin ; *Dr. et patrimoine* 2012, obs. Ph. Stoffel-Munck.

<sup>7</sup> Ch. Mixte 9 juillet 2004, préc.

<sup>8</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, *loc. cit.*

b. Le préjudice

Seul est réparable, sur le fondement des articles 1178, alinéa 4, 1240 et 1241 du Code civil, un préjudice que l'annulation du contrat n'a pas suffi à faire disparaître<sup>1</sup>.

2. Action en responsabilité réservée à la partie de bonne foi

L'article 1178, alinéa 4, du Code civil se borne à viser la « partie lésée ». Mais, selon la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation<sup>2</sup>, il ne suffit pas d'avoir été lésé par l'annulation du contrat : seule la partie de bonne foi peut demander la condamnation de la partie fautive à réparer le préjudice qu'elle subit en raison de la conclusion du contrat annulé.

---

<sup>1</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 471.

<sup>2</sup> Ch. mixte 9 juillet 2004, préc. : contrat annulé pour dol du vendeur, pas de responsabilité de l'acquéreur victime du dol.

## SOUS-TITRE II : LES EFFETS DU CONTRAT

Épousant la distinction doctrinale de la force obligatoire et du « contenu obligationnel » du contrat<sup>1</sup>, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont fait du contrat, on s'en souvient, une espèce d'un genre plus général, la convention. Selon, en effet, l'article 1100-1, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, la convention est un accord de volontés destinée à produire des effets de droit, formule empruntée presque littéralement à Jean Carbonnier<sup>2</sup>. Quant au contrat, l'article 1101 en donne, rappelons-le, la définition suivante :

« Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. »

Cette définition est plus étroite que celle de la convention, mais elle est plus large que celle que le Code civil de 1804 donnait du contrat, qu'il définissait comme une convention destinée à créer des obligations uniquement<sup>3</sup>. Cela étant, tout en distinguant implicitement les notions de contrat et de convention, l'article 1100-1, alinéa 2, du Code civil soumet les conventions, on le sait, « en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats ». A cette réserve près qu'une convention n'a pas toujours de « contenu obligationnel », ses effets sont donc identiques à ceux d'un contrat.

Pour les rédacteurs du Code civil de 1804, dès lors que le contrat était une convention créatrice d'obligations, les effets du contrat se confondaient, pour l'essentiel, avec ceux des obligations que celui-ci engendrait nécessairement. C'est la raison pour laquelle l'ancien article 1134 du Code civil, dont le fameux alinéa 1<sup>er</sup> affirmait le principe de la force obligatoire du contrat, effet fondamental de celui-ci, inaugurerait une division du Code civil intitulée « De l'effet des obligations » (livre III, titre III, chap. III du code). Au contraire, le chapitre IV du nouveau titre III du livre III s'intitule « Les effets du contrat », afin de tenir compte que ces effets ne se réduisent pas toujours à la création d'obligations, mais peuvent consister en leur modification, leur transmission ou leur extinction.

Le contrat entraîne des effets différents, suivant qu'il est ou, ou non, exécuté, c'est-à-dire, lorsqu'il crée ou modifie des obligations, selon que ces dernières sont, ou non, exécutées. Dans le premier cas, ses effets sont ceux voulus par les parties, tandis que, dans le second cas, la loi se substitue à la volonté des parties, pour arrêter les conséquences de l'inexécution du contrat.

On envisagera donc successivement, selon un plan que nous empruntons à Jean Carbonnier<sup>4</sup> :

Chap. I L'exécution du contrat

Chap. II L'inexécution du contrat

<sup>1</sup> Cf. *supra* : Introduction, « Classification des obligations par leur source » et chap. préliminaire, « Notions générales sur le contrat ».

<sup>2</sup> Carbonnier, *Droit civil*, t. II, n° 930.

<sup>3</sup> Ancien article 1101 du Code civil. Cf. *supra* : Introduction générale, section 5 « Classifications des obligations », § 2 « Classification fondée sur les sources d'obligations », A. « Obligations naissant d'actes juridiques » ; chap. préliminaire, « Notions générales sur le contrat ».

<sup>4</sup> Carbonnier, *Droit civil*, t. II, n° 1028 et suiv.

## CHAPITRE I L'EXÉCUTION DU CONTRAT

On exposera les principes gouvernant l'exécution du contrat, avant préciser le domaine d'application de cette « loi contractuelle », dont l'article 1103 du Code civil affirme l'existence, puis ses difficultés d'application.

### Section 1 : Principes gouvernant l'exécution du contrat

Ces principes sont au nombre de trois :

- la force obligatoire du contrat (article 1103 du Code civil),
- l'irrévocabilité du contrat (article 1193 du Code civil), qui en est le corollaire,
- enfin la bonne foi (article 1104 du Code civil), susceptible de la contrarier.

#### § 1 Force obligatoire du contrat

Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont déplacé le principe de la force obligatoire des contrats dans le chapitre 1<sup>er</sup> « Dispositions liminaires » du sous-titre 1<sup>er</sup> « Le contrat » de l'actuel titre III du livre III. Cette force obligatoire du contrat est en effet désormais élevée au rang de principe général du droit des contrats, on l'a vu antérieurement<sup>1</sup>, au lieu d'être reléguée, comme jadis, dans une division consacrée aux « effets des obligations ».

L'insertion du texte parmi les dispositions liminaires dédiées au contrat, fait du principe de la force obligatoire des contrats une « ligne directrice » du droit des contrats<sup>2</sup>, à l'égal de la liberté contractuelle (nouvel article 1102) ou de la bonne foi des parties (nouvel article 1104). Ce déplacement du texte se justifie, dès lors que l'ordonnance du 10 février 2016 a élevé la bonne foi au rang de principe général du droit des contrats, au lieu de la laisser cantonnée aux effets du contrat, comme dans le Code civil de 1804 (ancien article 1134, alinéa 3). On aurait mal compris, en effet, que le principe de la bonne foi parût, aux yeux du législateur, plus important que celui de la force obligatoire des contrats<sup>3</sup>. Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont donc pris le parti d'élever aussi ce dernier au rang de principe général, précédant la bonne foi dans l'ordre d'énumération de ces principes. Toutefois, rappelons-le, les principes liminaires des articles 1102 à 1104 n'ont pas une valeur normative supérieure aux autres dispositions du droit des contrats<sup>4</sup>.

On reviendra brièvement sur la signification, la délimitation et les justifications de la force obligatoire du contrat.

#### A. Signification de la force obligatoire du contrat

Aux termes de l'article 1103 du Code civil :

<sup>1</sup> Cf. *supra* : chap. préliminaire « Notions générales sur le contrat », section 2 « Principes généraux gouvernant les contrats ».

<sup>2</sup> Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

<sup>3</sup> D. Houtcieff (dir.), *Le renouveau de la force obligatoire du contrat*, RDC 2024/4, 82 et s., <https://www.youtube.com/watch?v=IGwNvdeM2ZM>, not. D. Houtcieff « Ouverture des travaux », 82 et s. et P. Ancel « Rapport de synthèse », 127 et s.

<sup>4</sup> Cf. *supra* : chap. préliminaire « Notions générales », § 3 « Principes généraux gouvernant les contrats », B. « Force des principes généraux gouvernant les contrats ».



« Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. »

L'ancien article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>, disposait, en termes proches :

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites. »

Ainsi le texte a-t-il été modifié pour viser les contrats, au lieu des conventions. La modification de la rédaction du texte s'explique par la définition élargie du contrat, que le nouvel article 1101 du Code civil a adoptée. En effet, on l'a vu précédemment<sup>1</sup>, la notion de contrat épouse exactement les contours de l'ancienne notion de convention. Antérieurement à l'ordonnance du 10 février 2016, la convention était souvent définie en doctrine comme un accord de volontés destiné à créer, à modifier, transmettre ou éteindre des obligations ; le contrat comme un accord de volontés en vue de créer des obligations uniquement. Or l'article 1101 donne désormais du contrat une définition correspondant à l'ancienne convention, tandis que l'article 1100-1, alinéa 1<sup>er</sup> redéfinit implicitement la convention comme tout accord de volontés destiné à produire des effets de droit, que ceux-ci portent ou non sur des obligations.

Néanmoins, au-delà du contrat, le principe de la force obligatoire gouverne l'ensemble des actes juridiques, qu'ils soient du reste conventionnels ou unilatéraux. En effet, l'article 1100-1, alinéa 2, du Code civil prévoit, rappelons-le, que les actes juridiques

« obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et les effets, aux règles qui gouvernent les contrat. »

Il reste que c'est de la loi que le contrat et, plus largement, l'acte juridique tirent leur force obligatoire : ils doivent satisfaire aux conditions posées par la loi pour leur validité ; l'article 1103, pas plus que l'ancien article 1134 jadis, n'élève l'acte juridique, et plus particulièrement le contrat, au rang de loi.

## 1. Contrat « légalement formé »

Ce sont, aux termes mêmes du texte, les contrats légalement formés qui ont force obligatoire entre les parties. Le contrat, et plus largement la convention, doit donc satisfaire aux conditions de formation, et notamment de validité, prévues par la loi. Dans le cas contraire, le contrat étant nul et, partant, étant réputé n'avoir jamais existé si son annulation est prononcée, n'a, par hypothèse même, aucune force obligatoire.

## 2. Contrat « tenant lieu de loi » aux parties

Selon l'article 1103, les contrats, et plus largement les actes juridiques, « tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faits ». L'expression vient de Domat<sup>2</sup>. En revanche, l'exigence préalable, formulées par le Code civil, que les contrats, et plus largement les conventions, aient été « légalement formés » pour avoir force obligatoire, paraît bien porter, au moins autant que celle du « jansénisme juridique » de Domat, l'empreinte d'une tradition remontant à l'antiquité grecque.

La formule rigoureuse de l'article 1103 du Code civil n'a donc pas pour objet d'élever le contrat au rang de la loi, dans la hiérarchie des normes : c'est de la loi elle-même, de la loi civile, que le contrat tire sa force. La formule du Code civil n'est qu'une image<sup>3</sup>. Elle signifie simplement l'impossibilité, pour chaque partie, de se soustraire aux effets obligatoires du contrat, soit *proprio motu*, soit par un recours au juge auquel elle demanderait à être déliée de son engagement.

<sup>1</sup> Cf. *supra* : Introduction générale, § 3 « Classifications des obligations », B. « Classification fondée sur les sources d'obligations », 1. « Obligations naissant d'actes juridiques » ; chap. préliminaire, « Notions générales sur le contrat ».

<sup>2</sup> J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, éd. J. Rémy, Paris : 1835, t. I, livre I, titre 1, sect. 2, n° 7 ; Carbonnier, *op. cit.*, t. II, n° 1030.

<sup>3</sup> Houtcieff, *Droit des contrats*, n° 602 ; J.-P. Chazal « De la signification du mot loi dans l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil », *RTD civ.* 2001, 265 et s.

## B. Délimitation de la force obligatoire du contrat

Au-delà des obligations principales, créées, transmises, modifiées ou éteintes par le contrat, la force obligatoire s'étend aux clauses accessoires dont les parties sont convenues. En outre, le contrat oblige, outre à ce qui y est exprimé, à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi lui donnent, selon l'article 1194 du Code civil

### 1. Obligations principales et clauses accessoires

La plupart du temps, le contrat écrit ne se borne pas à déterminer le contenu des obligations principales. Il prévoit également un certain nombre de clauses annexes ou accessoires, aux objets divers<sup>1</sup> :

- clause d'indexation ou d'échelle mobile<sup>2</sup>, clause d'exclusivité<sup>3</sup>, clause de non-concurrence<sup>4</sup> ;
- clause soumettant l'obligation à ces modalités que sont le terme et la condition, pouvant soit retarder la naissance, soit conduire à l'extinction ou à la disparition de l'obligation ;
- clauses garantissant l'exécution de l'obligation principale : clause de solidarité entre les débiteurs<sup>5</sup>, clause stipulant une sûreté réelle<sup>6</sup> ou personnelle<sup>7</sup>, clause prévoyant un dépôt de garantie<sup>8</sup> ;

<sup>1</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 454 ; G. Helleringer, *Les clauses du contrat. Essai de typologie*, préf. L. Aynès, LGDJ, 2012

<sup>2</sup> En vertu de cette clause, la somme due dont l'obligation principale prévoit le paiement, variera suivant un indice choisi par les parties. La clause d'indexation ou d'échelle mobile est presque systématiquement insérée dans les contrats à exécution successive, pour se protéger tant de l'érosion monétaire que des dévaluations. Elle est étroitement réglementée par la loi. Par exemple, les baux contiennent systématiquement une clause de réévaluation automatique du montant du loyer à la date anniversaire du bail. Dans les baux d'habitation, l'augmentation qui résulte de l'application de l'indice ne peut excéder la variation d'un indice de référence des loyers, déterminé par l'évolution des prix à la consommation, le coût des travaux d'entretien et d'amélioration du logement à la charge des bailleurs et l'indice du coût de la construction (article 17 de la loi du 6 juillet 1989).

<sup>3</sup> Pareille clause figure systématiquement dans les contrats intervenant dans le secteur de la distribution : contrat de concession exclusive ou contrat de franchise. Elle est souvent réciproque, la stipulation d'approvisionnement exclusif se doublant d'une stipulation de concession ou distribution exclusive.

<sup>4</sup> Elle se rencontre, par exemple, à la charge du cédant dans les cessions de fonds de commerce ou d'un fonds libéral, à la charge du salarié dans les contrats de travail... Lorsqu'elle est insérée dans un contrat de travail, elle obéit à des conditions strictes arrêtées par la jurisprudence : il faut une contrepartie financière au profit du salarié, elle doit être limitée dans le temps et dans l'espace, elle doit laisser la possibilité au salarié d'exercer une activité professionnelle.

<sup>5</sup> Lorsque le contrat oblige plusieurs débiteurs à payer une même dette, le principe, en droit civil, est que chacun n'est tenu que pour sa part et portion, sauf clause expresse ou disposition légale contraire (article 1310 du Code civil). La clause dite de solidarité, comme la solidarité légale, a pour effet d'obliger chacun des débiteurs à répondre de la totalité de la dette (article 1313 du Code civil). Elle évite au créancier d'avoir à diviser ses poursuites entre les différents codébiteurs d'une même dette. Par exemple, si un contrat de bail prévoit la solidarité des colocataires, chacun d'eux sera débiteur individuellement de l'intégralité du loyer et des charges.

<sup>6</sup> Par cette clause, le créancier se voit consentir un droit réel accessoire de gage, d'hypothèque, etc... sur un bien appartenant soit à son débiteur, soit à un tiers. Si, à l'échéance, le débiteur ne paie pas, le créancier pourra saisir le bien entre quelque main qu'il se trouve – droit de suite – et se faire payer sur le prix de sa vente forcée par préférence aux créanciers chirographaires et, d'une manière générale, à tous les autres créanciers ne disposant pas d'une sûreté de rang antérieur sur ce bien – droit de préférence.

<sup>7</sup> Elles sont très pratiquées, notamment en droit des affaires. La garantie consiste en l'adjonction d'un débiteur supplémentaire. Celui-ci ne s'engage pas à payer sa propre dette, contrairement au débiteur solidaire, mais se porte garant du paiement de la dette d'autrui. La sûreté personnelle la plus répandue est le cautionnement, contrat unilatéral par lequel une caution s'engage envers le créancier à exécuter l'obligation au lieu et place du débiteur principal, dans l'hypothèse où ce dernier ne respecterait pas son engagement (article 2288 du Code civil). Le droit privé contemporain connaît d'autres sûretés personnelles, notamment la garantie autonome. Contrairement au cautionnement, l'engagement du garant n'y est pas l'accessoire de l'obligation principale, mais est indépendant par rapport à celle-ci. Le garant ne peut donc opposer au créancier les exceptions inhérentes à l'obligation principale, telle sa nullité. La garantie autonome fait ainsi bénéficier le créancier d'une efficacité renforcée par rapport à celle du cautionnement. Création de la pratique des affaires, son régime, naguère jurisprudentiel, est désormais précisé dans l'article 2321 du Code civil.

<sup>8</sup> Cette clause se rencontre notamment dans le bail. Le dépôt de garantie est une somme versée au bailleur au moment de la conclusion du bail, « pour garantir l'exécution de ses obligations locatives par le locataire » (article 22 de la loi du 6 juillet 1989 sur les baux d'habitation). Dans les baux civils à usage d'habitation, le montant du dépôt de garantie est l'équivalent d'un mois de loyer hors charges au maximum (même texte). Il doit être restitué dans un délai de deux mois au plus tard suivant l'expiration du bail, déduction faite, le cas échéant, des sommes restant dues au bailleur (même texte). Le dépôt de garantie est souvent improprement appelé « caution », alors qu'il n'a rien à voir avec un cautionnement. Il ne consiste en effet pas en l'engagement d'un tiers qui se porte garant de l'inexécution éventuelle par le locataire de ses obligations, mais dans le versement d'une somme d'argent à l'avance au bailleur.

- Clauses relatives à l'inexécution ou à la mauvaise exécution du contrat, telles la clause de résolution ou de résiliation de plein droit<sup>1</sup>, la clause limitative de responsabilité ou de garantie<sup>2</sup>, la clause pénale<sup>3</sup> ;
- Clauses relatives au contentieux proprement dit : clause de conciliation préalable<sup>4</sup>, clause compromissoire<sup>5</sup>, clause d'élection de domicile<sup>6</sup>, clause attributive de compétence<sup>7</sup>...

## 2. Suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent au contrat

Aux termes de l'article 1194 du Code civil :

« Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. »

Ces suites participent donc de l'effet obligatoire du contrat. Toutefois, on peut hésiter sur la fonction de ce texte : délimitation de la force obligatoire du contrat entre les parties ou règle d'interprétation ? D'aucuns regrettent que l'article 1194 n'ait pas été classé parmi les règles d'interprétation des contrats, plutôt que rangé au sein des effets des contrats<sup>8</sup>. Quoi qu'il en soit, nous nous en tiendrons à la présentation du Code civil, qui en fait une règle de délimitation de la force obligatoire.

<sup>1</sup> Elle ne doit pas être confondue avec la condition résolutoire, qui est une modalité de l'obligation. La clause résolutoire de plein droit (article 1224 du Code civil) stipule que le contrat sera anéanti en cas d'inexécution de la part du débiteur, en privant le juge de son pouvoir d'appréciation tenant à la gravité de l'inexécution et à la bonne ou à la mauvaise foi des parties : le juge aura pour seule pouvoir de vérifier si les conditions de la clause résolutoire sont remplies et, dans l'affirmative, de constater l'acquisition de celle-ci au profit du créancier. Cette clause est de style dans de nombreux contrats, par exemple dans les baux, où sa mise en œuvre est d'ailleurs réglementée (baux commerciaux et baux d'habitation, pour ces derniers voir l'article 24 de la loi du 6 juillet 1989).

<sup>2</sup> Les premières plafonnent le montant des dommages-intérêts dus par le débiteur au créancier en cas d'inexécution à un certain montant ; les secondes suppriment le droit à réparation du créancier pour certains manquements contractuels, par exemple la clause de non-garantie des vices cachés de la chose vendue dans la vente. Ces clauses rencontrent l'hostilité des tribunaux et du législateur : d'une manière générale, elles sont proscrites dans les rapports entre professionnels et consommateurs.

<sup>3</sup> Elle est réglementée par l'article 1231-5 du Code civil. Par cette clause, les parties à un contrat déterminent par avance et forfaitairement les dommages-intérêts en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution de la convention. La clause pénale représente souvent un moyen de pression très fort contre le débiteur, car le montant prévu excède souvent, à dessein, celui du dommage. Hostile à ces clauses, le législateur a remis en question leur caractère forfaitaire, en donnant notamment le pouvoir aux tribunaux de réduire le montant de la clause si elle est manifestement excessive (article 1231-5, alinéa 2, du Code civil).

<sup>4</sup> Cette clause prévoit la mise en œuvre d'une conciliation préalable ou d'un règlement amiable, en cas de litige survenant entre les parties, préalablement à la saisine du juge. Elle participe de l'essor des « modes alternatifs de règlement des différends » (M.A.R.D.), « alternatifs » parce qu'ils tendent à un règlement du litige par la négociation, sans recours au juge.

<sup>5</sup> Elle se définit comme une clause par laquelle les parties conviennent de soumettre à l'arbitrage, et non à un tribunal étatique, les litiges qui pourraient naître relativement à un contrat (article 1442 du nouveau Code de procédure civile). Elle ne peut être opposée au consommateur (article 2061 du Code civil). La clause compromissoire ne doit pas être confondue avec la clause de conciliation préalable, précédemment évoquée. En effet, l'arbitrage tend à une solution juridictionnelle du litige, si ce n'est que la juridiction saisie est une juridiction privée. La décision rendue par le tribunal arbitral aura autorité de la chose jugée, mais non la force exécutoire, tant que le tribunal de grande instance ne lui aura pas conféré l'exequatur. Au contraire, le conciliateur ou le médiateur dont la clause de conciliation préalable prévoit usuellement l'intervention, a pour mission d'aider les parties à résoudre à l'amiable leur litige, et non de le trancher.

<sup>6</sup> Une partie ou les deux font élection de domicile dans le lieu situé dans le ressort territorial du tribunal qu'elles veulent rendre compétent. L'article 111 du Code civil admet la validité d'une telle clause, sous réserve des dispositions de l'article 48 du Code de procédure civile, lequel encadre étroitement les conditions de validité d'une clause attributive de compétence.

<sup>7</sup> Les parties conviennent par avance du tribunal devant lequel elles porteront les éventuels litiges relatifs au contrat considéré. Ces clauses sont étroitement réglementées. D'une part, elles ne peuvent, d'une manière générale, déroger aux règles déterminant la compétence d'attribution d'une juridiction, c'est-à-dire la nature de la juridiction compétente pour connaître de l'affaire : tribunal de grande instance, tribunal d'instance, tribunal de commerce... D'autre part, lorsqu'elles portent sur la compétence territoriale, elles sont valables seulement entre commerçants ayant contracté en cette qualité et à la condition d'être spécifiées de manière très apparente dans l'acte (article 48 du Code de procédure civile).

<sup>8</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 521.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

L'article 1194 reprend, moyennant des modifications mineures, l'ancien article 1135 du Code civil<sup>1</sup>. Aussi la jurisprudence qui s'était développée par interprétation de ce dernier texte, demeure-t-elle pleinement d'actualité.

L'ancien article 1135 du Code civil énonçait :

« Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. »

La rédaction de l'article 1194 du Code civil fait donc apparaître un double changement.

- le terme « contrats » remplace celui de « conventions », utilisé dans l'actuel 1135. En effet, on l'a vu précédemment, la définition que l'article 1101 nouveau du Code civil donne du contrat, correspond à ce que les juristes avaient jusqu'alors entendu par convention<sup>2</sup>.
- La formulation de l'article 1135 a été corrigée. D'une part, en effet, dans sa définition actuelle, un contrat ne crée pas toujours des obligations, mais il peut aussi les éteindre, les transmettre ou les modifier. L'article 1194 énonce en effet que « Les contrats obligent... à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. » Si, en effet, un contrat peut créer des obligations, il peut aussi les éteindre ou les transmettre. Quand bien même ses « suites » ne dériveraient pas d'obligations qu'il créerait, elles n'en obligent donc pas moins les parties. D'autre part, a-t-on fait valoir<sup>3</sup>, l'ancien article 1135 avait servi à la jurisprudence à déduire du contrat certaines suites venant en compléter les effets, plutôt qu'à donner des « suites » aux obligations qu'il renfermait. L'expression de « suites » de l'obligation était donc peu éclairante et l'on comprend que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 aient préféré y renoncer.

On inversera l'ordre de l'article 1194 du Code civil, en envisageant successivement la loi, les usages et l'équité comme suites de ce qui est exprimé dans le contrat.

a. La loi

En l'occurrence, la « loi » désigne les règles supplétives de volonté en matière de contrat. Mais il existe une tendance générale à les transformer en règles impératives.

b. L'usage

Il a également vocation à compléter la volonté des parties<sup>4</sup> et ne s'applique qu'à défaut de volonté contraire de celles-ci.

c. L'équité<sup>5</sup>

L'équité est souvent le premier recours pour les tribunaux, d'où sa place dans le texte.

L'article 1190 traduit cette exigence d'équité, en prévoyant que le contrat devra être interprété en faveur de la partie la plus faible, le débiteur dans un contrat de gré à gré et la partie ayant adhéré dans un contrat d'adhésion<sup>6</sup>. Mais cette disposition ne s'applique que de manière subsidiaire, pour le cas où le doute ne pourrait être levé par application de la règle générale de l'article 1188<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Ph. Jacques, *Regard sur l'article 1135 du Code civil*, préf. F. Chabas, Dalloz, 2005 ; Cl. Mouly-Guillemaud, *Retour sur l'article 1135 du Code civil (une nouvelle source du contenu contractuel)*, thèse Montpellier 1, préf. D. Ferrier, avant-propos Ch. Atias et R. Cabrillac, LGDJ, 2006.

<sup>2</sup> Cf. *supra* : Chapitre préliminaire « Notions générales » § 1 « Définition du contrat ».

<sup>3</sup> Ph. Chauviré « Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 30 avril 2015, n° 120, p. 29 et suiv., not. n° 9 ; Comp. Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 520.

<sup>4</sup> Cf. par ex. Civ. 11 avril 1918, *D. P.* 1921, 1, 224.

<sup>5</sup> Ch. Albiges, *De l'équité en droit privé*, préf. R. Cabrillac, LGDJ, 2000 ; E. Agostini « L'équité », *D.* 1978, *Chr.* 7 ; P. Bellet « Le juge et l'équité », in : *Etudes offertes à René Rodière*, Dalloz, 1982, p. 9 et suiv. ; N. Dion « Le juge et le désir du juste », *D.* 1999, *Chr.* 195.

<sup>6</sup> Cf. *infra* : section 2 « Les difficultés d'exécution du contrat », sous-section 1 « L'interprétation du contrat ».

<sup>7</sup> *Ibid.*

En se fondant sur l'ancien article 1135 du Code civil, que l'article 1194 remplace, les tribunaux ont souvent ajouté à la lettre des contrats et, par une interprétation pour le moins audacieuse de la volonté des parties, découvert, en réalité, des obligations à la charge de celui qui a dicté ses conditions à l'autre<sup>1</sup>. Par une expression qui a fait florès<sup>2</sup>, Josserand a dénoncé le « forçage » du contrat, auxquels les juges se livrent ainsi<sup>3</sup>.

Sous couvert d'inférer ces obligations d'une interprétation divinatoire de la volonté des parties, la jurisprudence les a déduites de l'équité<sup>4</sup>, que l'ancien article 1135 du Code civil l'autorisait à prendre en compte, pour déterminer les suites des obligations convenues entre les parties.

L'exemple le plus connu en est l'obligation de sécurité, que la jurisprudence a introduite, par le biais de l'interprétation, dans les contrats de transport de personne qui ne la mentionnaient nullement<sup>5</sup>. Le transporteur garantit la sécurité du voyageur, est obligé de le transporter sain et sauf à destination : c'est l'équité qui justifie cette solution, et non la volonté des parties.

On peut évoquer aussi l'obligation d'information et de conseil, de différents professionnels envers leurs clients : agent immobilier, notaire, avocat, assureur, etc..., que la jurisprudence a incorporée aux contrats passés avec ces professionnels.

## C. Justifications de la force obligatoire du contrat

Ces justifications de la force obligatoire du contrat sont l'autonomie de la volonté, d'une part, la sécurité juridique, d'autre part.

### 1. Autonomie de la volonté

Si l'on suit la doctrine de l'autonomie de la volonté à la lettre, le contrat est obligatoire, parce qu'il est voulu. Le fondement de la force obligatoire des contrats est moral : il réside dans le respect de la parole donnée – *Pacta sunt servanda* – parce qu'elle l'a été librement. La volonté se donne à elle-même sa loi. Conformément à la doctrine de l'autonomie de la volonté, à la liberté dans la formation du contrat doit ainsi succéder la rigueur dans son exécution.

La doctrine de l'autonomie de la volonté voudrait que le contrat s'impose aux parties dans les conditions mêmes où elles l'ont voulu : les obligations qui doivent être exécutées sont toutes celles, mais seulement celles que les parties ont voulu. Le contrat ne saurait donc être interprété et appliqué que par référence à la commune intention des parties. Sa modification, sa suspension, sa révocation ne pourraient s'opérer que par le mutuel accord des volontés primitives. Ni le juge ni le législateur n'aurait le pouvoir d'intervenir dans la vie du contrat.

Sans doute, après des travaux célèbres<sup>6</sup>, n'est-il plus grand monde pour soutenir aujourd'hui que le fondement juridique de la force obligatoire des contrats résiderait dans l'autonomie de la volonté. Aristote lui-même, du reste, préconisait déjà l'emploi de l'argument judiciaire suivant : « ce ne sont pas les conventions qui donnent autorité à la loi, mais ce sont les lois qui confèrent l'autorité aux

<sup>1</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 465.

<sup>2</sup> Houtcieff, *op. cit.*, n° 646 et suiv. ; L. Leveneur « Le forçage du contrat », *Dr. et patr.* mars 1998, 69 et suiv. ; R. Blough, *Le forçage, du contrat à la théorie générale*, thèse Paris XI, 2008.

<sup>3</sup> L. Josserand « L'essor moderne du concept contractuel », in : *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II, Sirey, 1934, p. 333 et s., spéc. p. 340.

<sup>4</sup> Josserand, *op. cit.*, p. 346 ; Terré, Simler, Lequette et Chénédedé, *op. cit.*, n° 601, n° 613 ; Bénabent, *op. cit.*, n° 299 et s. ; Houtcieff, *op. cit.*, n° 647.

<sup>5</sup> Civ. 21 novembre 1911, *D.P.* 1913, 1, 249, note L. Sarrut ; S. 1912, 1, 73, note Ch. Lyon-Caen ; *G.A.*, t. II, n° 311, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénédedé.

<sup>6</sup> E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé (contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique)*, thèse Dijon, Paris : Rousseau, 1912, not. p. 318 et s. ; G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse dactyl. Paris 1965, dir. R. Rodière, not. p. 391 et s.

conventions conformes à des lois »<sup>1</sup>. En droit français, on l'a vu, c'est bien une disposition légale, l'article 1103 du Code civil, qui attribue une force obligatoire aux contrats et encore, à la condition qu'ils soient légalement formés, c'est-à-dire qu'ils satisfassent aux conditions de validité posées par la loi. A l'époque moderne Rousseau, par exemple, exprime le fondement de cette exigence<sup>2</sup> : le contrat est subordonné à la loi civile, car celle-ci est l'expression de la volonté générale.

Selon Kant lui-même, du reste, auquel les juristes ont emprunté l'expression d'autonomie de la volonté, celle-ci est le principe unique de la seule moralité des actions<sup>3</sup>, tandis que la possibilité d'une contrainte externe, par laquelle le droit détermine la volonté, signifie, au contraire, l'hétéronomie de celle-ci<sup>4</sup>. Le fondement juridique de la force obligatoire du contrat ne peut donc être, à proprement parler, l'autonomie de la volonté, malgré l'engouement des juristes français pour cette expression à partir de la fin du dix-neuvième siècle<sup>5</sup>.

Cependant, comme le souligne M. le professeur Chénéde<sup>6</sup>, constater que ce fondement est en réalité la loi, laisse entière la question de savoir pour quelle raison, *de lege ferenda*, le législateur attribue ainsi force obligatoire au contrat : est-ce uniquement par respect de la volonté des parties ou bien pour autant que le contrat soit équilibré, du moins lorsqu'il est à titre onéreux ? Dans la première hypothèse, le contenu du contrat est indifférent à sa force obligatoire, pourvu qu'il n'ait rien de contraire à l'ordre public et, s'il est à titre onéreux, qu'une contrepartie existe, quelle que soit son importance. Le contrat à titre onéreux doit alors recevoir force obligatoire, quand bien même les prestations ne seraient pas équivalentes, à moins que la partie désavantagée n'établisse le vice du consentement dont elle a été victime. Dans la seconde hypothèse, en revanche, le contrat n'oblige les parties que s'il satisfait aux exigences d'une justice objective. Le contrat doit alors, d'une manière générale, être rescindable pour lésion et révisable pour imprévision. *De lege lata*, la première hypothèse correspond plutôt au droit civil français en vigueur, sous réserve de nombreux tempéraments qui ont crû en importance dans les dernières décennies.

## 2. Sécurité juridique

Effectivement une seconde justification couramment avancée de la force obligatoire des contrats est la sécurité juridique : ne pas tromper la confiance légitime du cocontractant, le créancier, et maintenir le crédit des débiteurs. Le contrat ne doit alors avoir de force obligatoire que dans la mesure où cela apparaît socialement utile. La force obligatoire s'impose donc avec une rigueur moindre que dans la doctrine de l'autonomie de la volonté, spécialement à l'égard du juge et du législateur. Or on constate que c'est de plus en plus dans cette seconde voie que le droit positif français s'engage. Le développement du devoir de bonne foi illustre cette tendance.

## § 2 Irrévocabilité du contrat

<sup>1</sup> Aristote, *Rhétorique*, I, texte et trad. M. Dufour, Les Belles Lettres, 1967, 15, 1376 b 7-9 : αἱ μὲν συνθήκαι οὐ ποιοῦσι τὸν νόμον κύριον, οἱ δὲ νόμοι τὰς κατὰ νόμους συνθήκας.

<sup>2</sup> J.-J. Rousseau, *Lettres écrites de la montagne (sixième lettre)* : « il n'est pas plus permis d'enfreindre les lois naturelles par le contrat social, qu'il n'est permis d'enfreindre les lois positives par les contrats des particuliers, et ce n'est par que par ces lois mêmes qu'existe la liberté qui donne force à l'engagement. »

<sup>3</sup> E. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, trad. V. Delbos revue par A. Philonenko, Vrin, 1980, 2<sup>e</sup> section, p. 108 (GMS, AA [Akademie-Ausgabe] 04: 431.21-24), p. 110 (GMS, AA 04: 432.25 – 433.11), p. 120-121 (GMS, AA 04: 440.16 – 441.24) ; *Critique de la Raison pratique*, trad. F. Picavet, intr. F. Alquié, PUF, 1976, 1<sup>re</sup> partie, livre I « Analytique de la Raison pratique », chap. 1 « Des principes de la Raison pure pratique », p. 33 (KpV, AA 05: 33.08-33) ; chap. 3 « Des mobiles de la Raison pure pratique », p. 75 (KpV, AA 05: 71.28 – 72.11).

<sup>4</sup> E. Kant, *Métaphysique des mœurs*, 1<sup>re</sup> partie, *Premiers principes métaphysiques de la doctrine du droit*, trad. A. Philonenko, préf. M. Villey, 2<sup>e</sup> éd., Vrin, 1979, « Introduction à la doctrine du droit », § E, p. 106 (MS, AA 06: 232.02-29).

<sup>5</sup> V. Ranouilh, *L'autonomie de la volonté – Naissance et évolution d'un concept*, préf. J.-Ph. Lévy, PUF, 1980.

<sup>6</sup> F. Chénéde « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative du mythe à la réalité », *Droit & philosophie : annuaire de l'Institut Michel Villey*, Dalloz, 2012, 4, p.155-181, spéc. p. 167 et s.

Aux termes de l'article 1193 du Code civil :

« Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise. »

L'ancien article 1134, alinéa 2, du Code civil énonçait déjà que les conventions « ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise... » Le nouveau texte substitue le terme « contrat » à celui de convention et interdit non seulement la révocation, mais encore la modification unilatérale du contrat, à moins que la loi ne les ait exceptionnellement permises.

La règle de l'article 1193 est un corollaire du principe de la force obligatoire des contrats inscrit à l'article 1103 du Code civil, dans les dispositions liminaires du sous-titre I du titre III du livre III du Code civil consacré aux contrats. C'est la raison pour laquelle, dans le Code civil de 1804, insérée à l'ancien article 1134, alinéa 2, elle suivait immédiatement ce principe, affirmé par l'ancien article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>.

Cette règle ne s'explique donc pas par un simple souci du parallélisme des formes entre la conclusion et la dissolution de l'acte. En réalité, une fois qu'elle s'est accordée à une autre, la volonté individuelle n'est plus autonome, n'a plus le pouvoir de se retirer. Si le contrat suppose, pour naître, qu'au moins deux volontés se rencontrent, il n'a pas besoin, pour subsister, que les deux persévèrent : une seule suffit à imposer le maintien du contrat<sup>1</sup>.

### § 3 Bonne foi<sup>2</sup>

Aux termes de l'article 1104 du Code civil, on s'en souvient :

« Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ».

Ce texte remplace l'ancien article 1134, alinéa 3, du Code civil : « Elles [les conventions] doivent être exécutées de bonne foi. » Mais il en étend le domaine et en renforce la valeur normative, en érigeant la bonne foi en principe général liminaire, gouvernant le contrat de sa négociation à son exécution en passant par sa formation. Néanmoins l'évolution résultant de l'ordonnance du 10 février 2016 est, à cet égard, plus apparente que réelle<sup>3</sup>.

D'une part, en effet, la jurisprudence avait imposé, depuis longtemps, aux parties de se comporter avec bonne foi non seulement dans l'exécution du contrat, mais encore dans sa négociation et sa formation<sup>4</sup>.

D'autre part, le nouvel article 1104 renoue en partie avec la rédaction initiale de l'article 1134, alinéa 3, celle qui figurait dans l'article 31 du projet de Code civil du 1<sup>er</sup> pluviôse an IX : les conventions « doivent être contractées et exécutées de bonne foi »<sup>5</sup>. Lors de la discussion devant le Conseil d'Etat, Portalis demanda que le mot « contractées » fût retranché, au motif que les dispositions antérieures du titre III « le rendent inutile »<sup>6</sup>. Ainsi les travaux préparatoires du Code civil révèlent-ils que les rédacteurs du Code civil estimaient que le devoir de bonne foi s'imposait aussi aux parties dans la formation du contrat, mais que l'énoncer dans l'article 1134, alinéa 3, aurait fait double emploi avec les dispositions consacrées à la formation du contrat.

Conçue initialement comme imposant simplement aux parties une exécution du contrat respectueuse de son esprit, l'exigence de bonne foi a été progressivement élevée au rang d'une norme de comportement indépendante de la volonté des parties et à laquelle celle-ci se conformer.

<sup>1</sup> Carbonnier, *Droit civil*, t. II, p. 2116.

<sup>2</sup> Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse Dijon 1912, p. 196-197 ; Carbonnier, *Droit civil*, t. II, n° 1029-1030 ; Bénabent, *Droit des obligations*, n° 39 et n° 305 ; Houtcieff, *Droit des contrats*, n° 632 et suiv. ; S. Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats (essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen)*, thèse Paris 1, préf. M. Fabre-Magnan, PUAM, 2012 ; D. Cohen « La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance », in : *1804-2004 Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, pp. 517 et s. ; Ch. Jamin « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », *D.* 2002, *chr.* 901.

<sup>3</sup> Dissaux et Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, article 1104 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 106.

<sup>4</sup> Conduite et rupture des pourparlers, obligation d'information mise à la charge du professionnel, par exemple. *Cf. supra* : sous-titre I « La formation du contrat ».

<sup>5</sup> Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, p. 8.

<sup>6</sup> Fenet, *op. cit.*, t. XIII, p. 54.

## A. Exécution du contrat conforme à son esprit tel que les parties l'ont envisagé

Selon la doctrine classique, que certains auteurs suivaient encore avant la réforme issue de l'ordonnance du 10 février 2016, la bonne foi n'aurait été qu'une règle d'interprétation des contrats<sup>1</sup>. Les représentants de la doctrine classique et ceux qui les ont suivis procédaient en effet à une lecture réductrice et traditionnelle de l'ancien article 1134, alinéa 3, du Code civil, aux termes duquel les conventions « doivent être exécutées de bonne foi ».

L'obligation de bonne foi a pu servir effectivement, en jurisprudence, à imposer au débiteur ou au créancier une exécution du contrat respectueuse de son esprit, telle que les parties ont pu raisonnablement l'envisager<sup>2</sup>. Mais la jurisprudence avait fini par lui conférer un rôle plus éminent, allant bien au-delà de l'interprétation du contrat.

## B. Norme de comportement indépendante de la volonté des parties

Antérieurement à l'ordonnance du 10 février 2016 déjà, pour la majorité de la doctrine, l'ancien article 1134, alinéa 3, du Code civil concernait la manière d'exécuter les contrats, et non leur interprétation. La lettre du texte justifiait cette lecture, car l'article 1134, alinéa 3, parle d'exécution du contrat, pas d'interprétation. Or interprétation et exécution sont deux notions distinctes : la première répond à la question « à quelles obligations les parties sont tenues ? » La seconde répond à la question : « comment les parties doivent remplir leurs obligations ? »

Selon la doctrine dominante, le texte formulait donc une règle substantielle, en imposant aux parties, créancier comme débiteur, un comportement de bonne foi dans l'exécution du contrat, c'est-à-dire répondant à une exigence morale, éthique. C'est bien ainsi que la jurisprudence avait fini par l'entendre.

En élevant, dans l'article 1104, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil le devoir de bonne foi au rang de principe fondamental gouvernant les contrats, à l'égal de celui de la force obligatoire du contrat (article 1103 du même code), les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont définitivement rompu avec la thèse classique qui le réduisait à une simple règle d'interprétation des conventions<sup>3</sup>.

La rupture est d'autant plus avérée, que le nouvel article 1104, alinéa 2, ajoute : « Cette disposition est d'ordre public. » Ainsi le devoir de bonne foi s'impose-t-il, sans que la volonté des parties puisse le tenir en échec<sup>4</sup>. Il ne trouve donc pas son fondement dans la volonté implicite des parties.

Enfin, les rédacteurs de l'ordonnance ont souligné que leur sélection des principes fondamentaux du droit des contrats traduisait un des objectifs essentiels de l'ordonnance du 10 février 2016, consistant à trouver un équilibre entre justice contractuelle et autonomie de la volonté<sup>5</sup>. L'exigence de bonne foi ne sert donc pas uniquement à imposer le respect de la volonté des parties dans l'exécution du contrat.

Ainsi l'article 1104 du Code civil confère-t-il indiscutablement le caractère d'une norme indépendante de la volonté des parties, au devoir de bonne foi. De la notion de bonne foi, rappelons-le<sup>6</sup>, il existe cependant deux approches possibles<sup>7</sup> :

<sup>1</sup> Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, 6<sup>e</sup> éd. par Bartin, § 346 ; *cf.*, rattachant l'obligation de bonne foi au principe de l'autonomie de la volonté : R. Desgorges, *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, thèse Paris II, 1992, spéc. p. 119-120.

<sup>2</sup> Civ. 1, 10 novembre 1964, B. I, n° 497, *a contrario*.

<sup>3</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 521.

<sup>4</sup> *Cf.* Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 598 et s. ; J. Mestre « Pour un principe de bonne foi mieux précisé », *RLDC* mars 2009, n° 58, p. 9.

<sup>5</sup> Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016.

<sup>6</sup> *Cf. supra* : chap. préliminaire « Notions générales sur le contrat », section 2 « Principes généraux gouvernant les contrats », § 1 « Identification des principes généraux gouvernant les contrats », B. « La bonne foi ».

<sup>7</sup> Bénabent, *Droit des obligations*, n° 305 ; Houtcieff, *Droit des contrats*, n° 636 et suiv. ; R. Vouin, *La bonne foi, notion et rôles actuels en droit privé français*, thèse Bordeaux, préf. J. Bonnet, LGDJ, 1939, spéc. n° 29 ; G. Lyon-Caen « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD civ.* 1946, p. 75 et s. ; G. Cornu, *Regards sur le titre III du livre III du Code civil : essai de lecture d'un titre du code*, *op. cit.*, n° 289-290 ; Ghestin, *La formation du contrat*, n° 264 ; *La bonne foi (journées louisianaises)*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIII, 1992, Litec, 1994, not. Y. Loussouarn « Rapport de synthèse », p. 7 et s. et A. Bénabent « Rapport français », p. 291 et s.



- Bonne foi au sens psychique (contraire de la mauvaise foi)

La bonne foi se définit alors comme le contraire de la mauvaise foi, c'est-à-dire une attitude, dictée par l'intention de nuire à son cocontractant ou, à tout le moins, délibérément préjudiciable : « le faire exprès ». Elle recoupe l'abus de droit au sens classique du terme<sup>1</sup>.

- Bonne foi au sens objectif (norme objective de comportement)

Le devoir de bonne foi s'entend alors d'une norme objective de comportement imposant à un sujet de droit une attitude morale et loyale dans ses relations à autrui, en particulier à une partie envers l'autre dans l'exécution du contrat. La transgression de cette norme, puisqu'elle est objective, peut n'être pas intentionnelle et résulter d'une attitude simplement désinvolte, empreinte de légèreté blâmable, trahissant une indifférence excessive aux intérêts de l'autre partie.

L'ordonnance du 10 février 2016 ayant, pour l'essentiel, vocation à consolider la jurisprudence antérieure, il ne fait guère de doute que la bonne foi au sens de l'article 1104 du Code civil doit s'entendre principalement en un sens objectif.

Critique : la bonne foi reste une notion plastique, dont une application sans discernement peut être génératrice d'insécurité juridique pour la partie à laquelle le respect de la bonne foi est imposé.

L'ordonnance du 11 février 2016 est cependant muette sur les différents aspects que ce devoir de bonne foi est susceptible de revêtir – devoir de loyauté, devoir de coopération – et sur les sanctions de sa violation – impossibilité de remettre en cause la substance des droits et obligations, paralysie des effets attachés normalement à une prérogative contractuelle et responsabilité civile. La jurisprudence antérieure conserve donc, à cet égard, tout son intérêt.

Les composantes du devoir de bonne foi et sa portée dans l'exécution du contrat méritent ainsi d'être précisés, à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence antérieures, puisque l'article 1104 du Code civil n'en dit rien.

## 1. Composantes du devoir de bonne foi

Entendue au sens objectif, la bonne foi implique, selon une frange importante de la doctrine<sup>2</sup>, non seulement une loyauté entre les parties, mais encore une coopération entre elles dans l'exécution du contrat. Sur ce devoir de coopération, la jurisprudence reste plutôt circonspecte.

### a. Devoir de loyauté<sup>3</sup>

Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat s'impose à chacune des parties, au débiteur comme au créancier.

#### α) Devoir de loyauté imposé au débiteur

Le débiteur est astreint à une exécution honnête et complète de l'obligation promise, incluant les efforts propres à assurer à son partenaire la satisfaction attendue, sans chicaner ou ergoter sur les termes du contrat<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Req. 3 août 1915, *Clément-Bayard*, G.A., t. I, n° 81, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; D.P. 1917, 1, 79 ; S. 1920, 1, 300.

<sup>2</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 599-600 ; Bénabent, *Droit des obligations*, n° 305 ; Houtcieff, *op. cit.*, n° 640 et s. ; Y. Picot, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse Dijon, préf. G. Couturier, LGDJ, 1989.

<sup>3</sup> L. Aynès « L'obligation de loyauté », *APD* 2000, 195 et s. ; L. Vogel « Loyauté et droit des affaires : l'impossible mariage », in : *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, 745 et s.

<sup>4</sup> Cf. par ex. Civ. 1, 31 mars 1992, n° 89-13534, B. I, n° 93 : celui qui a pris un animal en pension doit non seulement le nourrir, mais le nourrir sainement ; T.I. Niort 17 janvier 2001, *CCC* 2001, n° 77, obs. G. Raymond : condamnation de la pratique du *surbooking*, consistant à vendre davantage de places qu'on en possède ; Com. 3 mars 2021, n° 19-16773.

### β) Devoir de loyauté imposé au créancier

La jurisprudence admet effectivement, par application de la théorie de l'abus des droits, que l'exercice par le créancier de ses prérogatives contractuelles puisse dégénérer en abus, si son attitude est dictée par l'intention de nuire à son débiteur<sup>1</sup>. Mais cette hypothèse est appelée à n'être que rarement retenue, car il faut établir l'intention de nuire du créancier, état psychique insusceptible d'une preuve directe et induit de l'inutilité totale de l'acte pour son auteur<sup>2</sup>. Certains<sup>3</sup>, il est vrai, proposent d'assouplir le critère de l'abus en la matière, en y incluant l'hypothèse d'absence d'utilité appréciable du comportement pour le créancier.

Au-delà de cette application de la théorie de l'abus des droits à l'exécution du contrat, le créancier doit notamment<sup>4</sup> s'abstenir de manœuvres qui tendraient à rendre l'exécution du contrat plus difficile ou impossible<sup>5</sup>, par exemple en faisant un usage déloyal d'une clause résolutoire<sup>6</sup>, s'abstenir également d'imposer au débiteur, sous prétexte de fidélité dans l'exécution, des sacrifices disproportionnés par rapport au but à atteindre<sup>7</sup>, faire preuve d'une certaine cohérence dans son comportement<sup>8</sup>, exercer diligemment ses droits à l'encontre du débiteur, de manière à ne pas laisser la dette s'accroître par désinvolture<sup>9</sup>....

### b. Devoir de coopération<sup>10</sup>

L'existence d'un tel devoir a été notamment défendue par la doctrine du solidarisme contractuel<sup>11</sup>. Le devoir de bonne foi dans l'exécution du contrat révélerait l'existence d'une « solidarité entre créancier et débiteur dans l'intérêt social », se traduisant par une obligation de coopération ou de collaboration, dont la violation serait constitutive d'un abus dans l'exécution du contrat. On sait qu'une doctrine importante a critiqué cette analyse.

<sup>1</sup> Civ. 3, 22 février 1968, n° 66-11479, *Bull. civ.* III, n° 71, p. 58 ; *D.* 1968, 607, note Ph. M. : bailleur opposant une fin de non-recevoir à la demande en résiliation anticipé du bail que son locataire, muté par son employeur dans une autre ville, lui avait faite et l'avait assigné en paiement des loyers dus jusqu'à la date d'expiration initialement convenue du dit bail. Une cour d'appel fit droit à cette demande, tout en dénonçant le comportement « particulièrement critiquable » du bailleur. Saisie d'un pourvoi du locataire, la troisième Chambre civile cassa la décision pour défaut de base légale, en reprochant à la Cour d'appel de n'avoir pas recherché « si l'exercice de son droit par [le bailleur] reposait sur des motifs légitimes ou si son refus de mettre fin au bail lui avait été, au contraire, dicté par le désir de nuire à son cocontractant ».

<sup>2</sup> Besançon 4 juin 1969, sur renvoi après cassation de Civ. 3, 22 février 1968, préc. ; Civ. 3, 1<sup>er</sup> mars 2000, n° 98-16026.

<sup>3</sup> Ph. Simler « L'article 1134 du Code civil et la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée déterminée », *JCP* 1971, I, 2413.

<sup>4</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 599.

<sup>5</sup> Civ. 2, 12 mai 2005, n° 02-16425 ; Soc. 10 mai 2006, n° 05-42210, *B.* V, n° 169 ; *BICC* n° 646, 15 septembre 2006, n° 1704.

<sup>6</sup> Civ. 3, 16 octobre 1973, n° 72-11956, *B.* III, n° 529 ; Civ. 3, 25 janvier 1983, n° 81-12647, *B.* III, n° 21 ; Civ. 3, 4 mars 2009, n° 08-11090 ; *JCP* 2009, n° 39, 273, obs. P. Grosser ; Civ. 3, 25 novembre 2009, n° 08-21384, *JCP* 2010, n° 18, 516, obs. P. Grosser ; Civ. 3, 10 novembre 2010, n° 09-15937, *B.* III, n° 199 ; *D.* 2011, 480, obs. B. Fauvarque-Cosson ; *JCP* 2011, n° 63, obs. P. Grosser ; *Loyers et copr.* 2011, *comm.* 45, note E. Chavance ; Civ. 3, 1<sup>er</sup> février 2018, n° 16-28684, *Loyers et copr.* n° 4, avril 2018, *comm.* 93, note P.-H. Brault.

<sup>7</sup> Req. 23 mars 1909, *S.* 1909, 1, 552 ; Civ. 3, 22 mai 1968, n° 65-12586, *B.* III, n° 232 ; *D.* 1970, *J.* 453, 2<sup>e</sup> espèce, note Ph. Jestaz ; *RTD civ.* 1969, 140, obs. G. Cornu (arrêt statuant toutefois sur le fondement de l'abus par le créancier de son droit, sans se référer à l'ancien article 1134, alinéa 3, du Code civil – remplacé depuis lors par l'article 1104 du Code civil).

<sup>8</sup> Com. 8 mars 2005, n° 02-15783, *B.* IV, n° 44 ; *RDC* 2005, 1015, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2005, 392, obs. J. Mestre et B. Fages ; Civ. 3, 28 janvier 2009, n° 07-20891, *B.* III, n° 22 ; *D.* 2010, 232, obs. S. Amrani-Mekki ; *JCP* 2009, I, 138, n° 22, obs. P. Grosser ; *RDC* 2009, 999, obs. D. Mazeaud ; Houtcieff, *op. cit.*, n° 655-656.

<sup>9</sup> Com. 5 décembre 1995, *RJDA* 1996, n° 456 ; *RTD civ.* 1996, p. 899, obs. J. Mestre : créancier ayant laissé s'accumuler les loyers impayés pendant plus de deux ans, au lieu de provoquer la résiliation du bail, avant d'assigner la caution du locataire en paiement ; Civ. 1, 31 janvier 1995, n° 92-20654, *B.* I, n° 57 ; *D.* 1995, *J.* 389, note Ch. Jamin : banque mettant en œuvre la clause résolutoire pour défaut de paiement des intérêts d'un prêt, plusieurs années après que la clause résolutoire insérée au contrat de prêt eut été acquise et alors que l'emprunteur avait, entre-temps, remboursé le principal du prêt ; mais comp. Civ. 3, 19 mars 2008, n° 07-11194 : le seul écoulement du temps ne peut caractériser un acte manifestant sans équivoque la volonté de renoncer à se prévaloir des effets de la clause résolutoire.

<sup>10</sup> J. Mestre « L'évolution du contrat en droit privé français », *Journées René Savatier*, 24-25 octobre 1985, PUF, 1986, p. 41 et s., spéc. p. 52-54 ; *RTD civ.* 1986, p. 100 et s. ; Y. Picot « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP* 1988, I, 3318.

<sup>11</sup> *Cf. supra* : chap. préliminaire « Généralités sur le contrat », section 2 « Principes généraux gouvernant le contrat ».

De fait, dans l'ensemble, le droit positif a réservé une réception circonspecte au devoir de coopération. Certaines décisions de justice peuvent néanmoins s'expliquer par l'existence d'un tel devoir, imposé selon les cas, soit au créancier, soit au débiteur. La moisson des décisions reste, malgré tout, assez maigre.

α) Devoir de coopération imposé au créancier

Dans les contrats de distribution, on a proposé de fonder l'abus dans la fixation du prix sur l'existence d'un devoir de collaboration incombant aux parties, et plus particulièrement au créancier qui fixe le prix, dans les contrats de longue durée. Celui qui s'est vu confier la fixation du prix ne doit pas rompre la communauté d'intérêts qui l'unit à son cocontractant en cherchant à satisfaire égoïstement son seul intérêt et en faisant varier sans justification objective le prix de façon excessive<sup>1</sup>. L'abus, la faute dans la fixation du prix consisterait donc à avoir manqué, plus encore qu'à la loyauté, à la coopération que le contrat suppose. Il est arrivé à la Cour de cassation, dans certains arrêts, de tendre vers une telle analyse. Mais ces décisions ne reflètent pas sa jurisprudence dominante<sup>2</sup>.

Dans les contrats de travail, l'employeur pourrait être considéré comme tenu d'un devoir de coopération envers le salarié dans la mise en œuvre d'une clause de mobilité<sup>3</sup>.

D'autres applications dans divers contrats spéciaux – contrat d'édition, contrat de prestation de service informatique – peuvent encore être évoquées<sup>4</sup>.

β) Devoir de coopération imposé au débiteur

Certaines applications contestables de cette idée ont affleuré en jurisprudence, par lesquelles le devoir de collaboration se meut en un véritable devoir d'ingérence dans les affaires d'autrui<sup>5</sup>.

## 2. Portée du devoir de bonne foi<sup>6</sup>

Certaines clauses accessoires, telle la clause de résolution de plein droit du contrat en cas d'inexécution, ouvrent au créancier une prérogative contractuelle, qu'il peut faire jouer à son gré, dès lors que les conditions d'application de la clause sont remplies. Or, selon la Cour de cassation, l'obligation d'agir de bonne foi ne s'impose aux parties que dans l'usage de ces prérogatives juridiques contractuelles, et non dans l'exécution des obligations fondamentales<sup>7</sup> : Dans un arrêt de principe du 10 juillet 2007, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a effectivement énoncé :

« si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative juridique, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties »<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> L. Vogel « Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution », *D.* 1995, *Chr.* 155, p. 162.

<sup>2</sup> *Cf. supra* : sous-titre I « La formation du contrat », chap. II « La validité du contrat », section 3 « Le contenu du contrat », sous-section 1 « Possibilité et déterminabilité de la prestation », § 2 « Déterminabilité de la prestation », B. « Prestation monétaire », 2. « Exceptions : contrats-cadre et contrats de prestation de service », b. « Contrôle judiciaire du droit de fixer unilatéralement le prix ».

<sup>3</sup> Soc. 18 mai 1999, n° 96-44315, *B. V.*, n° 219 ; *D.* 2000, *somm.* 84, obs. M.-C. Escande-Varniol ; *D.* 2001, *somm.* 2797, obs. B. Bossu ; *JCP E* 2000, p. 40, note C. Puigelier ; *RTD civ.* 2000, p. 326, n° 5, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Dr. soc.* 1999, p. 734, note B. Gauriau.

<sup>4</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 600.

<sup>5</sup> Civ. 1, 23 janvier 1996, n° 93-21414, *B. I.*, n° 36 ; *D.* 1997, *J.* 571, note Ph. Soustelle ; *RTD civ.* 1996, 900, obs. J. Mestre : tenu d'exécuter le contrat de bonne foi, le débiteur doit vérifier que le créancier lui a bien facturé les prestations fournies et dans la négative, l'avertir de l'erreur qu'il commet.

<sup>6</sup> Y.-M. Laithier « L'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est-elle susceptible de clause contraire ? », *D.* 2014, 33.

<sup>7</sup> *Contra* : Tisseyre, *op. cit.*

<sup>8</sup> Com. 10 juillet 2007, n° 06-14768, *B. IV.*, n° 188 ; *G.A.*, t. II, n° 192, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *D.* 2007, *A.J.* 1955, obs. X. Delpech ; *ibid.*, *J.* 2839, note Ph. Stoffel-Munck et 2844, note P.-Y. Gautier ; *ibid.*, *Chr. C. cass.* 2769, obs. R. Salomon ; *ibid.*, *pan.* 2966, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *JCP* 2007, II, 10154, note D. Houtcief ; *RTD civ.* 2007, p. 773, n° 5, obs. B. Fages ; *RDC* 2007, 1107, obs. L. Aynès et 1110, obs. D. Mazeaud ; *cf. déjà* : Civ. 1, 16 mars 2004, n° 01-15804, *B. I.*, n° 86 ; *D.* 2004,

La Cour de cassation a ainsi repris explicitement à son compte une distinction doctrinale entre la substance du contrat et les prérogatives contractuelles accessoires<sup>1</sup> – distinction qui recoupe peu ou prou celle, d'origine doctrinale également, mais plus ambitieuse, de la force obligatoire du contrat et de son contenu « obligationnel »<sup>2</sup>.

Pour la Cour de cassation, donc, la notion de bonne foi ne doit pas servir à rééquilibrer insidieusement un contrat, en tournant le principe de la force obligatoire des conventions. Dès lors, le créancier ne saurait, au nom du devoir de bonne foi, subir une amputation de son droit à l'exécution de l'obligation fondamentale. En d'autres termes, elle récuse la révision judiciaire du contrat au seul nom du devoir de bonne foi.

La partie au contrat de mauvaise foi ne s'expose ainsi qu'à deux sanctions, exclusives d'une révision du contrat<sup>3</sup> :

- Tout d'abord, le créancier peut voir sa responsabilité civile délictuelle engagée envers son débiteur, s'il commet un abus en exerçant son droit à l'exécution de l'obligation fondamentale à dessein de nuire à ce dernier, voire d'une manière simplement fautive. Cette responsabilité pourrait concerner similairement le débiteur coupable d'avoir enfreint le devoir de bonne foi, bien entendu.
- En outre, la déloyauté dans l'usage d'une prérogative contractuelle accessoire à caractère unilatéral, telle par exemple, une clause résolutoire ou une clause d'agrément, autorise le juge, selon la Cour de cassation, à neutraliser les effets normalement attachés à cette prérogative, au détriment du créancier.

## Section 2 : Domaine d'application de la loi contractuelle

Ce domaine d'application de la loi contractuelle doit être précisé aussi bien dans l'espace que dans le temps.

### Sous-section 1 : Domaine d'application de la loi contractuelle dans l'espace

La délimitation du domaine de la loi contractuelle dans l'espace revient à déterminer quelles sont les personnes que la loi contractuelle concerne. Aux termes de l'article 1103 du Code civil, les conventions tiennent lieu de lois « à ceux qui les ont faits ». Plus explicite encore, l'article 1199, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, énonce :

« Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. »

A dire vrai, la rédaction de ce second texte est critiquable, car elle s'harmonise mal avec la définition élargie, que l'article 1101 donne désormais du contrat : un accord de volontés destiné à créer, modifier, transmettre ou

J. 1754, note D. Mazeaud ; *JCP* 2004, I, 173, § 2, n° 22 et suiv., obs. J. Ghestin ; *RTD civ.* 2004, p. 290, obs. J. Mestre et B. Fages ; J. Ghestin « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2004, *Chr.* 2239 ; dans le même sens : Com. 8 novembre 2016, n° 14-29770 ; Com. 19 juin 2019, n° 17-29000.

<sup>1</sup> L. Aynès « Vers une déontologie du contrat ? », Conférence Cour de cassation, 11 mai 2006, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr) ; du même auteur, obs. *RDC* 2007, préc. ; Stoffel-Munck, note préc. *D.* 2007 ; P. Ancel « Les sanctions du manquement à la bonne foi dans l'exécution du contrat (retour sur l'arrêt de la Chambre commerciale du 10 juillet 2007) », in : *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Litec-Dalloz, 2011, 61 ; D. Mazeaud « Sécurité juridique versus moralité contractuelle : affaire classée ? », in : *Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, 439 ; L. Molina « La substance du contrat, clef de voûte de la force obligatoire du contrat », in : D. Houtcieff (dir.), *Le renouveau de la force obligatoire du contrat*, *RDC* 2024/4, 87 et s.

<sup>2</sup> P. Ancel « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, 771 et s. ; Houtcieff, *Droit des contrats*, n° 603 et s. Cf. *supra* : Introduction, § section 5 « Classification des obligations », § 2 « Classification fondée sur les sources d'obligations », A. « Obligations naissant d'actes juridiques », 2. « La convention ».

<sup>3</sup> Houtcieff, *op. cit.*, n° 642.

éteindre des obligations. Ainsi, non seulement le contrat ne peut créer d'obligations qu'entre les parties, mais encore il ne peut modifier, transmettre ou éteindre d'obligations qu'entre ces mêmes parties<sup>1</sup>.

L'ancien article 1165 du Code civil, que l'article 1199 remplace, énonçait :

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

On était tenté d'en conclure que le contrat ne produit d'effets qu'entre les parties, seules soumises à la loi contractuelle, tandis qu'il n'en produit aucun envers les tiers. Mais la réalité est beaucoup plus nuancée, car les effets d'un contrat ne se réduisent pas à sa seule force obligatoire. En vérité, si le contrat n'oblige que les parties, comme le nouvel article 1199 du Code civil l'indique, la situation juridique qu'il crée, en revanche, est opposable par les parties aux tiers, et inversement<sup>2</sup> : de manière heureuse, le nouvel article 1200 du Code civil est venu aussi le préciser. Aussi un auteur célèbre, René Savatier, avait-il pu écrire que l'ancien article 1165 du Code civil était « le texte le plus faux du Code civil ».

Cependant, si la force obligatoire du contrat concerne au premier chef les parties, le contrat n'en est pas pour autant dénué d'effets à l'égard des tiers.

## § 1 La force obligatoire du contrat entre les parties

Les personnes visées par la force obligatoire du contrat sont non seulement les parties elles-mêmes, mais encore des personnes assimilées aux parties, pour avoir acquis la qualité de partie au contrat postérieurement à la formation de celui-ci.

### A. Les parties au moment de la formation du contrat

Ce sont les personnes présentes et les personnes représentées, par exemple la société au lieu du président de son conseil d'administration.

### B. Les personnes acquérant ultérieurement la qualité de partie au contrat

Il s'agit, d'une part, des ayants cause universel ou à titre universel, auxquels le contrat est transmis à cause de mort ; d'autre part, du cessionnaire du contrat, auquel celui-ci est transmis entre vifs.

#### 1. Ayants cause universel ou à titre universel (transmission du contrat à cause de mort)

Le principe de la transmission du contrat à cause de mort connaît des exceptions<sup>3</sup>.

##### a. Principe de la transmission du contrat à cause de mort

<sup>1</sup> Civ. 1, 6 juin 1966, n° 64-13.648, B. I, n° 337 ; D. 1966, J. 481, 2<sup>e</sup> espèce, note J. Voulet : un tiers ne peut perdre la qualité de créancier, par l'effet d'un contrat auquel il est étranger.

<sup>2</sup> Cf. *infra* : § 2 « Les effets du contrat à l'égard des tiers ».

<sup>3</sup> En sa rédaction d'origine, le Code civil de 1804 était, à cet égard, plus explicite que les nouvelles dispositions. Aux termes, en effet, de l'ancien article 1122 du Code civil : « On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention ». Le texte posait donc le principe, en mentionnant les deux catégories d'exception. Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 n'ont pas repris ce texte, estimant sans doute qu'il ne constituait qu'une application du principe successoral de la continuation de la personne du défunt par ses héritiers et qu'il était dès lors superflu (Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 560).

Les héritiers *ab intestat* et légataires universels ou à titre universels, recueillant tout ou quote-part du patrimoine, prennent, le jour du décès, la place du défunt dans le contrat, activement et passivement. En effet, par une fiction de la loi, ils sont censés continuer la personne du défunt, dont le patrimoine leur est transmis.

Cette transmission du contrat s'effectue exclusivement aux ayants-cause universels ou à titre universels. En effet, les ayants cause à titre particulier, qui recueillent un bien déterminé de leur auteur, ne continuent pas la personne du défunt. Ce sont donc des tiers par rapport au contrat conclu, lequel n'a normalement pas d'effet obligatoire à leur égard, sous réserve de certains aménagements qu'on verra ultérieurement.

#### b. Exceptions au principe de la transmission du contrat à cause de mort

Les contrats *intuitu personae*, conclus par le défunt et en considération de sa personne, sont intransmissibles.

Ex. mandat (article 2003 du Code civil), contrat d'entreprise ou contrat de louage de service (article 1795 du Code civil : décès du salarié, de l'avocat, de l'architecte, du peintre...). En revanche, le louage de chose n'est pas un contrat *intuitu personae*, il ne prend fin ni par le décès du bailleur, ni par celui du preneur (article 1742 du Code civil). Sa transmissibilité est toutefois soumise à conditions dans les baux à usage d'habitation (article 14 de la loi du 6 juillet 1989).

## 2. Cessionnaire du contrat (cession du contrat entre vifs)<sup>1</sup>

La cession de contrat est une opération ayant pour objet le remplacement d'une partie par un tiers au cours de l'exécution du contrat. L'article 1216, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil en affirme la possibilité :

« Un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé. »

La cession de contrat est donc une opération à trois personnes :

- le cédant, qui perd la qualité de partie au contrat,
- le cédé, son cocontractant,
- le cessionnaire, tiers qui acquiert la qualité de partie au contrat.

Le Code civil de 1804 ignorait complètement l'opération, car ses rédacteurs étaient partis du postulat que, si une cession de créance est possible, les dettes sont, en revanche, intransmissibles<sup>2</sup>. Or, lorsqu'un contrat est synallagmatique, sa cession entraîne non seulement celle d'une créance au cessionnaire, mais encore de la dette qui en constitue la contrepartie. Dès lors la cession de contrat paraissait se heurter à une impossibilité juridique, tout au moins lorsque le contrat dont la cession est envisagée, comporte des obligations réciproques.

Toutefois la cession de contrat est une opération fort utile, se rencontrant couramment en pratique. Aussi son absence de consécration légale la fragilisait-elle<sup>3</sup>. Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont, en conséquence, décidé de la codifier, aux articles 1216 et suiv. du Code civil.

La cession de contrat ne se ramène pas à la simple juxtaposition d'une cession de créance et d'une cession de dette. Cela explique en partie<sup>4</sup> que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 l'aient soumise à des règles propres, distinctes de celles de la cession de créance (articles 1321 et suiv. du Code

<sup>1</sup> Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 518 et s. ; Ph. Simler « Cession de créance, cession de dette, cession de contrat », CCC 2016, dossier 8 ; J. Antippas « Regards comparatistes internes sur la cession conventionnelle de contrat », *RTD civ.* 2017, 43. Dans le droit antérieur : L. Aynès, *La cession de contrat*, thèse Paris 2, préf. Ph. Malaurie, Economica, 1984 ; du même auteur « La circulation du contrat », in : *Le contrat : questions d'actualité*, sous la direction scientifique de L. Aynès, *LPA* n° 90, 5 mai 2000, p. 62 et s. ; C. Lachièze « L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat », *D.* 2000, chr. 184.

<sup>2</sup> Cf. *supra* : Introduction générale, section 3 « Caractères de l'obligation », § 2 « Caractère personnel », B. « Transmission passive ».

<sup>3</sup> Fages, *op. cit.*, n° 236.

civil) et de la cession de dette (articles 1327 et suiv. du Code civil). Les rédacteurs de l'ordonnance ont ainsi consacré l'autonomie de la cession de contrat, tant au regard de ses conditions que de ses effets<sup>1</sup>. De fait, antérieurement à la réforme<sup>2</sup>, une partie de la doctrine, tenante de la conception dite « moniste » de la cession de contrat, défendait cette autonomie<sup>3</sup>. La doctrine classique<sup>4</sup>, au contraire, la décomposait généralement en une cession de créance et une cession de dette.

On étudiera successivement les conditions et les effets de la cession de contrat.

#### a. Conditions de la cession de contrat

Les articles 1216 et suivants du Code civil n'envisagent que la cession de contrat voulue par les parties. Cependant des dispositions légales spécifiques imposent parfois une telle cession.

##### α) Cession de contrat imposée par la loi

Certaines dispositions légales imposant la cession de contrat sont très importantes en pratique.

En particulier, l'aliénation de la chose soumise à bail entraîne, pour l'acquéreur, l'obligation de continuer le bail (article 1743, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil), à condition que celui-ci ait date certaine.

De même, un texte d'ordre public bien connu en droit du travail prévoit que l'aliénation d'une entreprise entraîne la transmission des contrats de travail à l'acquéreur, qui acquiert la qualité d'employeur aux lieu et place du cédant (article L. 1224-1 du Code du travail).

##### β) Cession de contrat voulue par les parties

Tout contrat est, en principe, cessible. La cession de contrat est néanmoins soumise à des conditions de forme et de fond, sanctionnées les unes et les autres différemment.

En la forme, l'article 1216, alinéa 3, du Code civil, exige que la cession de contrat soit « constatée par écrit, à peine de nullité ». La cession de contrat est donc une convention solennelle<sup>5</sup>.

Au fond l'accord du cédé est requis. En effet, lui faire perdre sa qualité de créancier envers le cédant sans son accord contreviendrait au principe de l'effet relatif des contrats résultant de l'article 1199, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil. Néanmoins, contrairement à l'acte de cession lui-même, qui doit être établi par écrit, l'accord du cédé, selon la Cour de cassation, peut être donné sans forme, être exprès ou tacite, pourvu qu'il soit non équivoque, et être prouvé par tous moyens<sup>6</sup>.

Il résulte implicitement de l'article 1216, alinéa 2, que l'accord du cédé peut intervenir à deux moments différents : soit concomitamment à la cession, soit, conformément à la jurisprudence antérieure<sup>7</sup>, à l'avance. Dans cette dernière hypothèse, il est toutefois nécessaire de prévoir comment la cession de contrat sera portée à sa connaissance et le protéger tant qu'il l'ignore. L'article 1216, alinéa 2, dispose à cet égard :

<sup>4</sup> L'autre motif de cet empiètement des règles gouvernant la cession de contrat dans le sous-titre consacré au contrat est qu'elle ne concerne que les créances et les dettes d'origine contractuelle (Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 636).

<sup>1</sup> Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 529 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 598.

<sup>2</sup> Sur les analyses doctrinales en présence, cf. Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 1667 ; Carbonnier, *op. cit.*, t. II, n° 1241.

<sup>3</sup> Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 518 et les réf. ; Larroumet, (dir.), *Droit civil, Les obligations – Régime général*, par J. François, n° 496.

<sup>4</sup> Ch. Lapp, *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier*, thèse Strasbourg, 1950 ; Marty et Raynaud, *Les obligations*, t. 2, *Le régime*, par Jestaz, n° 406.

<sup>5</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 859.

<sup>6</sup> Com. 24 avril 2024, n° 22-15958 (B), CCC juin 2024, *comm.* 90, L. Leveneur ; RLDC n° 230, 2024, n° 7607, note H. Kassoul.

<sup>7</sup> Com. 6 mai 1997, n° 94-16335, B. IV, n° 117 ; *Defrénois* 1997, art. 36633, note critique D. Mazeaud ; D. 1997, J. 588, note approbative C. Jamin et M. Billiau ; CCC 1997, n° 146, obs. L. Leveneur ; D. 1998, *somm.* 136, obs. H. Le Nabasque ; RTD civ. 1997, 936, obs. J. Mestre.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

« la cession produit effet à l'égard du cédé lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui est notifié ou lorsqu'il en prend acte. »

La sanction d'un défaut d'accord du cédé a été discutée. Elle l'était déjà sous l'empire du droit antérieur à l'ordonnance du 10 février 2016<sup>1</sup>, alors qu'aucune disposition légale ne visait la cession de contrat en général. Selon la jurisprudence rendue sous l'empire de ce droit, la cession demeurait valable *inter partes* : elle était simplement inopposable au cédé<sup>2</sup>, de manière à préserver le principe que le contrat n'oblige que les parties.

Certains auteurs soulignèrent que l'article 1216 du Code civil actuel semble toutefois faire de l'accord du cédé un élément constitutif de la cession de contrat. A défaut d'un tel accord, la cession aurait donc été nulle, au lieu d'être simplement ravalée au rang d'une « cession interne »<sup>3</sup>. Si cette solution avait prévalu, le droit actuel aurait en régression par rapport au droit antérieur<sup>4</sup>. Mais d'autres auteurs ont plaidé pour une reconduction de la jurisprudence antérieure<sup>5</sup>. La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens : à défaut d'accord du cédé, la cession de contrat lui est simplement inopposable<sup>6</sup>. Corrélativement, on l'a vu, l'accord du cédé peut être établi par tous moyens et être tacite, notwithstanding le caractère solennel de la cession de contrat elle-même.

#### b. Effets de la cession de contrat

Ces effets doivent être précisés du point de vue cessionnaire et de celui du cédant.

##### α) Effets de la cession de contrat à l'égard du cessionnaire

Le cessionnaire acquiert la qualité de partie au contrat (article 1216, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil), en remplaçant le cédant. Il ne se borne donc pas à succéder aux créances et obligations du cédant. En effet, d'une manière plus générale, les droits et prérogatives attachés à la qualité de partie au contrat lui sont transmis<sup>7</sup>.

La cession de créance ne transmet, en revanche, au cessionnaire que les droits et prérogatives accessoires de cette créance<sup>8</sup> utiles à son paiement (article 1321, alinéa 3, du Code civil), c'est-à-dire essentiellement les sûretés et les actions garantissant ce paiement. En effet, le cessionnaire d'une créance n'acquiert que la qualité de créancier, et non celle de partie au contrat d'où la créance dérive<sup>9</sup>.

Ainsi, dans l'opinion dominante, dénie-t-on au cessionnaire d'une créance, par exemple, le droit d'agir en rescision de ce contrat pour lésion, car ce droit est attachée la qualité de partie au contrat. On lui reconnaît, en revanche, le droit d'agir en responsabilité contractuelle ou délictuelle contre celui dont le fait a entraîné la perte ou la diminution de la créance<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> Cf., sous l'empire du droit antérieur, la controverse doctrinale sur la portée de l'exigence d'un consentement du cédé : L. Aynès « Cession de contrat : nouvelles précisions sur le rôle du cédé », *D.* 1998, *chr.* 25 ; C. Jamin et M. Billiau « Cession conventionnelle du contrat : la portée du consentement du cédé », *D.* 1998, *chr.* 145 ; Ch. Larroumet « La cession de contrat : une régression du droit français ? », in : *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, 151 et s.

<sup>2</sup> Civ. 3, 9 février 2017, n° 15-15428.

<sup>3</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 1669 ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 638.

<sup>4</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>5</sup> Deshayes, Genicon et Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, art. 1216 ; Fages, *Droit des obligations*, n° 237.

<sup>6</sup> Com. 24 avril 2024, préc.

<sup>7</sup> Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 533.

<sup>8</sup> M. Cabrillac « Les accessoires de la créance », in : *Etudes dédiées à Alex Weil*, Dalloz-Litec, 1983, 107 ; Ch. Juillet, *Les accessoires de la créance*, thèse préf. Ch. Larroumet, Defrénois, 2009.

<sup>9</sup> Marty et Raynaud, *op. cit.*, t. 2, *Le régime*, par Jestaz, n° 361 ; Flour, Aubert, Savaux, Andreu et Forti, *Le rapport d'obligation*, n° 113.

<sup>10</sup> Civ. 1, 10 janvier 2006, n° 03-17839, *B. I.*, n° 6 ; *D.* 2006, *Actu.* 2787, obs. X. Delpech ; *LPA* 31 octobre 2006, p. 5, note G. Mecarelli ; *RTD civ.* 2006, 552, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2007, 291, obs. G. Viney (cf. D. Bert « Regards sur la transmission de l'action en justice », *D.* 2006, *Chr.* 2129) ; Civ. 1, 24 octobre 2006, n° 04-10231, *B. I.*, n° 433 ; *D.* 2006, *Actu.* 2787, obs. V.-A. Robardet ; *RTD civ.* 2007, 122, obs. J. Mestre et B. Fages ; Civ. 1, 19 juin 2007, n° 05-21678, *B. I.*, n° 239 ; *D.* 2007, *Actu.* 1958, obs. X. Delpech ; *CCC* 2007, 270, note L. Leveneur ; Civ. 2, 17 décembre 2009, n° 09-11612, *B. II.*, n° 290 ; *RDC* 2010/2, 601, obs. S. Carval ; Civ. 1, 22



Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Quant à la transmission au cessionnaire d'une créance, du droit d'agir en résolution du contrat pour défaut de paiement du prix, elle est discutée<sup>1</sup>.

Au contraire, la cession de contrat transmet au cessionnaire l'ensemble des prérogatives, des pouvoirs résultant de sa qualité de partie au contrat<sup>2</sup>, dont l'article 1216-2, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil donne des exemples :

- faculté de fixer unilatéralement le prix dans certains contrats (articles 1164 et 1165 du Code civil),
- faculté de demander la nullité du contrat cédé ou de l'invoquer par voie d'exception (article 1216 du Code civil) si ce contrat ne remplissait pas les conditions légales de validité,
- faculté de confirmer l'éventuelle nullité relative du contrat,
- faculté de mettre fin unilatéralement à un contrat à durée indéterminée (article 1211 du Code civil),
- faculté d'exiger la renégociation ou, à défaut, la révision d'un contrat devenu gravement déséquilibré (article 1195 du Code civil),
- faculté de se prévaloir de l'exception d'inexécution (articles 1216-2, alinéa 1<sup>er</sup>, 1217, 1219 et 1220 du Code civil),
- possibilité d'invoquer une clause résolutoire, se prévaloir de la faculté de résolution unilatérale ou bien solliciter la résolution judiciaire du contrat en cas d'inexécution par le cédé de ses obligations (articles 1216-2, alinéa 1<sup>er</sup>, 1217 et 1224 et suiv. du Code civil) postérieurement à la cession.

L'article 1216-2, alinéa 1<sup>er</sup>, *in fine* introduit néanmoins une distinction entre les exceptions inhérentes à la dette et les exceptions personnelles au cédant. Le cessionnaire du contrat ne peut se prévaloir, en effet, que des premières envers le cédé, à l'exclusion des secondes.

Ex. Le cessionnaire ne pourra se prévaloir la nullité du contrat cédé pour vice du consentement ou incapacité du cédant. En effet, ce n'est pas son consentement qui a été vicié, pas plus qu'il ne s'agit de son incapacité. Mais il est recevable, par exemple, à demander la nullité du contrat cédé pour lésion ou pour vileté du prix.

En revanche, aux termes de l'article 1216-2, alinéa 2, le cédé peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions, sans distinction, qu'il aurait pu opposer au cédant<sup>3</sup>.

#### β) Effets de la cession de contrat à l'égard du cédant

Conformément à une distinction doctrinale antérieure, l'article 1216, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil a prévu des effets de la cession de contrat d'une intensité variable selon qu'elle est parfaite ou imparfaite. Dans le premier cas, le cédant est libéré, tandis que, dans le second, il demeure tenu solidairement à l'exécution du contrat :

« Si le cédé y a expressément consenti, la cession de contrat libère le cédant pour l'avenir.  
A défaut, et sauf clause contraire, le cédant est tenu solidairement à l'exécution du contrat. »

Ainsi le consentement du cédé – à ne pas confondre avec son accord, dont parle l'article 1216, alinéa 1<sup>er</sup> – est-il nécessaire à la perfection de la cession de contrat, en d'autres termes pour la libération du cédant. Lorsque le cédé y a expressément consenti, la cession de contrat est parfaite. Le cédant est alors libéré de ses obligations pour l'avenir. A défaut, et sauf clause contraire toujours possible, la cession de contrat est imparfaite : le cédant demeure tenu solidairement<sup>4</sup> avec le cessionnaire, à l'exécution du contrat envers le cédé.

septembre 2011, n° 09-16198, B. I, n° 149 ; JCP 2012, doctr. 945, n° 2, obs. M. Billiau ; Procédures 2012, comm. 6, obs. R. Perrot.

<sup>1</sup> Pour la transmission systématique de l'action en résolution du cédant au cessionnaire de la créance : Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. V, 6<sup>e</sup> éd., par P. Esmein, § 359 bis ; Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil de Beudant*, t. XI, par J. Brethe de la Gressaye, n° 355 ; contre cette transmission systématique, au motif qu'elle supposerait la qualité de partie au contrat : Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 922.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Sur les difficultés posées par ce texte, une fois de plus mal rédigé, cf. Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 608.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Quant au sort des sûretés garantissant le paiement de la dette du cédant, l'article 1216-3, alinéa 1<sup>er</sup>, distingue, là encore, selon que la cession est parfaite ou imparfaite<sup>1</sup> :

« Si le cédant n'est pas libéré par le cédé, les sûretés qui ont pu être consenties subsistent. Dans le cas contraire, les sûretés consenties par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord. »

## § 2 Les effets du contrat à l'égard des tiers

L'ancien article 1165 du Code civil posait déjà le principe dit de l'effet relatif du contrat :

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

Mais ce texte était à la fois très insuffisant et beaucoup trop catégorique.

L'ancien article 1165 était un texte très insuffisant, car il ne précisait pas la notion de tiers, alors qu'il en existe différentes catégories, dont le contrat peut affecter la situation avec une intensité variable, comme on le verra.

Ce texte était, de surcroît, beaucoup trop catégorique, et donc inexact. A le prendre au pied de la lettre, en effet, les tiers n'auraient été en rien concernés par le contrat. En principe, énonçait-il, de fait, le contrat n'a d'effet qu'entre les parties contractantes. Or, en réalité, la situation des tiers peut être affectée par le contrat, d'une manière différente selon la catégorie dont ils relèvent. Les anciens articles 1166 et 1167 du Code civil, qui se présentaient comme des tempéraments au principe de l'article 1165, le confirmaient d'ailleurs implicitement, au sujet des créanciers chirographaires<sup>2</sup>. C'était la raison pour laquelle René Savatier<sup>3</sup> avait pu écrire que l'article 1165 était le texte « le plus faux » du Code civil.

La doctrine<sup>4</sup> et la jurisprudence<sup>5</sup> s'étaient évertuées à remédier aux insuffisances de l'ancien article 1165 du Code civil, en distinguant le le contrat envisagé comme un acte juridique et le contrat envisagé comme un fait juridique. Les articles 1199 et 1200 actuels du Code civil reprennent cette distinction<sup>6</sup>.

Selon les articles 1199 et 1200 du Code civil, la détermination des effets que le contrat produit à l'égard des tiers repose sur la distinction fondamentale suivante<sup>7</sup> :

- Le contrat est opposable à tout le monde en tant que fait social, en tant que fait juridique. C'est le principe de l'opposabilité du contrat par les parties aux tiers, lesquels sont réciproquement fondés à l'opposer aux parties.

Ces tiers relèvent d'ailleurs de différentes catégories :

<sup>4</sup> C'est-à-dire pour le tout (article 1311, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil). Par exemple, si par le contrat, le cédant s'était obligé à payer une somme de 10 000 € au cédé, il demeure tenu du paiement de la totalité de cette somme envers lui. Le cédé n'aura donc pas à diviser ses poursuites entre le cédant et le cessionnaire.

<sup>1</sup> L'article 1328-1 du Code civil prévoit une distinction identique en matière de cession de dette.

<sup>2</sup> Cf. *infra* : Exceptions au principe de l'opposabilité de l'existence du contrat aux tiers.

<sup>3</sup> R. Savatier « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD civ.* 1934, 525 et s.

<sup>4</sup> Savatier, *op. cit.*, *passim* ; S. Calastreng, *La relativité des conventions – étude de l'article 1165 du Code civil*, thèse Toulouse 1939 ; A. Weill, *La relativité des contrats en Droit privé*, thèse Strasbourg 1939 ; J.-L. Goutal, *Essai sur le principe de l'effet relatif des contrats*, préf. H. Batiffol, LGDJ, 1981 ; M. Bacache-Gibelli, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 1996 ; J. Limpens « De l'opposabilité des contrats à l'égard des tiers », in : *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz & Sirey, 1961, t. II, 89 et s. ; F. Bertrand, *L'opposabilité du contrat aux tiers*, thèse Paris 2, 1979 ; R. Wintgen, *Etude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droits français et allemand*, LGDJ 2004 ; M. Grimaldi « Le contrat et les tiers », in : *Libres propos sur les sources du droit – Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, 163 et s.

<sup>5</sup> « S'il est de principe que les conventions ne peuvent faire naître d'obligations qu'entre les parties contractantes, elles n'en sont pas moins opposables aux tiers » (Civ. 1, 14 février 1984, n° 82-14503, *B. I.*, n° 63) ; « Si, en principe, les conventions n'ont d'effet qu'à l'égard des parties, elles constituent des faits juridiques dont peuvent être déduites les conséquences en droit à l'égard des tiers » (Civ. 1, 10 mai 2005, n° 02-11759, *B. I.*, n° 205 ; *D.* 2006, *J.* 1157, note A. Guégan-Lécuyer ; *RTD civ.* 2005, p. 596, obs. J. Mestre et B. Fages). Cf. ég. Com. 22 octobre 1991, n° 89-20490, *B. IV.*, n° 302 ; *D.* 1993, *J.* 181, note J. Ghestin ; *JCP* 1992, I, 3570, p. 148-149, obs. M. Billiau ; Civ. 3, 19 octobre 1993, n° 91-17665 ; Com. 26 février 2013, n° 11-25977.

<sup>6</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 551.

<sup>7</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 547.

- les tiers absolus ou *penitus extranei* : ils n'ont aucun lien juridique avec les parties, sont complètement étrangers à celles-ci ;
- les créanciers chirographaires, unis par un lien d'obligation – créance ou dette – à l'un des contractants, tout en étant étrangers au contrat considéré : ne bénéficiant d'aucune garantie particulière pour le recouvrement de leur dû et entrant donc en concours avec les autres créanciers (à la différence des créanciers dits « privilégiés »), ils subissent indirectement le contrecoup des contrats passés par leur débiteur, car ces contrats peuvent affecter son patrimoine, sur lequel lesdits créanciers ont un droit de gage général ;
- les ayants cause à titre particulier, qui ont acquis de leur auteur un ou plusieurs biens déterminés – chose ou droit –, par exemple l'acquéreur d'un bien, le donataire d'un bien ou le légataire particulier<sup>1</sup>. Il ne faut pas les confondre avec les ayants cause universels ou à titre universel : recueillant tout ou une quote-part du patrimoine de leur auteur, le défunt, ces derniers sont réputés continuer la personne de celui-ci et, partant, sont assimilés aux parties.
- Mais, en tant qu'acte juridique créateur d'obligations, le contrat ne rend créanciers ou débiteurs qu'un cercle plus limité de personnes : les parties, bien sûr, mais, dans une certaine mesure aussi, les ayants cause particuliers de celles-ci, et, plus exceptionnellement, les tiers autres que les ayants cause particuliers. C'est le principe de la relativité de la force, du lien ou de l'effet obligatoire du contrat, appelé encore principe de l'effet relatif du contrat. Inversement, d'ailleurs, même si l'article 1199, alinéa 1<sup>er</sup> déjà cité ne parle que de la création d'obligations, le principe de la relativité du contrat, on l'a vu, interdit de faire perdre à un tiers sa qualité de créancier à un contrat<sup>2</sup>. Ce principe de l'effet relatif du contrat connaît néanmoins des exceptions.

On étudiera donc l'opposabilité du contrat à tous les tiers et par tous les tiers, puis l'effet obligatoire du contrat à l'égard de certains tiers.

## A. L'opposabilité du contrat à tous les tiers et réciproquement

Les parties sont, d'une part, celles qui ont conclu le contrat à l'origine, d'autre part, des personnes qui peuvent acquérir ultérieurement la qualité de partie : les ayants cause universels ou à titre universel et le cessionnaire du contrat. Elles sont obligées, liées par le contrat, c'est-à-dire soumises à sa force obligatoire. Les autres personnes sont les tiers, que le contrat n'oblige pas, comme l'indique l'article 1199 du Code civil :

« Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties.  
« Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV. »

En revanche, selon l'article 1200 du Code civil, le contrat est opposable par les parties aux tiers et, réciproquement, ceux-ci peuvent l'opposer aux parties :

« Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat.  
Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait. »

Il résulte du texte que l'opposabilité du contrat aux tiers ou par les tiers se manifeste de deux façons, comme la jurisprudence antérieure l'avait décidé :

- opposabilité du contrat en tant qu'élément de preuve ;
- opposabilité de l'existence même du contrat, en tant que fait juridique à proprement parler.

<sup>1</sup> M. Laborde-Lacoste, *Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier*, thèse Bordeaux 1916.

<sup>2</sup> Civ. 1, 6 juin 1966, préc.

## 1. L'opposabilité du contrat en tant qu'élément de preuve

Aux termes de l'article 1200, alinéa 2, du Code civil, les tiers peuvent de se prévaloir de la situation juridique créée par le contrat « notamment pour apporter la preuve d'un fait ». Le contrat peut effectivement être invoqué par un tiers afin d'étayer sa thèse<sup>1</sup>, de telle manière que le juge soit amené à s'y référer pour forger sa conviction à propos de certains faits<sup>2</sup>.

Ex. : s'agissant de déterminer la valeur d'un bien, il peut être fait état du contrat en vertu duquel ce bien a été acquis et qui précise le prix de celui-ci.

Ex. : dans un litige opposant un bailleur et un preneur, le preneur a été admis, alors que l'absence d'état d'entrée des lieux faisait présumer qu'il les avait reçus en bon état de réparations locatives (article 1731 du Code civil), à rapporter la preuve contraire à cette présomption au moyen d'actes – de contrats – passés entre le bailleur et un précédent locataire<sup>3</sup>.

## 2. L'opposabilité de l'existence du contrat

Le principe d'opposabilité de l'existence du contrat connaît malgré tout certaines limites.

### a. Principe de l'opposabilité de l'existence du contrat

Ce principe s'applique non seulement aux conventions donnant naissance à une situation juridique absolue, opposable à tous, mais encore aux contrats créant des obligations. Cependant la mise en œuvre de l'opposabilité obéit, dans chacune de ces deux hypothèses, à des conditions différentes<sup>4</sup>.

#### α) Opposabilité des situations juridiques absolues d'origine conventionnelle

Les parties peuvent sans conteste opposer aux tiers la situation juridique absolue que leur convention a engendrée<sup>5</sup>. En effet, l'opposabilité *erga omnes* d'une telle situation ne saurait dépendre de son origine, contractuelle, légale ou autre.

Ainsi, par exemple, le régime matrimonial détermine la propriété des biens et les pouvoirs dont les époux disposent sur ces biens, tant dans leurs rapports entre eux qu'à l'égard des tiers. Il en va ainsi que ce régime matrimonial soit le régime légal – communauté réduite aux acquêts – ou qu'il résulte d'un contrat de mariage<sup>6</sup>, tel le régime de la séparation de biens ou de de communauté universelle.

Pareillement, une société souvent (article 1832 du Code civil), une association toujours (article 1er de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association) sont engendrées par contrat. Ces

<sup>1</sup> Le contrat constitue une sorte de « banque de données pour les tiers », selon l'expression d'un auteur (Ph. Delebecque, obs. *Rép. Defr.* 1996, 1022). Cf. Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 682 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 494 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 553.

<sup>2</sup> Civ. 1, 24 janvier 1967, n° 65-11.413, *B. I.*, n° 33 ; Civ. 1, 3 janvier 1996, n° 93-20404, *B. I.*, n° 7 ; *RTD civ.* 1996, 904, obs. J. Mestre : « Le principe de l'effet relatif du contrat n'interdit pas aux juges du fond de puiser dans un acte étranger à l'une des parties en cause des éléments d'appréciation de nature à éclairer leur décision » ; Com. 19 novembre 2002, n° 00-20085.

<sup>3</sup> Req. 27 juillet 1896, *D.P.* 97, 1, 327. Pour d'autres applications de la même idée, cf. par ex. Com. 8 mai 1972, *JCP* 1972, II, 17913, note P. L. ; Civ. 1, 10 mai 2005, préc. : référence à un contrat, d'ailleurs annulé, pour évaluer le préjudice subi par l'une des parties à ce contrat par la faute d'un tiers au contrat.

<sup>4</sup> B. Starck « Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui », *JCP* 1954, I, 1180.

<sup>5</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 678.

<sup>6</sup> Req. 17 décembre 1873, *S.* 74, 1, 409, note J. E. Labbé (cité par Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, *loc. cit.*) : « Les conventions matrimoniales, en tant qu'elles transmettent ou modifient des droits réels, ou donnent au mari le pouvoir d'administrer plus ou moins librement les biens de la femme, sont susceptibles de profiter aux tiers, ou de leur être opposées ; les tiers ne peuvent, pour repousser cet effet, invoquer utilement l'article 1165 du Code civil dont la disposition n'est relative qu'aux obligations que les conventions font naître entre les parties ». La fin de l'attendu reproduit de cet arrêt est, à la vérité, très discutable, car, comme on le verra, les obligations créées par le contrat sont, elles aussi, opposables aux tiers.

groupements n'en acquiert pas moins une existence tant dans les rapports entre associés ou sociétaires qu'à l'égard des tiers.

Surtout, la jurisprudence a décidé très tôt que les conventions constitutives ou translatives de droits réels étaient opposables à tous. Le droit réel est en effet un droit à opposabilité absolue, dont tous doivent respecter l'existence.

La vente est l'exemple type du contrat emportant transfert de la propriété d'une chose, du vendeur à l'acquéreur. En vertu du principe général désormais énoncé par l'article 1196 du Code civil, le transfert de propriété s'opère *inter partes* dès la conclusion du contrat, sauf exceptions énumérées par ce texte. Mais, réserve faite des règles de publicité, notamment foncière, l'acquéreur pourra, de surcroît, opposer le droit réel qu'il tient du vendeur, à toute personne : l'aliénation du bien et le fait que l'acquéreur en soit devenu propriétaire est opposable *erga omnes*. Le contrat translatif de propriété constitue un titre dont l'acquéreur peut notamment se prévaloir contre un tiers revendiquant la propriété du bien<sup>1</sup>, bien que le contrat intervenu soit *res inter alios acta* envers ce dernier.

L'opposabilité par l'acquéreur de son droit de propriété ou d'autres droits réels aux tiers rencontre cependant traditionnellement des limites, tant dans les ventes immobilières que dans les ventes mobilières. Ces limites sont désormais énoncées dans l'article 1198 du Code civil.

- Transfert de droits réels immobiliers

L'opposabilité du droit de propriété de l'acquéreur ou, plus généralement, du droit réel du cessionnaire en matière immobilière est subordonnée à la condition que l'acte authentique de vente ou de cession ait été publié au service de la publicité foncière ; à défaut, le droit de l'acquéreur ou du cessionnaire est inopposable aux tiers qui ont acquis un droit réel concurrent – droit de propriété résultant d'une seconde vente, servitude, hypothèque – sur le même immeuble et l'ont antérieurement publié (article 28, 1<sup>o</sup>, et 30, 1, du décret du 4 janvier 1955 sur la publicité foncière).

L'article 1198, alinéa 2, du Code civil n'accorde toutefois la préférence au second acquéreur ayant publié en premier son titre d'acquisition que s'il est de bonne foi, ayant contracté dans l'ignorance de la précédente aliénation :

« Lorsque deux acquéreurs successifs de droits portant sur un même immeuble tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a, le premier, publié son titre d'acquisition passé en la forme authentique au fichier immobilier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi. »

A une certaine époque<sup>2</sup>, la Cour de cassation n'avait privé le second acquéreur du droit de se prévaloir de la règle de l'inopposabilité des actes non publiés, que s'il avait ourdi avec le vendeur un concert frauduleux, en vue de dépouiller le bénéficiaire de la première aliénation. La collusion frauduleuse ne se confondait pas avec une simple faute, même intentionnelle. Elle allait bien au-delà, dans la mesure où elle supposait des manœuvres, une machination arrêtées de concert, à dessein de frustrer artificiellement le premier acquéreur de son droit de propriété. En ce cas, le second acquéreur était donc déchu du droit d'invoquer à son profit les règles de la publicité foncière, car, selon l'adage, la fraude corrompt tous – *fraus omnia corrumpit* – en faisant exception à toutes les règles<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 22 juin 1864, *D.P.* 64, 1, 142 ; *S.* 64, 1, 349 : « Attendu qu'aux termes de l'article 711 du Code civil, la propriété des biens s'acquiert et se transmet par l'effet des obligations ; et que les contrats qui lui servent de titre et de preuve sont ceux qui sont passés entre l'acquéreur et le vendeur ; que le droit de propriété serait perpétuellement ébranlé si les contrats destinés à l'établir n'avaient de valeur qu'à l'égard des personnes qui y auraient été parties ; puisque de l'impossibilité de faire concourir des tiers à des contrats ne les concernant pas, résulterait l'impossibilité d'obtenir des titres protégeant la propriété contre les tiers ; Attendu que déclarer opposables aux tiers les titres réguliers de propriété, ce n'est aucunement prétendre qu'il peut résulter de ces titres une modification quelconque aux droits des tiers ; et qu'ainsi la règle de l'article 1165 qui ne donne effet aux conventions qu'entre les cocontractants, est ici sans application ». *Cf.* Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 678, citant l'arrêt et reproduisant un extrait des attendus. *Cf.* ég. Civ. 9 janvier 1901, *D.P.* 1901, 1, 449 ; Civ. 5 mars 1913, *S.* 1913, 1, 191.

<sup>2</sup> Civ. 1, 8 juin 1963, n° 61-13.199, *B. I.*, n° 299 ; Civ. 1, 7 juillet 1965, n° 62-12.655, *B. I.*, n° 460.

<sup>3</sup> Civ. 3, 12 octobre 1971, n° 70-10610, *B. III.*, n° 486 ; Civ. 3, 10 mai 1972, n° 71-11520, *B. III.*, n° 300.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Mais la jurisprudence avait ultérieurement jugé que la simple mauvaise foi du tiers était suffisante pour faire échec aux règles de la publicité foncière. Ainsi le tiers de mauvaise foi, qui avait contracté en ayant eu connaissance de la première aliénation, était déchu du droit d'invoquer ces règles à son profit : il ne pouvait se prévaloir utilement de l'antériorité de la publication de son titre<sup>1</sup>.

Toutefois un revirement de jurisprudence s'était produit quelques années avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016. A suivre, en effet, la jurisprudence de la troisième Chambre civile, spécialisée dans les questions immobilières, en son dernier état, le tiers pouvait se prévaloir des règles de la publicité foncière, qu'il ait eu connaissance ou non de la vente antérieure non publiée<sup>2</sup>. Peu importait donc sa bonne ou mauvaise foi : selon l'expression de Mme Michelle Gobert<sup>3</sup>, l'application des règles de la publicité foncière doit être « mécanique », afin d'offrir la sécurité juridique que ses usagers sont en droit d'en attendre. Mais l'article 1198, alinéa 2, du Code civil revient à la jurisprudence antérieure, selon laquelle l'acquéreur de mauvaise foi est déchu du droit d'invoquer les règles de la publicité foncière à son profit.

- Ventes mobilières

L'opposabilité par l'acquéreur de son droit de propriété dans la vente mobilière peut être paralysée par le jeu de la règle « En fait de meubles, la possession vaut titre » (article 2276, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil). En effet, aux termes de l'article 1198, alinéa 1er, du Code civil :

« Lorsque deux acquéreurs successifs d'un même meuble corporel tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a pris possession de ce meuble en premier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi »<sup>4</sup>.

Ce texte fait bien application de la règle « En fait de meubles, la possession vaut titre » à l'hypothèse particulière où un vendeur indélicat a cédé successivement sa chose à deux personnes différentes. En effet, le premier acquéreur, pourtant devenu propriétaire par l'effet du contrat, ne pourra se prévaloir de son droit de propriété vis-à-vis du second acquéreur. Certes, ce dernier a acquis le meuble *a non domino*, puisque le vendeur en avait déjà transféré la propriété au premier acquéreur. Mais, selon l'article 1198, alinéa 1<sup>er</sup>, dès lors qu'il est possesseur de bonne foi du meuble, la règle « En fait de meubles, la possession vaut titre » le met à l'abri d'une demande en revendication. Le premier acquéreur en est donc réduit à se retourner contre son vendeur, pour inexécution par ce dernier de ses obligations.

Alors que le second acquéreur ne l'emporte sur le premier que s'il est de bonne foi en matière mobilière, sa bonne ou mauvaise foi était indifférente en matière immobilière, dès lors qu'il avait publié le premier son titre, dans le dernier état de la jurisprudence de la troisième Chambre civile. On pouvait légitimement se demander si le caractère mécanique attribué aux règles de la publicité foncière justifiait une telle différence de traitement. Aussi le nouvel article 1198 du Code civil a-t-il, dans les deux cas, réservé la protection de la loi au second acquéreur de bonne foi.

β) Opposabilité des obligations contractuelles

Si les tiers ne sont pas obligés d'exécuter les obligations nées du contrat (article 1199, alinéa 2, du Code civil), ils ne doivent pas sciemment faire obstacle à cette exécution. Inversement ils sont fondés à opposer les obligations contractuelles aux parties s'ils y ont intérêt.

<sup>1</sup> Civ. 3, 22 mars 1968, n° 66-12.943, B. III, n° 129 ; D. 1968, J. 412, note J. Mazeaud ; RTD civ. 1968, 564, obs. J.-D. Bredin ; JCP 1968, II, 15587, note A. Plancqueel ; Civ. 3, 3 octobre 1974, n° 73-11022, B. III, n° 335 ; JCP 1975, II, 18001, note M. Dagot ; Civ. 3, 20 mars 1979, n° 77-14926, B. III, n° 71 ; Civ. 3, 22 mai 1990, n° 88-11643, B. III, n° 128 ; D. 1991, J. 326, note A. Fournier. Pour la critique de cette jurisprudence, cf. M. Gobert « La publicité foncière française, cette mal aimée », in : *Etudes offertes à Jacques Flour*, Paris : Defrénois, 1979, 227 et suiv.

<sup>2</sup> Civ. 3, 10 février 2010, n° 08-21656, B. III, n° 41 ; Civ. 3, 15 décembre 2010, n° 09-15891 ; Civ. 3, 12 janvier 2011, n° 10-10667, B. III, n° 5 ; D. 2011, J. 851, note approbative L. Aynès ; RTD civ. 2011, 158, obs. P. Crocq et 369, obs. critiques Th. Revet ; rapp. Civ. 3, 20 décembre 2012, n° 11-19682, B. I, n° 273 ; D. 2013, 391, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki.

<sup>3</sup> Gobert, *op. cit.*

<sup>4</sup> La règle était naguère inscrite à l'ancien article 1141 du Code civil. Selon la jurisprudence (Civ. 1, 23 mars 1965, n° 63-11238, B. I, n° 206), la bonne foi s'entend en l'occurrence de « la croyance pleine et entière où s'est trouvé le possesseur (...) des droits de son auteur à la propriété des biens qu'il lui a transmis » ; « le doute sur ce point est exclusif de la bonne foi ». Cette bonne foi doit exister au moment de l'entrée en possession du meuble (Civ. 1, 13 janvier 1965, n° 62-13263, B. I, n° 35 ; Civ. 1, 27 novembre 2001, n° 99-18335, B. I, n° 295).

- Opposabilité des obligations contractuelles par les parties aux tiers<sup>1</sup>

En aidant en connaissance de cause le débiteur à ne pas exécuter ses obligations contractuelles, le tiers se rend complice de cette inexécution. Il commet ainsi une faute qui engage sa responsabilité extracontractuelle, en application de l'article 1240 – ancien article 1382 – du Code civil. Le créancier est dès lors fondé à exiger du tiers réparation du dommage que l'inexécution lui a causé<sup>2</sup>.

Ex. débauchage de salarié. Le fait de débaucher en connaissance de cause un salarié lié à une autre entreprise par un contrat de travail non encore expiré constitue une faute. Le second employeur devra donc indemniser le premier du dommage causé, bien qu'il soit un tiers par rapport au contrat de travail rompu, sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle<sup>3</sup>. De même, est fautif le fait d'embaucher en connaissance de cause un salarié lié à son précédent employeur par une clause de non-concurrence. Ainsi, bien que le contrat de travail n'ait point rendu le tiers débiteur des obligations qu'il renferme, ce dernier ne saurait en méconnaître l'existence, s'il en a eu connaissance.

La jurisprudence exige la connaissance de l'existence du contrat violé par le tiers, au moment où il conclut le contrat incompatible avec celui-ci, pour qu'il réponde de sa violation envers le créancier<sup>4</sup>. Cette connaissance ne se présume pas : le créancier demandeur à l'action en réparation doit la prouver. En revanche, la responsabilité contractuelle préalable du cocontractant n'est pas toujours requise, pour que celle, délictuelle, du tiers soit engagée<sup>5</sup>.

- Opposabilité des obligations contractuelles par les tiers aux parties

Les tiers peuvent opposer les obligations contractuelles aux parties, soit pour rechercher la responsabilité de l'une d'entre elles<sup>6</sup>, soit pour échapper à une obligation dont ils seraient sinon eux-mêmes tenus.

– En premier lieu, le tiers qui subit un préjudice du fait de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat peut rechercher la responsabilité du débiteur défaillant. Il se prévaut de ce manquement contractuel pour engager sa responsabilité délictuelle, extracontractuelle – et non sa responsabilité contractuelle – puisque, par hypothèse, il n'est pas partie au contrat.

Selon les articles 1240 et 1241 du Code civil – anciens articles 1382 et 1383 –, la responsabilité délictuelle de l'auteur d'un dommage suppose toutefois qu'il se soit rendu coupable d'une faute. La question s'est alors posée, de savoir si le seul manquement contractuel du débiteur est constitutif d'une faute envers le tiers auquel il cause un dommage ou bien si le tiers doit établir une faute délictuelle distincte de ce manquement pour obtenir réparation. L'ordonnance du 10 février 2016 n'a pas tranché cette question, de sorte que la jurisprudence antérieure se maintiendra, selon toute vraisemblance.

<sup>1</sup> P. Huguency, *La responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, thèse Dijon 1910 ; E. Lalou « 1382 contre 1165 ou la responsabilité délictuelle des tiers à l'égard d'un contractant et d'un contractant à l'égard des tiers », *D. H.* 1928, *Chr.* 69 ; B. Starck, *op. cit.*, *passim* ; F. Bertrand, thèse préc. ; D. Mazeaud « Contrat, responsabilité et tiers... (du nouveau à l'horizon) », *in* : *Libre droit – Mélanges en l'honneur de Philippe Letourneau*, Dalloz, 2008, 745 et suiv.

<sup>2</sup> Civ. 1, 26 janvier 1999, n° 96-20782, *B. I.*, n° 32 ; *D.* 1999, somm. 263, obs. P. Delebecque ; *RTD civ.* 1999, p. 405, n° 2, obs. P. Jourdain : « Le contractant, victime d'un dommage né de l'inexécution d'un contrat, peut demander, sur le terrain de la responsabilité délictuelle, la réparation de ce préjudice au tiers à la faute duquel il estime que le dommage est imputable » ; Com. 11 juillet 2000, *LPA* n° 142, 18 juillet 2001, p. 14, note M.-R. Garcia : engage sa responsabilité délictuelle le tiers qui, sciemment, se rend complice de la violation d'un contrat, cette complicité dans l'inexécution de l'obligation contractuelle étant constitutive d'une négligence.

<sup>3</sup> Civ. 1, 7 octobre 1958, *D.* 1958, 763 ; *RTD civ.* 1959, 104, obs. H. et L. Mazeaud.

<sup>4</sup> Com. 11 octobre 1971, n° 70-11892, *B. IV.*, n° 237 ; *D.* 1972, *J.* 120 ; Com. 13 mars 1979, n° 77-13518, *B. IV.*, n° 100 ; *D.* 1980, *J.* 1, note Y. Serra ; Com. 19 octobre 1999, *RJDA* 1999, n° 10407 ; *LPA* n° 143, 19 juillet 2000, p. 19, note M. Malaurie-Vignal ; Com. 22 février 2000, *CCC* 2000, n° 81, note M. Malaurie-Vignal ; *LPA* n° 226, 13 novembre 2000, p. 14, note L. Etnier ; *contra* cpdt. : Com. 11 juillet 2000, préc., pour une clause de non-concurrence.

<sup>5</sup> Civ. 1, 26 janvier 1999, préc. et Jourdain, obs. préc.

<sup>6</sup> D. Perrouin-Verbe, *Responsabilité délictuelle et contrat*, thèse Paris 2, dir. J.-B. Borghetti, 2025.

Longtemps la jurisprudence a retenu la seconde solution : le tiers ne pouvait obtenir réparation qu'en démontrant l'existence d' « une faute délictuelle envisagée en elle-même, indépendamment de tout point de vue contractuel »<sup>1</sup>. En d'autres termes, le tiers devait établir la violation, par le contractant défaillant, d'une règle de portée générale, une faute détachable du contrat. La jurisprudence consacrait ainsi ce que d'aucuns ont appelé « la relativité de la faute contractuelle »<sup>2</sup> et d'autres « l'autonomie de la faute délictuelle par rapport au contrat »<sup>3</sup>.

Mais, progressivement, la première Chambre civile de la Cour de cassation, spécialisée dans les contrats, en vint à déduire automatiquement la faute délictuelle du débiteur envers le tiers, de l'inexécution de son obligation contractuelle<sup>4</sup>. Ainsi consacra-t-elle le principe, contraire au précédent, de l'identité des fautes contractuelle et délictuelle<sup>5</sup>. En revanche, la Chambre commerciale de la Cour de cassation s'en tenait à la solution traditionnelle, selon laquelle la responsabilité du débiteur défaillant envers le tiers exigeait la preuve d'une faute distincte du seul manquement contractuel<sup>6</sup>.

Finalement l'Assemblée plénière a mis fin à cette dissension au sein même de la Cour de cassation, en se prononçant, en faveur de l'identité des fautes contractuelle et délictuelle. Par un arrêt de principe du 6 octobre 2006<sup>7</sup>, elle a, en effet, posé le principe suivant :

« le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage ».

Pour obtenir réparation de son dommage, il suffit donc désormais au tiers d'établir le manquement contractuel, sans avoir à rapporter d'autre preuve et notamment pas une violation du devoir général de ne pas nuire à autrui. La jurisprudence de la première Chambre civile s'en est trouvée ainsi confortée.

Ex. une personne blessée dans un ascenseur pourra réclamer des dommages-intérêts à la société installatrice en raison de la mauvaise exécution du contrat d'installation que celle-ci avait conclu avec le propriétaire de l'immeuble<sup>8</sup>.

Ex. l'acquéreur d'un véhicule d'occasion peut réclamer des dommages-intérêts au centre de contrôle technique qui, chargé par le vendeur du contrôle du véhicule préalablement à la vente, a commis des négligences dans l'accomplissement de sa mission<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 1, 7 novembre 1962, n° 59-13.188, *B. I.*, n° 465 ; *JCP* 1963, II, 12987, note P. Esmein ; *Gaz. Pal.* 1963, 2, 161 ; *RTD. civ.* 1963, 332, obs. A. Tunc ; Civ. 1, 15 décembre 1964, n° 63-10.484, *B. I.*, n° 565 ; Civ. 1, 23 mai 1978, n° 76-11663, *B. I.*, n° 201.

<sup>2</sup> P. Jourdain, obs. *RTD civ.* 1992, 567 et 1998, 113.

<sup>3</sup> Viney, *Introduction à la responsabilité*, n° 113 (à vérifier) ; obs. *JCP* 1998, I, 144, n° 1 et s.

<sup>4</sup> Civ. 1, 15 décembre 1998, n° 96-21.905, 96-22.440, *B. I.*, n° 368 ; Civ. 1, 18 juillet 2000, n° 99-12135, *B. I.*, n° 221 ; *D.* 2000, *I.R.* 217 ; *JCP* 2000, II, 10415, rap. P. Sargos ; *JCP* 2001, I, 338, § 2, n° 8 et suiv., obs. G. Viney ; *CCC* 2000, n° 175, note L. Leveneur ; *RTD civ.* 2001, p. 146, obs. P. Jourdain ; Civ. 1, 13 février 2001, n° 99-13589, *B. I.*, n° 35 ; *D.* 2001, *somm.* 2234, obs. Ph. Delebecque ; *JCP* 2001, I, 338, § 2, n° 8 et suiv., obs. G. Viney ; *RTD civ.* 2001, p. 367, n° 1, obs. P. Jourdain ; Civ. 1, 18 mai 2004, n° 01-13844, *B. I.*, n° 141 ; *RTD civ.* 2004, p. 516, n° 2, obs. critiques P. Jourdain ; dans le même sens : Civ. 3, 6 janvier 1999, n° 96-18690, *B. III.*, n° 3 ; *Dalloz affaires* 1999, 204 ; *RTD. civ.* 1999, p. 403, n° 1, obs. P. Jourdain.

<sup>5</sup> Brun, *Responsabilité civile extra-contractuelle*, n° 326.

<sup>6</sup> Com. 5 avril 2005, n° 03-19370, *B. IV.*, n° 81 ; *D.* 2005, *somm.* 2836, obs. B. Fauvarque-Cosson ; *RTD civ.* 2005, p. 602, n° 3, obs. P. Jourdain ; *RDC* 2005, 687, obs. D. Mazeaud ; *CCC* 2005, *Comm.* n° 149, obs. L. Leveneur.

<sup>7</sup> Ass. plén. 6 octobre 2006, n° 05-13255, *B. n° 9* ; *BICC* n° 651, 1<sup>er</sup> décembre 2006, rapp. Assié, avis A. Gariazzo, note Assié ; *G.A.*, t. II, n° 206, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *D.* 2006, *J.* 2825, note G. Viney ; *JCP* 2006, II, 10181, avis A. Gariazzo, note M. Billiau ; *JCP* 2007, I, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RDC* 2007, 375, obs. J.-B. Seube ; *RTD civ.* 2007, p. 61, obs. P. Deumier, p. 115, n° 8, obs. J. Mestre et B. Fages et p. 123, n° 1, obs. P. Jourdain. Cf. Ph. Brun « Feu la relativité de la faute contractuelle », *RLDC* janv. 2007, p. 5 et obs. du même auteur *RDC* 2007, 537 ; X. Lagarde « Le manquement contractuel assimilable à une faute délictuelle. Considérations pratiques sur la portée d'une solution incertaine », *JCP* 2008, I, 200 ; Ph. Stoffel-Munck « La responsabilité délictuelle pour manquement contractuel : quelle perspective en l'absence de réforme ? », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Delebecque*, Dalloz, 2024, 961 s.

<sup>8</sup> Civ. 8 juin 1949, *JCP* 1949, II, 4778, note R. Savatier.

<sup>9</sup> Civ. 2, 28 mars 2002, n° 00-11293, *B. II.*, n° 66 ; *CCC* 2002, n° 105.



Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Réaffirmée depuis lors à plusieurs reprises par différentes Chambres de la Cour de cassation<sup>1</sup>, dorénavant à l'unisson, puis à nouveau par l'Assemblée plénière<sup>2</sup>, cette solution encourt pourtant une double critique.

D'une part, sous couvert de permettre simplement au tiers d'opposer les obligations contractuelles aux parties, elle porte, en réalité, directement atteinte au principe de la relativité des conventions<sup>3</sup>. En effet, en déduisant automatiquement une faute délictuelle envers le tiers d'un manquement contractuel, elle confère à ce dernier la faculté d'exiger l'exécution par équivalent de l'obligation contractuelle, comme le créancier pourrait le faire lui-même. Le tiers est ainsi rendu créancier de l'obligation contractuelle inexécutée. Or l'article 1199, alinéa 2, du Code civil – ancien article 1165 – interdit, sauf par le biais une stipulation pour autrui (article 1205 et suiv. du Code civil)<sup>4</sup>, de rendre un tiers créancier d'une obligation née d'un contrat auquel il est étranger.

« Pire encore »<sup>5</sup>, le débiteur défaillant ne pourra se prévaloir à l'encontre du tiers des clauses aménageant sa responsabilité contractuelle envers le créancier ou, à défaut de la limitation de l'étendue de la réparation que l'article 1231-3 du Code civil – ancien article 1150 – prévoit en matière de responsabilité contractuelle. En effet, étranger au contrat conclu, le tiers recherche la responsabilité délictuelle du débiteur, et non sa responsabilité contractuelle. Ainsi, assimilé à un contractant pour la définition du fait générateur de la responsabilité, il redevient tiers au regard de la détermination de l'étendue de la réparation de son dommage. De manière fort critiquable, l'arrêt du 6 octobre 2006 lui permet de combiner les avantages et les inconvénients des deux qualités.

Cependant, un récent arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation a remis en cause cette solution choquante<sup>6</sup>. Selon cet arrêt, en effet :

« Pour ne pas déjouer les prévisions du débiteur, qui s'est engagé en considération de l'économie générale du contrat et ne pas conférer au tiers qui invoque le contrat une position plus avantageuse que celle dont peut se prévaloir le créancier lui-même, le tiers à un contrat qui invoque, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel qui lui a causé un dommage peut se voir opposer les conditions et limites de la responsabilité qui s'appliquent dans les relations entre les contractants. »

D'autre part, et en tout état de cause, la jurisprudence ne distingue pas selon la nature de l'obligation incombant au débiteur. Or un manquement contractuel peut engager la responsabilité du débiteur envers son créancier, auquel ce manquement a causé un dommage, alors même qu'il ne revêtirait pas un caractère fautif. Certes, le débiteur d'une obligation de moyens n'est responsable envers son créancier que s'il a commis une faute en manquant de diligence. En revanche, le débiteur d'une obligation de résultat engage sa responsabilité vis-à-vis de son créancier du seul fait que le résultat promis n'a pas été atteint, indépendamment de toute faute de sa part<sup>7</sup>. Quand bien même le débiteur devrait en répondre envers son créancier, l'inexécution de son obligation contractuelle de résultat ne saurait donc constituer,

<sup>1</sup> Com. 6 mars 2007, n° 04-13689, *B. IV*, n° 84 ; Com. 18 décembre 2007, *Dr. soc.* 2008, n° 55, note H. Hovasse ; *RTD civ.* 2008, p. 297, n° 5, note Bertrand Fages ; Com. 21 octobre 2008, *JCP* 2009, I, 123, n° 6, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RDC* 2009, 506, obs. J.-S. Borghetti ; Com. 6 septembre 2011, *RDC* 2012, 81, obs. J.-S. Borghetti ; dans le même sens : Civ. 3, 13 juillet 2010, n° 09-67516, *B. III*, n° 146 ; Civ. 2, 18 janvier 2007, n° 05-21291 ; P. Jourdain, *D.* 2007, *pan.* 2901 ; Civ. 1, 20 septembre 2017, n° 16-20456.

<sup>2</sup> Ass. plén. 13 janvier 2020, n° 17-19963 (P) ; note ss. arrêt de l'avocat général J.-R. de la Tour, *JCP* 2020, 92 ; *ibid.*, 93, note critique M. Mekki.

<sup>3</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 681 ; Terré, Lequette et Chénéde, obs. préc., n° 11 et s., ss. l'arrêt d'Assemblée plénière du 6 octobre 2006, *in* : *G.A.*, t. II, n° 206.

<sup>4</sup> Sur la stipulation pour autrui, *cf. infra* : 2. « L'effet obligatoire du contrat à l'égard de certains tiers ».

<sup>5</sup> Terré, Lequette et Chénéde, obs. préc., n° 14 et suiv. ; P. Jourdain, obs. *RTD civ.* 2007, 124.

<sup>6</sup> Com. 3 juillet 2024, n° 21-14947 (B) ; *D.* 2024, 1607, note D. Houtcieff ; *ibid.*, 1527, *Point de vue A.* Gouëzel ; *RTDC* 2024, 644, obs. H. Barbier ; *RLDC* 228/2024, 7582, note B. Jost ; D. Bakouche et Y.-M. Serinet « Responsabilité du débiteur à l'égard des tiers : où va la Chambre commerciale ? », *JCP* 2024, *doctr.* 1074 ; S. François et L. Vitale « Réflexions sur le principe d'assimilation des fautes délictuelle et contractuelle à la lumière de la jurisprudence récente de la Cour de cassation », *RCA* novembre 2024, *étude* 10, p. 7 et s.

<sup>7</sup> Sur la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, *cf. supra* : Introduction générale et *infra* : Le régime général des obligations, Le paiement par équivalent.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

en elle-même, une faute délictuelle à l'égard des tiers<sup>1</sup>. La jurisprudence aurait dès lors dû logiquement cantonner sa solution au cas où l'obligation inexécutée est simplement de moyens<sup>2</sup>.

Une frange importante de la doctrine<sup>3</sup> propose une autre distinction. Elle estime en effet que l'affirmation jurisprudentielle de l'unité des fautes contractuelle et délictuelle ne se justifierait que lorsque le manquement contractuel s'analyse en la violation d'un devoir général de ne pas nuire à autrui. Ainsi, par exemple, l'obligation de sécurité incombant au débiteur dans divers contrat, notamment le contrat de transport, intéresse autant les tiers que le créancier. La violation de cette obligation à portée générale constituerait donc simultanément une faute contractuelle et une faute délictuelle. Lorsque, au contraire, l'obligation contractuelle est souscrite au profit du seul créancier, sa violation n'impliquerait pas en elle-même une faute délictuelle. Mais, si la Chambre commerciale avait, dans certains arrêts antérieurs<sup>4</sup>, consacré cette distinction, l'arrêt de l'Assemblée plénière du 6 octobre 2006 la passe, au contraire, sous silence, en paraissant ainsi implicitement la condamner<sup>5</sup>.

L'ordonnance du 10 février 2016 n'a finalement pas pris parti sur la question de l'identité des fautes contractuelle et délictuelle. Le législateur a, en effet, repoussé l'examen de cette question jusqu'à la réforme de la responsabilité civile<sup>6</sup>. A cet égard, l'article 1234, alinéa 1<sup>er</sup>, du projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017 dispose<sup>7</sup> :

« Lorsque l'inexécution du contrat cause un dommage à un tiers, celui-ci ne peut demander réparation de ses conséquences au débiteur que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés à la section II du chapitre II. »

Ce texte laisse donc entendre qu'il appartiendra au tiers qui entend obtenir réparation du dommage que l'inexécution d'une obligation contractuelle lui cause, de prouver l'existence d'une faute délictuelle du débiteur – ou d'un fait d'une chose inanimée. S'il était adopté, ce texte, qui revient à une appréciation plus stricte du principe de relativité des contrats, rendrait en partie caduque la jurisprudence de l'Assemblée plénière de 2006.

Cependant l'alinéa 2 de l'article 1234 écarte ce principe au profit du tiers « ayant un intérêt légitime à la bonne exécution du contrat », qu'il admet à se prévaloir de la responsabilité contractuelle à l'encontre du contractant dont l'inexécution lui a occasionné un préjudice, tout en le soumettant aux limites inhérentes à cette responsabilité<sup>8</sup> :

« Toutefois, le tiers ayant un intérêt légitime à la bonne exécution d'un contrat peut également invoquer, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, un manquement contractuel dès lors que celui-ci lui a causé un dommage. Les conditions et limites de la responsabilité qui s'appliquent dans les relations entre les contractants lui sont opposables. Toute clause qui limite la responsabilité contractuelle d'un contractant à l'égard des tiers est réputée non écrite. »

La notion de tiers « ayant un intérêt légitime à la bonne exécution du contrat » n'est pas des plus précises et cette disposition, si elle est adoptée définitivement, ne manquera pas de générer un contentieux dont il serait préférable de faire l'économie. En revanche, la Chambre commerciale de la Cour de cassation, on l'a vu, a d'ores et déjà fait sienne la règle selon laquelle les conditions et limites de la responsabilité qui s'appliquent dans les relations entre les contractants, sont opposables au tiers<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, n° 325-326.

<sup>2</sup> Cf., en ce sens, exigeant la preuve d'une faute délictuelle d'une agence de voyage de la part des ayants-droit du contractant décédé agissant en réparation de leur préjudice et leur interdisant de se prévaloir de la responsabilité contractuelle de plein droit, reconnu par l'article L. 211-16 du Code du tourisme au profit du seul acheteur du voyage : Civ. 1, 28 septembre 2016, n° 15-17033 15-17516, *B. I.*, n° 180 ; *D.* 2017, 341, note Ch. Lachièze ; *CCC* 2016, *Comm.* 247, obs. L. Leveneur ; *RCA* 2016, 342, obs. L. Bloch ; *LEDC*, n° 10, p. 7, note O. Sabard.

<sup>3</sup> G. Viney, obs. *JCP* 2001, I, 338, § 2, n° 8 et suiv. ; P. Jourdain, obs. *RTD civ.* 2001, 146 et suiv., et 368-369.

<sup>4</sup> *Com.* 5 avril 2005 préc.

<sup>5</sup> *Contra*, s'appuyant sur le commentaire de l'arrêt par son conseiller rapporteur au *BICC* : Ph. Stoffel-Munck, obs. *JCP* 2007, I, 115, n° 4 ; L. Bloch « Relative relativité de la faute contractuelle ou absolue généralité de la faute délictuelle ? », *RCA* 2006, *Etudes*, n° 17.

<sup>6</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 554.

<sup>7</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 494.

<sup>8</sup> Sur la doctrine ayant inspiré ce tempérament, cf. M. Bacache « Relativité de la faute contractuelle et responsabilité des parties à l'égard des tiers », *D.* 2016, 1454.

<sup>9</sup> *Com.* 3 juillet 2024, n° 21-14947 (B), préc.

- En second lieu, un tiers peut invoquer un contrat pour échapper à une obligation dont il serait sinon tenu<sup>1</sup>. Là encore, il oppose la situation créée par le contrat à l'une des parties comme un fait juridique.

Ex. assureur se prévalant d'une transaction par laquelle l'assuré et sa victime sont convenus d'une limitation du montant du préjudice de celle-ci<sup>2</sup>.

#### b. Limites à l'opposabilité de l'existence du contrat

Le principe de l'opposabilité de l'existence du contrat, en tant que fait juridique, aux tiers connaît deux limites, l'une destinée à protéger tous les tiers, l'autre à protéger spécifiquement les créanciers chirographaires d'une des parties :

- une limite destinée à protéger tous les tiers : la simulation.
- Une limite destinée à protéger spécifiquement les créanciers chirographaires d'une des parties : la fraude paulienne.

##### α) Théorie de la simulation<sup>3</sup>

La simulation consiste en une dissimulation de la volonté véritable derrière une fausse apparence, d'un acte secret (dit « contre-lettre ») derrière un acte ostensible. La simulation implique donc deux actes concomitants, dont l'un dément l'autre.

La simulation peut être inspirée par un simple désir de discrétion, assez naturel dans le monde des affaires, mais bien souvent ce sont des motifs frauduleux qui auront présidé à l'établissement de l'acte apparent : par exemple, frauder le fisc pour payer des droits moindres.

La simulation est gouvernée par un principe de licéité. L'opération est valide<sup>4</sup>, malgré le taux élevé de fraude, en vertu de l'article 1201 du Code civil<sup>5</sup>. En effet, ce dernier texte lui reconnaît effet entre les parties, ce qui ne pourrait être le cas si la simulation était par principe nulle :

« Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir. »

On examinera successivement les formes de la simulation, puis son régime.

##### • Formes de la simulation

Il existe des degrés dans la simulation, c'est-à-dire dans le mensonge. L'acte ostensible, apparent, peut donc revêtir différentes formes.

L'acte est fictif, si l'acte secret le détruit entièrement, l'annihile, par ex. une vente fictive faite à un ami par un débiteur pour soustraire un bien à une saisie sur le point d'être effectuée : la contre-lettre va préciser qu'il n'y a pas vente, mais rien du tout.

<sup>1</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénédy, *op. cit.*, n° 681 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 494.

<sup>2</sup> Civ. 1, 23 juin 1998, n° 96-12489, *B. I.*, n° 224.

<sup>3</sup> Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, n° 192 et suiv. ; E. Bartin, *Des contre-lettres*, thèse Paris 1885 ; E. Glasson, *De la simulation*, thèse Paris 1897 ; M. Dagot, *La simulation en droit privé*, thèse Toulouse, LGDJ, 1967 ; J.-D. Bredin « Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé », *RTD civ.* 1956, 261.

<sup>4</sup> Civ. 13 août 1806, *S.* 06, 2, 961 ; Req. 9 novembre 1891, *D.P.* 92, 1, 151, rap. Rivière ; Civ. 1, 22 octobre 1975, n° 74-10576, *B. I.*, n° 291 ; Civ. 1, 11 juillet 1979, n° 78-11127, *B. I.*, n° 209 ; Civ. 1, 18 octobre 2005, n° 02-14219, *B. I.*, n° 364.

<sup>5</sup> Sous l'empire des textes du Code civil de 1804, argument de cette validité pouvait être tiré de l'ancien article 1321 du Code civil. En effet, ce texte limitait l'effet des contre-lettres aux rapports entre les parties, en leur refusant effet envers les tiers. Or la question de l'étendue des effets des contre-lettres ne se serait pas posée, si celles-ci étaient frappées de nullité. L'ancien article 1321 admettait donc implicitement, *a contrario*, la validité des contre-lettres.

L'acte est déguisé, si l'acte secret modifie seulement les effets de l'acte apparent. Le déguisement peut revêtir différentes modalités :

- Déguisement total s'il porte sur la nature même du contrat, par ex. donation déguisée derrière une vente. But : souvent frauder le fisc (droits de mutation) et/ou les héritiers réservataires.
  - Déguisement partiel, s'il porte sur l'une des clauses, conditions du contrat, par exemple le prix. Le but, là encore, est souvent une fraude fiscale : dans l'acte apparent, les parties stipulent un prix inférieur au prix réel dont elles conviennent dans la contre-lettre. C'est la pratique, tristement banale, dite du « dessous de table ».
  - Interposition de personnes, si la dissimulation porte sur l'identité du bénéficiaire réel du contrat : l'acte secret modifie le bénéficiaire de l'acte apparent. C'est l'hypothèse classique du prête-nom. Le but est souvent tourner une incapacité de contracter.
- Régime de la simulation

D'après l'article 1201 du Code civil, déjà cité, la simulation produit effet entre les parties, mais elle est inopposable aux tiers, lesquels peuvent néanmoins s'en prévaloir.

L'ancien article 1321 du Code civil disposait, plus énigmatiquement, que « Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes ; elles n'ont point d'effet contre les tiers ». Le texte invitait donc à distinguer les effets de la simulation entre les parties et ses effets à l'égard des tiers. Cependant sa rédaction était imprécise et sa place dans le Code civil, discutable.

Tout d'abord, pris au pied de la lettre, l'ancien article 1321 pouvait n'apparaître que comme un rappel du principe posé par l'actuel article 1165 du même code, selon lequel Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers... ». Mais, en réalité, l'article 1321 n'était pas une simple redondance : la jurisprudence l'avait interprété à juste titre comme privant les contre-lettres d'effets tant directs, qu'indirects à l'égard des tiers. En d'autres termes, la contre-lettre non seulement ne saurait rendre un tiers créancier ou débiteur sans son consentement, conformément au principe général de la relativité des conventions, mais encore elle est inopposable aux tiers qui sont fondés à l'ignorer, en raison de son caractère occulte<sup>1</sup>.

L'article 1201 du Code civil conforte cet acquis jurisprudentiel. Sa rédaction est en effet plus précise que celle de l'ancien article 1321, puisqu'il distingue l'effet de la simulation entre les parties et son inopposabilité aux tiers.

Ensuite, l'ancien article 1321 était inséré dans une division du titre III du Code civil consacrée à la preuve des obligations. Mais le texte posait, en réalité, une règle de fond, et non de preuve. En effet, il ne voulait pas simplement dire que la preuve d'une contre-lettre peut seulement être rapportée dans les rapports entre les parties, lesquelles sont irrecevables à la prouver à l'encontre des tiers ; il signifiait, plus fondamentalement, que la contre-lettre n'a d'effet obligatoire qu'entre les parties, sans que celles-ci puisse en opposer l'existence aux tiers. Le texte dérogeait donc au principe de l'opposabilité des contrats aux tiers en cas de simulation. Dès lors, il aurait été plus judicieusement inséré à l'intérieur de la division du Code civil consacrée aux effets des conventions à l'égard des tiers, au lieu d'être relégué parmi les règles relatives à la preuve des obligations.

L'ordonnance du 10 février 2016 remédie aussi à ce second défaut. Le nouvel article 1201 du Code civil traitant de la simulation suit en effet immédiatement les nouveaux articles 1199 et 1200, lesquels consacrent respectivement le principe de la relativité du lien obligatoire issu du contrat et celui de l'opposabilité aux tiers de la situation juridique engendrée par le contrat. La simulation se présentera donc bien, désormais, comme une dérogation au principe de l'opposabilité du contrat aux tiers.

Avec l'article 1201 du Code civil, on distinguera donc les effets de la simulation entre les parties et son inopposabilité aux tiers.

- Effets de la simulation entre les parties

Ils sont gouvernés par un principe, assorti d'une exception lorsque la simulation est frauduleuse.

<sup>1</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 738 ; Civ. 15 mai 1944, *D.A.* 1944, 86.

Le principe est celui de l'efficacité de l'acte secret, et de lui seul. Si elle est contestée par l'autre partie, l'existence de l'acte secret sera établie au moyen d'une action en déclaration de simulation. Cette action est soumise à la prescription quinquennale de droit commun (article 2224 du Code civil). La preuve de l'existence de l'acte secret obéit aux règles de preuve des actes juridiques (articles 1359 et suivants du Code civil<sup>1</sup>). La preuve doit donc en être rapportée par écrit<sup>2</sup>, dès lors du moins que la somme en jeu excède 1500 €, ce qui est presque toujours le cas, car le recours à la simulation ne se justifie que si l'enjeu est important<sup>3</sup>.

L'exception concerne le cas de la simulation frauduleuse. En effet, comme le dit l'adage, *fraus omnia corrumpit*<sup>4</sup> – la fraude corrompt tout. La loi vise expressément certaines fraudes, mais, à défaut, le juge peut sanctionner la fraude en considérant que la simulation heurte une règle d'ordre public. La preuve d'une simulation frauduleuse peut être rapportée par tous moyens<sup>5</sup>, car la fraude fait échec à toutes les règles, notamment celles relatives à l'admissibilité de la preuve des actes juridiques.

Deux techniques sont alternativement employées pour sanctionner la simulation frauduleuse :

- Nullité de l'acte secret, c'est-à-dire application de l'acte ostensible qui ne correspond à aucune volonté réelle. Ainsi l'article 1202 du Code civil déclare-t-il nul la contre-lettre dissimulant une partie du prix (« dessous de table ») dans une cession d'office ministériel, une vente d'immeuble ou de fonds de commerce, etc... L'idée du texte est d'inciter l'acheteur à dénoncer la contre-lettre et ne payer ainsi que le prix apparent. La pratique a réagi en exigeant un « dessous de table », un supplément de prix dont le vendeur ne donne pas quittance, plutôt que d'établir une contre-lettre. Mais, en tout état de cause, le redressement fiscal est possible au titre des droits d'enregistrement.
  - Nullité de l'opération entière, par ex. pour une donation, déguisée ou interposée, faite à une personne incapable de recevoir (art. 911 du Code civil et présomption d'interposition de personne de l'alinéa 2). En l'absence de texte, selon la jurisprudence, l'annulation de l'acte ostensible au même titre que celle de l'acte occulte s'impose, lorsque ces deux actes sont indivisibles, en ce sens que chacun d'entre eux est indispensable pour réaliser la fraude<sup>6</sup>.
- Inopposabilité de la simulation aux tiers

Tous les tiers sont fondés à se prévaloir de l'inopposabilité, c'est-à-dire toutes les personnes autres que les parties et les personnes assimilées aux parties. Mais c'est évidemment au regard des tiers pour lesquels l'opposabilité du contrat présente un relief particulier – créancier chirographaire, ayant cause à titre particulier – que la solution prend toute son importance.

Si les parties ne sauraient opposer la contre-lettre aux tiers, ces derniers conservent néanmoins la possibilité, selon leur intérêt, de se prévaloir à leur choix soit de l'acte apparent, soit de la contre-lettre s'ils en ont eu connaissance, en exerçant alors l'action en déclaration de simulation<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Anciens articles 1341 et s. du Code civil.

<sup>2</sup> Civ. 1, 13 novembre 1968, n° 67-12.091, *B. I.*, n° 275 ; Civ. 3, 15 septembre 2010, n° 09-68656, *B. III.*, n° 160 ; *JCP* 2010, 1112, obs. Y. Dagonne-Labbé ; Civ. 1, 16 octobre 2013, n° 12-24119.

<sup>3</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 737.

<sup>4</sup> Roland et Boyer, *Adages du droit français*, n° 141.

<sup>5</sup> Civ. 1, 13 novembre 1968, préc. ; Civ. 1, 19 avril 1977, n° 76-10756, *B. I.*, n° 172 ; *Deffrénois* 1977, art. 36591, n° 78, obs. Ph. Delebecque ; Com. 19 novembre 2002, n° 00-21620, *B. IV.*, n° 174 ; Civ. 1, 17 décembre 2009, n° 08-13276, *B. I.*, n° 254 ; *D.* 2010, *A.J.* 150 ; *CCC* 2010, n° 65, obs. L. Leveneur.

<sup>6</sup> Com. 13 octobre 1969, n° 66-14.398, *B. IV.*, n° 289.

<sup>7</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 741 ; Civ. 1, 19 juin 1984, n° 83-12396, *B. I.*, n° 205 ; Civ. 1, 17 septembre 2003, n° 01-12925, *B. I.*, n° 181 ; *RTD civ.* 2004, 93, obs. J. Mestre et B. Fages.

Cette action est ouverte aux tiers que la simulation soit, ou non, frauduleuse<sup>1</sup>. En effet, l'article 1201 du Code civil prive les contre-lettres de leur opposabilité aux tiers, sans distinguer selon qu'elles sont, ou non, entachées de fraude. La sanction spécifiquement attachée à une simulation frauduleuse est, quant à elle, on l'a vu, la nullité soit de l'acte secret, soit de l'opération entière<sup>2</sup>. La nullité violant une règle relevant de l'ordre public de direction, est absolue. Dès lors tout intéressé est recevable à l'invoquer, non seulement une des parties, comme on l'a vu, mais encore les tiers<sup>3</sup>.

Les tiers disposent donc d'une option, qu'ils exercent en fonction de leur intérêt :

- invoquer l'acte ostensible, en repoussant l'acte secret ;
- invoquer l'acte secret, en exerçant l'action en déclaration de simulation.

Ex. : sous-évaluation d'un loyer. Pour obtenir un prix plus élevé de son bien, le propriétaire passe avec son locataire un bail apparent aux termes duquel le loyer est de 5000 €, alors qu'il est convenu parallèlement, dans une contre-lettre, que le loyer est ramené à son montant véritable, soit 3000 €. L'acquéreur, ayant cause à titre particulier tenu de respecter le bail (article 1743 du Code civil) pourra réclamer le montant du loyer fixé dans l'acte apparent, soit 5000 €, sans que le locataire puisse lui opposer la contre-lettre.

Ex. : vente fictive. Les créanciers chirographaires de l'acquéreur ont intérêt à invoquer l'acte ostensible, car ils pourront saisir le bien supposé vendu, cependant que les créanciers chirographaires du vendeur ont intérêt à se prévaloir de l'acte secret, d'où il résulte que le vendeur est resté propriétaire.

S'il incombe au tiers, qui se prévaut de l'acte secret, de rapporter la preuve de l'existence et du contenu de ce dernier<sup>4</sup>, en revanche il peut le faire par tous moyens<sup>5</sup>. En effet, selon l'article 1199 du code civil, le contrat n'a force obligatoire qu'entre les parties. A l'égard des tiers, il ne constitue qu'un fait, révélateur d'une situation juridique, dont ils peuvent se prévaloir, conformément à l'article 1200, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil. Dès lors, ils sont recevables à l'établir par tous moyens, conformément au principe posé par l'article 1358 du Code civil : aux termes mêmes de l'article 1359 du Code civil, l'exigence de la preuve écrite, sous réserve d'une simulation frauduleuse<sup>6</sup>, ne s'applique qu'aux actes juridiques, partant exclusivement dans les rapport des parties à cet acte.

Lorsque, comme dans ce dernier exemple, il y a conflit entre des tiers qui invoquent, les uns l'acte ostensible, les autres l'acte secret, la jurisprudence décide que ce conflit doit être réglé en faveur de ceux qui se prévalent de l'acte ostensible<sup>7</sup>. La solution se fonde sur un argument de texte et sur le principe de la sécurité du commerce<sup>8</sup>.

- Aux termes de l'article 1201 du Code civil, la contre-lettre « n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir ». Le texte indique donc, non pas que les tiers doivent nécessairement profiter de la contre-lettre, mais que cette contre-lettre ne saurait leur être opposée<sup>9</sup>, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas leur nuire. Or elle nuirait aux tiers si certains d'entre eux pouvaient l'opposer aux autres.

<sup>1</sup> Civ. 3, 4 juin 2003, n° 02-12275, B. III, n° 123 ; JCP 2004, II, 10136, note M. Dagot.

<sup>2</sup> Cf. *supra*.

<sup>3</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 320.

<sup>4</sup> Civ. 1, 4 février 1963, n° 57-12.179, B. I, n° 78 ; Civ. 1, 26 novembre 1963, n° 62-10.197, B. I, n° 514.

<sup>5</sup> Civ. 10 mai 1905, D.P. 1908, 1, 276 ; Req. 8 décembre 1937, D.H. 1938, 114 ; Com. 30 juin 1980, n° 79-10623, B. IV, n° 279 ; Paris 11 juillet 1990, D. 1991, 33, note Ch. Larroumet.

<sup>6</sup> Cf. *supra* : effets de la simulation entre les parties.

<sup>7</sup> Civ. 25 avril 1939, D.P. 1940, 1, 12, note G. L. ; G.A., t. II, n° 198, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; Civ. 1, 22 février 1983, n° 81-16061, B. I, n° 71 ; JCP 1985, II, 20359, note J.-P. Verschave.

<sup>8</sup> Terré, Simler et Lequette, *op. cit.*, n° 554 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 319.

<sup>9</sup> L'ancien article 1321 énonçait ainsi que les contre-lettres « n'ont point d'effet contre les tiers ».

- Le principe de la sécurité du commerce postule que l'on puisse se fier aux apparences. Ce second fondement à la solution jurisprudentielle explique néanmoins que celle-ci ne reçoive application que pour autant que le tiers ait été victime des apparences, qu'en d'autres termes il ait été de bonne foi. Jadis, la Cour de cassation avait même paru exiger que le tiers eût été la proie d'une erreur invincible<sup>1</sup>. Mais elle a jugé plus récemment que la bonne foi du tiers était suffisante, pour lui permettre d'opposer l'acte ostensible non seulement aux parties, mais encore à d'autres tiers qui entendrait se prévaloir de l'acte secret<sup>2</sup>.

### β) Action paulienne

Cette limite à l'opposabilité du contrat est instituée pour la protection de certains tiers seulement : les créanciers chirographaires.

Tiers aux contrats passés par leur débiteur, les créanciers chirographaires pâtissent ou bénéficient, selon les cas, des conséquences de ces contrats. En effet, ces contrats entraînent des fluctuations du patrimoine du débiteur. Or c'est sur ce patrimoine que le débiteur doit répondre envers ses créancier de ses obligations, en vertu du droit de gage général reconnu à ceux-ci par les articles 2284 et 2285 du Code civil<sup>3</sup>. Ainsi les créanciers chirographaires subissent-ils de plein fouet les événements affectant la fortune de leur débiteur.

Il existe un principe de non-ingérence du créancier dans les affaires de son débiteur. Ce principe connaît néanmoins deux exceptions, destinées à préserver le droit de gage général des créanciers. En effet, l'article 1199, alinéa 2, du Code civil précise, rappelons-le :

« Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV. »

Les dispositions du chapitre III du titre IV, auxquelles l'article 1199, alinéa 2, renvoie, ouvrent, plus précisément, trois actions aux créanciers chirographaires, l'action oblique, l'action paulienne (articles 1341-1 et 1341-2 du Code civil – anciens articles 1166 et 1167 du Code civil) et, « dans les cas déterminés par la loi », l'action directe (article 1341-3 du Code civil).

Les actions oblique et paulienne apparaissent comme une conséquence du pouvoir de contrainte que l'article 1341 du Code civil reconnaît à tout créancier envers son débiteur, quelle que soit la source de sa créance. Elles relèvent donc des règles applicables aux obligations indépendamment de leur source. C'est la raison pour laquelle les articles 1341-1 et 1341-2 du Code civil, gouvernant respectivement l'action oblique et l'action paulienne, sont insérés dans le nouveau titre IV du livre III, consacré au « Régime général des obligations », à l'intérieur d'un chapitre III intitulé « Les actions ouvertes au créancier ».

Les rédacteurs du Code civil de 1804 présentaient déjà ces prérogatives comme des dérogations au principe de l'effet relatif des contrats. Mais ils en traitaient dans les articles 1166 et 1167, immédiatement à la suite de l'ancien article 1165 du Code civil. Consacré à l'action oblique, l'ancien article 1166 s'ouvrait d'ailleurs par la formule « Néanmoins... », c'est-à-dire « en dépit », par dérogation au principe posé par l'article 1165.

La place des anciens articles 1166 et 1167 du Code civil, immédiatement après l'article 1165 affirmant le principe de l'effet relatif de ces conventions, s'expliquait par le fait que les rédacteurs du Code civil de 1804 n'avaient pas, on le sait, distingué les effets généraux des obligations de ceux, spécifiques, des contrats, tout à leur idée que le contrat est la source par excellence des obligations.

- L'action oblique de l'article 1341-1 du Code civil permet aux créanciers d'exercer, au nom de leur débiteur, les droits et actions appartenant à ce dernier et qu'il négligerait d'exercer, compromettant ainsi son patrimoine. Si la nature exacte de cette prérogative est controversée, elle ne constitue, de toute façon, pas une véritable dérogation au principe de l'effet relatif des

<sup>1</sup> Civ. 25 avril 1939, préc., se référant à la « force invincible des apparences » pour justifier la solution.

<sup>2</sup> Civ. 1, 22 février 1983, préc.

<sup>3</sup> Cf. *supra* : Introduction générale au cours.

conventions. En effet, selon les analyses, le créancier se substitue au débiteur ou le représente, dans l'exercice de droits appartenant à ce dernier. Le créancier ne devient donc pas titulaire de ces droits, et notamment pas d'une créance d'origine contractuelle, aux lieu et place de son débiteur<sup>1</sup>. En vérité, l'action oblique a pour raison d'être l'opposabilité aux créanciers chirographaires des contrat conclus par leur débiteur<sup>2</sup>.

- L'action paulienne de l'article 1341-2 du Code civil permet au créancier dont le débiteur a passé un acte appauvrissant frauduleusement son patrimoine, de faire écarter les conséquences de l'acte, en le faisant déclarer inopposable à son égard<sup>3</sup>. L'action remonte au droit romain, comme le révèle sa dénomination – la paternité en reviendrait à un certain Paul, préteur ou jurisconsulte – mais son origine précise est incertaine. A la différence de ce qui se passe en cas de simulation, le contrat conclu est ici bien réel, sans être démenti dans son existence ou ses clauses par un acte secret.

Ex. débiteur aux abois consentant à des parents ou des amis des donations ou des ventes à vil prix, afin de soustraire ses biens aux poursuites de ses créanciers. Mais souvent les montages sont plus subtils et l'article 1341-2 du Code civil sert à déjouer les tentatives du débiteur d'organiser son insolvabilité.

L'action paulienne représente bien une dérogation au principe de l'opposabilité du contrat aux tiers que sont les créanciers chirographaires<sup>4</sup>. Si, en effet, le contrat conclu par le débiteur n'était pas opposable aux tiers, cette action serait privée de sa raison d'être, puisqu'elle tend, précisément, à le faire déclarer inopposable aux créanciers demandeurs.

Les actions oblique et paulienne étant des corollaires du pouvoir de contrainte reconnu au créancier envers son débiteur, font partie des règles applicables aux obligations indépendamment de leur source. C'est donc à ce propos qu'il convient d'en traiter en détail<sup>5</sup>.

## B. L'effet obligatoire du contrat à l'égard de certains tiers

L'effet obligatoire pose la question de savoir qui est créancier ou débiteur dans un contrat, qui peut demander l'exécution. Selon le principe de la relativité de l'effet obligatoire du contrat, posé par l'article 1199 du Code civil, rappelons-le, ce sont les parties seulement et les ayants cause universel ou à titre universel, par opposition aux ayants cause particuliers, aux créanciers chirographaires et aux tiers « absolus ».

- Ce principe est globalement exact pour les créanciers chirographaires et pour les tiers « absolus », encore que le principe jurisprudentiel d'identité des fautes contractuelle et délictuelle y porte atteinte<sup>6</sup>.
- En revanche, il est à nuancer pour les ayants cause particuliers, recevant un droit ou un bien déterminé de leur auteur, tel l'acquéreur, ayant cause du vendeur, ou le légataire particulier, ayant cause du testateur.
- En outre, les articles 1205 et suivants du Code civil y font exception pour tous les tiers. L'article 1205 permet en effet de rendre un tiers quelconque créancier, sinon débiteur, sur le fondement d'un contrat auquel il est étranger.

On traitera donc successivement des ayants cause particuliers rendus créanciers ou débiteurs, puis des tiers en général rendus créanciers ou débiteurs.

<sup>1</sup> Marty et Raynaud, *Les obligations*, t. I, n° 269 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 1558 ; Houtcieff, *Droit des contrats*, n° 909.

<sup>2</sup> Marty et Raynaud, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>3</sup> Houtcieff, *op. cit.*, n° 210 et suiv.

<sup>4</sup> Plutôt qu'une exception au principe de la relativité des contrats, comme le suggérait le Code civil de 1804, dont l'article 1167 suivait les articles 1165 et 1166.

<sup>5</sup> *Cf. infra* : seconde partie.

<sup>6</sup> *Cf. supra*.



## 1. Les ayants cause à titre particulier rendus créanciers ou débiteurs<sup>1</sup>

N'étant pas partie aux contrats conclus par leur auteur, les ayant cause à titre particulier sont tiers par rapport à ceux-ci. Ils ne deviennent donc pas, normalement, créanciers ou débiteurs à la place de leur auteur.

Ex. : l'acquéreur d'un immeuble ne saurait, à l'évidence, être tenu d'une dette chirographaire résultant d'un emprunt que son vendeur aurait contracté pour financer l'acquisition d'une automobile.

Les contrats conclus par leur auteur sont, d'une manière générale, simplement opposables aux ayants cause à titre particulier, comme à toute autre personne. Mais *quid*, lorsque le contrat conclu par l'auteur entretient un rapport étroit avec le droit ou le bien transmis à l'ayant cause à titre particulier ? L'ordonnance du 10 février 2016 ne contenant aucune disposition sur cette question importante, la jurisprudence antérieure, qui avait fait preuve d'empirisme, conserve toute sa valeur.

- Il est certain que ce contrat lui est opposable en tant que fait juridique, comme à tout tiers. Cette opposabilité revêt une importance particulière à son égard. Si, en effet, la convention passée par l'auteur a eu pour conséquence de modifier ou restreindre le droit qui a été ensuite transmis à titre particulier, l'opposabilité de cette convention à l'ayant cause à titre particulier a pour conséquence qu'il n'a pu acquérir que le droit restreint ou modifié. Nul ne pouvant transférer à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même, l'ayant cause à titre particulier ne saurait en effet acquérir plus de droits que son auteur n'en avait : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*<sup>2</sup>.

Ainsi, par exemple, l'acquéreur d'un immeuble doit-il respecter les droits réels dont celui-ci a été grevé, tels une servitude, une hypothèque ou une sûreté assimilée à l'hypothèque comme le privilège de prêteur de deniers, pourvu que les formalités de publicité foncière ait été respectées<sup>3</sup>. Mais, inversement les droits réels attachés à l'immeuble, comme une servitude<sup>4</sup>, sont transmis automatiquement à l'acquéreur avec la propriété de cet immeuble<sup>5</sup>. Ces solutions sont la conséquence de l'opposabilité absolue des droits réels<sup>6</sup> : le droit réel créé ou transféré par contrat est opposable tant par les parties aux tiers, que par les tiers aux parties<sup>7</sup>.

- *Quid*, en revanche, lorsque le contrat passé par l'auteur et se rapportant au bien transmis crée des obligations ? L'ayant cause particulier en bénéficie-t-il ou en est-il tenu ? Ces obligations lui sont-elles transmises, passivement ou activement, en même temps que le bien ? En d'autres termes, le contrat en question rend-il l'ayant cause à titre particulier créancier ou débiteur, bien qu'il soit tiers par rapport à ce contrat ?

Ex. : personne ayant conclu un contrat avec un entrepreneur afin de faire effectuer des réparations sur son immeuble, puis vendant cet immeuble avant que les travaux n'aient été effectués. L'acquéreur de l'immeuble pourra-t-il se prévaloir et sera-t-il tenu de l'exécution de ce contrat ? De fait, ce contrat ne présente d'intérêt que pour le propriétaire de l'immeuble, lequel est désormais l'ayant cause à titre particulier. Mais cela suffit-il à considérer que l'ayant cause à titre particulier est lié par ce contrat, alors qu'il n'y a pas consenti ?

- La réponse ne fait pas de difficulté lorsque les intéressés, par leur volonté expresse, ont entendu transmettre à l'ayant cause à titre particulier les obligations pesant sur son auteur, ainsi que les droits dont celui-ci profitait. Dans cette hypothèse, il suffit de se conformer à cette volonté. Ainsi, lorsque l'acquéreur d'un bien déclare « faire son affaire personnelle » des contrats antérieurement conclus par le vendeur<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> L. Mourgeon, *Les effets des conventions à l'égard des ayants cause à titre particulier en droit français*, thèse Paris 1934.

<sup>2</sup> H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 4<sup>e</sup> éd., Litec, 1999, n° 259.

<sup>3</sup> Cf. *supra*.

<sup>4</sup> Civ. 3, 30 mai 1969, n° 68-11577, B. III, n° 444 ; Civ. 3, 5 novembre 1970, n° 69-10593, B. III, n° 578.

<sup>5</sup> Flour, Aubert et Savaux, *L'acte juridique*, n° 767.

<sup>6</sup> *Ibid.* et cf. ég. *supra*.

<sup>7</sup> *Ibid.*

– Il n'y a pas de difficulté non plus si la transmission du contrat à l'ayant cause à titre particulier résulte de la loi elle-même.

- Ainsi, aux termes de l'article 1743, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, l'acquéreur ne peut-il expulser le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine<sup>1</sup>. A première vue, ce texte semble se borner à imposer à l'acquéreur la présence de l'acquéreur jusqu'à l'expiration du bail. Cependant la jurisprudence en a fait prévaloir une interprétation extensive. Elle en déduit, en effet, que l'acquéreur se substitue au vendeur dans les droits et obligations nées du bail. Il devra donc assumer les obligations du bailleur envers le locataire, tandis que, réciproquement, celui-ci sera tenu de respecter ses propres obligations envers l'acquéreur.

Toujours selon la jurisprudence, et fort logiquement, la transmission du contrat de bail s'effectue néanmoins sans rétroactivité, c'est-à-dire que l'acquéreur ne succède aux droits et obligations du vendeur à l'égard du preneur qu'à dater de la vente. L'acquéreur ne pourra donc invoquer de manquements antérieurs à la vente à l'encontre du preneur<sup>2</sup>, pas plus que ce dernier ne pourra se prévaloir envers l'acquéreur de l'inexécution, par le bailleur initial, de ses obligations antérieurement à la vente<sup>3</sup>.

- Ainsi également, selon l'article L. 1224-1 du Code du travail, les contrats de travail liant les salariés à leur employeur subsistent en cas de transfert de l'entreprise à un nouveau titulaire – cession, fusion, regroupement d'entreprise. Le nouvel employeur devra donc les respecter et, inversement, le salarié sera tenu de respecter ses obligations envers lui.
- De même encore, l'article L. 121-10 du Code des assurances prévoit qu'en cas d'aliénation de la chose assurée, le contrat d'assurance est automatiquement transmis à l'acquéreur, sauf la faculté, pour l'assureur ou l'acquéreur, de résilier le contrat. A défaut de résiliation, l'acquéreur bénéficiera donc de la garantie de l'assureur, à charge pour lui d'exécuter les obligations qui lui incombent en vertu du contrat, notamment le paiement des primes. La transmission s'opère sans rétroactivité, le vendeur demeurant notamment débiteur des primes échues à la date de l'aliénation. L'article L. 121-11 déroge cependant à ces dispositions, lorsque la chose assurée est un véhicule terrestre à moteur, ses remorques ou semi-remorques, un navire ou un bateau de plaisance. Dans cette hypothèse, en effet, le contrat d'assurance est suspendu de plein droit à partir du lendemain, à 0 heure, du jour de l'aliénation. Chacune des parties peut le résilier moyennant un préavis de dix jours ; à défaut, le contrat est résilié de plein droit à l'expiration d'un délai de six mois à compter de l'aliénation.

– En l'absence de manifestation de volonté ou de disposition légale spéciale, une distinction est à opérer, en droit positif, entre les créances relatives au bien transmis et les obligations relatives au bien transmis.

<sup>8</sup> Req. 3 septembre 1940, *D.A.* 1941, 37 ; *JCP* 1940, II, 1557, note E. Becqué : « s'il est de principe que l'acheteur, en tant qu'ayant cause à titre particulier du vendeur, est un tiers à l'égard des obligations antérieurement contractées par celui-ci à l'occasion de la chose cédée, il en est autrement lorsque cet acheteur, par une disposition spéciale de la vente, a déclaré s'obliger personnellement à exécuter les engagements de son vendeur » – acquéreur déclarant « faire son affaire personnelle » du contrat litigieux.

<sup>1</sup> Au sens de l'article 1328 du Code civil (*cf.* Cours d'introduction générale au droit de 1<sup>re</sup> année). La condition va de soi, car l'acquéreur est un tiers par rapport au contrat de bail. La preuve de l'antériorité du bail, nécessaire pour en imposer le respect à l'acquéreur, doit donc en être rapportée conformément aux dispositions de l'article 1328. Toutefois, selon la jurisprudence, le locataire est fondé à se prévaloir du bail, même dépourvu de date certaine, à l'encontre de l'acquéreur, lorsque ce dernier en a connu l'existence antérieurement à la vente (*Civ.* 3, 15 janvier 1976, n° 74-13676, *B. III*, n° 18 ; *Civ.* 3, 7 mars 2007, n° 05-10794, *B. III*, n° 33, décision implicite). D'une manière générale, elle considère d'ailleurs que la connaissance par le tiers d'un acte sous seing privé dépourvu de date certaine le rend opposable à ce dernier (*Civ.* 3, 6 janvier 1972, *B. III*, n° 6).

<sup>2</sup> *Soc.* 16 mai 1958, *B. IV*, n° 575 ; *D.* 1958, *J.* 464 ; *Civ.* 1, 13 janvier 1964, n° 62-11.049, *B. I*, n° 23 ; *Gaz. Pal.* 1964, 1, 274 ; *Civ.* 3, 2 octobre 2002, n° 01-00696, *B. III*, n° 189 ; *D.* 2003, 731.

<sup>3</sup> *Civ.* 3, 9 juillet 1970, n° 69-10888, *B. III*, n° 471 ; *JCP* 1971, II, 16745, note L. Mourgeon ; *Civ.* 3, 30 janvier 1979, n° 77-12349, *B. III*, n° 27. Cependant, dans sa rédaction issue de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014, dite loi « Alur », l'article 22, dernier alinéa, de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 déroge dorénavant à cette règle dans les baux d'habitation, à propos de la restitution du dépôt de garantie. Il prévoit en effet que cette restitution incombe au nouveau bailleur, alors que, le bailleur initial l'ayant, par hypothèse, perçu avant la vente de l'immeuble, devrait seul être tenu à cette restitution. Ce texte est d'ordre public, car il précise que toute convention contraire n'a d'effet qu'entre les parties à la mutation de l'immeuble loué. Il revient donc au principe de l'effet relatif des conventions, pour ce qui est de l'obligation de restitution du dépôt de garantie.

a. L'ayant cause à titre particulier et les créances relatives au bien transmis

On examinera successivement la position de la doctrine, puis celle de la jurisprudence.

α) La doctrine

Se fondant sur les termes de l'ancien article 1165 du Code civil et sur le principe de l'autonomie de la volonté, la doctrine classique s'est montrée hostile à la transmission des créances à l'ayant cause à titre particulier.

La solution n'est cependant pas satisfaisante, chaque fois que le contrat ne pouvait bénéficier qu'au titulaire du bien, par exemple assurance incendie<sup>1</sup>, clause de non concurrence insérée dans une vente de fonds de commerce au profit de l'acquéreur, suivie d'une revente du fonds à un sous-acquéreur.

Aussi la doctrine actuelle est-elle majoritairement favorable à la transmission. Trois explications et fondements ont été proposés à cette transmission. Les deux premiers ne sont mentionnés que pour mémoire, car l'ordonnance du 10 février 2016 les a privés de valeur.

- Interprétation extensive de l'ancien article 1122 du Code civil

Aux termes de ce texte : « On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause... » Pour les auteurs classiques, les « ayants cause », ce sont les ayants cause universels ou à titre universels. Mais le texte se réduit ainsi à un pléonasme, puisque les ayants cause et les héritiers désignent alors les mêmes personnes.

Pour donner à la loi un sens, il aurait fallu considérer que les ayants cause au sens de ce texte sont les ayants cause à titre particulier<sup>2</sup>. Cependant l'argument prouvait trop, car il aurait impliqué que tous les contrats passés par l'auteur sont transmis à l'ayant cause à titre particulier, ce qui est évidemment inexact<sup>3</sup>. Aussi la doctrine dominante<sup>4</sup> avait-elle rejeté cette lecture extensive de l'ancien article 1122. Le texte, de toute façon, n'a pas été repris par l'ordonnance du 10 février 2016.

- Volonté implicite des parties

La transmission des créances relatives au bien aliéné se fonderait sur la volonté implicite des parties : cession tacite de créance de l'auteur à son ayant cause à titre particulier<sup>5</sup>, stipulation pour autrui implicite, dans laquelle le débiteur serait le promettant, l'auteur le stipulant et l'ayant cause à titre particulier le tiers bénéficiaire<sup>6</sup>.

Mais cette volonté implicite des parties est souvent divinatoire<sup>7</sup>. Le fondement ainsi prêté à la transmission est donc artificiel. Du reste, le nouvel article 1322 du Code civil prévoit que « La cession de créance doit être constatée par écrit, à peine de nullité. » La cession de créance étant devenue un contrat solennel, ne peut désormais s'induire d'une volonté tacite des parties.

- Interprétation extensive de l'article 1615 du Code civil

Aux termes de ce texte, inséré dans le titre VI du livre III du Code civil consacré à la vente :

« L'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel. »

<sup>1</sup> Il a fallu que le législateur organise la transmission du contrat d'assurance à l'acquéreur (*cf. supra*).

<sup>2</sup> Weill, *op. cit.*, n° 506 ; Calastreng, *op. cit.*, p. 49 et s. ; Lepargneur, *op. cit.*, p. 499 et s.

<sup>3</sup> Flour, Aubert et Savaux, *L'acte juridique*, n° 778.

<sup>4</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 686 ; Goutal, *op. cit.*, n° 25 ; L. Aynès, *La cession de contrat*, préf. Ph. Malaurie, Paris : Economica, 1984, n° 204.

<sup>5</sup> Sur la cession de créance, *cf. infra* : seconde partie « Régime général des obligations ».

<sup>6</sup> Sur la stipulation pour autrui, *cf. infra* : « b. Les tiers en général rendus créanciers ».

<sup>7</sup> *Cf.*, écartant l'existence d'une stipulation pour autrui implicite, relative à une clause de non-concurrence dont le cessionnaire d'un fonds de commerce revendiquait le bénéfice : Com. 15 octobre 1968, n° 66-14 156, *B. IV*, n° 266 ; *Gaz. Pal.* 1968, 2, 395 ; *Rép. Defr.* 1971, art. 29877, p. 117, obs. J.-L. Aubert.

Selon une interprétation remontant à Aubry et Rau<sup>1</sup>, le terme « accessoires » désignerait non seulement les accessoires matériels et administratifs de la chose vendue – par exemple roue de secours, carte grise (certificat d'immatriculation) barrée pour une automobile –, mais encore les droits et actions qui lui sont attachés.

De prime abord, l'affirmation peut, il est vrai, sembler surprenante, car on conçoit difficilement qu'un droit de créance, bien incorporel, puisse être l'accessoire d'une chose corporelle, lorsque la vente consiste à transférer la propriété d'une telle chose, ce qui est souvent le cas. Mais, sous l'influence d'Aubry et Rau, cette lecture extensive de l'article 1615 du Code civil s'est imposée à peu près unanimement, tant en doctrine qu'en jurisprudence.

Reste néanmoins à déterminer quels sont les créances qui peuvent être considérées comme attachés à la chose, de sorte qu'elles soient transmises à l'acquéreur en même temps que la propriété de celle-ci. Un lien doit exister entre la créance et la chose, mais quel lien ? Deux définitions de ce lien pouvant servir de fondement à la transmission, assez proches l'une de l'autre, ont été proposés :

- Créances qui « se sont identifiées avec cette chose, comme qualités actives, ou qui en sont devenues des accessoires »<sup>2</sup>. D'une façon générale, en effet, selon Aubry et Rau :

« Le successeur particulier jouit de tous les droits et actions que son auteur avait acquis dans l'intérêt direct de la chose, corporelle ou incorporelle, à laquelle il a succédé, c'est-à-dire des droits et actions qui se sont identifiées avec cette chose, comme qualités actives, ou qui en sont devenues des accessoires. »

Cette formule vise les droits – et actions<sup>3</sup> – relatifs à la chose vendue, sans distinction selon leur nature de droit réel ou droit personnel. Mais sa mise en œuvre ne soulève de difficultés que pour la seconde catégorie de droits.

Les droits réels s'exercent directement sur une chose, sans l'entremise de quiconque, d'où il résulte qu'ils sont opposables *erga omnes*. Dès lors qu'ils concernent la chose vendue, l'acquéreur peut s'en prévaloir à l'encontre de tous, autant que de la propriété de la chose elle-même. Leur transmission à l'acquéreur avec la propriété de la chose à laquelle il se rapporte, ne se heurtant pas au principe de l'effet relatif des contrats, va donc de soi, on l'a vu<sup>4</sup>. Ainsi en est-il, par exemple d'une servitude bénéficiant au fonds dominant : accessoire indispensable de ce dernier et perpétuelle<sup>5</sup> comme l'est la propriété elle-même, elle est transmise automatiquement à l'acquéreur du fonds en même temps que la propriété de celui-ci<sup>6</sup>, en application de l'article 1615 du Code civil<sup>7</sup>.

Fort délicate est, en revanche, la détermination des droits de créance pouvant être considérés comme des accessoires de la chose vendue. Selon Aubry et Rau, ce sont les droits de créance n'existent que dans l'intérêt direct de la chose vendue<sup>8</sup>. Tout en concédant que l'idée d'Aubry et Rau était, au fond, exacte, d'aucuns ont essayé de mieux définir le lien devant exister entre la chose et la créance.

- Créances résultant d'un contrat *intuitu rei*. Flour et Aubert se sont efforcés de préciser le critère de l'intérêt direct<sup>9</sup>. Selon ces auteurs, sont transmises à l'ayant cause à titre particulier

<sup>1</sup> Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. II, 6<sup>e</sup> éd., par Bartin, § 176.

<sup>2</sup> Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, *loc. cit.*

<sup>3</sup> L'action n'étant jamais que « le droit à l'état de guerre », pour reprendre l'expression imagée de Demolombe, elle se rapporte à un droit qui en constitue le support. Il n'est donc pas nécessaire d'envisager la question de sa transmission indépendamment du droit duquel elle sanctionne l'atteinte.

<sup>4</sup> *Cf. supra*.

<sup>5</sup> Sous réserve de son non-usage pendant trente ans (article 706 du Code civil).

<sup>6</sup> Civ. 3, 5 novembre 1970, n° 69-10593, B. III, n° 578.

<sup>7</sup> Civ. 3, 30 mai 1969, n° 68-11.577, B. III, n° 444.

<sup>8</sup> Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, *loc. cit.*

<sup>9</sup> Flour, Aubert et Savaux, *L'acte juridique*, n° 779 ; dans le même sens : Malaurie, Aynès et Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, n° 246.

les créances nées de contrats conclus en considération de la chose. Ces créances seraient en effet privées d'efficacité si elles n'étaient pas transmises en même temps que la chose. Elles sont donc indissociables de la propriété de cette dernière.

L'article 1681, alinéa 2, du Code civil donne un exemple d'une telle créance, en prévoyant la transmission automatique de la faculté de rachat de la lésion au sous-acquéreur d'un immeuble. Cette faculté de rachat n'a en effet d'intérêt que pour le propriétaire actuel de la chose, et non pour celui qui s'en serait séparé après l'avoir acquise à prix lésionnaire.

### β) La jurisprudence

Elle pose le principe de l'intransmissibilité, en l'assortissant d'exceptions.

- Principe : intransmissibilité des créances à l'ayant cause à titre particulier

En l'absence de convention spéciale, la jurisprudence n'admet pas la transmission automatique à l'ayant-cause à titre particulier des créances relatives à la chose<sup>2</sup>.

La solution vaut naturellement pour les créances extra-contractuelles, notamment délictuelles<sup>3</sup>. Se rapporteraient-elles, en effet, indirectement au bien cédé, elles ne sauraient s'analyser en un accessoire de ce dernier, dans la mesure où elles trouvent leur source dans le comportement dommageable d'un tiers au détriment du cédant : ce dernier en est la victime, et non son ayant cause à titre particulier. Le lien d'une créance délictuelle avec la chose cédée ne peut donc jamais être qu'indirect et ne peut dès lors fonder une transmission automatique à l'ayant cause à titre particulier, notamment l'acquéreur<sup>4</sup>. Ainsi, en l'absence de convention spéciale<sup>5</sup>, les créances délictuelles ne lui sont-elles pas transmises.

Mais le principe de l'intransmissibilité de plein droit concerne également les créances contractuelles en relation avec le bien transmis. La règle de l'effet relatif des conventions, affirmé par l'article 1199 du Code civil (ancien article 1165) s'oppose alors à la transmission automatique. En effet, l'ayant cause à titre particulier est un tiers par rapport aux contrats passés par son auteur. Il ne saurait donc, en principe, lui succéder dans les droits de créance issus de ceux-ci par le seul effet de la transmission de la propriété de la chose, à peine de ruiner le principe de l'effet relatif des contrats.

Ex. : la cession d'un fond de commerce n'opère pas de plein droit transmission au cessionnaire de la créance de fournitures, que le cédant détenait à l'encontre d'un fournisseur<sup>6</sup>.

- Exception : transmissibilité à l'ayant cause à titre particulier des créances attachées à la chose

Consacrant la doctrine d'Aubry et Rau, la jurisprudence a admis la transmission à l'ayant cause à titre particulier des « droits et actions attachés à la chose qui appartenait à son auteur »<sup>7</sup>. Ainsi un droit de créance indissociable de la propriété de la chose se trouve-t-il transmis à l'ayant cause à titre particulier en même temps que cette propriété, sans qu'une clause contractuelle organisant cette transmission soit nécessaire.

<sup>2</sup> Civ. 12 janvier 1937, *D. H.* 1937, 99 : « en dehors des cas exceptionnels pour lesquels il est disposé autrement par des textes spéciaux, l'aliénation d'un bien à titre particulier n'a pas pour effet de transférer à l'acquéreur les droits déjà nés sur la tête du disposant à l'occasion de la jouissance ou de l'exploitation de ce bien, mais qui ne font pas corps avec lui et n'affectent pas sa constitution ; qu'en particulier, les créances possédées par un commerçant, même pour causes commerciales, ne deviennent pas des éléments constitutifs de son fonds et que la vente du fonds n'opère pas transport desdites créances à l'acheteur, sauf l'effet de clauses spéciales qui concerneraient leur cession ».

<sup>3</sup> Com. 3 mars 2009, n° 08-10923, *B. IV*, n° 28 ; *D.* 2009, 818, obs. E. Chevrier et 1448, obs. Y. Picod ; dans la même affaire, *cf. ég.* Civ. 2, 7 juillet 2011, n° 10-20296, *B. II*, n° 157 ; *RDC* 2012, 109, obs. D. Mazeaud.

<sup>4</sup> D. Mazeaud, obs. *RDC* 2012, 109.

<sup>5</sup> *Cf.* Civ. 2, 7 juillet 2011, préc.

<sup>6</sup> Civ. 12 janvier 1937, préc.

<sup>7</sup> Ass. Plén. 7 févr. 1986, 2 arrêts, n° 84-15189 et n° 83-14631, *B. plén.*, n° 2 ; *G.A.*, t. II, n° 301, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *D.* 1986, *J.* 293, note A. Bénabent ; *JCP* 1986, II. 20616, note Ph. Malinvaud.

Toute la difficulté est alors de déterminer quels sont les droits de créance indissociables de la chose, pouvant en être considérés comme des attributs nécessaires, transmis de plein droit à l'ayant-cause à titre particulier avec sa propriété. La créance doit assurément être d'origine contractuelle, on l'a vu<sup>1</sup>. Mais la détermination des créances contractuelles devant être regardées comme des accessoires de la chose aliénée est incertaine. La jurisprudence est en effet empreinte de casuistique et elle n'échappe pas à certaines contradictions, au moins latentes. Cela est d'autant plus fâcheux que la question est d'une grande importance pratique<sup>2</sup>.

La jurisprudence a notamment admis la transmissibilité des créances et actions d'origine contractuelle suivantes à l'ayant-cause à titre particulier<sup>3</sup> :

- l'obligation du vendeur de garantir les vices cachés de la chose vendue (article 1641 du Code civil) est transmise activement aux acquéreurs successifs de la chose en tant qu'accessoire de celle-ci. Ainsi le sous-acquéreur est-il recevable à agir directement en garantie des vices cachés contre le vendeur originaire<sup>4</sup>. La solution présente de l'intérêt notamment lorsque l'acquéreur intermédiaire est devenu insolvable – « faillite » de son entreprise<sup>5</sup>, par exemple –, si bien que l'exercice d'un recours à son encontre serait voué en pratique à l'échec.
- L'obligation du vendeur de délivrer une chose conforme aux caractéristiques convenues (articles 1604 et 1614 du Code civil) est aussi transmise activement aux propriétaires successifs de cette chose<sup>6</sup>. Le propriétaire actuel de la chose, qu'il le soit devenu par l'effet d'une vente<sup>7</sup> ou par celui d'un louage d'ouvrage<sup>8</sup> est donc recevable à agir

<sup>1</sup> Cf. *supra*.

<sup>2</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *Droit des obligations*, n° 506-507.

<sup>3</sup> La liste qui suit n'est pas exhaustive, mais elle comprend des applications importantes de la transmissibilité.

<sup>4</sup> Civ. 1, 9 octobre 1979, n° 78-12502, *B. I.*, n° 241 ; *D.* 1980, *IR* 222, obs. Ch. Larroumet ; *RTD civ.* 1980, 354, obs. G. Durry ; *Com.* 17 mai 1982, n° 80-16040, *B. IV.*, n° 182 ; *D.* 1983, *I.R.* 479, obs. Ch. Larroumet ; Civ. 3, 7 septembre 2022, n° 21-16746. Dans le même sens, pour la transmissibilité d'une garantie contractuelle « pièces et main d'œuvre » : Civ. 1, 6 février 2013, n° 11-25864.

<sup>5</sup> On dit aujourd'hui, selon les cas, que l'entreprise a été placée sous une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.

<sup>6</sup> Selon la jurisprudence, qui se réfère incidemment aux termes de l'article 1614 du Code civil, l'obligation du vendeur envers l'acheteur de lui délivrer la chose vendue, prévue par le Code civil, emporte celle de lui délivrer une chose conforme à ce qui était convenue (*Com.* 28 oct. 1968, n° 66-14 175 *B. IV.*, n° 295, p. 264 ; Civ. 1, 1<sup>er</sup> déc. 1987, n° 85-12046, *B. I.*, n° 324 ; Civ. 1, 16 juin 1993, n° 91-18924, *B. I.*, n° 224 ; *D.* 1994, *J.* 546, note Th. Clay ; Civ. 1, 13 oct. 1993, *D.* 1993, *J.* 210). En l'état actuel de la jurisprudence (cf. par ex. Civ. 1, 5 mai 1993, n° 91-18047, *B. I.*, n° 158 ; *D.* 1993, *J.* 507 ; Civ. 1, 27 octobre 1993, n° 91-21416, *B. I.*, n° 305 ; Civ. 3, 6 octobre 2004, n° 02-20755, *B. III.*, n° 167 ; Civ. 1, 25 janvier 2005, n° 02-12072, *B. I.*, n° 52 ; *Com.* 15 avril 2008, n° 07-12487, *B. IV.*, n° 89), le vice caché de la chose vendue et son défaut de conformité sont deux manquements contractuels différents du vendeur. En effet, une chose est atteinte d'un vice caché lorsqu'elle est affectée d'un défaut occulte la rendant impropre à l'usage auquel elle est normalement destinée, tandis que le défaut de conformité correspond à une différence entre la chose promise et la chose livrée. Si on prend l'exemple de la vente d'un véhicule automobile, est atteint d'un vice caché le véhicule accidenté ayant fait l'objet d'une « réparation sommaire et insuffisante », « impropre à l'usage et dangereux pour la circulation » (Civ. 1, 12 juillet 2005, n° 02-18212) ; au contraire, n'est pas conforme à ce qui avait été convenu entre les parties un véhicule ayant un kilométrage supérieur à celui indiqué au compteur (Civ. 1, 16 juin 1993, préc.) ou bien encore dépourvu du toit ouvrant prévu dans la commande (Civ. 1, 9 avril 2014, n° 12-20250 ; *CCC* 2014, n° 151, note L. Leveneur). Ces divers points relèvent du programme du cours de licence 3 « Contrats spéciaux ». Ils ne sont évoqués ici que pour permettre aux étudiants de saisir la portée des applications jurisprudentielles de la transmission automatique des créances accessoires de la chose à l'ayant-cause à titre particulier.

<sup>7</sup> Hypothèse d'une chaîne de contrats homogène, où la transmission de la propriété de la chose résulte de plusieurs ventes successives.

<sup>8</sup> Hypothèse d'une chaîne de contrats hétérogène, où la transmission de la propriété de la chose résulte d'une vente de la chose à un entrepreneur, lequel en transfère ultérieurement la propriété au maître de l'ouvrage par l'effet d'un louage d'ouvrage. Visé par l'article 1710 du Code civil, le louage d'ouvrage ou contrat d'entreprise est un contrat par lequel une partie, appelée entrepreneur, s'engage à accomplir une prestation matérielle à titre indépendant en contrepartie d'une rémunération que son cocontractant, appelé maître de l'ouvrage, lui verse (Civ. 1, 19 février 1968, n° 64-14315, *B. I.*, n° 69 ; *G.A.*, t. II, n° 309, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *D.* 1968, 393 ; *JCP* 1968, II, 15490 ; *RTD civ.* 1968, 559, obs. G. Cornu). Lorsque le maître de l'ouvrage est déjà propriétaire d'une chose à travailler, le louage d'ouvrage n'entraîne évidemment aucun transfert de propriété de cette chose : par exemple, véhicule donné par son propriétaire en révision à un garagiste. En revanche, comme l'article 1787 du Code civil l'envisage, il arrive que l'entrepreneur fabrique une chose avec des matériaux lui appartenant, pour en transférer ultérieurement la propriété au maître de l'ouvrage : par exemple, navire à construire, commandé spécialement par un armateur à des chantiers navals pour assurer des croisières. Dans cette seconde hypothèse, si l'entrepreneur a lui-même acquis préalablement les matériaux auprès d'un fabricant ou d'un grossiste, l'obligation de délivrance d'une chose conforme se transmet au maître de l'ouvrage, en même temps que la chose travaillée. Par exemple, un couvreur se fournit en tuiles chez un fabricant, puis les utilise pour la pose d'une toiture dont un client, propriétaire d'une maison, l'a chargé. Ultérieurement, les tuiles se révèlent non conformes à ce qui avait été convenu entre le fabricant et l'entrepreneur. Le client, maître de l'ouvrage, devenu propriétaire des tuiles par l'effet du contrat de louage d'ouvrage, pourra agir directement, sur le fondement de leur défaut de conformité, à l'encontre du fabricant. En effet, l'action fondée sur le défaut de conformité lui a été transmise corrélativement à la propriété des tuiles, en tant qu'accessoire de ces dernières.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

directement, sur le fondement d'un défait de conformité de la chose vendue, à l'encontre du vendeur originaire, grossiste ou fabricant<sup>1</sup>. Là encore, la solution présente notamment de l'intérêt lorsque le vendeur intermédiaire ou l'entrepreneur est insolvable, si bien qu'aucun recours ne peut efficacement aboutir à son encontre.

- L' obligation de conseil du vendeur, essentiellement professionnel, relativement à la chose vendue<sup>2</sup>.
- L'action en responsabilité contractuelle (article 1231-1 du Code civil)<sup>3</sup> du maître de l'ouvrage contre l'entrepreneur ayant fabriqué la chose ou le réparateur de cette chose est encore transmise automatiquement à l'acquéreur de ladite chose<sup>4</sup>. On se place ici dans l'hypothèse où, dans la chaîne des contrats, le louage d'ouvrage a précédé la vente<sup>5</sup>, au lieu de la suivre, comme lorsque le maître de l'ouvrage agit directement contre le vendeur fabricant ou grossiste d'une chose présentant un défaut de conformité.
- L'obligation du vendeur de garantir l'acquéreur contre une éviction de la chose vendue (article 1626 du Code civil) est également transmise aux acquéreurs successifs de la chose, que l'éviction trouve son origine dans un fait de ce dernier<sup>6</sup> ou, semble-t-il, dans le fait d'un tiers<sup>7</sup>. En particulier, la clause de non-concurrence attachée à un fonds de commerce ou à un fonds libéral est transmise à l'ayant cause à titre particulier avec la propriété du fonds<sup>8</sup>. Il peut donc s'en prévaloir directement à l'encontre du vendeur originaire. De fait, la clientèle étant l'élément essentiel d'un fonds de commerce ou d'un fonds libéral, celui d'où il tire l'essentiel de sa valeur, une clause destinée à en interdire le détournement apparaît stipulée dans l'intérêt même de ce fonds<sup>9</sup>, *intuitu rei*<sup>10</sup>. Elle en représente donc un accessoire, transmis de plein droit à ses acquéreurs successifs.
- Le droit, que le vendeur tient de l'article 1657 du Code civil, de se prévaloir de la résolution de la vente faite pour l'acquéreur d'une coupe de bois de l'avoir retirée après expiration du terme convenu, est également transmis de plein droit à l'acquéreur de la forêt entière en tant qu'accessoire de la chose vendue<sup>11</sup>.

Les différentes hypothèses jurisprudentielles, où la transmission d'un droit de créance a été admise, correspondent à des chaînes de contrats : l'ayant-cause à titre particulier, qui se situe en bout de chaîne, est déclaré recevable à agir sur un fondement contractuel à l'encontre d'un débiteur qui se trouve à l'autre extrémité de la chaîne – fabricant, grossiste, réparateur d'une chose, débiteur originaire d'une clause de non-concurrence. Certes, l'un et l'autre ne sont pas parties au même contrat. Mais ils occupent la position de contractants extrêmes dans une chaîne, un ensemble de contrats.

Aussi s'est-on demandé s'il ne convenait pas d'aller plus loin, en considérant que, d'une façon générale, dans les ensembles contractuels (les groupes de contrat), les contractants extrêmes doivent être assimilés à des parties, qu'il y ait eu ou non transfert successif de la propriété d'un bien .

<sup>1</sup> Ass. plén. 7 février 1986, préc. ; Civ. 1, 21 juin 1988, n° 85-17583, *B. I.*, n° 203 ; Com. 4 juin 1991, n° 89-15878, *B. IV.*, n° 206 ; Civ. 1, 22 février 2000, n° 97-20731 ; Civ. 3, 12 décembre 2001, n° 00-14671 ; Com. 21 janvier 2003, n° 00-19513 ; Civ. 3, 30 septembre 2021, n° 20-15354 20-16156 (B).

<sup>2</sup> Com. 28 septembre 2004, n° 02-19204.

<sup>3</sup> Ancien article 1147 du Code civil.

<sup>4</sup> Civ. 3, 26 mai 1992, n° 89-21897 et 90-10721, *B. III.*, n° 168 ; Civ. 3, 8 février 1995, n° 91-19639, *B. III.*, n° 39 ; Civ. 3, 28 février 1996, n° 94-15148 ; Civ. 3, 8 octobre 1997, n° 96-11155, *B. III.*, n° 184 ; Civ. 1, 26 mai 1999, n° 97-14879 ; Civ. 1, 21 janvier 2003, n° 00-15781, *B. I.*, n° 18 ; Com. 3 mai 2006, n° 04-12683 ; Civ. 1, 10 novembre 2021, n° 19-18566.

<sup>5</sup> Par exemple, véhicule mal réparé par un garagiste, puis revendu par son propriétaire à un tiers. Au lieu d'agir en garantie des vices cachés contre ce dernier, l'acquéreur pourra engager directement la responsabilité contractuelle du garagiste, pour avoir manqué à son obligation d'effectuer des travaux conformes aux règles de l'art. En effet, cette obligation étant un accessoire de la chose vendue, a été transmise activement à l'acquéreur en même temps que la propriété de cette chose.

<sup>6</sup> Civ. 3, 28 mars 1990, n° 88-14953, *B. III.*, n° 93. Ainsi le cessionnaire d'une clientèle est recevable à se prévaloir de la clause de non-concurrence délimitant le droit à la clientèle, dont son cédant bénéficiait : Civ. 1, 3 décembre 1996, n° 95-10913, *B. I.*, n° 436 ; *D.* 1997, *J.* 151, rapp. Y. Chartier, note Y. Serra ; *JCP* 1997, II, 22799, note J.-J. Daigre.

<sup>7</sup> Civ. 1, 21 mars 2000, n° 98-10828.

<sup>8</sup> Cession de fonds de commerce : Req. 18 mai 1868, *D.P.* 69, 1, 366 ; *S.* 68, 1, 246 ; Angers 9 juillet 1935, *D.H.* 1935, 513 ; *contra* : Com. 15 octobre 1968, préc., rendu dans des circonstances d'espèce assez particulières ; cession d'une clientèle libérale : Civ. 1, 3 décembre 1996, n° 95-10913, *B. I.*, n° 436 ; *D.* 1997, *J.* 151, rapp. Y. Chartier, note Y. Serra ; *JCP* 1997, II, 22799, note J.-J. Daigre ; *RTD civ.* 1997, 420, obs. J. Mestre.

<sup>9</sup> Req. 18 mai 1968, préc.

<sup>10</sup> *Cf. supra.*

<sup>11</sup> Req. 3 novembre 1932, *D.H.* 1932, 570.

Dans un groupe de contrat, un ensemble contractuel, une même personne conclut deux contrats, chacun avec un partenaire différent, tous ceux orientés vers la réalisation d'une opération économique unique<sup>1</sup>. Le meilleur exemple d'une telle situation est la sous-traitance, où le sous-traitant n'est pas lié contractuellement au maître de l'ouvrage, mais à l'entrepreneur principal. On suppose que les travaux effectués par le sous-traitant sont défectueux et que le recours du maître de l'ouvrage contre l'entrepreneur principal est voué à l'échec, parce que celui-ci a déposé son bilan. Le maître de l'ouvrage agit donc en responsabilité directement contre le sous-traitant. Son action est-elle contractuelle et, partant, soumise aux restrictions inhérentes au contrat conclu entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant – ainsi à une clause limitative ou exonératoire de responsabilité – ou bien délictuelle parce qu'émanant d'un tiers au contrat, elle est soustraite à ces restrictions ?

Dans une approche classique, respectueuse du principe de l'effet relatif des contrats, l'action ne peut être que délictuelle, puisque le maître de l'ouvrage est un tiers par rapport au contrat conclu entre le sous-traitant et l'entrepreneur principal<sup>2</sup>. Mais cette solution a encouru des critiques doctrinales, notamment de la part de M. Georges Durry<sup>3</sup> :

« si l'on pose, en postulat, que la responsabilité contractuelle est justiciable d'un régime spécifique parce que le débiteur a dû prévoir à quoi il s'engageait et quelles règles lui sont applicables en cas de défaillance, il ne faut pas tolérer que la qualification de tiers au contrat lui permette de déjouer ces prévisions, du moins chaque fois que cette qualification est, pour une large part, artificielle. »

D'où, selon cet auteur :

« la nécessité de soumettre à un même régime, celui de la responsabilité contractuelle, tous ceux qui n'ont souffert d'un dommage que parce qu'ils avaient un lien avec le contrat initial. »

La solution ne présente aucune difficulté si le groupe de contrat entraîne le transfert de la propriété d'une chose. En effet, le maître de l'ouvrage ou l'acquéreur est alors un ayant cause à titre particulier, qui bénéficie de la transmission des droits et actions attachés à la chose comme un accessoire. Mais, dans le cas contraire, la théorie de l'accessoire ne peut être invoquée. S'inspirant des propositions de M. Durry, la première Chambre civile de la Cour de cassation avait néanmoins décidé de soumettre au régime de la responsabilité contractuelle l'action engagée par un contractant extrême contre l'autre<sup>4</sup>. Cette position s'est heurtée à une vive résistance de la troisième Chambre civile<sup>5</sup>. Finalement, par un arrêt *Besse* rendu le 12 juillet 1991<sup>6</sup>, l'Assemblée plénière a fait prévaloir la lecture classique de l'ancien article 1165 du Code civil, en jugeant qu'il n'existe pas de lien contractuel entre contractants extrêmes dans un groupe de contrats.

<sup>1</sup> B. Teyssié, *Les groupes de contrat*, thèse Montpellier, LGDJ, 1975 ; J. Néret, *Le sous-contrat*, thèse Paris 2, LGDJ, 1979.

<sup>2</sup> En ce sens : Ph. Conte, note *Gaz. Pal.* 1989, 2, 900.

<sup>3</sup> G. Durry, obs. *RTD civ.* 1980, 355 ; dans le même sens : Teyssié, *op. cit.* ; J. Huet, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*, thèse Paris 2, 1978, préf. G. Viney, Editions Panthéon-Assas, 2020 ; F. Bertrand, *L'opposabilité du contrat aux tiers*, thèse Paris 2, 1979, not. 2<sup>e</sup> partie, titre II ; M. Espagnon, *La règle du non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle*, thèse Paris 1, 1980 ; Ch. Larroumet « L'action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité civile dans les ensembles contractuels », *JCP* 1988, I, 3357 ; F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde, obs. *G.A.*, t. II, citées *infra*.

<sup>4</sup> Civ. 1, 8 mars 1988, n° 86-18182, *B. I.*, n° 69 ; *G.A.*, t. II, n° 202, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde – sous-contrat ; Civ. 1<sup>re</sup>, 21 juin 1988, n° 85-12609, *B. I.*, n° 202 ; *G.A.*, t. II, n° 203, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde – groupe de contrats en général.

<sup>5</sup> Civ. 3, 22 juin 1988, n° 86-16263, *B. III.*, n° 115 ; *JCP* 1988, II, 21125, note P. Jourdain ; Civ. 3, 13 décembre 1989, n° 88-17661, *B. III.*, n° 236 ; *G.A.*, n° 204, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *D.* 1991, *J.* 25, note J. Kullmann ; Civ. 3, 18 mars 1990, *D.* 1991, *J.* 25, obs. J. Kullmann.

<sup>6</sup> Ass. plén. 12 juillet 1991, n° 90-13602, *B. plén.*, n° 5 ; *G.A.*, t. II, n° 205, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *D.* 1991, *J.* 549, note J. Ghestin ; *JCP* 1991, II, 21743, note G. Viney ; *RJDA* 1991, 583, concl. Mourier, rapp. P. Leclercq ; *CCC* 1991, n° 200, obs. L. Leveneur ; *Defrénois* 1991, 130, note J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1991, 750, obs. P. Jourdain et 1992, 90, obs. J. Mestre. Cf. Ch. Larroumet « L'effet relatif des contrats et la négation d'une action nécessairement contractuelle dans les ensembles contractuels », *JCP* 1991, I, 3531 ; P. Jourdain « La nature de la responsabilité civile dans les chaînes de contrats après l'arrêt d'Assemblée plénière du 12 juillet 1991 », *D.* 1992, *Chr.* 149 ; Ph. Delebecque « L'appréhension judiciaire des groupes de contrats », in : *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM 1993, 117 et suiv. ; C. Lisanti-Kalczynski « L'action directe dans les chaînes de contrats ? Plus de dix ans après l'arrêt *Besse* », *JCP* 2003, I, 202.



Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

La solution de l'Assemblée plénière s'explique par l'incertitude s'attachant à la solution de la première Chambre civile, due à l'imprécision de la notion de groupe de contrats<sup>1</sup>. Mais elle présente un double inconvénient<sup>2</sup> :

- Tout d'abord, elle déjoue les prévisions du contractant extrême : en raison du principe jurisprudentiel de l'identité des fautes contractuelle et délictuelle<sup>3</sup>, le tiers peut rechercher sa responsabilité pour inexécution d'une obligation contractuelle, sans pour autant être soumis aux limitations ou exclusions de responsabilité prévues au contrat.
- Ensuite, elle conduit à traiter différemment des situations comparables, selon que le transfert de la propriété d'une chose a eu lieu – par ex. sous-traitant fournissant des matériaux, tel un charpentier ou un couvreur – ou non – par ex. sous-traitant effectuant des travaux de plomberie ou d'électricité.

L'ordonnance du 10 février 2016 ne contient aucune disposition condamnant la jurisprudence *Besse*. L'actuel article 1199 dispose en effet que le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties et que les tiers ne peuvent, sous réserve d'exceptions légales, ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraint de l'exécuter. Les contractants extrêmes étant des tiers dans leurs rapports respectifs, l'action de l'un contre l'autre ne peut être soumise qu'aux règles de la responsabilité extracontractuelle, délictuelle.

Tout en évitant habilement de revenir sur la nature délictuelle de la responsabilité d'une partie au contrat envers le tiers, acquise depuis l'arrêt *Besse*, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a cependant récemment repris les propositions de M. Georges Durry et même les formules employées par ce dernier, en alignant la situation du tiers quant à la réparation du dommage sur celle du créancier de l'obligation inexécutée<sup>4</sup>. Selon la Chambre commerciale, en effet :

« Pour ne pas déjouer les prévisions du débiteur, qui s'est engagé en considération de l'économie générale du contrat et ne pas conférer au tiers qui invoque le contrat une position plus avantageuse que celle dont peut se prévaloir le créancier lui-même, le tiers à un contrat qui invoque, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel qui lui a causé un dommage peut se voir opposer les conditions et limites de la responsabilité qui s'appliquent dans les relations entre les contractants. »

b. L'ayant cause à titre particulier et les dettes relatives au bien transmis<sup>5</sup>

On envisagera, là encore, le point de vue de la doctrine, puis celui de la jurisprudence.

α) La doctrine

La doctrine majoritaire est hostile à la transmissibilité. En revanche, une doctrine minoritaire est favorable à la transmissibilité de certaines dettes.

La doctrine majoritaire avait invoqué deux arguments, l'un de texte, l'autre rationnel. Mais l'argument de texte n'est mentionné que pour mémoire, car il était tiré d'une certaine lecture de l'ancien article 1122 du Code civil, que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 n'ont pas jugé utile de reprendre<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 692.

<sup>2</sup> *Ibid.* ; P. Ancel « Les arrêts de 1988 sur l'action en responsabilité contractuelle dans les groupes de contrats, 15 ans après », in : *La Cour de cassation, l'Université et le Droit – Etudes en l'honneur d'André Ponsard*, Litec, 2003, 3 et s., spéc. 7.

<sup>3</sup> Ass. plén. 6 octobre 2006, préc. Cf. *supra*.

<sup>4</sup> Com. 3 juillet 2024, n° 21-14947 (B), préc.

<sup>5</sup> E. Gaudemet, *Etude sur le transport de dette à titre particulier*, thèse Dijon 1898, réimpr. Editions Panthéon-Assas, 2014 ; F. Chénéde « Eugène Gaudemet, le transport de dettes », *RDC* 2010/1, 363 et suiv. ; O. Deshayes, *La transmission de plein droit des obligations à l'ayant cause à titre particulier*, thèse Paris 1, LGDJ, 2004 ; J. Lepargneur « De l'effet à l'égard de l'ayant cause à titre particulier des contrats générateurs d'obligation relatifs au bien transmis », *RTD civ.* 1924, 481 ; J.-H. du Garreau de la Méchenie « La vocation de l'ayant cause particulier aux droits et obligations de son auteur », *RTD civ.* 1944, 219.

<sup>6</sup> L'ancien article 1122 du Code civil parlait de « stipuler », c'est-à-dire d'acquiescer une créance, de rendre créancier : le créancier stipule, le débiteur s'engage, contracte l'obligation. La doctrine en déduisait, par une interprétation *a contrario*, que les parties ne pouvaient rendre débiteur un tiers sans son consentement. Mais cet argument de texte était peu convaincant. En effet, le verbe « stipuler » est parfois entendu en un sens plus large, comme dans l'ancien article 1122 précisément, duquel il résultait que l'héritier supporte les dettes de son

Subsiste donc seul l'argument rationnel : il est inadmissible que l'ayant-cause à titre particulier devienne débiteur par l'effet obligatoire d'un contrat auquel il n'a pas été partie. L'argument perd néanmoins de sa force, si on subordonne la transmission de la dette à la connaissance de l'ayant-cause à titre particulier, préalablement à son acquisition.

Une doctrine minoritaire, favorable à la transmissibilité<sup>1</sup>, soutient au contraire que les dettes devraient être transmissibles à l'ayant-cause à titre particulier, comme les créances, dès lors qu'elles sont indissociables d'un bien déterminé. C'est le critère, déjà rencontré, de l'*intuitus rei*. Cette solution se heurte toutefois à la règle selon laquelle la cession de dette exige le consentement, donné par écrit, du cessionnaire, à peine de nullité de la cession (article 1327 du Code civil).

### β) La jurisprudence

Elle pose un principe d'intransmissibilité des dettes à l'ayant-cause à titre particulier, sauf en présence d'une convention restreignant ou modifiant le droit transmis.

- Principe de l'intransmissibilité

Alors que la transmission des droits est admise dès lors que ceux-ci sont un accessoire de la chose acquise par l'ayant cause à titre particulier, celle des dettes est en principe exclue<sup>2</sup>, à moins que l'ayant-cause à titre particulier ne l'ait acceptée expressément<sup>3</sup> : il demeure un tiers au contrat conclu par son auteur, protégé par le principe de la relativité des contrats.

Ex. la cession d'un fonds de commerce n'emporte pas transfert des dettes antérieures afférentes à son exploitation à l'acquéreur, à moins que celui-ci ne se soit expressément et sans équivoque engagé à les prendre à sa charge<sup>4</sup>.

- Limite : convention restreignant ou modifiant le droit transmis

Il existe une seule limite à cette intransmissibilité : selon la jurisprudence, les conventions restreignant ou modifiant le droit transmis produisent effet à l'encontre de l'ayant cause à titre particulier<sup>5</sup>. L'hypothèse vise essentiellement les droits réels qui grèvent le bien transmis. Mais cela revient, en réalité, à opposer le contrat à l'ayant cause à titre particulier, et non pas à lui faire produire effet obligatoire à son égard. Ce n'est donc pas une dérogation au principe de l'effet relatif des contrats.

Aussi, pour étendre à l'ayant cause à titre particulier les engagements contractés par son auteur relativement au bien transmis, a-t-on parfois tenté d'analyser ces engagements comme ayant

---

auteur comme il bénéficie de ses créances.

<sup>1</sup> Flour, Aubert et Savaux, *L'acte juridique*, n° 783 et s.

<sup>2</sup> Req. 3 septembre 1940, *D.A.* 1941, 37 ; Com. 4 novembre 1965, n° 60-13384, *B.* III, n° 556 – dation en paiement ; Com. 14 décembre 1981, n° 80-11513, *B.* IV, n° 441 ; Civ. 3, 16 novembre 1988, n° 88-11298, *B.* III, n° 163 ; *D.* 1989, *J.* 157, note Ph. Malaurie ; Civ. 1, 30 avril 2009, n° 08-11093, *B.* I, n° 82 ; *RDC* 2009, 1363, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 2009, n° 27, 73, note J.-J. Ansault ; *ibid.*, n° 37, 228, obs. M. Billau ; *ibid.*, n° 51, 575, obs. A.-S. Barthez ; *D.* 2009, 2400, note L. Andrieu ; *Defrénois* 2009, 1289, obs. R. Libchaber ; *RLDC* 2009, n° 3490, obs. V. Maugeri ; *contra* : Civ. 3, 9 juillet 2003, *D.* 2003, 2312, obs. Y. Rouquet ; *JCP* 2003, I, 186, n° 20-26, obs. A.-S. Barthez.

<sup>3</sup> Req. 3 septembre 1940 et Com. 14 décembre 1981, préc. ; Civ. 3, 4 avril 2001, n° 99-11522, *B.* III, n° 49 ; *Defrénois* 2001, 1034, note B. Gelot.

<sup>4</sup> Req. 3 septembre 1940, préc. ; Civ. 3, 7 décembre 2005, n° 04-12931, *B.* III, n° 244 ; Com. 3 octobre 2006, n° 04-16890, *RJDA* 2007, n° 140 ; Com. 13 janvier 2009, n° 07-21380, *RJDA* 2009, n° 534 ; Com. 4 mai 2010, n° 09-13119, *RDC* 2011, 1226, note D. Mazeaud.

<sup>5</sup> Civ. 15 janvier 1918, *D.P.* 1918, 1, 17 : « Le successeur ou ayant cause à titre particulier n'est pas de plein droit, et comme tel, directement tenu des obligations personnelles de son auteur ; que ce principe s'applique même aux conventions que ce dernier aurait passées par rapport à la chose faisant l'objet de la transmission, à moins qu'elles n'aient eu pour effet de restreindre le droit transmis » ; Req. 3 septembre 1940, préc. ;

donné naissance soit à une servitude<sup>1</sup>, soit à un droit réel original<sup>2</sup>, soit à tout le moins à une obligation réelle dont le sort serait lié à celui du bien qu'elle concerne<sup>3</sup>.

## 2. Les tiers en général rendus créanciers ou débiteurs

Aux termes de l'article 1203 du Code civil :

« On ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même. »

« S'engager » signifie rendre débiteur, ce qui soulève le problème de l'efficacité de la promesse pour autrui, mais n'interdit pas la stipulation pour autrui, consistant à rendre un tiers créancier.

L'ancien article 1119 du Code civil, que l'article 1203 remplace, était rédigé de manière plus large : « On ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom que pour soi-même. » « Stipuler », au sens de ce texte, signifiait rendre créancier, ce qui évoquait la stipulation pour autrui. L'ancien article 1119 voulait donc dire qu'en règle générale la volonté des parties est inefficace, lorsqu'elles ont prévu expressément que leur contrat ferait naître une créance ou une obligation à l'égard d'un tiers. Mais, en réalité, ce principe n'était demeuré exact que pour la promesse. En effet, l'exception prévue à l'inefficacité de la stipulation pour autrui, à l'ancien article 1121, était, en pratique, devenue la règle. Aussi bien, consacrant cette évolution, l'article 1205, alinéa 1er, du Code civil, affirme-t-il désormais la validité de la stipulation pour autrui en général<sup>4</sup>. D'où la rédaction de l'article 1203, qui interdit uniquement de s'engager pour autrui sauf exception.

### a. La promesse pour autrui<sup>5</sup>

Il résulte de l'article 1203 du Code civil un principe de la prohibition de la promesse pour autrui, dans le droit fil de la doctrine de l'autonomie de la volonté. Reste à déterminer si ce principe comporte, ou non, des exceptions.

La représentation<sup>6</sup> ou la gestion d'affaires n'y dérogent pas, car il y a un pouvoir – conventionnel ou légal – d'agir pour le compte d'autrui et, en général, au nom de celui-ci.

L'article 1204 du Code civil autorise, quant à lui, la promesse de porte fort :

« On peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers.

Le promettant est libéré de toute obligation si le tiers accomplit le fait promis. Dans le cas contraire, il peut être condamné à des dommages et intérêts.

Lorsque le porte-fort a pour objet la ratification d'un engagement, celui-ci est rétroactivement validé à la date à laquelle le porte-fort a été souscrit. »

La promesse de porte fort consiste donc à promettre le fait d'un tiers : le promettant « se fait fort » de l'en convaincre.

De prime abord, on serait tenté d'y voir une exception au principe de la relativité des contrats et à son corollaire, celui de l'interdiction de s'engager en son propre nom pour autrui. En effet, l'article 1199, alinéa 2, du Code civil, rappelle le principe, énonce que l'impossibilité de rendre un tiers débiteur en vertu d'un contrat auquel il est étranger, ne vaut que « sous réserve des dispositions de la présente section », dans laquelle l'article 1204 est inséré<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 12 décembre 1899, *D. P.* 1900, 1, 301 ; *S.* 1901, 1, 497, note A. Tissier ; comp. Civ. 3, 4 juillet 2001, n° 99-14784, *B.* III, n° 94 ; *D.* 2002, *J.* 433, note R. Libchaber ; *ibid.*, *somm.* 2513, obs. N. Reboul-Maupin.

<sup>2</sup> Rouen 28 novembre 1925, *D.P.* 1927, 2, 172, note J. Lepargneur, analysant une clause de non concurrence obligeant l'acquéreur d'un fonds de commerce en un « droit réel mobilier » transmissible passivement au sous-acquéreur.

<sup>3</sup> Civ. 3, 13 octobre 2004, *D.* 2005, *J.* 934, note S. Mary.

<sup>4</sup> *Cf. infra* : β) « La stipulation pour autrui ».

<sup>5</sup> J. Boulanger, *La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui*, thèse Caen 1933 ; M. Véricel « Désuétude ou actualité de la promesse de porte-fort ? », *D.* 1988, *chr.* 123.

<sup>6</sup> *Cf. supra* : sous-titre I « La formation du contrat », chap. II « La validité du contrat », section 2 « La capacité et le pouvoir », § 2 « Le pouvoir de contracter pour autrui ».

<sup>7</sup> Houtcieff, *op. cit.*, n° 900.

Toutefois, compte tenu de ses effets, la promesse de porte-fort n'est pas une véritable exception au principe de l'interdiction de s'engager pour autrui<sup>1</sup>, comme on le verra. L'article 1204 ne déroge pas à la règle de l'article 1203, mais se borne, en réalité, à en préciser la portée.

L'ancien article 1120 du Code civil présentait formellement la promesse de porte fort comme une exception au principe de l'interdiction de s'engager pour autrui, énoncé par l'ancien article 1119 : « Néanmoins on peut se porter fort pour un tiers... ». Mais, comme il s'agissait d'une fausse exception<sup>2</sup>, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont renoncé, à juste titre, à cette présentation trompeuse<sup>3</sup>. En effet, l'adverbe « néanmoins », par lequel l'ancien article 1120 s'ouvrait, a disparu de l'article 1204, et cette disparition n'est pas fortuite. Elle s'explique par le fait que l'article 1204 ne déroge pas aux articles 1199 et 1203, mais en délimite, comme on l'a dit, la portée exacte.

- Définition de la promesse de porte fort

Selon la définition qu'en donne la Cour de cassation, « la promesse de porte-fort est un engagement personnel autonome d'une personne qui promet à son cocontractant... »<sup>4</sup>. La promesse de porte-fort est donc une opération à trois personnes : le stipulant, le promettant – qui se porte-fort – et un tiers. Mais elle ne consiste pas à engager un tiers : le promettant s'engage seul, personnellement, à obtenir le consentement d'un tiers au contrat, son accord à ce contrat, voire l'exécution par le tiers d'une obligation. Il existe en effet deux variétés de promesses de porte-fort.

- Variétés de promesses de porte-fort

On distingue la promesse de porte-fort de ratification et la promesse de porte-fort d'exécution<sup>5</sup>.

Dans la promesse de porte-fort de ratification, une personne « promet à son cocontractant d'obtenir l'engagement d'un tiers à son égard »<sup>6</sup>. Elle se porte fort de la ratification par ce tiers d'un engagement imparfait.

Dans la promesse de porte-fort d'exécution, le promettant garantit l'exécution, par son débiteur, d'une obligation d'ores et déjà parfaite<sup>7</sup>. En prévoyant qu'« on peut se porter fort, en promettant le fait d'un tiers », sans distinguer selon que le fait du tiers promis consiste en la ratification d'un engagement ou son exécution, l'article 1204, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil rend possible le recours à ce procédé<sup>8</sup>. La comparaison des alinéas 2 et 3 de cet article montre que ses rédacteurs ont bien envisagé les deux hypothèses de promesse de porte-fort. En effet, l'alinéa 2 dispose que « Le promettant est libéré de toute obligation si le tiers accomplit le fait promis », sans préciser la nature de ce fait. En revanche, l'alinéa 3 vise uniquement le cas où le porte-fort « a pour objet la ratification d'un engagement », par opposition au porte-fort d'exécution.

Toutefois la promesse de porte-fort d'exécution ne constitue pas une dérogation, même simplement apparente, ou à tout le moins une limite au principe de la relativité des conventions. Le porte-fort d'exécution ne consiste pas, en effet, à promettre la ratification par le tiers d'un engagement, mais

<sup>1</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 563; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 531-532; Bénabent, *Droit des obligations*, n° 64; Houtcieff, *op. cit.*, *loc. cit.*; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 504.

<sup>2</sup> Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, n° 210.

<sup>3</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>4</sup> Civ. 1, 25 janvier 2005, n° 01-15926, *B. I.*, n° 43; *D.* 2005, *I.R.* 388; *JCP* 2006, II, 10021, note Ph. Simler; *CCC* 2005, n° 81, note L. Leveneur; *Dr. et patr.* oct. 2005, 104, obs. Ph. Stoffel-Munck; *RTD civ.* 2005, p. 391, n° 5, obs. J. Mestre et B. Fages; *Defrénois* 2005, p. 908, obs. J. Honorat; Civ. 1, 16 avril 2015, n° 14-13694, *B. I.*, n° 99.

<sup>5</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 697-698; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 121-124; Houtcieff, *op. cit.*, n° 903; Fages, *Droit des obligations*, n° 93 et s.; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 564 et s.; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 504; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 534 et s.

<sup>6</sup> Civ. 1, 25 janvier 2005, préc.

<sup>7</sup> Com. 13 décembre 2005, n° 03-19217, *B. IV.*, n° 256; *D.* 2006, *A.J.* 298, obs. X. Delpéch; *ibid. pan.* 2856, obs. P. Crocq; *JCP* 2006, II, 10021, note Ph. Simler; *CCC* 2006, n° 63, note L. Leveneur; *RTD civ.* 2006, 305, obs. J. Mestre et B. Fages : « celui qui se porte fort pour un tiers en promettant la ratification par ce dernier d'un engagement est tenu d'une obligation autonome dont il se trouve déchargé dès la ratification par le tiers, tandis que celui qui se porte fort de l'exécution d'un engagement par un tiers s'engage accessoirement à l'engagement principal souscrit par le tiers à y satisfaire si le tiers ne l'exécute pas lui-même ».

<sup>8</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 563; Fages, *op. cit.*, n° 93; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 124. Il en allait de même de l'ancien article 1120 du Code civil : « Néanmoins, on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci. »

l'exécution par ce tiers d'un engagement, que ledit tiers a déjà souscrit<sup>9</sup>. Le promettant s'engage donc pour lui-même, et non pour autrui<sup>10</sup>.

La promesse de porte-fort d'exécution entre dans la catégorie des sûretés dites « indemnitaires »<sup>3</sup>. En effet, en vertu de l'article 1204, alinéa 2, du Code civil, dans le porte-fort d'exécution, le promettant s'engage à indemniser le créancier, si le tiers n'accomplit pas « le fait promis », c'est-à-dire s'il ne s'exécute pas<sup>4</sup>. Dans le cas contraire, le promettant est libéré de toute obligation, selon la même disposition.

Selon la Cour de cassation, le promettant d'un porte-fort d'exécution est « débiteur d'une obligation de résultat autonome »<sup>5</sup>. Au contraire, la caution est tenue de la dette même du débiteur, suivant la définition que l'article 2288, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil donne du cautionnement :

« Le cautionnement est le contrat par lequel une caution s'oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci. »

Promesse de porte-fort d'exécution et cautionnement donc deux sûretés personnelles différentes<sup>6</sup>. Il n'en demeure pas moins que l'étude de la promesse de porte-fort d'exécution relève du droit des sûretés, et non de celui des obligations. On ne s'attachera dès lors, dans les développements qui vont suivre, qu'à la classique promesse de porte-fort de ratification.

Les conditions et les effets de la promesse de porte-fort seront, à cet égard, successivement examinés.

#### α) Conditions de la promesse de porte-fort de ratification

Ses conditions de validité sont celles d'un acte juridique en général. La promesse de porte fort peut être expresse ou implicite, à la condition, dans ce dernier cas, de résulter d'actes manifestant l'intention certaine du promettant de s'engager pour un tiers.

En fait, il y a très souvent des rapports personnels entre le promettant et le tiers<sup>7</sup> : la technique est notamment employée par un représentant agissant au-delà de ses pouvoirs et s'engageant à faire ratifier son acte par le représenté. En général, il y a donc conclusion d'un contrat, avec promesse que le tiers ratifiera.

Ex. : mandataire, chargé d'acheter, qui achète au-dessus du prix prévu, tout en faisant une bonne affaire. Il avait pour mission d'acquérir un appartement à 300.000 € et il trouve une affaire exceptionnelle, à saisir, pour 320.000 € : connaissant les ressources et besoins de son mandant, il va acheter – sans en avoir le pouvoir – en se portant fort d'une ratification du contrat par son mandant.

<sup>9</sup> Son intention de s'engager à garantir l'exécution de son obligation par le tiers doit être certaine (Com. 3 mai 2018, n° 17-12571).

<sup>10</sup> Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 537.

<sup>3</sup> Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, 6<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2012, n° 334 et suiv. ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 698 ; Fages, *Droit des obligations*, n° 96 ; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 504 ; Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, thèse Paris 2, 2003, préf. Michel Grimaldi, Editions Panthéon-Assas, 2005, n° 421 et suiv. ; Ph. Simler « Les solutions de substitution au cautionnement », *JCP* 1990, I, 3427 ; Ph. Simler « De la substitution de la promesse de porte-fort à certaines lettres d'intention comme technique de garantie », *RD bancaire et bourse* 1997, 223 ; R. Libchaber « La vaine recherche de sûretés personnelles nouvelles : l'insaisissable porte-fort de l'exécution », *RJDA* 2006, 787 ; D. Arlies « Pour une juste conception du porte-fort d'exécution », *D.* 2006, 2244 ; A. Riéra « Le porte-fort et le droit des sûretés », *AJCA* 2017, 262 ; Stoffel-Munck, obs. préc. *Dr. et patr.* oct. 2005, n° 141 ; Simler, note préc. *JCP* 2006, II, 10021. Comp. Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 124, parlant de « sûreté personnelle sui generis » ; J.-F. Sagaud « Variations autour d'une sûreté personnelle sui generis : la promesse de porte-fort de l'exécution », *RDC* 2004, 840.

<sup>4</sup> Com. 1<sup>er</sup> avril 2014, n° 13-10629, B. IV, n° 13-10629, n° 67 ; D. 2014, 1185, note B. Dondero ; *ibid.* 1610, obs. P. Crocq ; *JCP* 2014, 752, note Y. Dagorne-Labbé ; *JCP E* 2014, n° 47, p. 45, obs. Ph. Simler ; *CCC* 2014, n° 150, obs. L. Leveneur ; *Gaz. Pal.* 2014, n° 288, p. 8, obs. D. Houtcieff ; *Bull. Joly* 1<sup>er</sup> juin 2014, n° 6, p. 396, note J.-F. Barbiéri ; *LPA* 17 juillet 2014, n° 142, p. 1, note Vignolle ; *Rev. soc.* 2014, 558, note Th. Massart ; *RDC* 2014, 347, note Th. Génicon ; *ibid.* 625, note J. Klein ; *RTD com.* 2014, 309, obs. B. Saintourens. « Si le tiers refuse de tenir l'engagement », énonçait l'ancien article 1120, *in fine*, du Code civil.

<sup>5</sup> *Ibid.* ; sur les difficultés soulevée par cette qualification, cf. Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 565-566.

<sup>6</sup> Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 541 ; comp., plus hésitants et nuancés, Chantepie et Latina, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>7</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 564.

Ex. : tuteur ou parent d'un mineur voulant procéder à une vente ou à un partage amiable.

Ex. : associé qui transige dans un procès en se portant fort pour ses associés.

### β) Effets de la promesse de porte-fort de ratification

Ces effets de la promesse ou, mieux, du contrat assorti d'une clause de porte fort diffèrent selon qu'il y a ou non ratification.

- Ratification de la promesse de porte-fort par le tiers

Expresse ou tacite<sup>1</sup>, cette ratification entraîne une double conséquence.

Tout d'abord, elle opère libération du promettant de son engagement (article 1204, alinéa 2, du Code civil). En effet, il a satisfait à son obligation, l'obtention de l'engagement du tiers. Peu importe si, finalement, ce dernier n'exécute pas le contrat : le porte-fort d'une ratification n'est pas un cautionnement, le promettant ne s'oblige pas à exécuter l'obligation si le tiers n'y satisfaisait pas.

Ensuite, elle rend le contrat rétroactivement valable dès sa conclusion<sup>2</sup>. Comme le précise expressément l'article 1204, alinéa 3, du Code civil,

« Lorsque le porte-fort a pour objet la ratification d'un engagement, celui-ci est rétroactivement validé à la date à laquelle le porte-fort a été souscrit. »

Les effets d'une promesse de porte-fort ratifiée ont donc voisins de ceux de la gestion d'affaires.

- Défaut de ratification de la promesse de porte-fort par le tiers

Le tiers n'étant pas engagé par la promesse de porte-fort, est libre de la ratifier ou non, sans qu'on puisse lui tenir rigueur de son refus. En revanche, la responsabilité contractuelle du promettant est engagée, car il a manqué à son obligation de rapporter la ratification.

Certains auteurs<sup>3</sup> affirment que le défaut de ratification entraîne aussi la caducité du contrat que le tiers était supposé ratifier. Mais on peut difficilement adhérer à cette opinion. En effet, aux termes de l'article 1186, alinéa 1er, du Code civil, qui reprend une solution traditionnelle, « Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît »<sup>4</sup>. Or, par hypothèse même, le refus du tiers de ratifier le contrat projeté empêche la formation de celui-ci. A défaut de s'être formé, le contrat n'a donc pu tomber en caducité.

Reste toutefois à déterminer, d'une part, l'étendue de l'obligation incombant au promettant, d'autre part, son objet.

On peut hésiter, en premier lieu, entre une obligation de moyens (le promettant s'engagerait seulement à mettre en œuvre les moyens pour rapporter la ratification du tiers, sans garantir le résultat) et une obligation de résultat (le promettant promet le résultat, c'est-à-dire la ratification du tiers). L'article 1204, alinéa 2, du Code civil se borne à énoncer que le promettant « peut être condamné à des dommages et intérêts », sans préciser à quelles conditions. Il n'indique donc pas si, outre la preuve d'un préjudice, le créancier de la promesse doit, ou non, rapporter celle d'une faute, par manque de diligence, du promettant.

<sup>1</sup> Com. 31 mars 2009, n° 08-12521 ; Ass. plén. 22 avril 2011, n° 09-16008, B. plén., n° 4.

<sup>2</sup> Civ. 1, 30 janvier 1957, B. I, n° 49 ; D. 1957, J. 182 ; Civ. 1, 8 juillet 1964, n° 62-13.592 B. I, n° 382 ; D. 1964, J. 560 ; Civ. 3, 20 décembre 1971, n° 70-11185, B. III, n° 653 ; D. 1972, *somm.* 86.

<sup>3</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 123.

<sup>4</sup> Cf. *supra* : sous-titre I « La formation du contrat », chap. IV « La nullité du contrat ».

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Aussi convient-il de se reporter à la jurisprudence antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016. Or, selon la Cour de cassation, l'obligation du promettant est une obligation de résultat : le promettant est responsable automatiquement, du seul fait que le tiers n'a pas ratifié<sup>1</sup>.

En revanche, l'article 1204, alinéa 2, du Code civil prévoit uniquement la condamnation du promettant à des dommages intérêts si le tiers n'accomplit pas le fait promis, c'est-à-dire si, en l'occurrence, il refuse de ratifier la promesse. Le texte exclut ainsi implicitement une condamnation du promettant à l'exécution forcée en nature de la promesse pour autrui<sup>2</sup>. Cette solution s'était déjà imposée dans la jurisprudence antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016<sup>3</sup>, quoiqu'elle n'eût pas fait l'unanimité en doctrine.

Sans doute l'obligation du promettant est-elle une obligation de faire<sup>4</sup>. On en avait déduit que son inexécution se résolvait normalement en dommages-intérêts, conformément à l'ancien article 1142 du Code civil. Mais la jurisprudence avait fini par juger que, d'une façon générale, l'obligation de faire n'est pas incompatible en soi avec une exécution forcée en nature<sup>5</sup>. L'argument tiré de l'ancien article 1142 n'était donc pas déterminant. Il l'est devenu encore moins sous l'empire des textes actuels, puisque ceux-ci ne distinguent plus les obligations de donner, de faire et de ne pas faire et affirment, dans tous les cas, le primat de l'exécution en nature, sauf exceptions (articles 1221 et 1341 du Code civil).

Aussi bien, au dix-neuvième siècle, Demolombe<sup>6</sup> avait-il déjà soutenu que la sanction devait être le cas échéant en nature, sous la forme d'une condamnation du promettant à exécuter l'obligation née du contrat conclu pour autrui. Dans la première moitié du vingtième siècle, Demogue<sup>7</sup> défendit une opinion semblable.

Cependant la jurisprudence ne suivit pas cette proposition<sup>8</sup>, qui se heurtait à deux objections :

- elle était contraire aux termes mêmes de l'ancien article 1120 du Code civil, lequel ne reconnaît au créancier qu'un droit à « indemnité »<sup>9</sup>.
- Elle aurait dénaturé la promesse de porte-fort. En effet, le promettant ne s'engage nullement à assurer l'exécution de l'obligation au lieu et place du tiers, si ce dernier ne ratifie pas, ni dans la promesse de porte-fort de ratification, ni même dans celle de porte-fort d'exécution, du reste.

Une difficulté se présente néanmoins, lorsque le tiers hérite du promettant, et donc de l'obligation de porte-fort qui figure dans la succession. C'est le cas du père ou de la mère, administrateur légal ou tuteur, accomplissant un acte pour le compte de ses enfants mineurs, mais sans respecter les formalités requises, en se portant fort que, une fois parvenus à la majorité, les enfants ratifieront. Si, entre-temps, les enfants ont hérité de leur père ou mère, ils ont trouvé l'obligation de porte-fort dans la succession.

La jurisprudence et la doctrine ont alors oscillé entre deux solutions<sup>10</sup> :

<sup>1</sup> Civ. 1, 25 janvier 2005, préc. ; Soc. 3 mai 2012, n° 11-10501, *B. V.*, n° 130 ; *RDC* 2012, 1205, obs. O. Deshayes et 1221, obs. D. Mazeaud ; dans le même sens : Paris 29 avril 1971, *Gaz. Pal.* 1972, 2, 18/7 ; Bourges 14 janvier 1998, *J.C.P.* 1999, IV, 2469.

<sup>2</sup> Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 543 ; Fages, *op. cit.*, n° 95.

<sup>3</sup> Com. 25 mai 2022, n° 20-18666 ; *RTD com.* 2022, 782, obs. A. Lecourt : arrêt rendu sous l'empire du droit antérieur.

<sup>4</sup> Com. 18 juin 2013, n° 12-18890, *B. IV.*, n° 105 ; *RDC* 2014, 66, obs. A.-S. Barthez ; *D.* 2013, 1621, obs. X. Delpech ; *ibid.* 2561, note Pelletier ; *ibid.* 2551, *chr. C. cass.* Le Bras, Guillou et Arbellot ; *JCP* 2013, 960, note G. Mégret ; *ibid.* 2013, n° 48, p. 2183, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque ; *Dr. et patr.* 2014, n° 233, p. 65, obs. L. Aynès et Ph. Dupichot ; *RTD civ.* 2013, 842, obs. H. Barbier et 653, obs. P. Crocq ; *RLDA* 2013, n° 107, p. 35, note Ch. Gisjbers : l'arrêt en déduit l'inapplicabilité de l'ancien article 1326 du Code civil à la preuve de cette obligation, revenant sur une jurisprudence antérieure contraire.

<sup>5</sup> Civ. 1, 16 janvier 2007, préc.

<sup>6</sup> Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, n° 224.

<sup>7</sup> Demogue, *Traité des obligations en général*, t. VII, Arthur Rousseau, 1933, n° 903-904.

<sup>8</sup> Civ. 1, 26 novembre 1975, n° 74-13104, *B. I.*, n° 351 ; *D.* 1976, *J.* 353, note Ch. Larroumet ; *JCP* 1976, II, 18500, note F. Monéger ; *RTD civ.* 1976, 575, obs. G. Cornu et 1977, 117, obs. Y. Loussouarn.

<sup>9</sup> Civ. 1, 26 novembre 1975, préc.

<sup>10</sup> Sur la discussion, cf. Marty et Raynaud, *Les obligations*, t. I, n° 278.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

- Selon certains arrêts anciens<sup>2</sup>, approuvés par une partie de la doctrine<sup>3</sup>, la situation engendrerait une obligation de ratification. En effet, l'héritier du porte-fort perd sa qualité de tiers, ce qui lui interdirait de demander la nullité de la vente pour incapacité<sup>4</sup>. A tout le moins, le juge aurait le pouvoir de sanctionner en nature la violation de l'engagement de porte-fort, et non pas seulement sous la forme d'une réparation par équivalent<sup>5</sup>.
- Mais, pour d'autres arrêts<sup>6</sup>, plus récents, il n'y aurait qu'une simple obligation de faire ratifier la vente, se résolvant en dommages et intérêts et non de la conclure soi-même. Telle est l'opinion également soutenue par certains auteurs<sup>7</sup>. Aussi bien l'ancien article 1120 du Code civil ne parlait-il que d'un droit à indemnité du créancier de la promesse et, pareillement, l'article 1204, alinéa 2, actuel n'envisage-t-il qu'une condamnation du porte-fort à des dommages et intérêts.

D'autres auteurs encore<sup>8</sup> se sont efforcés de concilier ces jurisprudences contraires. Il conviendrait en réalité, selon eux, de distinguer selon que le promettant était, en outre, tenu ou non, envers son cocontractant, d'une obligation de garantie :

- Dans l'affirmative, l'obligation de garantie étant transmise aux héritiers, le tiers qui hérite du promettant est tenu de ratifier, conformément à l'adage « Qui doit garantir ne peut évincer ». Ainsi en va-t-il, dans l'hypothèse où le porte-fort, propriétaire indivis d'un bien, en a vendu la totalité : en sa qualité de vendeur, il est tenu d'une obligation indivisible de garantie contre l'éviction envers l'acquéreur (articles 1626 et suiv. du Code civil), à laquelle ses héritiers ne peuvent se soustraire.
- Dans la négative, au contraire, toujours d'après ces auteurs, le tiers devenu héritier du porte-fort ne serait tenu qu'à des dommages-intérêts en cas d'inexécution.

**Conclusion** : la promesse de porte-fort de ratification n'est pas une véritable exception à la relativité de l'effet obligatoire du contrat, puisque le tiers n'est engagé que s'il ratifie. Il en va autrement de la stipulation pour autrui.

b. La stipulation pour autrui<sup>9</sup>

Peut-on rendre un tiers créancier ? A la prohibition de l'article 1199 du Code civil répond l'exception de l'article 1205 du même code<sup>10</sup> :

« On peut stipuler pour autrui.

L'un des contractants, le stipulant, peut faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire. Ce dernier peut être une personne future mais doit être précisément désigné ou pouvoir être déterminé lors de l'exécution de la promesse. »

En droit actuel, cette exception a une portée étendue. En effet, l'article 1205, alinéa 1<sup>er</sup>, affirme la validité de la stipulation pour autrui en général. Il parachève ainsi l'évolution jurisprudentielle antérieure<sup>11</sup>.

L'article 1205, alinéa 2, décrit le mécanisme de la stipulation pour autrui : « L'un des contractants, le stipulant, peut faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire. » La stipulation pour autrui est donc, comme la promesse pour autrui, une opération à

<sup>2</sup> Civ. 28 juin 1859, *D.P.* 59, 1, 299 ; *S.* 59, 1, 173 ; Civ. 25 août 1863, *D.P.* 63, 1, 361 (engagement implicite de porte-fort) ; Req. 12 avril 1927, *S.* 1927, 1, 349 ; Civ. 28 décembre 1926, *S.* 1928, 1, 273, note H. Vialleton ; *D. P.* 1930, 1, 73, note H. Lalou.

<sup>3</sup> Demogue, *op. cit.*, t. VII, n° 905 ; Flour, Aubert et Savaux, *L'acte juridique*, n° 801 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 123.

<sup>4</sup> Flour, Aubert et Savaux, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>5</sup> Demogue, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Beudant et Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil de Beudant*, 2<sup>e</sup> éd., t. IX, par G. Lagarde, n° 939 ; B. Gross, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, thèse LGDJ, 1964, n° 132 ; M. Le Galcher-Baron « L'obligation de garantie, obstacle à une action en nullité pour incapacité », *RTD civ.* 1959, 257 et suiv.

<sup>6</sup> Req. 5 mars 1935, *S.* 1935, 1, 150 ; Civ. 1, 3 novembre 1955, *B. I.*, n° 372 ; *D.* 1956, *somm.* 70 ; Civ. 1, 26 novembre 1975, préc.

<sup>7</sup> Fages, *Droit des obligations*, n° 95, *in fine*.

<sup>8</sup> Marty et Raynaud, *op. cit.*, t. I, *loc. cit.* ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 699 ; Larroumet, note préc.

<sup>9</sup> E. Lambert, *Du contrat en faveur des tiers*, thèse Paris 1893 ; Ch. Larroumet, *Les opérations juridiques à trois personnes*, thèse Bordeaux 1968.

<sup>10</sup> Houtcieff, *op. cit.*, n° 917.

<sup>11</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 568-569 ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 547 ; Fages, *op. cit.*, n° 247 ; Houtcieff, *op. cit.*, n° 918.



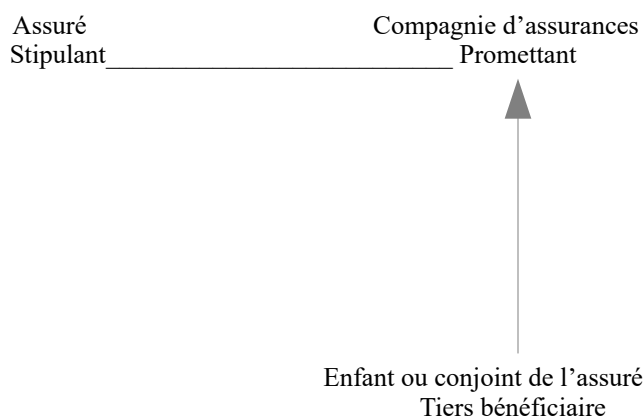
Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

trois personnes, le stipulant, le promettant et le tiers bénéficiaire. On trouve, d'un côté, deux contractants, le stipulant et le promettant, de l'autre, le tiers bénéficiaire, en faveur duquel le contrat est conclu.

Ex. assurance-vie d'un père de famille au profit de son conjoint ou de ses enfants. Le contrat est passé entre le père de famille, stipulant, et une compagnie d'assurance, promettant, laquelle, moyennant le versement de primes – par le père de famille, stipulant – s'engage à payer, en cas de décès du stipulant (dont la vie est ainsi assurée), un certain capital à son conjoint ou à ses enfants, les tiers bénéficiaires.

Avant qu'une loi du 13 juillet 1930 ne vienne la réglementer (aujourd'hui article L. 132-1 et suiv. du Code des assurances), la validité de l'assurance-vie avait été longtemps contestée. D'une part, en effet, on craignait le *votum mortis*. D'autre part, l'opération n'entre pas dans les prévisions littérales de l'ancien article 1121 du Code civil : ce texte subordonnait la validité de la stipulation pour autrui à certaines conditions qui ne sont pas remplies dans le contrat d'assurance-vie, à savoir qu'elle soit l'accessoire d'un contrat principal conclu entre le stipulant et le promettant.

Bien que cet article n'eût pas été modifié, la jurisprudence avait, par une interprétation audacieuse, supprimé en pratique ces conditions – en exigeant uniquement, pour la validité de la stipulation pour autrui, que le stipulant ait un intérêt personnel à l'opération, serait-il simplement moral<sup>1</sup>.



Le droit romain avait édicté une prohibition de principe de la stipulation pour autrui (*alteri stipulari nemo potest*)<sup>2</sup>. Ce principe ne connaissait qu'une exception : la donation avec charges. Tout en maintenant ce principe de prohibition, l'Ancien droit avait étendu les exceptions. Reprenant ce même principe, l'ancien article 1121 du Code civil enferma la validité de la stipulation pour autrui dans des conditions strictes. Aux termes de ce texte, en effet, on ne pouvait stipuler au profit d'un tiers que « Lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. » La stipulation n'était donc valable que si elle constituait l'accessoire d'un autre contrat.

Mais, rompant avec la tradition romaine et française, la jurisprudence interpréta l'ancien article 1121 de manière extensive, essentiellement pour valider l'assurance-vie, laquelle n'entrait pas dans les exceptions de ce texte. La jurisprudence posa, en effet, comme seule condition, que le stipulant ait un intérêt personnel, serait-il même d'ordre moral, à l'opération. Or, c'est toujours le cas, sauf insanité d'esprit<sup>3</sup>. Comme on l'a vu, l'article 1205, alinéa 1er, du Code civil entérine cette évolution en affirmant la validité en général de la stipulation pour autrui.

Les applications de la stipulation pour autrui sont nombreuses et désormais classiques, notamment la donation avec charge au profit d'un tiers et l'assurance-vie. Mais il en existe bien d'autres :

<sup>1</sup> Civ. 16 janvier 1888, *D. P.* 88, 1, 77 ; *S.* 88, 1, 121, note T. C. ; *G.A.*, t. II, n° 200, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde.

<sup>2</sup> Lévy et Castaldo, *op. cit.*, n° 599-600 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 702-703 ; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 491.

<sup>3</sup> Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 492.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

- assurance « pour le compte de qui il appartiendra », en cas de perte de marchandises en cours de transport maritime, au profit de l'acheteur.
- Assurance-vie au profit du banquier, prêteur de deniers, qui accompagne toujours les ventes immobilières à crédit. Assurance de l'emprunteur au profit du banquier, auquel le capital correspondant au prêt non remboursé sera versé en cas de décès de l'emprunteur.
- Contrat de transport de marchandises, au profit du destinataire.
- Contrat de transport de fonds commandés par une banque au profit de leur propriétaire<sup>1</sup>.
- Stipulation pour autrui tacite, dans le contrat de transport de personnes au profit des proches parents envers lequel le voyageur décédé était tenu d'un lien légal d'assistance<sup>2</sup>. Cependant la première Chambre civile de la Cour de cassation a paru, il y a quelque temps, vouloir revenir sur cette solution<sup>3</sup>.

Dans les articles 1205 et suivants du Code civil, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont consacré les acquis jurisprudentiels antérieurs, sauf quelquefois à les préciser. On examinera successivement les conditions de la stipulation pour autrui, ses effets et sa nature juridique.

#### α) Conditions de la stipulation pour autrui

L'article 1205 du Code civil pose, en son alinéa 1<sup>er</sup>, le principe général selon lequel « On peut stipuler pour autrui ». Outre les conditions générales de validité des actes juridiques, des conditions spéciales quant au tiers bénéficiaire sont néanmoins requises.

Deux cas ont été discutés : celui des personnes indéterminées et celui des personnes futures. L'article 1205, alinéa 2, du Code civil admet la validité de la stipulation pour autrui dans ces deux cas.

- Personnes indéterminées

Aux termes de l'article 1205, alinéa 2, le bénéficiaire « doit être précisément désigné ou pouvoir être déterminé lors de l'exécution de la promesse. » Ainsi la désignation du bénéficiaire peut-elle être postérieure au contrat ; il suffit que le bénéficiaire soit déterminable au moment de l'exécution de la stipulation : par ex. l'époux, les héritiers, celui pour le compte de qui il appartiendra, etc...

- Personnes futures

Aux termes de l'article 1205, alinéa 2, le bénéficiaire « peut être une personne future », c'est-à-dire une personne qui n'est pas encore née ou même conçue lors de la stipulation.

<sup>1</sup> Civ. 1, 21 novembre 1978, n° 77-14653, B. I, n° 356 ; D. 1980, J. 309, note C. Carreau ; JCP 1980, II, 19315, note P. Rodière.

<sup>2</sup> Civ. 6 décembre 1932 et Civ. 24 mai 1933, D.P. 1933, 1, 137, note L. Josserand ; G.A., t. II, n° 312-313, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde. Ces proches parents sont cependant libres de se renoncer à cette stipulation pour autrui implicite, s'ils préfèrent engager une action en responsabilité délictuelle, en qualité de tiers au contrat de transport, aux fins de réparation de leur préjudice, à l'encontre du transporteur (Com. 19 juin 1951, Lamoricière, B. III, n° 198 ; D. 1951, J. 717, note G. Ripert ; JCP 1951, II, 6426, 1<sup>ère</sup> espèce, note E. Becqué ; S. 1952, 1, 89, note R. Nerson ; Civ. 2, 23 janvier 1959, Vizios, B. II, n° 82 ; D. 1959, J. 101, note R. Savatier et 281, note R. Rodière ; JCP 1959, II, 11002, 1<sup>re</sup> espèce, note M. de Juglart ; Civ. 2, 23 janvier 1959, Champollion, B. II, n° 83 ; G. A., t. II, n° 314, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; D. 1959, J. 283, note R. Rodière ; JCP 1959, II, 11002, 2<sup>e</sup> espèce, note M. de Juglart ; S. 1959, 1, 103). La solution demeure valable dans les transports ferroviaires ou par tramways circulant sur des voies qui leur sont propres, mais, depuis la loi du 5 juillet 1985, il existe un régime spécial dans les accidents impliquant des véhicules terrestres à moteur.

<sup>3</sup> Civ. 1, 28 octobre 2003, n° 00-18794, 00-20065, B. I, n° 219 ; D. 2004, J. 233, note Ph. Delebecque ; JCP 2004, II, 10006, note G. Lardeux ; RTD civ. 2004, p. 96, n° 2, obs. P. Jourdain : une cour d'appel, « après avoir énoncé que les demandeurs, victimes par ricochet, n'étaient pas les ayants cause de leurs parents décédés, n'agissant ni en qualité de cessionnaires, ni d'héritiers, a exactement décidé qu'ils ne pouvaient pas bénéficier d'une stipulation pour autrui implicite au titre du contrat de voyage, de sorte qu'il était exclu que leur action soit fondée sur la responsabilité contractuelle de l'agence de voyage ».

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Une jurisprudence remontant au dix-neuvième siècle avait dénié tout effet à la stipulation lorsque le stipulant a agi avec l'intention de procurer un enrichissement gratuit au bénéficiaire, motif pris de l'article 906 du Code civil : « Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation »<sup>4</sup>.

Mais, en matière d'assurance-vie, la loi du 13 juillet 1930 l'a admis au profit des enfants à naître de l'assuré, solution aujourd'hui codifiée à l'article L. 132-8, alinéa 3, du Code des assurances.

Il semblait qu'on pût admettre, par analogie, la validité, en thèse générale, de toute stipulation faite à titre gratuit comme à titre onéreux, au profit d'une personne future. L'article 1205, alinéa 2, du Code civil a effectivement consacré cette solution, toujours à la condition que la personne future puisse être déterminée lors de l'exécution de la promesse.

### β) Effets de la stipulation pour autrui

L'effet principal de la stipulation pour autrui, indiqué à l'article 1206, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, est d'investir le bénéficiaire d'un droit direct contre le promettant.

C'est la jurisprudence qui avait consacré ce droit direct, car l'ancien article 1121 du Code civil ne l'évoquait pas. Le législateur de 1930 le reconnut ensuite à propos de l'assurance-vie. L'article 1206, alinéa 1<sup>er</sup>, lui donne désormais une assise légale d'une manière générale.

On envisagera successivement les rapports entre le stipulant et le promettant, ceux entre le promettant et le tiers bénéficiaire, enfin ceux entre le stipulant et le tiers bénéficiaire.

- Rapports entre le stipulant et le promettant

C'est-à-dire entre les parties au contrat, par exemple le souscripteur du contrat d'assurance – qui se confond avec l'assuré, en l'occurrence – et l'assureur. L'article 1209 du Code civil reconnaît au stipulant la faculté d'exiger « lui-même » du promettant « l'exécution de son engagement ».

Toutefois, il ne faudrait pas interpréter ce texte *a contrario*, en en déduisant que le stipulant ne disposerait pas des autres prérogatives reconnues par l'article 1217 du Code civil au créancier d'une obligation contractuelle inexécutée. En particulier, le stipulant a le droit d'exercer l'action en résolution du contrat inexécuté par le promettant ou de rechercher sa responsabilité contractuelle<sup>2</sup>.

De fait, dans le droit antérieur, on enseignait que le stipulant – comme du reste le promettant<sup>3</sup> –, disposait de l'option ouverte au créancier par l'ancien article 1184 du Code civil, devenu l'article 1217 nouveau du Code civil. La jurisprudence lui reconnaissait donc la faculté d'exercer, à son choix soit l'action en résolution du contrat pour inexécution, soit l'action en exécution forcée du contrat, car il a toujours un intérêt, au moins moral, à l'exécution<sup>4</sup>.

La possibilité pour le stipulant d'exercer l'action en exécution forcée du contrat contre le promettant avait néanmoins été discutée, au motif que n'étant pas créancier, il n'a pas intérêt à agir<sup>5</sup>. Mais la Cour de cassation ne s'était pas arrêtée à cette objection, car le stipulant exerce cette action au profit du tiers bénéficiaire et non pour lui-même<sup>6</sup>. Si l'article 1209 se borne à reconnaître l'action en exécution au stipulant, en énonçant qu'il « peut lui-même exiger du promettant » cette exécution, sans doute est-ce parce que c'est elle qui avait soulevé des difficultés<sup>7</sup>. L'action en résolution ou en responsabilité contractuelle, en revanche, vont de soi, puisque le stipulant est partie au contrat inexécuté. Il était donc inutile de les mentionner.

<sup>4</sup> Civ. 7 février 1877, *D. P.* 77, 1, 337 ; *S.* 77, 1, 393 ; Civ. 7 mars 1883, *D. P.* 94, 1, 77 ; *S.* 94, 1, 161.

<sup>2</sup> Bénabent, *op. cit.*, n° 268 ; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 500 ; Fages, *op. cit.*, n° 250 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 575.

<sup>3</sup> Par ex. en cas de défaut de paiement du capital assurance-vie, et *idem* l'assureur, en cas de non paiement des primes.

<sup>4</sup> *Cf.* Civ. 1, 12 juillet 1956, *B. I.*, n° 306 ; *D.* 1956, *J.* 749, note R. Radouant ; Civ. 1, 25 novembre 1997, n° 95-14472, *B. I.*, n° 321. *Cf.* de même, pour l'action en responsabilité contractuelle : Com. 14 mai 1979, n° 77-15865, *B. IV.*, n° 153 ; *D.* 1980, *J.* 157, note Ch. Larroumet.

<sup>5</sup> Flour, Aubert et Savaux, *L'acte juridique*, n° 815.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 575.

• Rapports entre le promettant et le tiers bénéficiaire

Par exemple, les rapports entre l'assureur et le tiers, dans l'assurance-vie ou l'assurance pour le compte de qui il appartiendra. Aux termes de l'article 1206 du Code civil :

« Le bénéficiaire est investi d'un droit direct à la prestation contre le promettant dès la stipulation.  
Néanmoins le stipulant peut librement révoquer la stipulation tant que le bénéficiaire ne l'a pas acceptée.  
La stipulation devient irrévocable au moment où l'acceptation parvient au stipulant ou au promettant. »

L'article 1206, alinéa 1<sup>er</sup>, confirme la jurisprudence antérieure, en accordant au tiers bénéficiaire un droit direct à l'exécution du contrat. Le tiers bénéficiaire peut aussi éventuellement rechercher la responsabilité contractuelle du promettant pour inexécution<sup>1</sup>. En revanche, il n'a pas le droit de solliciter la nullité ou la résolution du contrat<sup>2</sup>, faute d'intérêt. En effet, il demeure tiers au contrat conclu entre le stipulant et le promettant. Il ne saurait dès lors exiger les restitutions impliquées par l'anéantissement du contrat au lieu et place du stipulant.

Les conséquences attachées au caractère direct du droit du tiers bénéficiaire contre le promettant sont les suivantes :

- La créance du tiers bénéficiaire ne transite pas par le patrimoine du stipulant<sup>3</sup>, solution déjà confirmée par la loi de 1930 en matière d'assurance-vie. Ainsi, dans l'assurance-vie, le capital versé ou à verser va directement de l'assurance au tiers bénéficiaire, sans passer dans le patrimoine de l'assuré. Dès lors, elle échappe au droit de gage général des créanciers du stipulant.
- Comme l'article 1206, alinéa 1<sup>er</sup>, le précise, la créance est acquise du jour de la stipulation, et non de celui de l'acceptation. Celle-ci ne fait que consolider la stipulation en la rendant irrévocable (article 1206, alinéa 2, *a contrario*).

L'article 1206, alinéa 3, fixe le moment exact où la stipulation devient irrévocable. Ce moment correspond à la date de la réception de l'acceptation soit par le stipulant, soit par le promettant. On sait que, d'une manière générale, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont entendu retarder la date de prise d'effet de l'acceptation en matière contractuelle à la date de la réception par son destinataire (article 1121 du Code civil)<sup>4</sup>.

L'article 1208 du Code civil précise les modalités de l'acceptation, à savoir son auteur, ses formes et le moment jusqu'où elle peut intervenir :

« L'acceptation peut émaner du bénéficiaire ou, après son décès, de ses héritiers. Elle peut être expresse ou tacite. Elle peut intervenir même après le décès du stipulant ou du promettant. »

De son côté, même si les textes ne le précisent pas, le promettant a la faculté d'invoquer à l'encontre du tiers bénéficiaire toutes les exceptions qu'il pouvait faire valoir à l'encontre du stipulant, par exemple la nullité du contrat principal ou l'inexécution, par le stipulant, de ses propres obligations.

On a longtemps enseigné qu'on ne pouvait, au moyen de la stipulation pour autrui, faire peser, accessoirement au droit, une obligation sur un tiers. Mais la Cour de cassation a fini par poser en principe que « la stipulation pour autrui n'exclut pas dans le cas d'acceptation par le bénéficiaire, qu'il soit tenu de certaines obligations »<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Mauraie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 501.

<sup>2</sup> Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 556.

<sup>3</sup> Civ. 16 janvier 1888, préc.

<sup>4</sup> *Cf. supra* : sous-titre I « La formation du contrat », chap. I « La conclusion du contrat ».

<sup>5</sup> Civ. 1, 8 décembre 1987, n° 85-11769, *B. I.*, n° 343 ; *D.* 1989, *somm.* 233, obs. J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1988, 532, obs. J. Mestre.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Une stipulation pour autrui accompagnée de certaines obligations est donc valide, à la condition que le tiers bénéficiaire les ait acceptées. L'acceptation, en ce cas, joue un rôle différent de celui qu'elle remplit d'ordinaire dans la stipulation pour autrui : au lieu de rendre irrévocable le droit né antérieurement, elle est nécessaire à la naissance même de l'obligation, de sorte qu'à ce point de vue, il n'y a pas d'entorse à l'effet relatif des conventions.

• Rapports entre le stipulant et le tiers bénéficiaire

Par exemple, dans l'assurance, entre l'assuré et le tiers bénéficiaire. L'article 1206, alinéa 2 du Code civil ouvre, on l'a vu, une faculté de révocation au stipulant<sup>1</sup> : « le stipulant peut librement révoquer la stipulation tant que le bénéficiaire ne l'a pas acceptée ».

Les modalités, la date de prise d'effets et ces effets même de la révocation de la stipulation méritent d'être précisés.

S'agissant des modalités, le stipulant peut exercer la faculté de révocation même par testament<sup>2</sup>, sauf en cas d'acceptation antérieure du tiers bénéficiaire, laquelle n'est soumise à aucune forme – expresse ou tacite, donc, comme le précise du reste l'article 1208 du Code civil, on l'a vu. Mais cela arrive rarement, car souvent le tiers ignore l'existence de la stipulation insérée dans un testament.

Selon l'article 1207 du Code civil, la faculté de révocation appartient aussi aux héritiers du stipulant<sup>3</sup>, sous la même réserve. En son alinéa 1<sup>er</sup>, cet article encadre toutefois la mise en œuvre de la faculté de révocation par les héritiers, notamment en généralisant certaines règles légales applicables en matière d'assurance-vie<sup>4</sup> :

« La révocation ne peut émaner que du stipulant ou, après son décès, de ses héritiers. Ceux-ci ne peuvent y procéder qu'à l'expiration d'un délai de trois mois à compter du jour où ils ont mis le bénéficiaire en demeure de l'accepter. »

S'agissant de la date de prise d'effets de la révocation, l'article 1207, alinéa 4, dispose :

« La révocation produit effet dès lors que le tiers bénéficiaire ou le promettant en a eu connaissance. »

Ainsi la révocation ne prend-elle effet ni à la date où elle est émise, ni même à celle où elle parvient à son destinataire<sup>5</sup>, mais à la date où ce dernier en a effectivement pris connaissance<sup>6</sup>. La preuve, incombant au stipulant, de la connaissance effective de la révocation par le tiers bénéficiaire ou le promettant ne manquera pas d'être difficile à être rapportée en pratique, à moins que la jurisprudence n'admette que la réception de la révocation la fasse présumer<sup>7</sup>.

Lorsque la révocation de la stipulation est faite par testament, elle ne prend toutefois effet qu'au moment du décès du stipulant, aux termes de l'article 1207, alinéa 4, *in fine*. Sa date de prise d'effet coïncide alors logiquement avec celle du testament lui-même (article 895 du Code civil).

Enfin, l'article 1207, alinéa 5, indique quels sont les effets en eux-mêmes de la révocation de la stipulation. Aux termes de ce texte, en effet :

« Le tiers initialement désigné est censé n'avoir jamais bénéficié de la stipulation faite à son profit. »

<sup>1</sup> L'ancien article 1121 du Code civil disposait : « Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter. » Le texte reconnaissait donc implicitement au stipulant cette faculté de révocation, jusqu'à l'acceptation du tiers. L'article 1206, alinéa 2, du Code civil reprend cette règle, en l'explicitant.

<sup>2</sup> Civ. 1, 24 juin 1969, n° 67-14.533, B. I, n° 246 ; D. 1969, J. 544.

<sup>3</sup> Req. 22 juin 1859, D.P. 59, 1, 385 ; S. 61, 1, 151 ; Req. 27 février 1884, D.P. 84, 1, 389 ; S. 86, 1, 422.

<sup>4</sup> En matière d'assurance-vie, les héritiers ne peuvent exercer la faculté de révocation qu'au plus tôt trois mois après mise en demeure adressée au tiers bénéficiaire d'avoir à déclarer s'il accepte la stipulation pour autrui faite en sa faveur (article L. 132-9 du Code des assurances).

<sup>5</sup> Contrairement à la rétractation d'une offre (article 1115 du Code civil).

<sup>6</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 572.

<sup>7</sup> *Ibid.*

Ainsi l'exercice de la faculté de révocation détruit-elle rétroactivement le droit du tiers bénéficiaire. Même si le texte ne l'indique pas expressément, pas, la révocation lui substitue donc, comme si la nouvelle désignation avait été faite depuis le début, un droit au profit soit du nouveau destinataire, soit du stipulant.

Historiquement, les effets de la stipulation pour autrui n'avaient pas été précisés par le Code civil de 1804, mais par la jurisprudence, puis consacrés par le législateur avec la loi du 13 juillet 1930 et enfin par les articles 1205 et suivants du Code civil. De là ont découlé des controverses sur la nature juridique de la stipulation pour autrui.

### γ) Nature juridique de la stipulation pour autrui<sup>1</sup>

Déterminer cette nature juridique consiste en un exercice d'école pour expliquer les effets de la stipulation pour autrui en la ramenant à une technique connue. L'intérêt de l'exercice est moindre aujourd'hui que jadis, puisque les effets ont été précisés par la jurisprudence et la loi. Cet intérêt est donc devenu spéculatif.

Quatre théories ont été proposées, dont aucune ne donne pleinement satisfaction. En effet, les trois premières tendent vainement à concilier le principe de l'effet relatif des contrats avec la stipulation pour autrui. Quant à la quatrième, elle apparaît comme un aveu d'échec.

- Théorie de l'offre

C'est la théorie classique, qui a prévalu dans la doctrine du dix-neuvième siècle<sup>2</sup>. Pour s'efforcer de démontrer que la stipulation pour autrui ne porterait pas véritablement atteinte au principe de l'effet relatif des conventions, les auteurs décomposent l'opération en deux contrats successifs. Un premier contrat est conclu entre le stipulant et le promettant, d'où résulte une créance. Le stipulant proposerait, offrirait ensuite cette créance au tiers bénéficiaire. L'acceptation de ce dernier entraînerait la formation du second contrat.

Ce système expliquerait la faculté de révocation du stipulant, tant que le tiers bénéficiaire n'a pas accepté la stipulation faite à son profit. Mais il se heurte à des objections dirimantes :

- L'offre tombe en caducité par la mort ou l'incapacité de l'offrant (jurisprudence confirmée par l'article 1117, alinéa 2, du Code civil), alors que le droit direct du tiers bénéficiaire survit à ces événements. Sans cela, d'ailleurs, l'assurance-vie serait impraticable.
- Si la théorie de l'offre était exacte, la créance passerait dans le patrimoine du stipulant, avec toutes les conséquences que cela implique (droit de gage général des créanciers du stipulant, notamment), alors que, précisément, elle ne transite pas par ce patrimoine.

- Théorie de la gestion d'affaires

Cette théorie a une origine ancienne. On la trouve en effet évoquée, sous une forme embryonnaire, par Pothier au dix-huitième siècle<sup>3</sup>. Mais elle fut surtout soutenue par l'arrétiste Labbé au dix-neuvième siècle<sup>4</sup>.

La théorie consiste à ramener la stipulation pour autrui au quasi-contrat de gestion d'affaires. Le stipulant, en contractant, gèrerait l'affaire du tiers. Ce dernier, par son acceptation, ratifierait ensuite la gestion. En d'autres termes, le stipulant agirait comme une sorte de représentant du tiers bénéficiaire.

Ce système échappe aux objections majeures que la théorie de l'offre encourait : la survivance du droit direct du tiers bénéficiaire au décès ou la survenance de l'incapacité du pollicitant, le fait que ce droit direct ne transite pas par le patrimoine du stipulant. Mais il ne s'en heurte pas moins à d'autres objections, tout aussi graves :

- La faculté de révocation, ouverte au stipulant par l'article 1206, alinéa 2, du Code civil (ancien article 1121) est refusée au gérant d'affaires. En effet, contrairement au stipulant, le gérant a l'obligation d'achever l'affaire (article 1301-1 du Code civil, ancien article 1374).

<sup>1</sup> Marty et Raynaud, *Les obligations*, t. I, n° 294 et s. ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 708 et s. ; Flour, Aubert et Savaux, *L'acte juridique*, n° 810 et s. ; J. Boyer-Driot, *Du fondement juridique de la stipulation pour autrui*, thèse Toulouse, 1933.

<sup>2</sup> Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, n° 248 ; Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XV, n° 559.

<sup>3</sup> Pothier, *Traité des obligations*, n° 59.

<sup>4</sup> J.-E. Labbé, notes *S.* 77, 1, 393 et *S.* 88, 2, 89.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

- Le gérant dont l'affaire a été ratifiée, doit être indemnisé (article 1301-2 du Code civil, ancien article 1375), tandis que le stipulant a toujours des droits et des obligations, par exemple le paiement de primes d'assurances. En effet le stipulant est partie au contrat, à la différence du gérant d'affaires, qui ne fait que représenter le maître de l'affaire.
- La gestion d'affaires produit ses effets même en l'absence de ratification du maître de l'affaires, du moment qu'elle a été utile (article 1301-2 du Code civil, ancien article 1375), alors que le tiers bénéficiaire est libre d'accepter, ou non, la stipulation faite à son profit.

- Théorie de l'engagement unilatéral de volonté

Les partisans de la théorie de l'engagement unilatéral de volonté ont prétendu voir une application de cette théorie dans la stipulation pour autrui<sup>1</sup>. Au contrat conclu entre le stipulant et le promettant s'ajouterait, en effet un engagement unilatéral du promettant envers le tiers bénéficiaire. Le droit du tiers bénéficiaire naîtrait donc directement de la volonté du promettant.

Cette théorie explique, certes, que l'obligation du promettant se forme sans intervention de la volonté du tiers bénéficiaire, lequel ne fait que la consolider par son acceptation. Toutefois, elle suppose de prendre position sur le principe même de l'engagement unilatéral de volonté comme source d'obligations. Or, on le sait, le droit français n'admet pas qu'il en soit ainsi, du moins d'une manière générale.

Surtout, on se demande ce que devient le stipulant dans cette histoire... Il n'y a pas, en effet, une volonté unilatérale du promettant, mais deux volontés, puisqu'il y a un contrat de base, dans lequel la volonté du stipulant est fondamentale. Or l'existence d'un contrat principal explique la faculté de révocation appartenant au stipulant, ainsi que celle, pour le promettant, d'invoquer à l'encontre du tiers bénéficiaire les moyens de défense tirés de ce contrat, ce qui lui serait impossible s'il s'était vraiment obligé par sa volonté unilatérale.

- Théorie du droit direct

La stipulation pour autrui est une institution autonome, *sui generis*, ne se ramenant à aucun autre mécanisme et faisant naître un droit direct au profit du tiers bénéficiaire<sup>2</sup>. Mais cette prétendue théorie n'explique rien du tout : elle ne fait que constater l'effet majeur de la stipulation pour autrui. Elle se ramène donc à un aveu d'impuissance<sup>3</sup>.

## Sous-section 2 : Domaine d'application de la loi contractuelle dans le temps

De nombreux petits contrats s'exécutent instantanément. Mais d'autres contrats, souvent importants, aménagent les relations des parties pour l'avenir. Deux techniques, réglementées par le Code, sont employées pour moduler les effets des obligations dans le temps : la condition et le terme. En outre, tout contrat qui ne s'exécute pas instantanément, n'oblige les parties que pour une certaine durée, car le droit français prohibe les engagements perpétuels<sup>4</sup>.

### § 1 La condition et le terme

<sup>1</sup> A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1932, n° 131 ; Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. II, n° 304 ; R. Worms, *L'engagement par volonté unilatérale*, thèse Paris, 1891, 114 et s. ; J. Champeau, *Etude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français*, thèse Strasbourg, 1931.

<sup>2</sup> Lambert, *op. cit. passim.* ; Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2<sup>e</sup> éd., t. VI, par P. Esmein, n° 354 ; Marty et Raynaud, *op. cit.*, t. I, n° 298 ; Terré, Simler, Lequette et Chénédedé, *op. cit.*, n° 712 ; Flour, Aubert et Savaux, *op. cit.*, n° 813.

<sup>3</sup> Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n° 1225.

<sup>4</sup> Carbonnier, *Droit civil*, t. II, n° 1048 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 476 ; Bénabent, *op. cit.*, n° 333 et s. ; J. Ghestin « Existe-t-il un principe général de prohibition des engagements perpétuels ? », in : *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, Société de législation comparée, 1999, pp. 250 et s. ; R. Libchaber « Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée des sociétés », *Rev. soc.* 1995, p. 437.

Reprenant la qualification doctrinale en usage, l'ordonnance du 10 février 2016 présente la condition et le terme comme des modalités de l'obligation (articles 1304 et suiv., chap. I « Les modalités de l'obligation » du titre IV « Du régime général des obligations » du livre III). La condition et le terme sont effectivement des manières d'être de l'obligation, indépendantes de son objet.

Alors que certaines clauses accessoires ont une vie propre et, en tout cas, sont sans incidence sur l'obligation principale, le terme et la condition se rapportent en effet à cette obligation principale, ont pour but d'apporter de lui apporter des modalités :

- la condition est un événement futur de réalisation incertaine, par ex. le succès à un examen.
- Le terme est un événement futur de réalisation certaine, par ex. une date, la mort.

Les modalités de l'obligation sont théoriquement indépendante de la source de celle-ci : contrat, quasi-contrat, responsabilité extra-contractuelle ou loi. C'est la raison pour laquelle une partie de la doctrine<sup>1</sup> les aborde toutes à propos du régime général applicable aux obligations indépendamment de leur source. L'ordonnance du 10 février 1996 fait de même, en leur consacrant le chapitre I du nouveau titre IV du Code civil consacré au régime général des obligations. Mais, en pratique, certaines de ces modalités de l'obligation ne se rencontrent que dans les actes juridiques, unilatéraux ou, plus fréquemment, conventionnels : c'est le cas de la condition<sup>2</sup>. Quant au terme, il est bien souvent attaché à une obligation contractuelle. Ainsi condition et terme contribuent-ils à déterminer le domaine d'application de la loi contractuelle dans le temps, ce qui explique que nombre d'auteurs<sup>3</sup> en traitent à propos des effets du contrat.

L'ordonnance du 10 février 1996 s'est inscrite dans la continuité, en reprenant la plupart des règles du Code civil actuel et en consolidant la plupart des acquis jurisprudentiels. La condition, puis le terme seront étudiés.

## A. La condition<sup>4</sup>

On précisera la notion de condition, puis on examinera la validité de l'obligation conditionnelle et enfin les effets de la condition.

### 1. Notion de condition<sup>5</sup>

Le terme « condition » revêt plusieurs sens dans la langue juridique. Tout d'abord, les mots « clauses » et « conditions » sont souvent considérés et utilisés comme synonymes ; en l'occurrence, la condition signifie clause, comme par exemple dans l'ancien article 1184, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil<sup>6</sup>. Les « conditions » s'entendaient également des éléments essentiels à la validité des conventions (ancien article 1108 du Code civil). Cependant, l'article 1128 actuel du Code civil, qui remplace l'ancien article 1108, n'a pas repris l'expression.

<sup>1</sup> Marty et Raynaud, *Les obligations*, t. II, par Jestaz, n° 45 et s. ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 1334 et s. ; Flour, Aubert, Savaux, Andreu et Forti, *Le rapport d'obligation*, n° 43 et s. ; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 827 et s. ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 1561 et s. ; Malinvaud, Mekki et Seube, *Droit des obligations*, n° 874 et s. ;

<sup>2</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 1335 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 875 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 760. Cf. Civ. 1, 28 novembre 2012, n° 11-20674 ; RDC 2013, 505, obs. Th. Génicon : un engagement unilatéral peut être affecté d'une condition.

<sup>3</sup> Carbonnier, *Droit civil*, t. II, n° 1048 et s. ; Bénabent, *Droit des obligations*, n° 340 et s. ; Fages, *op. cit.*, n° 148 et s.

<sup>4</sup> J.-J. Taisne, *La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, thèse dactyl. Lille 1977, 2 vol. ; D. Bonnet, *Cause et condition dans les actes juridiques*, préf. P. de Vareille-Sommières, LGDJ, 2005 ; O. Milhac, *La notion de condition dans les actes à titre onéreux*, thèse Paris I, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2001 ; M. Latina, *Essai sur la condition dans les contrats*, thèse Paris 2, préf. D. Mazeaud, LGDJ, 2009 ; Ph. Derouin « Pour une analyse "fonctionnelle" de la condition », *RTD civ.* 1978, 1 et s.

<sup>5</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 1335-1336 ; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, n° 835 et s.

<sup>6</sup> Cf. *supra* : sous-titre I « La formation du contrat », chap. IV « La nullité du contrat », section 3 « Effets de la nullité », § 1 « Étendue de la nullité ».



Toutefois, la notion de condition a aussi un sens technique plus précis, lorsqu'elle désigne une modalité de l'obligation<sup>1</sup>, en l'absence de laquelle l'obligation pourrait néanmoins exister. Elle est régie par les articles 1304 à 1304-7 du même code<sup>2</sup>.

D'aucuns<sup>3</sup> ont critiqué la conception du législateur, selon laquelle la condition consiste en une modalité de l'obligation, quelle qu'en soit la source. Non seulement en effet, observent-ils, la condition ne concerne en règle générale que les seules obligations contractuelles – réserve faite de la condition affectant un acte juridique unilatéral, laquelle peut se rencontrer –, mais encore elle affecte, au-delà de celles-ci, l'ensemble des effets qu'une convention peut engendrer<sup>4</sup>. Ainsi, par exemple, une condition suspensive est susceptible d'atteindre aussi bien l'effet « obligationnel », que l'effet réel ou extinctif d'une convention. Ce lien nécessaire établi entre la condition et l'obligation, ajoutent ces auteurs, est d'autant plus regrettable que l'ordonnance du 10 février 2016 a élargi la définition du contrat : l'article 1101 du Code civil prévoit désormais que le contrat peut créer, transmettre, modifier ou éteindre des obligations. Il semble dès lors peu cohérent de la part du législateur d'avoir maintenu la conception traditionnelle de condition, qui en fait une manière d'être de l'obligation exclusivement.

A travers la définition de l'obligation conditionnelle, l'article 1304 donne une définition de la condition elle-même. En outre, le texte en distingue deux variétés, la condition suspensive et la condition résolutoire :

« L'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain.  
La condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple.  
Elle est résolutoire lorsque son accomplissement entraîne l'anéantissement de l'obligation. »

Il résulte de la lettre de cette disposition et de sa place dans le Code civil, que la condition possède deux caractéristiques principales : il s'agit d'un événement aléatoire dont dépend l'efficacité de l'acte et d'un événement adventice au contrat.

#### a. Événement aléatoire dont dépend l'efficacité de l'acte

Selon l'article 1304 du Code civil, la condition est un événement futur de réalisation incertaine, dont dépend l'effectivité ou la disparition d'une obligation. Elle ne se présume pas. Aussi, à défaut d'être stipulée clairement dans l'acte, doit-elle être déduite d'une recherche, par les juges du fond, de la commune intention des parties<sup>5</sup>.

De cette définition, il résulte que la condition peut être soit suspensive, soit résolutoire. Dans tous les cas, son incertitude la distingue du terme.

##### α) Condition suspensive et condition résolutoire

En ses alinéas 2 et 3, l'article 1304 distingue, on l'a dit, condition suspensive et condition résolutoire :

« La condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple.  
« Elle est résolutoire lorsque son accomplissement entraîne l'anéantissement de l'obligation. »

<sup>1</sup> L'existence d'un rapport d'obligation entre les parties est indispensable pour que le régime de la condition soit applicable : Civ. 3, 5 décembre 2012, n° 11-24448, B. III, n° 181 ; RDC 2013/3, 945, obs. M. Latina, 994, obs. A. Bénabent et 1021, obs. Ch. Goldie-Génicon ; CCC 2013, comm. 48, obs. L. Leveneur ; Gaz. Pal. 2013, n° 100, p. 2, obs. D. Houtcieff ; RTD civ. 2013, 95, obs. J. Hauser (inapplicabilité de l'ancien article 1178 du Code civil à une tontine).

<sup>2</sup> Ces dispositions ont remplacé les anciens articles 1168 à 1184 du Code civil. Elles sont moins précises que ne l'étaient ces derniers.

<sup>3</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 760 ; Deshayes, Génicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1304, p. 568 ; Flour, Aubert, Savaux, Andreu et Forti, *Le rapport d'obligation*, n° 43.

<sup>4</sup> Cf. Bénabent, *Droit des obligations*, n° 343, à propos de la condition suspensive : « La condition suspensive a pour but de "suspendre", c'est-à-dire de geler le contrat, tant que l'événement prévu ne se réalisera pas. »

<sup>5</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 1342 ; Com. 6 février 1990, n° 88-14650 ; Com. 14 mai 1996, n° 93-18453 ; Civ. 1, 31 octobre 2012, n° 11-20728 ; *contra*, exigeant une stipulation expresse, pour que l'obligation puisse être qualifiée de conditionnelle : Civ. 3, 8 février 1983, n° 81-16471, B. III, n° 36 ; Soc. 14 décembre 2016, n° 15-26676.

Ainsi la condition suspensive est-elle un événement futur de réalisation incertaine, dont dépend l'effectivité d'une obligation ; la condition résolutoire est un tel événement, dont dépend l'extinction, la résolution d'une obligation. Selon la formulation employée dans le contrat, le même événement peut d'ailleurs servir de condition suspensive ou résolutoire : par ex. l'octroi d'un prêt, la mutation à tel endroit, etc.

A ce propos, en énonçant que l'accomplissement de la condition suspensive rend « pure et simple » l'obligation contractée sous cette condition, l'article 1304, alinéa 2, suggère implicitement que, *pendante conditione*, cette obligation existe déjà « en germe »<sup>1</sup>, tout en étant incomplète ou inachevée.

L'article 1304, alinéa 2, évite donc de définir la condition suspensive, ainsi que la doctrine antérieure à la réforme de 2016 le faisait souvent<sup>2</sup>, comme un événement dont la naissance de l'obligation dépendrait<sup>3</sup>. En effet, cette dernière expression pouvait être considérée comme ambiguë, dans la mesure où, la condition n'étant qu'une modalité de l'obligation, apparaît ne pas affecter l'existence de cette dernière, mais uniquement son effectivité, son avènement<sup>4</sup>.

Une partie de la doctrine<sup>5</sup> a néanmoins critiqué cette nouvelle définition de la condition suspensive. Sans doute, observe-t-elle, le contrat affecté d'une condition suspensive encore pendante est-il d'ores et déjà formé, existe-t-il en germe. Aussi est-il soumis aux principes de la force obligatoire, de l'irrévocabilité et de la bonne foi, d'où certaines conséquences juridiques. En revanche, les obligations ou la situation juridique absolue que ce contrat entraîne, ne naîtront qu'avec l'accomplissement éventuel de la condition suspensive : par exemple, tant que celle-ci n'est pas accomplie, le transfert de propriété résultant d'une vente conditionnelle n'a pas lieu. Si, selon ces auteurs, la condition suspensive affecte donc uniquement l'effectivité du contrat, la naissance des obligations ou de la situation juridique absolue, que ce contrat engendre, dépend de cette condition.

## β) Condition et terme

L'arrivée d'un terme est toujours une certitude, parce qu'il s'agit d'un événement qui se produira à coup sûr, à une date précise ou non : par exemple, la mort d'une personne ; au contraire, étant un événement de réalisation incertaine<sup>6</sup>, la condition prévue au contrat peut ou non se réaliser, ou défaillir : par exemple, le mariage d'une personne, l'obtention d'un marché, la réussite à un examen.

En conséquence, le terme affecte uniquement la durée du contrat, en précisant son point de départ (terme suspensif) ou sa fin (terme extinctif) ; quelle que soit sa durée, l'obligation existe ou a existé, alors que la condition affecte l'avènement même de l'obligation : suivant que la condition se réalisera ou non, l'obligation existera ou bien sera censée n'avoir jamais existé.

La condition peut être, ou non, assortie d'un délai fixé par les parties pour sa réalisation. Lorsqu'elle ne l'est pas, l'ancien article 1171 du Code civil prévoyait que « la condition peut toujours être accomplie ; et elle n'est censée défaillir que lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas. » Toutefois la Cour de cassation avait reconnu, dans le silence des parties, le pouvoir aux juges du fond de fixer un délai raisonnable pour l'accomplissement de la condition, par interprétation de la volonté commune de ces parties, au motif que « la stipulation d'une condition suspensive sans

<sup>1</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 1347.

<sup>2</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 876.

<sup>3</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 760 ; Deshayes, Génicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1304.

<sup>4</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 1347 ; Bénabent, *Droit des obligations*, n° 344.

<sup>5</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 760 ; M. Mekki « La condition suspensive », *Gaz. Pal.* 4 juin 2015, n° 155, p. 4 et s. ; cf. développant une thèse identique, sans critiquer toutefois les nouvelles dispositions : Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 876 ; Fages, *op. cit.*, n° 150.

<sup>6</sup> Cf. par ex. Bénabent, *op. cit.*, n° 322 et n° 341 ; Civ. 1, 13 avril 1999, n° 97-11156, *B. I.*, n° 131 ; *JCP* 1999, II, 10309, note A.-S. Barthez ; *Defrénois* 1999, art. 37041, p. 1001, note D. Mazeaud ; Civ. 1, 13 juillet 2004, n° 01-01429, *B. I.*, n° 204 ; *D.* 2005, *J.* 1009, note A. Bories ; *JCP* 2004, II, 10155, concl. J. Sainte-Rose ; Civ. 1, 26 septembre 2012, n° 11-11508. Sur la difficulté qu'il peut néanmoins y avoir, en pratique, à distinguer le terme de la condition, cf. Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 1357 ; Taisne, *op. cit.*, n° 56. La certitude de l'arrivée de l'événement s'apprécie en effet moins objectivement qu'en considération de la conviction des parties. Comme l'écrit M. Taisne (*op. cit.*, *loc. cit.*, passage reproduit in : Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, *loc. cit.*), il se peut que « le même événement objectivement incertain » soit « qualifié de terme ou de condition selon que les parties, à tort ou à raison, le tenaient ou non pour certain ».

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

terme fixe ne peut pour autant conférer à l'obligation un caractère perpétuel »<sup>1</sup>. L'ancien article 1171 n'a pas été repris par l'ordonnance du 10 février 2016. Mais la solution n'en perdurera pas moins, à n'en pas douter.

b. Événement adventice à l'acte

Le contrat sous condition est un contrat dûment formé. Un élément nécessaire à la formation du contrat, par exemple la capacité ou le consentement d'une partie, ne saurait donc être érigé en condition, par nature incertaine<sup>2</sup>. L'événement pris pour condition ne peut être qu'un élément en lui-même accessoire, mais auquel l'efficacité ou la disparition de l'acte se trouve subordonnée par la volonté des parties. Comme l'article 1304-6, alinéa 1<sup>er</sup>, l'énonce, à propos de la condition suspensive, l'accomplissement de celle-ci « rend l'obligation pure et simple ».

Ex. est conditionnelle la vente d'un immeuble subordonnée à la condition que l'acheteur obtienne un crédit ou que le vendeur soit muté dans une autre ville : toutes les conditions de validité du contrat sont par hypothèse remplies, mais un élément extrinsèque a été, par la volonté des parties, érigé en condition.

Lorsque les parties font une condition d'un élément nécessaire à la formation du contrat, deux sanctions différentes sont envisageables :

- soit l'inexistence ou la nullité, selon les points de vue, de la convention faite de s'être valablement formée, et non pas conditionnelle au sens des articles 1304 et suivants du Code civil<sup>3</sup> ;

Ex. vente conclue sous la prétendue condition que les parties parviennent à un accord sur le prix.

- soit la nullité de la seule condition, réputée non écrite, le contrat subsistant pour le reste et devenant pur et simple<sup>4</sup>.

2. Validité de l'obligation conditionnelle

L'obligation conditionnelle jouit d'une validité de principe, en conséquence du principe de l'autonomie de la volonté. Il existe néanmoins deux restrictions, l'une concernant la condition illicite, l'autre la condition dépendant de la seule volonté du débiteur.

a. Obligation affectée d'une condition illicite

Aux termes de l'article 1304-1 du Code civil :

« La condition doit être licite. A défaut, l'obligation est nulle. »

Ex. clause de célibat ou de non remariage érigée en condition suspensive.

Quant à la question de savoir si cette nullité entraîne, ou non, celle du contrat tout entier, tout dépend vraisemblablement de savoir si le contrat peut ou non subsister sans cette obligation, en d'autres termes de savoir si la condition constituait, ou non, un élément déterminant de l'engagement des parties, conformément au principe traditionnel codifié à l'article 1184 du Code, relatif à l'étendue de la nullité<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 3, 20 mai 2015, n° 14-11851, B. III, n° 51 ; rapp. Civ. 3, 3 février 1982, n° 80-15794, B. III, n° 37 ; comp. Com. 6 mars 2007, n° 05-17546, B. IV, n° 78.

<sup>2</sup> Civ. 3, 22 octobre 2015, n° 14-20096, B. III, n° 101 ; BICC n° 838, 15 mars 2016, n° 350 ; D. 2015, 2478, note N. Dissaux ; RDC 2016, 31, note J. Klein ; JCP E 2015, II, 1620, note B. Brignon.

<sup>3</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénédedé, *op. cit.*, n° 1336 ; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, n° 837.

<sup>4</sup> Civ. 3, 22 octobre 2015, préc.

<sup>5</sup> Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 1567 ; Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1304-1. Cf. *supra* : sous-titre I « Formation du contrat », chap. IV « La nullité du contrat », section 3 « Effets de la nullité », § 1 « Étendue de la nullité », B. « Exceptions au principe de l'anéantissement total du contrat ».

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

L'ancien article 1172 du Code civil énonçait : « Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend. » L'article 1304-1 diffère sur plusieurs points de cette ancienne disposition.

- Tout d'abord, l'article 1304-1 ne fait plus référence à l'impossibilité, ni à la contrariété aux bonnes mœurs. Cette simplification s'explique par deux raisons.
  - D'une part, une condition impossible n'est pas une véritable condition<sup>1</sup>. En effet, celle-ci se définit comme un événement futur de réalisation incertaine, selon l'actuel article 1168 et le nouvel article 1304, alinéa 1er. Si sa survenance est impossible, l'événement envisagé par les parties ne saurait donc être érigé en condition de l'engagement, faute d'aléa. Si la condition impossible est suspensive, l'obligation, de toute façon, n'existe pas, puisqu'elle n'accèdera jamais à la naissance ou à la perfection<sup>2</sup>.
  - D'autre part, d'une manière générale, l'ordonnance du 10 février 2016 ne vise plus la notion de bonnes mœurs distinctement de l'ordre public<sup>3</sup>. Il était donc logique que la référence aux bonnes mœurs disparût du nouveau texte.
- Ensuite, contrairement à l'ancien article 1172, l'article 1304-1 ne frappe pas de nullité la condition illicite et la convention qui en dépend, mais l'obligation contractée sous une condition illicite.

La rédaction de l'ancien article 1172 s'explique par le fait que ses rédacteurs avaient voulu traiter simultanément de l'illicéité de la condition au sens technique de modalité d'une obligation et la condition au sens ordinaire d'une clause du contrat. Le texte signifiait, à cet égard, que lorsque la condition s'entend d'une clause contractuelle, son illicéité entraîne sa nullité et, par ricochet, celle du contrat tout entier.

On sait que ce texte était apparu incompatible avec l'ancien article 900 du Code civil, lequel répute simplement non-écrite la condition impossible, illicite ou contraire aux bonnes mœurs dans les libéralités. Mais on sait aussi que la jurisprudence s'était efforcée de concilier les deux textes, en distinguant selon que la clause a été déterminante ou non du consentement des parties : dans le premier cas, elle entraînait la nullité totale de l'acte juridique, dans le second, le contrat subsistait amputé de la clause, qui était réputée non-écrite<sup>4</sup>.

L'article 1184 du Code civil traite désormais des conséquences attachées à l'illicéité d'une clause contractuelle, en consacrant la distinction jurisprudentielle entre la clause déterminante de l'engagement des parties ou de l'une d'entre elles et celle qui ne l'est pas. Dès lors, l'article 1304-1 du même code ne traite plus que des conséquences attachées à l'illicéité d'une condition, entendue au sens technique de modalité d'une obligation, et non, banalement, d'une clause contractuelle.

Or la nullité sanctionne un acte juridique, dont une condition de formation fait défaut. Elle ne saurait, à proprement parler, frapper une condition, qui n'est pas un acte juridique, mais une modalité de l'obligation. C'est la raison pour laquelle l'article 1304-1 prévoit que l'illicéité de la condition entraîne la nullité de l'obligation conditionnelle. Mais ce texte en devient inutile, car l'article 1162 du Code civil, subordonnant la validité du contrat à la conformité de ses stipulations à l'ordre public, suffit à fonder la nullité de l'obligation affectée d'une condition illicite<sup>5</sup>.

A ces nuances de rédaction près, l'article 1304-1 semble épouser le droit positif actuel.

## b. Obligation affectée d'une condition dépendant de la seule volonté du débiteur

L'article 1304-2 du Code civil énonce :

« Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. »

<sup>1</sup> Mekki « La condition suspensive », *op. cit.*

<sup>2</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 767 ; Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1304-1.

<sup>3</sup> Cf. *supra* : chap. préliminaire « Notions générales » section 2 « Principes généraux gouvernant les contrats », § 1 « Identification des principes généraux gouvernant les contrats », A. « L'autonomie de la volonté », 2. « Conséquences juridiques du principe de l'autonomie de la volonté », a. « La liberté contractuelle » ; sous-titre I « La formation du contrat », chap. II « La validité du contrat », section 3 « Le contenu du contrat », sous-section 2 « Licéité du contenu contractuel », § 1 « L'ordre public à respecter », A. « Composantes de l'ordre public », 2. « Les bonnes mœurs ».

<sup>4</sup> Cf. *supra* : sous-titre I « Formation du contrat », chap. IV « La nullité du contrat », section 3 « Effets de la nullité », § 1 « Étendue de la nullité », B. « Exceptions au principe de l'anéantissement total du contrat ».

<sup>5</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 768 ; Deshayes, Génicon et Laithier, *op. cit.*, *loc. cit.*

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Ce texte reprend la fameuse prohibition de la condition potestative, qui figurait dans l'ancien article 1174 du Code civil<sup>1</sup>, en consacrant les acquis jurisprudentiels<sup>2</sup>, tout en renonçant à l'expression pour lui substituer une périphrase. Mais comme cette expression était commode, on continuera de l'utiliser.

L'article 1304-2 n'interdit que la condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. En revanche, reste valable la condition dont l'accomplissement dépend à la fois de la volonté du débiteur et d'un événement extérieur à sa volonté.

Les anciens articles 1169 à 1171 du Code civil de 1804 distinguaient trois types de conditions : la condition casuelle, la condition mixte et la condition potestative. Seule la dernière était prohibée.

- La condition casuelle est un événement dépendant du hasard ou, en tout cas, ni du créancier ni du débiteur (actuel article 1169 du Code civil). Elle est pleinement valable.
- La condition mixte consiste en un événement dépendant à la fois de la volonté de l'une des parties et de celle d'un tiers (actuel article 1171 du Code civil), par ex. si vous vous mariez. Elle est aussi pleinement valable.
- La condition potestative est un événement dépendant de la volonté de l'une ou l'autre des parties, au pouvoir (*potestas*) d'une partie (actuel article 1170 du Code civil). L'ancien article 1174 du Code civil la frappait de nullité.

L'ordonnance du 10 février 2016 n'a pas repris cette trilogie traditionnelle. Sans doute ces auteurs ont-ils estimé suffisant de prévoir la prohibition de la condition potestative, qu'ils ont maintenue, en dépit des critiques doctrinales qu'elle a suscitées<sup>3</sup>, à l'article 1304-2.

Il convient d'exposer les justifications de cette prohibition, son domaine et enfin sa sanction.

#### α) Justifications de la prohibition

La prohibition se justifie doublement, d'un point de vue technique et d'un point de vue moral.

- Justification technique : sous couvert d'être une modalité de l'obligation, une condition dont l'accomplissement dépend de la seule volonté du débiteur affecte un élément essentiel de validité contrat, à savoir l'existence du consentement. Elle contredit donc la notion même d'engagement, dès lors que le débiteur peut s'y soustraire à sa discrétion.

Aussi l'ancien article 1174 du Code civil était-il apparu trop catégorique à la doctrine et à la jurisprudence. Toute obligation contractée sous une condition qui n'est pas mixte, ne mérite en effet pas d'être déclarée nulle, si la condition ne dépend pas entièrement de la volonté arbitraire du débiteur. La doctrine et la jurisprudence classiques avaient donc adopté une interprétation restrictive de l'article 1174 du Code civil, reposant sur une distinction fondamentale entre la condition simplement potestative valable et la condition purement potestative nulle.

- La condition purement potestative dépend uniquement de la volonté du débiteur<sup>4</sup> : « si je veux », « si je le juge bon » (*si voluero*). En réalité, le débiteur ne s'engage à rien, puisqu'il peut se dispenser, à sa guise, d'exécuter sa prétendue obligation. C'est en réalité une condition qui porte sur cet élément essentiel du contrat qu'est le consentement, au lieu d'être une simple modalité de l'obligation.
- La condition simplement potestative consiste en un événement extérieur dont l'accomplissement dépend de la volonté du débiteur : « si je vais à Paris », « si je vends ma maison »<sup>5</sup>. Il y a alors volonté réelle de s'engager.

<sup>1</sup> Ancien article 1174 du Code civil : « Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. »

<sup>2</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 772 et s.

<sup>3</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 774 ; Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1304-2 ; W. Dross « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *RTD civ.* 2007, 701 et s. ; J.-S. Borghetti « Des obligations conditionnelles et à terme », *in* : *Pour une réforme du régime général des obligations*, ss. la dir. de F. Terré, Dalloz, 2013, 63 et s.

<sup>4</sup> Cf. par ex. Civ. 3, 6 décembre 2005, n° 04-18094 ; Com. 19 janvier 2010, n° 08-19376.

<sup>5</sup> Com. 17 mai 1965, n° 63-10.288, *B. III*, n° 321 ; Com. 9 juillet 1968, n° 65-10.681, *B. IV*, n° 228 ; Civ. 3, 22 novembre 1995, n° 94-11014, *B. III*, n° 243 ; *D.* 1996, *J.* 604, note Ph. Malaurie ; *ibid.*, *somm.* 330, obs. D. Mazeaud ; *CCC* 1996, 19, note L. Leveneur ; *RDC civ.* 1997, 128, obs. J. Mestre ; *RDI* 1996, 227, obs. J.-Cl. Groslière et C. Saint-Alary-Houin ; comp. Civ. 3, 27 novembre 1969, n° 68-13.175, *B. IV*, n° 772.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Bien que la distinction fût subtile et d'une mise en œuvre délicate, d'autant que les juges du fond disposaient d'un pouvoir souverain d'appréciation en la matière<sup>1</sup>, la Cour de cassation la fit sienne.

- Justification morale : l'interdiction de la condition dont la réalisation dépend de la volonté du débiteur, est un instrument de protection d'une partie contre l'arbitraire de l'autre. Tel est effet le but de la règle. C'est donc non seulement pour des raisons techniques – absence de consentement – mais encore pour des raisons morales, que cette condition doit être interdite : il s'agit, en réalité, d'éviter qu'une des parties ait la maîtrise de son engagement et tienne l'autre à sa merci. Dès lors, la condition est nulle, seulement si le débiteur est en situation de se dégager arbitrairement de son engagement, elle ne l'est pas si le comportement du débiteur est susceptible d'un contrôle par le juge<sup>2</sup>.

Ex. la clause permettant à l'installateur d'appareils de distribution d'aliments et de boissons de retirer ces appareils si l'exploitation s'avérait déficitaire n'est pas « purement potestative », car cette donnée peut être vérifiée en justice<sup>3</sup>.

Ex. la clause subordonnant la cession d'un bail commercial à l'accord d'un bailleur n'est pas « purement potestative », car la légitimité des motifs du refus d'agrément (solvabilité, honorabilité du nouveau locataire...) peuvent être contestés en justice<sup>4</sup>.

Certes, tout le monde s'accorde à estimer que les conditions au pouvoir d'une partie ne doivent pas toutes être frappées de nullité. Mais le flou de la distinction de la condition purement et de la condition simplement potestative avait effectivement amené la doctrine moderne à lui préférer une interprétation téléologique de l'ancien article 1174<sup>5</sup>. Aussi bien l'article 1304-2, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil reprend-il l'idée que la condition ne doit pas être abandonnée au pouvoir arbitraire du débiteur, en évitant le recours à la terminologie controversée de condition purement potestative opposée à celle de condition simplement potestative<sup>6</sup>.

Le but de la prohibition permet de déterminer son domaine.

### β) Domaine de la prohibition

La condition dépendant de la seule volonté du créancier est licite. En revanche, en l'état actuel du droit positif, toute condition dépendant de la seule volonté du débiteur, qu'elle soit suspensive ou résolutoire, est prohibée.

- Licéité de la condition dépendant de la seule volonté du créancier

L'article 1304-2, alinéa 1<sup>er</sup>, énonce :

« Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur »<sup>7</sup>.

La condition purement potestative de la part du créancier n'est donc pas prohibée<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 1, 16 octobre 2001, n° 00-10020, *B. I*, n° 257 ; *D.* 2002, *somm.* 2839, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 2002, I, 134, § 2, n° 4 et s., obs. J. Rochfeld ; *RTD civ.* 2002, p. 97, n° 9, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Rép. Defrénois* 2002, p. 251, obs. R. Libchaber.

<sup>2</sup> Aux exemples cités ci-après au texte, *adde* : Com. 29 septembre 2009, n° 08-20526.

<sup>3</sup> Com. 12 mai 1980, n° 78-14312, *B. IV*, n° 190.

<sup>4</sup> Civ. 3, 4 décembre 2002, n° 00-21390.

<sup>5</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 1340 ; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, n° 843 et s. ; Bénabent, *op. cit.*, n° 342 ; J. Ghestin « L'indétermination du prix de vente et la condition potestative », *D.* 1973, *Chr.* 293 ; J. Ghestin « La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil », in : *Etudes dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, 243 et s. ; Taisne, *op. cit.*, n° 87-127 ; B. Dondero « De la condition potestative licite », *RTD civ.* 2007, 677 et s.

<sup>6</sup> Fages, *op. cit.*, n° 147.

<sup>7</sup> L'ancien article 1174 du Code civil parlait déjà d'une condition potestative « de la part de celui qui s'oblige ».

<sup>8</sup> Civ. 3, 15 janvier 2003, n° 01-03700 *B. II*, n° 9 ; *D.* 2003, *J.* 1190, note H. Kenfack : application au pacte de préférence. Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 1568 ; Fages, *op. cit.*, n° 149 ; Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1304-2 ; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 847.

De fait, par définition même, la condition purement potestative de la part du créancier ne permet pas au débiteur de se soustraire arbitrairement à son engagement. Aussi son interdiction ne se justifie-t-elle pas<sup>1</sup>.

Ex. la clause d'un prêt consenti par un employeur, selon laquelle le remboursement de ce prêt sera anticipé en cas de départ du salarié de l'entreprise, ne constitue pas une condition purement potestative de celui qui s'oblige au remboursement du prêt, dès lors que l'anticipation de ce remboursement relève tant de l'initiative de l'employeur en cas de licenciement que de celle du salarié en cas de démission<sup>2</sup>.

Quid dans un contrat synallagmatique, où chacune des parties est à la fois débitrice et créancière ?

Dans un premier temps, la jurisprudence avait jugé que « les parties étant réciproquement créancières et débitrices », l'existence d'une condition purement potestative ne pouvait entraîner la nullité de la convention<sup>3</sup>. Mais elle est ensuite revenue sur cette solution, en décidant que la condition purement potestative affectant l'une des obligations d'un contrat synallagmatique était prohibée et, partant, entraînait la nullité du contrat<sup>4</sup>. En effet, le caractère purement potestatif de la condition affectant l'une des obligations peut mettre l'autre partie à la merci du débiteur de cette obligation.

- Prohibition de la condition potestative, suspensive ou résolutoire, de la part du débiteur

L'article 1304-2 du Code civil vise « une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur », sans distinguer selon qu'elle est suspensive ou résolutoire. L'obligation affectée d'une condition purement potestative encourt donc la nullité dans les deux cas<sup>5</sup>. En effet, le créancier est soumis à l'arbitraire du débiteur, qu'il soit au pouvoir discrétionnaire de ce dernier d'empêcher la naissance de l'obligation ou de se libérer. Il n'y a dès lors aucune raison de distinguer selon que la condition potestative est suspensive ou résolutoire<sup>6</sup>, et la jurisprudence la prohibe dans les deux cas<sup>7</sup>.

L'article 1304-2, alinéa 1<sup>er</sup>, du projet de la Chancellerie de 2015 paraissait revenir sur cette solution. Aux termes, en effet, de ce texte : « Est nulle l'obligation suspendue à une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. » Ainsi seule l'obligation soumise à une condition potestative suspensive aurait désormais encouru la nullité. Mais la version définitive du texte est revenue à la solution traditionnelle.

γ) Sanction de la prohibition

Il convient d'exposer l'étendue et le caractère de la nullité affirmée par l'article 1304-2 du même code.

- Étendue de la nullité

<sup>1</sup> Rappr. Civ. 1, 20 février 1962, *B. I*, n° 113 : irrecevabilité, faute d'intérêt, de la demande en nullité d'un contrat formée par un créancier, faisant valoir que ce contrat contenait une condition purement potestative, stipulée en réalité à son seul profit.

<sup>2</sup> Soc. 4 décembre 2002, n° 00-45550.

<sup>3</sup> Civ. 1, 20 octobre 1954, n° 7.599, *B. I*, n° 294 ; Com. 11 mars 1968, *B. IV*, n° 101 ; Civ. 3, 21 janvier 1971, n° 70-11065, *B. III*, n° 46 ; *D.* 1971, *J.* 323.

<sup>4</sup> Com. 23 septembre 1982, n° 81-10131, *B. IV*, n° 282 ; Civ. 3, 7 juin 1983, n° 82-10281, *B. III*, n° 132 ; *D.* 1983, *IR* 481, obs. B. Audit ; *Defrénois* 1984, art. 33326, p. 805, obs. J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1984, 713, obs. J. Mestre.

<sup>5</sup> Sauf exception légale, autorisant la condition purement potestative résolutoire. C'est le cas dans la vente à réméré, dite également vente avec faculté de rachat (article 1659 et s. du Code civil). Mais il ne faut pas, comme certains auteurs classiques l'avaient fait, commettre l'erreur d'induire de cette exception légale un principe général, selon lequel la condition potestative résolutoire serait licite.

<sup>6</sup> Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 ; Marty, Raynaud et Jestaz, *Les obligations*, t. II, n° 76 ; Fages, *op. cit.*, n° 149 ; Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1304-2 ; Ghestin, *op. cit.* ; Goubeaux, note *JCP* 1974, II, 17786.

<sup>7</sup> Soc. 9 nov. 1961, n° 60-40.593, *B. IV*, n° 923 ; Soc. 3 juill. 1963, n° 61-11.940, *B. IV*, n° 139 ; Com. 28 juin 1965, n° 60-12.694, *B. III*, n° 405 ; Civ. 1, 16 oct. 2001, n° 00-10020, *B. I*, n° 257, préc. ; Com. 29 juin 2010, n° 09-16471.

Comme l'article 1304-2 le précise<sup>1</sup>, la condition potestative rend nulle l'obligation qui en dépend<sup>2</sup>. Lorsque la condition affectait une obligation essentielle, la nullité de celle-ci entraîne celle du contrat dans son ensemble, selon la jurisprudence<sup>3</sup> et la doctrine<sup>4</sup>.

- Caractère de la nullité

L'article 1304-2 du Code civil ne précise pas le caractère de la nullité de l'engagement contracté sous une condition purement potestative.

Conformément à l'article 1179 du Code civil et la théorie moderne des nullités, la nullité de l'obligation contractée sous une condition potestative et, le cas échéant, du contrat tout entier, devrait être relative, puisqu'elle est instituée pour la protection d'une partie contre l'arbitraire de l'autre, à savoir le créancier de l'obligation contractée sous une condition purement potestative. Telle est l'opinion soutenue par certains auteurs<sup>5</sup>. Cependant, au moins un arrêt de la Cour de cassation antérieur à la réforme du 10 février 2016 avait paru se prononcer en faveur du caractère absolu de la nullité<sup>6</sup>.

L'article 1304-2 énonce, il est vrai, *in fine* la « nullité ne peut être invoquée lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause ». Mais, malgré les apparences, ce texte n'a pas pour objet de conférer une efficacité à une confirmation tacite de la nullité résultant d'une condition potestative, d'où l'on pourrait déduire que cette nullité serait relative<sup>7</sup>.

En effet, la confirmation tacite d'une nullité doit émaner de la personne que la règle violée a entendu protéger. Or l'irrecevabilité prévue par l'article 1304-2, alinéa 2, paraît dirigée contre la partie qui a exécuté, c'est-à-dire le débiteur. Cependant, si ce dernier peut avoir intérêt à invoquer la nullité, il n'est pas la personne que la loi a entendu protéger : la prohibition de la condition potestative a pour fondement la protection du créancier contre l'arbitraire de son débiteur, et non celle de ce dernier. L'article 1304-2, alinéa 2, ne prévoit donc pas une possibilité de confirmer tacitement la nullité affectant une obligation contractée sous une condition purement potestative.

Non seulement on ne peut inférer de l'article 1304-2, alinéa 2, que la nullité serait relative, mais on pourrait être tenté de l'interpréter *a contrario* comme consacrant le caractère absolu de la nullité<sup>8</sup>. Si, en effet, le débiteur est irrecevable à invoquer la nullité lorsqu'il a exécuté l'obligation en connaissance de cause, n'est-il pas, *a contrario*, recevable à le faire lorsqu'il n'a pas exécuté l'obligation en connaissance de cause ? Le texte reconnaîtrait ainsi implicitement qualité au débiteur pour invoquer la nullité de l'obligation en raison du caractère potestatif de la condition qui l'affecte, bien que la prohibition légale n'ait pas pour but sa protection. La nullité serait donc absolue. Mais cette conclusion surprenante reste évidemment à confirmer.

### 3. Effets de la condition

On envisagera les effets de la condition suspensive, puis ceux de la condition résolutoire.

#### a. Effets de la condition suspensive

Il faut distinguer selon que la condition est pendante, défailante ou réalisée.

##### α) Condition suspensive pendante

*Pendente conditione* l'obligation n'est pas encore effective, comme par exemple dans une promesse synallagmatique de vente immobilière sous condition suspensive d'obtention d'un prêt. En conséquence :

<sup>1</sup> L'ancien article 1174 du Code civil le précisait également.

<sup>2</sup> Civ. 3, 2 mai 2004, n° 02-20203.

<sup>3</sup> Civ. 3, 7 juin 1983, préc.

<sup>4</sup> Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 848 ; Bénabent, *op. cit.*, n° 342 ; Deshayes, Génicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1304-2.

<sup>5</sup> Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 848 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 776.

<sup>6</sup> Soc. 9 juillet 1996, n° 95-13010, B. V, n° 269.

<sup>7</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 776 ; *contra* : Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 1569.

<sup>8</sup> Deshayes, Génicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1304-2.



- L'obligation n'est pas susceptible d'exécution forcée (article 1304-5, alinéa 1er, du Code civil) : le créancier ne peut accomplir que des actes conservatoires<sup>1</sup>.
- Le délai de prescription ne court pas (article 2233, 1° du Code civil).
- Le paiement de l'obligation effectué en cette période, même sans erreur, est indu (article 1304-5 alinéa 2, du Code civil), contrairement au paiement d'une obligation à terme<sup>2</sup>.
- Lorsque l'obligation consiste dans la délivrance d'une chose dont le contrat a transféré la propriété, par exemple une vente, cette chose demeure aux risques du débiteur (article 1304-6, alinéa 2, du Code civil).

Cependant le créancier possède un droit virtuel, en germe, transmissible entre vifs ou à cause de mort (article 1304, alinéa 2, solution implicite). En conséquence :

- le débiteur doit s'abstenir de tout acte qui empêcherait la bonne exécution de l'obligation (article 1304-5, alinéa 1er, du Code civil) ;
- corrélativement le créancier peut prendre des mesures conservatoires de ce droit (article 1304-5, alinéa 1er, du Code civil) ;
- il peut en outre attaquer les actes du débiteur accomplis en fraude de ses droits (article 1304-5, alinéa 1er, du Code civil).

Confirmant la doctrine<sup>3</sup> et la jurisprudence antérieure, l'article 1304-4 du Code civil précise toutefois :

« Une partie est libre de renoncer à la condition stipulée dans son intérêt exclusif, tant que celle-ci n'est pas accomplie ou n'a pas défailli. »

En renonçant ainsi unilatéralement à la condition suspensive stipulée dans son intérêt exclusif, la partie rend l'obligation pure et simple par anticipation. Pour être efficace, cette renonciation, indique le texte, doit nécessairement intervenir avant l'accomplissement ou la défaillance de la condition<sup>4</sup>.

L'article 1304-4 du Code civil ne paraissant pas d'ordre public<sup>5</sup>, une clause contractuelle pourrait interdire à la partie dans l'intérêt de laquelle la condition est stipulée, d'y renoncer.

### β) Condition suspensive défaille

L'événement ne s'est pas produit et ne se produira plus ; ou, à tout le moins, il ne s'est pas produit dans le délai contractuellement prévu pour sa survenance<sup>6</sup>. Tout se passe comme si le contrat n'avait pas été conclu, avec remise en état éventuelle. Comme l'énonce le nouvel article 1304-6 :

« En cas de défaillance de la condition suspensive, l'obligation est réputée n'avoir jamais existé. »

Quant au contrat renfermant l'obligation conditionnelle, la jurisprudence intervenue sous l'empire des dispositions antérieures à l'ordonnance du 10 février 2016 estimait que la défaillance de la

<sup>1</sup> Cf. *infra*.

<sup>2</sup> Cf. *infra* : B. « Le terme ».

<sup>3</sup> Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., t. II, art. 1179, n° 6.

<sup>4</sup> Dans sa version initiale, le texte ne parlait que de la condition accomplie. *A contrario*, la renonciation à la défaillance de la condition aurait donc été toujours inefficace, qu'elle intervienne avant ou *a fortiori* après cette défaillance (Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 778-780). Toutefois la jurisprudence antérieure adoptait une position contraire (Civ. 3, 12 janvier 2010, n° 08-18624, B. III, n° 6 ; Civ. 3, 26 juin 1996, n° 94-18525, B. III, n° 163 ; Civ. 3, 27 octobre 2016, n° 15-23727 ; Civ. 3, 24 novembre 2016, n° 15-14017, *a contrario* ; Civ. 3, 17 décembre 2008, n° 07-18062, B. III, n° 211 ; *JCP* 2009, II, 10047, note Y. Dagorne-Labbé). La loi de ratification du 20 avril 2018 a ajouté les termes « n'a pas défailli » à l'article 1304-4 et a conféré un caractère interprétatif à cette adjonction (article 16, I, de la loi), la rendant ainsi applicable dès le 1<sup>er</sup> octobre 2016.

<sup>5</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 780, *in fine* ; Mekki « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016... », *op. cit.*, n° 17 et les réf., notamment le rapport de la commission des lois du Sénat sur le projet de loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016.

<sup>6</sup> Civ. 3, 9 mars 2017, n° 15-26182, B. III, n° 35.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

condition suspensive en entraînait la caducité<sup>1</sup>. Bien que l'ordonnance n'ait pas codifié cette solution, rien n'indique que ses auteurs aient entendu la condamner. Elle continuera donc vraisemblablement à s'appliquer<sup>2</sup>.

γ) Condition suspensive accomplie

Aux termes de l'article 1304-6, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil :

« L'obligation devient pure et simple à compter de l'accomplissement de la condition suspensive. »

L'accomplissement de la condition suspensive rend donc effective l'obligation jusqu'alors imparfaite, sans rétroactivité.

Toutefois, l'alinéa 2 du même article autorise les parties à convenir que l'accomplissement de la condition suspensive opérera rétroactivement. Mais la rétroactivité n'en est pas moins alors atténuée. En effet, le texte précise que la chose, objet de l'obligation, demeure néanmoins aux risques du débiteur, qui en conserve l'administration et en perçoit les fruits jusqu'à l'accomplissement de la condition.

L'ancien article 1179 du Code civil prévoyait, à rebours de l'article 1304-6, alinéa 1<sup>er</sup>, actuel que, « La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté. » L'accomplissement de la condition rendait donc l'obligation pure et simple au jour du contrat. Il en résultait que les actes accomplis par le titulaire du droit conditionnel étaient rétroactivement validés : paiement, cession de créance... A l'inverse, les actes accomplis par l'autre partie étaient rétroactivement anéantis, sauf les actes d'administration, le jeu de l'article 2276, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil et la perception des fruits.

Non exempt d'inconvénients, l'effet rétroactif de la condition suspensive n'était pas d'ordre public ; les parties pouvaient convenir de l'écarter<sup>3</sup>. Les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont préféré renverser la règle supplétive de volonté, en écartant la rétroactivité, sauf convention contraire des parties.

Reste à déterminer dans quels cas la condition suspensive doit être juridiquement considérée comme accomplie. Les textes distinguent deux cas, où il en va ainsi :

- soit la condition est effectivement accomplie, en cas de survenance de l'événement attendu ;
- soit la condition est réputée accomplie, à titre de sanction de la déloyauté de la partie qui, ayant intérêt, a empêché la réalisation de la condition (article 1304-3, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil).

Ex. promesse de vente immobilière sous condition suspensive de l'obtention d'un prêt. Le bénéficiaire de la promesse n'effectue pas les démarches nécessaires à l'obtention d'un prêt conforme aux caractéristiques prévues dans la promesse de vente auprès d'établissements bancaires<sup>4</sup> ou effectue les démarches de telle manière que le prêt ne peut qu'être refusé<sup>5</sup>. La condition sera réputée

<sup>1</sup> Civ. 3, 10 octobre 1992, n° 11-15473, *B. III*, n° 142 ; Civ. 3, 14 octobre 2009, n° 08-20152, *B. III*, n° 223 ; Com. 3 juillet 2012, n° 11-20425, *B. IV*, n° 147 ; Civ. 3, 12 novembre 2015, n° 14-25084 ; Civ. 3, 29 octobre 2015, n° 14-24510 ; Civ. 3, 9 mars 2017, n° 15-26182, *B. III*, n° 35.

<sup>2</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 787.

<sup>3</sup> Req. 10 février 1925, *S.* 1925, 1, 61 ; *Gaz. Pal.* 1925, 1, 763 ; Civ. 29 avril 1931, *Gaz. Pal.* 1931, 2, 25 ; Civ. 1, 11 mai 1955, *B. I*, n° 199 ; Civ. 1, 30 avril 1970, n° 68-13534, *B. I*, n° 148 ; *JCP* 1971, II, 16674, note L. Mourgeon.

<sup>4</sup> *Cf.*, parmi les décisions rendues sous l'empire de l'ancien article 1178 du Code civil, lequel formulait à l'époque la règle que l'actuel article 1304-3, alinéa 1<sup>er</sup> a reprise : Civ. 1, 13 novembre 1997, n° 95-18276, *B. I*, n° 310, Civ. 3 janvier 1999, n° 97-14349, *B. III*, n° 14 et Civ. 1, 9 février 1999, n° 97-10195, *B. I*, n° 50 : acquéreur ne justifiant pas avoir déposé une demande de prêt conforme aux stipulations de la promesse ; Civ. 3, 19 mai 1999, n° 97-14529, *B. III*, n° 120, préc. (pour la vente d'un fonds de commerce), Civ. 3, 22 juin 2005, n° 04-13571, Civ. 3, 24 septembre 2008, n° 07-13989, *B. III*, n° 139 et Civ. 3, 13 octobre 2016, n° 15-21868 : sollicitation d'un prêt d'un montant supérieur aux mentions figurant dans la promesse ou d'une durée plus longue que ce qui y était indiqué ; Civ. 3, 24 novembre 2016, n° 13-21029 : demande de prêt d'un montant inférieur à celui stipulé dans la promesse de vente.

<sup>5</sup> *Cf.*, toujours dans les décisions rendues en application de l'ancien article 1178 : Civ. 3, 18 janvier 2006, n° 04-14616 ; Civ. 3, 24 mai 2005, n° 04-12967, Civ. 3, 27 février 2013, n° 12-13796, *B. III*, n° 33, Civ. 3, 20 novembre 2013, n° 12-29021, *B. III*, n° 150, *D.* 2014, 630, obs. critiques S. Amrani-Mekki et M. Mekki : non fourniture à la banque des renseignements nécessaires à l'octroi du prêt.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

accomplie et, partant, la promesse consolidée à l'expiration du délai accordé au bénéficiaire pour obtenir un prêt.

Très importante en pratique, cette règle figurait déjà dans l'ancien article 1178 du Code civil, lequel était ainsi rédigé : « La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui a empêché l'accomplissement ». Elle avait donné lieu à un contentieux fourni.

L'hypothèse visée est celle où le comportement d'une partie influe sur l'avènement de la condition, sans que cet avènement dépende pour autant de la seule volonté du débiteur. En effet, le législateur a estimé juste de présumer, selon la formule de Demolombe, « que les parties s'en sont remises pour l'accomplissement de la condition au cours naturel des choses et qu'elles ont entendu que l'événement devrait seul prononcer sur le sort de la convention »<sup>1</sup>. En faisant obstacle, par son fait, à l'accomplissement de la condition, une partie manque donc à ses obligations<sup>2</sup>, plus précisément à son obligation d'exécuter le contrat de bonne foi, de loyauté<sup>3</sup>.

L'article 1304-3, alinéa 1<sup>er</sup>, vient ainsi compléter l'article 1304-2, qui prohibe la condition purement potestative. Lorsque, simplement potestative, la condition est *a priori* licite, le comportement d'une partie privant *a posteriori* sa réalisation ou sa défaillance de son caractère aléatoire est illicite<sup>4</sup>.

Cela étant, l'article 1304-3, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil est rédigé quelque peu différemment de l'ancien article 1178. En effet, il dispose :

« La condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement. »

Il ne prévoit donc pas que ce soit nécessairement le débiteur de l'obligation qui ait empêché l'accomplissement de la condition suspensive, pour que celle-ci soit réputée accomplie.

Certes, la plupart du temps, la partie qui a intérêt à la défaillance de la condition est le débiteur, comme dans l'exemple donné plus haut. Toutefois on ne peut exclure l'hypothèse où c'est le créancier qui a empêché l'accomplissement de la condition, parce qu'il y avait intérêt<sup>5</sup>. Par analogie, la Cour de cassation avait donc implicitement étendu l'ancien article 1178 du Code civil à cette hypothèse<sup>6</sup>. La solution s'impose d'autant plus que la condition suspensive est souvent stipulée dans un contrat synallagmatique, où chacune des parties est à la fois créancière et débitrice. L'une d'entre elle peut alors avoir intérêt à empêcher la réalisation de la condition suspensive affectant l'obligation de son cocontractant, afin de se soustraire à ses propres obligations<sup>7</sup>. En bilatéralisant la disposition antérieure, l'article 1304-3, alinéa 1<sup>er</sup>, confirme, à juste titre, cette jurisprudence extensive<sup>8</sup>.

Dans l'opinion dominante<sup>9</sup>, c'est à la partie, qui se prévaut de la règle réputant la condition accomplie, de rapporter la preuve d'un fait de son cocontractant, à l'origine de la défaillance de la condition<sup>10</sup>. Mais de quel fait exactement ? Tout comme l'ancien article 1178, l'article 1304-3 pose, à cet égard, trois difficultés d'interprétation.

<sup>1</sup> Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. XXV, n° 349, cité par J.-J. Taisne, in : *JCL civil*, art. 1304 à 1304-7, fasc. 20, n° 57.

<sup>2</sup> Demolombe, *op. cit.*, loc. cit.

<sup>3</sup> Cf. par ex. Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1304-3 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 1344 ; Bénabent, *Droit des obligations*, n° 346.

<sup>4</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 1344 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 772 ; Taisne, *op. cit.*, n° 58 ; S. Gjidara « Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178 du Code civil », *LPA* n° 123, 21 juin 2000, p. 4 et suiv. ; n° 124, 22 juin 2000, p. 4 et suiv. ; comp. Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1304-3.

<sup>5</sup> Marty, Raynaud, *Les obligations*, t. II, par Jestaz, n° 81, *in fine* ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 1344 ; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 855.

<sup>6</sup> Req. 1<sup>er</sup> mai 1889, *D.P.* 90, 1, 470 ; S. 92, 1, 372 ; Req. 10 février 1926, *D.H.* 1926, 129 ; S. 1926, 1, 60 ; Civ. 3, 23 juin 2004, n° 03-12207, B. III, n° 132.

<sup>7</sup> Cf. les décisions précitées.

<sup>8</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 777 ; Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1304-3 ; Fages, *op. cit.*, n° 150 ; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 855.

<sup>9</sup> Cf. toutefois les hésitations de Bénabent, *Droit des obligations*, n° 346.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

- La partie qui invoque le bénéfice de l'article 1304-3 du Code civil n'est pas astreinte à démontrer que, sans le fait de son cocontractant, la condition se serait immanquablement réalisée<sup>1</sup>. En effet, l'exigence d'une telle preuve méconnaîtrait l'essence même de la condition, qui est un événement à la réalisation incertaine<sup>2</sup>. Il suffit donc à cette partie d'établir que le fait du cocontractant a fait obstacle à une réalisation possible voire probable de la condition.
- Le fait d'avoir empêché la réalisation de la condition doit-il être présumée fautif ou bien la preuve d'une faute doit-elle être distinctement rapportée ? Quelques auteurs<sup>3</sup> considèrent que l'imputabilité de la défaillance de la condition au fait d'une partie fait présumer la faute de cette dernière. Cependant, pour la majorité de la doctrine<sup>4</sup> et, implicitement, pour la jurisprudence<sup>5</sup>, la faute de cette partie doit être établie. En d'autres termes, l'obligation incombant à une partie de permettre la réalisation de la condition, malgré l'intérêt qu'elle peut trouver à sa défaillance, est une obligation de moyens, et non de résultat<sup>6</sup> ni même de moyens renforcée, où la faute serait présumée.
- L'article 1304-3 vise la partie qui a « empêché » la réalisation de la condition. On pourrait être tenté d'interpréter ce terme comme formulant implicitement l'exigence un comportement actif de celle-ci<sup>7</sup>. Mais, en dépit de ce que la lettre du texte semble suggérer, la doctrine tend à considérer qu'une abstention fautive, un défaut de diligence pourrait tomber sous le coup de la disposition<sup>8</sup>. La jurisprudence qui s'était développée à propos de l'ancien article 1178, est en ce sens<sup>9</sup>.
- Le fait, pour la partie qui y avait intérêt, d'avoir « empêché la réalisation de la condition », doit-il avoir nécessairement un caractère intentionnel pour que l'article 1304-3 reçoive application ?

Certains auteurs<sup>10</sup> répondent par l'affirmative ou exige au moins une « négligence délibérée »<sup>11</sup>, au motif que le texte a vocation à sanctionner la déloyauté, la mauvaise foi d'une partie. Mais, pour de nombreux auteurs, qui s'étaient prononcés à propos de l'ancien article 1178, la disposition ne représente qu'une application du droit commun de la responsabilité extracontractuelle des articles 1240 et 1241 du Code civil (anciens articles 1382 et 1383). La condition serait donc réputée accomplie du moment que la partie a fait obstacle à son accomplissement, peu importe que ce soit délibérément, par imprudence ou négligence<sup>12</sup>. En d'autres termes, une faute quelconque suffirait.

La jurisprudence relative à l'interprétation de l'ancien article 1178 paraissait majoritairement réputer la condition accomplie même en cas de simple négligence de la partie qui avait fait obstacle à sa réalisation<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Cf., sous l'empire de l'ancien article 1178 du Code civil : Civ. 1, 23 novembre 1983, n° 82-14827, *B. I.*, n° 279 ; Com. 15 décembre 1992, n° 90-14196, *B. IV.*, n° 410 ; Civ. 3, 26 mai 2010, n° 09-15317, *B. III.*, n° 103 ; *RLDC* 2010/73, n° 3868, obs. C. Le Gallou ; Civ. 3, 6 octobre 2010, n° 09-69914, *B. III.*, n° 183 ; Civ. 3, 3 mai 2018, n° 17-15603.

<sup>1</sup> Larombière, *op. cit.*, t. II, art. 1178, n° 10 ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, 6<sup>e</sup> éd., par E. Bartin, § 302 ; Marty et Raynaud, *op. cit.*, t. II, par Jestaz, n° 81.

<sup>2</sup> Larombière, *op. cit.*, t. II, loc. cit.

<sup>3</sup> Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, par R. Radouant, n° 1036 ; Marty et Raynaud, *op. cit.*, t. II, par Jestaz, *loc. cit.*

<sup>4</sup> Demolombe, *op. cit.*, t. XXV, n° 349-350 ; Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., t. II, art. 1178, n° 7 ; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 855 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 1344 ; Taisne, *op. cit.*, n° 60.

<sup>5</sup> Cf. par ex. Civ. 3, 28 mai 1970, n° 68-10002, *B. III.*, n° 364 ; Civ. 1, 7 juillet 1993, n° 91-20395, *B. I.*, n° 252 ; Civ. 3, 12 septembre 2007, n° 06-15640, *B. III.*, n° 143 ; Civ. 3, 26 mai 2010, n° 09-15317, *B. III.*, n° 103 ; Civ. 1, 9 septembre 2020, n° 19-12111.

<sup>6</sup> Marty, Raynaud, *op. cit.*, t. II, par Jestaz, *loc. cit.* Cf. Com. 15 décembre 1992, n° 90-14196, *B. IV.*, n° 410 ; Com. 21 juin 1994, n° 92-15876, *B. IV.*, n° 231.

<sup>7</sup> Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>8</sup> Larombière, *op. cit.*, t. II, art. 1178, n° 9 ; Marty et Raynaud, *op. cit.*, t. II, par Jestaz, *loc. cit.* ; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Bénabent, *op. cit.*, n° 346.

<sup>9</sup> Civ. 3, 25 avril 1978, n° 76-13933, *B. III.*, n° 158 ; Com. 23 novembre 1993, n° 91-21846, *B. IV.*, n° 422 ; Civ. 3, 19 avril 2000, n° 98-19187, *B. III.*, n° 85 ; *RTD civ.* 2001, 143, obs. J. Mestre et B. Fages ; Civ. 3, 10 septembre 2008, n° 07-16177, *B. III.*, n° 132 ; Civ. 3, 15 décembre 2010, n° 10-10473, *B. III.*, n° 225 ; Civ. 1, 11 décembre 2013, n° 12-18511 ; Com. 19 mai 2015, n° 14-17007 ; Civ. 3, 8 décembre 2016, n° 15-26561 ; Civ. 3, 7 novembre 2019, n° 18-17267.

<sup>10</sup> Taisne, *op. cit.*, n° 60.

<sup>11</sup> Cf. par ex. Civ. 3, 23 février 1977, n° 75-15515, *B. III.*, n° 99.

<sup>12</sup> Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, par L. Barde, t. II, n° 803-804 ; Larombière, *op. cit.*, art. 1178, n° 7.

<sup>13</sup> Cf. les décisions citées par M. Taisne (*op. cit.*, *loc. cit.*), par ex. Civ. 3, 15 décembre 2010 et Com. 19 mai 2015, préc. ; cf. ég. Civ. 3, 19 avril 2000, préc.

b. Effets de la condition résolutoire

Les conséquences sont inverses de celles de la condition suspensive, ainsi par exemple, dans une promesse synallagmatique de vente immobilière sous condition résolutoire du refus du prêt.

α) Condition résolutoire pendante

L'obligation affectée d'une condition résolutoire produit d'ores et déjà tous ses effets<sup>1</sup>, d'où les conséquences suivantes :

- Le paiement de l'obligation est exigible.
- la prescription extinctive joue (l'article 2233, 1° du Code civil ne suspend que la prescription extinctive de l'obligation « qui dépend d'une condition, jusqu'à ce que la condition arrive », donc d'une condition suspensive).
- L'acquéreur sous condition résolutoire jouit de toutes les prérogatives attachées à la propriété.

β) Condition résolutoire défaillie

La défaillance de la condition résolutoire entraîne la consolidation définitive de l'obligation et, plus largement, du contrat qui l'avait engendrée. Comme la condition suspensive, la condition résolutoire est défaillie dans deux hypothèses :

- soit effectivement défaillie, si l'événement attendu ne se produit pas ;

Ainsi, dans l'exemple précédent, le prêt est accordé.

- soit réputée défaillie, à titre de sanction de la déloyauté de la partie qui, y ayant intérêt, a provoqué son accomplissement. Naguère défendue par la doctrine, dans le silence des textes de 1804, cette solution est désormais consacrée par l'article 1304-3, alinéa 2 :

« La condition résolutoire est réputée défaillie si son accomplissement a été provoqué par la partie qui y avait intérêt. »

Effectivement, la déloyauté, consistant à peser sur la survenance d'un événement qui, par nature incertain, doit échapper à la volonté des parties, mérite tout autant d'être sanctionnée lorsque la partie qui y avait intérêt a provoqué l'accomplissement de la condition résolutoire, que lorsqu'elle a empêché la réalisation de la condition suspensive.

γ) Condition résolutoire accomplie

Ainsi, dans l'exemple précédent, le prêt est refusé. Reprenant la solution déjà inscrite dans le Code civil de 1804<sup>2</sup>, en y ajoutant des tempéraments, l'article 1304-7, du Code civil dispose :

« L'accomplissement de la condition résolutoire éteint rétroactivement l'obligation, sans remettre en cause, le cas échéant, les actes conservatoires et d'administration.

La rétroactivité n'a pas lieu si telle est la convention des parties ou si les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat. »

Tout se passe donc comme si le contrat n'avait jamais été conclu. Il en résulte que les actes accomplis par le titulaire du droit conditionnel, par exemple l'acquéreur, sont rétroactivement anéantis, notamment les actes de disposition. Quant aux actes accomplis par l'autre partie, par exemple le vendeur, ils se trouvent rétroactivement validés.

<sup>1</sup> Comme le précisait l'ancien article 1183, alinéa 2, du Code civil, la condition résolutoire « ne suspend point l'exécution de l'obligation ».

<sup>2</sup> Ancien article 1183, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil : « La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. »

L'article 1304-7 prévoit néanmoins des limitations et des exceptions à la rétroactivité des conséquences attachées à la réalisation de la condition résolutoire :

- Tout d'abord, l'article 1304-7, alinéa 1<sup>er</sup>, limite le jeu de la rétroactivité, en prévoyant le maintien des « actes conservatoires et d'administration. » L'article 1304-7, alinéa 2, en revanche, ne prévoit pas de droit à conserver les fruits pour la partie dont le droit est résolu, contrairement à l'article 1304-6, alinéa 2, dans l'hypothèse où c'est la réalisation d'une condition suspensive qui, de l'accord des parties, opère rétroactivement. Aucune explication n'a été donnée à cette différence par les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016<sup>1</sup>.

En outre, dans les rapports avec les tiers, si le contrat conditionnel était translatif de propriété, le tiers de bonne foi, auquel l'acquéreur ou le donataire aurait cédé la chose, est protégé contre la disparition rétroactive du droit de propriété de son auteur, par l'article 2276, alinéa 1er, du Code civil.

- Ensuite, l'article 1304-7, alinéa 2, prévoit que la « rétroactivité n'a pas lieu » dans deux cas :
  - d'une part, « si telle est la convention des parties », hypothèse déjà admise en droit positif. En effet, l'effet rétroactif de la condition résolutoire n'étant pas exempt d'inconvénients, n'est pas d'ordre public ; les parties peuvent convenir de l'écartier.
  - D'autre part, « si les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat ». L'hypothèse visée est celle des contrats à l'utilité continue, satisfaisant l'intérêt des parties au fur et à mesure de l'exécution, sans qu'il soit nécessaire que la totalité des prestations ait été exécutée<sup>2</sup>. La rétroactivité ne s'y justifie pas, car la réalisation de la condition résolutoire ne prive pas les prestations d'ores et déjà accomplies de leur intérêt pour les parties.

Ex. bail d'une durée de trois ans, conclu sous une condition résolutoire affectant les obligations du preneur. La survenance de cette condition anéantit certes le contrat. Mais, pour autant, jusqu'à la réalisation de la condition, le preneur aura joui de la chose. La restitution des loyers par le bailleur ne se justifie donc pas, pas plus que la restitution en valeur, par le preneur, de la jouissance de la chose.

Il en va tout différemment dans les contrats à l'utilité globale, où les prestations échangées ne trouvant leur utilité qu'à la fin du contrat, la rétroactivité de leur anéantissement apparaît justifiée<sup>3</sup>. Les restitutions obéissent alors aux règles communes prévues aux articles 1352 et suivants du Code civil<sup>4</sup>.

Ex. vente à tempérament, consentie moyennant le paiement d'un acompte à la conclusion du contrat et du solde du prix à terme. Une condition résolutoire affecte l'obligation de l'acquéreur de payer le prix. L'accomplissement de cette condition entraîne l'anéantissement de son obligation. En conséquence, l'acquéreur devra restituer la chose et pourra exiger la restitution de l'acompte qu'il a déjà payé.

Selon l'article 1304-4 du Code civil, la partie est libre de renoncer à la condition résolutoire, si celle-ci a été stipulée dans son intérêt exclusif, pourvu qu'elle le fasse avant son accomplissement ou sa défaillance.

<sup>1</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 790 ; comp. Deshayes, Génicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1304-7.

<sup>2</sup> Deshayes, Génicon et Laithier, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 789.

<sup>3</sup> Sur la distinction entre contrats à l'utilité globale et contrats à l'utilité continue : Th. Génicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse Paris 2, préf. L. Leveneur, LGDJ, 2007, n° 29 et s. ; du même auteur : obs. *RDC* 2009/1, 70, ss. Civ. 3, 1<sup>er</sup> octobre 2008 ; Deshayes, Génicon et Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations...*, art. 1229 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 823.

<sup>4</sup> *Cf. supra* : sous-titre I « La formation du contrat », chap. IV « La nullité, sanction des conditions de formation du contrat », section 2 « Effets de la nullité », § 2 « Restitutions ».

## B. Le terme<sup>1</sup>

L'article 1305 du Code civil définit le terme de la manière suivante :

« L'obligation est à terme lorsque son exigibilité est différée jusqu'à la survenance d'un événement futur et certain, encore que la date en soit incertaine »<sup>2</sup>.

- Entendu en un sens strict, le terme est dit terme de droit par opposition au terme ou délai de grâce, souverainement accordé au débiteur de bonne foi par le juge pour se libérer de sa dette, dans une limite maximale légale de deux années (article 1343-5 du Code civil). Mais on retiendra en l'occurrence un sens large, en traitant aussi du délai de grâce.
- Le terme est certain ou incertain, suivant que l'événement – de réalisation certaine – est ou non daté actuellement : par exemple, la mort de quelqu'un est un terme incertain.
- Le terme est suspensif ou extinctif, suivant que son arrivée donne effet à l'obligation ou l'éteint. Mais, en réalité, le terme extinctif est une cause d'extinction de l'obligation, pas une modalité, c'est-à-dire une manière d'être de l'obligation<sup>3</sup>. Le législateur n'a effectivement traité que du terme suspensif dans le chapitre consacré aux « modalités de l'obligation » (articles 1305 et suiv. du Code civil), à la suite de la condition<sup>4</sup>. Aussi bien, la définition que l'article 1305 donne du terme est-elle limitée au terme suspensif.

Néanmoins le terme extinctif mérite également d'être étudié, car il fixe la durée de la loi contractuelle, d'où la question de savoir si cette durée peut être abrégée, à l'initiative des parties ou de l'une d'entre elles. Mais c'est une question qu'on reverra avec la durée du contrat<sup>5</sup>. Pour l'heure, on bornera donc nos développements au terme suspensif, en envisageant successivement l'origine, les effets, l'extinction.

### 1. Origine du terme suspensif

Le terme suspensif peut avoir pour origine la convention des parties, la loi ou une décision de justice.

#### a. Convention des parties

C'est l'origine normale d'un terme suspensif, la plus fréquente. Elle est dictée en général par la nature de l'obligation, qui ne peut être accomplie sur-le-champ. Le terme suspensif peut être stipulé dans l'intérêt du débiteur, dans l'intérêt du créancier ou dans l'intérêt des deux parties.

##### α) Terme suspensif exprès ou tacite

Aux termes de l'article 1305-1 du Code civil :

« Le terme peut être exprès ou tacite.  
A défaut d'accord, le juge peut le fixer en considération de la nature de l'obligation et de la situation des parties. »

Selon l'article 1305-1, alinéa 1<sup>er</sup>, le terme ne résulte donc pas nécessairement d'une stipulation expresse des parties : il peut être tacite. En outre, selon l'article 1305-1, alinéa 2, à défaut d'accord entre les parties, le juge peut fixer le terme « en considération de la nature de l'obligation et de la

<sup>1</sup> C. Bloud-Rey, *Le terme dans le contrat*, thèse Paris 2, préf. P.-Y. Gautier, PUAM, 2003 ; M. Nossereau « Le terme, modalité de l'obligation », in : *Le droit face au temps, Dr. et patr.* janvier 2000, 50 et s.

<sup>2</sup> L'ancien article 1185 du Code civil en donnait une définition semblable : « Le terme diffère de la condition, en ce qu'il ne suspend point l'engagement, dont il retarde seulement l'exécution. »

<sup>3</sup> L. Lawson-Body « Réflexions sur la distinction entre le terme extinctif et le terme suspensif », *LPA* 23 août 2002, n° 169, p. 3 et s.

<sup>4</sup> Les rédacteurs du Code civil de 1804 avaient fait de même (anciens articles 1185 à 1188).

<sup>5</sup> Cf. *infra* : § 2 « La durée du contrat ».

situation des parties. » Innovation, au moins en partie<sup>6</sup>, de l'ordonnance du 10 février 2016, cette disposition consacre un pouvoir d'immixtion accru du juge dans le contrat.

La rédaction du texte ne doit toutefois pas prêter à malentendu. L'article 1305-1, alinéa 2, n'accorde pas, en effet, au juge le pouvoir d'imposer aux parties un terme à l'exécution de leurs obligations, dont celles-ci ne seraient pas convenues<sup>1</sup>. Son pouvoir est uniquement de « fixer » un terme dont le principe est d'ores et déjà acquis entre les parties, c'est-à-dire d'en arrêter la durée pour le cas où ces parties ne seraient pas parvenues à s'entendre sur ce point.

Même ainsi ramené à sa juste portée, l'article 1305-1 fait partie de ces dispositions issues de l'ordonnance du 10 février 2016 qui favorisent un certain interventionnisme judiciaire en droit des contrats. Il mérite d'être rapproché de l'article 1167 du Code civil, octroyant au juge le pouvoir de remplacer un indice conventionnel disparu ou bien de l'article 1195 permettant, à certaines conditions, la révision judiciaire du contrat pour imprévision<sup>2</sup>.

### β) Terme suspensif dans l'intérêt du débiteur, du créancier ou des deux parties

La partie dans l'intérêt de laquelle le terme est convenu varie selon les cas.

#### • Terme suspensif dans l'intérêt du débiteur

Selon l'article 1305-3 du Code civil<sup>3</sup> :

« Le terme profite au débiteur, s'il ne résulte de la loi, de la volonté des parties ou des circonstances qu'il a été établi en faveur du créancier ou des deux parties.  
« La partie au bénéfice exclusif de qui le terme a été fixé peut y renoncer sans le consentement de l'autre. »

La présomption de l'article 1305-3 est donc simple : il pourrait être prévu par une loi spéciale, être stipulé par les parties, ou résulter des circonstances, que le terme a été convenu dans l'intérêt du créancier ou des deux parties.

#### • Terme suspensif dans l'intérêt du créancier

C'est ainsi, par exemple, qu'à propos du dépôt, l'article 1944 du Code civil dispose :

« Le dépôt doit être remis au déposant aussitôt qu'il le réclame, lors même que le contrat aurait fixé un délai déterminé pour la restitution. »

#### • Terme suspensif dans l'intérêt des deux parties

Par exemple, dans le prêt à intérêt, il paraît raisonnable de considérer que le terme est convenu dans l'intérêt des deux parties, puisqu'il constitue un moyen de financement pour l'emprunteur, mais un placement rémunérateur pour le prêteur.

### b. Loi

Par exemple, les moratoires légaux ou en matière de procédure collective, l'interdiction du paiement des dettes nées antérieurement à l'ouverture de la procédure de sauvegarde (articles L. 622-7, § I) ou de redressement judiciaire (L. 631-14, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de commerce) et la suspension provisoire

<sup>6</sup> Le juge était déjà investi par la loi d'un tel pouvoir de fixer un terme dans le prêt de consommation (articles 1900 et 1901 du Code civil).

<sup>1</sup> Deshayes, Génicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1305-1 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 798 ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 1588 ; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 831.

<sup>2</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>3</sup> Cf. ancien article 1187 du Code civil : « Le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, à moins qu'il ne résulte de la stipulation, ou des circonstances, qu'il a été aussi convenu en faveur du créancier. »



des poursuites (articles L. 622-21, § 1, L. 631-14, alinéa 1er, L. 641-3, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de commerce). Ces termes suspensifs d'origine légale sont toujours au profit du débiteur.

c. Juge<sup>1</sup>

Inséré dans la division du Code civil relative au « paiement », l'article 1343-5 du Code civil confère au juge un pouvoir général d'octroyer un délai de grâce au débiteur en difficulté :

« Le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues.

Par décision spéciale et motivée, il peut ordonner que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit au moins égal au taux légal, ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital.

Il peut subordonner ces mesures à l'accomplissement par le débiteur d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette.

La décision du juge suspend les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le créancier. Les majorations d'intérêts ou les pénalités prévues en cas de retard ne sont pas encourues pendant le délai fixé par le juge.

Toute stipulation contraire est réputée non écrite.

Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux dettes d'aliment. »

Les articles 510 à 513 du Code de procédure civile précisent la procédure applicable.

La substance de l'article 1343-5 remonte, en réalité, à la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution. L'ordonnance du 10 février 2016 s'est bornée à reprendre la substance et la rédaction des anciens articles 1244-1 à 1244-3 issus de la loi du 9 juillet 1991, en les rassemblant dans un seul article nouveau.

A côté de cette disposition générale, on trouve d'autres textes épars prévoyant la possibilité pour le juge d'accorder un délai de grâce au débiteur, par exemple l'article 1228 du Code civil, à propos de la résolution pour inexécution des contrats<sup>2</sup>.

L'article 1343-5 du Code civil est une disposition d'une importance pratique considérable. D'ordre public (avant-dernier alinéa), il attribue un véritable pouvoir de révision du contrat au juge, mais aux fins de suspendre l'exigibilité de la dette, et non d'en réduire le montant en principal.

α) Conditions d'octroi d'un délai de grâce

Ces conditions sont fort larges.

- Quant à la dette, elle peut être contractuelle ou non, avec quelques exceptions, notamment les dettes cambiales (résultant d'une lettre de change, d'un chèque, d'un billet à ordre...). Toutefois les dettes alimentaires sont exclues du dispositif (article 1343-5, dernier alinéa).
- Quant aux parties, l'article 1343-5, alinéa 1<sup>er</sup>, prévoit que le juge peut accorder un délai « ... compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier ». Le juge doit donc prendre en considération la situation de chacune des parties.

β) Procédure d'octroi d'un délai de grâce

En principe, le délai de grâce ne peut être accordé que par la décision dont il est destiné à différer l'exécution (article 510, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de procédure civile). Le juge compétent est donc normalement celui qui statue au fond sur l'obligation litigieuse.

<sup>1</sup> G. Ripert « Le droit de ne pas payer ses dettes », *D.H.* 1936, *chr.* 57 ; A. Sériaux « Réflexions sur les délais de grâce », *RTD civ.* 1993, 789 et s.

<sup>2</sup> *Cf. infra* : chap. II « L'inexécution du contrat », section 2 « Le sort du contrat inexécuté », § 1 La défaillance d'exécution, C. « Résolution du contrat pour inexécution ».

Toutefois le pouvoir d'accorder un délai de grâce est également attribué :

- au juge des référés en cas d'urgence (article 510, alinéa 2), d'une part,
- au juge de l'exécution après signification d'un commandement ou d'un acte de saisie (articles 510, alinéa 3, et R. 121-1, alinéa 2, du Code des procédures civiles d'exécution), d'autre part.

#### γ) Conséquences de l'octroi d'un délai de grâce

Le juge peut décider :

- le report de la dette – la dette sera exigible plus tard que prévue – et/ou l'échelonnement de la dette – la dette sera payable en plusieurs échéances étalées dans le temps, au lieu de l'être immédiatement, le tout dans une limite de deux années (article 1343-5, alinéa 1<sup>er</sup>).
- La réduction du taux d'intérêt convenu, dans la limite du taux d'intérêt légal ou l'imputation des échéances sur le capital (article 1343-5, alinéa 2).

Dans l'intervalle, les majorations d'intérêts ou les pénalités cessent d'être applicables et les procédures d'exécution sont suspendues (article 1343-5, alinéa 4).

## 2. Effets du terme suspensif

L'obligation est parfaite, certaine, mais elle n'est pas exigible. On parle ici des effets du terme de droit, puisqu'on vient de voir ceux du délai de grâce.

### a. Perfection de l'obligation

C'est la différence fondamentale avec la condition suspensive. De la certitude de l'obligation résultent un certain nombre de conséquences :

- Le paiement fait par erreur avant l'échéance du terme est valable et ne peut être répété. Aux termes de l'article 1305-2, du Code civil, en effet :

« Ce qui n'est dû qu'à terme ne peut être exigé avant l'échéance ; mais ce qui a été payé d'avance ne peut être répété. »

- Dans les contrats translatifs de propriété, le terme est sans incidence sur le transfert des risques à l'acquéreur, normalement lié au transfert de propriété, à moins que le terme ne porte précisément sur le transfert de propriété, et pas seulement sur la livraison (article 1196, alinéas 2 et 3, du Code civil).
- Le créancier à terme a la faculté de prendre des actes conservatoires.

### b. Non exigibilité de l'obligation

L'obligation de la partie au profit duquel le terme a été stipulé n'est pas exigible. L'article 1305-2 du Code civil rappelle ce principe. Il en résulte, là encore, diverses conséquences, variables selon la partie dans l'intérêt de laquelle le terme a été stipulé.

#### α) Terme stipulé dans l'intérêt du débiteur

Le créancier ne peut ni exiger le paiement, ni se prévaloir de la compensation. Mais la prescription ne court pas (article 2233, 3<sup>o</sup>, du Code civil), conformément au principe *contra non*

*valentem non currit praescription.* En outre, un paiement anticipé reste possible (article 1305-2 du Code civil).

β) Terme stipulé dans l'intérêt du créancier

Le débiteur ne peut le contraindre à recevoir un paiement anticipé, ni compenser. Mais le créancier peut renoncer unilatéralement au bénéfice du terme et exiger son paiement<sup>1</sup>, comme par exemple dans le contrat de dépôt (article 1944 du Code civil précité).

γ) Terme stipulé dans l'intérêt commun des parties

Les solutions précédentes se combinent : il ne peut y avoir de paiement anticipé que convenu entre les parties.

### 3. Extinction du terme suspensif

On parle ici toujours du terme de droit, par opposition au délai de grâce. Ce terme de droit connaît trois causes d'extinction possibles : son arrivée, la renonciation au bénéfice du terme et la déchéance du terme.

a. Échéance du terme

L'arrivée du jour fixé pour son échéance est le mode normal d'extinction du terme suspensif. L'obligation devient alors exigible.

b. Renonciation au bénéfice du terme

La partie dans l'intérêt exclusif de laquelle le terme a été établi, peut valablement y renoncer, de manière unilatérale. L'article 1305-3, alinéa 2, énonce cette solution traditionnelle :

« La partie au bénéfice exclusif de qui le terme a été fixé peut y renoncer sans le consentement de l'autre. »

c. Déchéance du terme

Il s'agit d'une sanction qui intervient lorsque la confiance qui fondait le terme disparaît. Plusieurs cas sont prévus par la loi.

α) Liquidation judiciaire

Le cas est prévu par l'article L. 643-1 du Code de commerce. Il en va, en revanche, différemment de l'ouverture d'une autre procédure collective – sauvegarde ou redressement judiciaire (article L. 622-29 du Code de commerce). En effet, son objectif, la survie de l'entreprise en difficulté, ne peut être atteint que si celle-ci continue à bénéficier des termes affectant ses dettes. L'ouverture d'une telle procédure n'entraîne donc aucune déchéance du terme, contrairement à la liquidation judiciaire.

β) Défaut de fourniture des sûretés promises au créancier par le débiteur ou diminution des sûretés fournies par ce même débiteur

L'article 1305-4 du Code civil prévoit cette cause de déchéance du terme<sup>2</sup> :

---

<sup>1</sup> Cf. *infra*.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

« Le débiteur ne peut réclamer le bénéfice du terme s'il ne fournit pas les sûretés promises au créancier ou s'il diminue celles qui garantissent l'obligation. »

Les sûretés promises ou offertes ont pu constituer, pour le créancier, un élément l'ayant déterminé à consentir un terme au débiteur pour se libérer de sa dette. Dès lors, si ces sûretés disparaissent ou s'affaiblissent du fait du débiteur, celui-ci est fondé à exiger le paiement de sa créance sans désespérer.

Ex. le débiteur diminue la valeur du bien engagé, en le détériorant, portant ainsi atteinte à un élément qui a pu inciter le créancier à consentir le terme.

On examinera successivement le domaine d'application de la déchéance, ses conditions, sa mise en œuvre et ses conséquences.

- Domaine d'application de la déchéance

En soumettant à la déchéance du terme le débiteur qui « diminue celles [les sûretés] qui garantissent l'obligation », l'article 1305-4 ne distingue pas entre les sûretés conventionnelles et les autres. La déchéance du terme est donc encourue quelle que soit l'origine, conventionnelle, légale ou judiciaire de la sûreté que le débiteur a diminuée<sup>1</sup>.

L'article 1305-4 déchoit le débiteur du terme « s'il ne fournit pas les sûretés promises au créancier ou s'il diminue celles qui garantissent l'obligation. » Effectivement, la déchéance du terme s'impose *a fortiori* lorsque le débiteur n'a même pas fourni les sûretés qu'il avait promises au créancier<sup>2</sup>.

L'article 1305-4 consacre, sur ce point, la jurisprudence antérieure. Bien que l'ancien article 1188 du Code civil ne le prévît point, la jurisprudence avait en effet assimilé la non-constitution de sûretés, que le débiteur s'était engagé à fournir par le contrat<sup>3</sup>, à la diminution des sûretés proprement dite, seule visée par ce texte. En dépit du fait que l'article 1188 édictât une déchéance, la jurisprudence avait donc eu tendance à l'interpréter assez largement.

- Conditions de la déchéance

Les causes de déchéance du terme, que l'article 1305-4 vise, ne peuvent s'analyser autrement qu'en un fait imputable au débiteur. La déchéance n'est dès lors pas encourue en cas de perte fortuite de la sûreté et *a fortiori* lorsque la diminution est imputable à une faute du créancier<sup>4</sup>.

Selon l'ancien article 1188, il fallait un « fait » du débiteur ayant entraîné la diminution des sûretés. Le nouvel article 1305-4 du Code civil est rédigé de manière quelque peu différente, car il ne parle plus expressément d'un « fait » du débiteur, à laquelle la déchéance du terme serait subordonnée. Mais les agissements qu'il vise sont nécessairement « le fait » du débiteur, si bien qu'il était inutile de le préciser de manière redondante. La solution traditionnelle, selon laquelle la diminution des sûretés doit être imputable au débiteur, n'est donc en rien abandonnée.

- Mise en œuvre de la déchéance

Bien que l'article 1305-4 ne le précise pas, la déchéance du terme n'est pas encourue de plein droit<sup>5</sup> : elle est prononcée par le juge, auquel il revient notamment d'apprécier l'importance de la diminution des sûretés et, partant, le risque supplémentaire encouru par le créancier dans le règlement de sa créance.

<sup>2</sup> Ce texte a repris l'ancien article 1188 du Code civil, mais il a étendu la déchéance à l'hypothèse où le débiteur n'a même pas fourni les sûretés promises au créancier.

<sup>1</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 804 ; Deshayes, Génicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1305-4. L'ancien article 1188 du Code civil visait « les sûretés qu'il [le débiteur] avait donné par le contrat à son créancier. » A la lettre, ce texte aurait cantonné le domaine de la déchéance aux sûretés conventionnelles, par opposition aux sûretés légales et aux sûretés judiciaires. Mais la doctrine était divisée sur ce point et jurisprudence n'était pas fixée (Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 1374 et les réf.).

<sup>2</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Montpellier 23 avril 1931, *Gaz. Pal.* 1931, 1, 879.

<sup>3</sup> Req. 23 juin 1919, *S.* 1920, 1, 134.

<sup>4</sup> Req. 24 juillet 1878, *D.P.* 79, 1, 326 : créancier ayant omis d'inscrire son privilège de vendeur.

<sup>5</sup> Req. 24 janvier 1934, *D.H.* 1934, 145.

- Conséquences de la déchéance

Même si l'article 1305-4 du Code civil ne le précise pas, la déchéance du terme, sous réserve qu'elle soit prononcée par le juge, entraîne, bien évidemment, l'exigibilité immédiate de l'obligation.

Codifiant une solution acquise en jurisprudence<sup>1</sup>, l'article 1305-5 du Code civil précise néanmoins :

« La déchéance du terme encourue par un débiteur est inopposable à ses coobligés, même solidaires, et à ses cautions »<sup>2</sup>.

Ceux-ci sont en effet, par hypothèse, étrangers aux agissements de leur codébiteur ou du débiteur principal et qui justifient sa déchéance. La peine privée qu'il encourt, doit donc lui rester personnelle.

## § 2 La durée du contrat<sup>3</sup>

Le contrat à exécution instantané s'exécute en un trait de temps. Dans le contrat à exécution successive, en revanche, les prestations s'échelonnent dans le temps. Un tel contrat peut être à durée déterminée ou à durée indéterminée. Son régime juridique n'est pas rigoureusement le même dans les deux cas.

### A. Contrat à durée déterminée

Le contrat à durée déterminée est assorti d'un terme extinctif, à l'échéance duquel il se retrouve, en principe, privé d'effets. On étudiera l'étendue de la liberté de conclure ce contrat, sa prorogation et sa cessation.

#### 1. Étendue de la liberté de conclure un contrat à durée déterminée

Les parties peuvent, en principe, convenir librement d'un terme, au-delà duquel leur contrat cessera de produire effet. Cependant le législateur restreint parfois cette liberté, soit en fixant une durée minimale ou maximale au contrat, soit en n'autorisant le contrat à durée déterminée que dans certains cas.

##### a. Durée légale minimale ou maximale

Afin de garantir une certaine stabilité de la relation contractuelle à l'une des parties, le législateur impose parfois une durée minimale au contrat de travail à durée déterminée :

- neuf ans sauf exceptions pour le bail commercial (articles L. 145-4 et suiv. du Code de commerce) ou rural (article L. 411-5 du Code rural et de la pêche maritime) ;
- trois ans voire six ans pour le bail à usage d'habitation portant sur un logement vide (article 10 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989) ;
- un an pour le contrat de fourniture d'électricité ou de gaz naturel par un professionnel à un consommateur (article L. 224-5 du Code de la consommation).

A l'inverse, le législateur prévoit une durée maximale pour certains contrats : le mandat d'acheter, vendre ou louer un bien confié à un agent immobilier ne peut excéder trois mois notamment s'il est

<sup>1</sup> Com. 15 juin 2011, n° 10-18850.

<sup>2</sup> L'inopposabilité de la déchéance à la caution résulte d'une adjonction de la loi de ratification du 20 avril 2018. L'article 16, I, de la loi a attribué un caractère interprétatif à cette adjonction, ainsi applicable rétroactivement au 1er octobre 2016.

<sup>3</sup> C. Grimaldi « La durée en droit des contrats (contrats, obligations, prestations) », *D.* 2024, 778.

exclusif (article 78 du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972) – au delà de cette durée, le mandant peut le dénoncer –, la clause d'approvisionnement exclusif insérée dans un contrat de vente, de cession ou de bail est limitée à dix ans (article L. 330-1 du Code de commerce).

b. Interdiction du contrat à durée déterminée

L'exemple le plus connu est celui du contrat de travail : sauf exceptions légales, à dire vrai assez nombreuses, il doit être impérativement conclu pour une durée indéterminée (articles L. 1242-1 et suiv. du Code du travail). En conséquence, l'employeur ne pourra y mettre fin, qu'en respectant les conditions de forme et de fond du licenciement – exigence d'une cause réelle et sérieuse, notamment.

La conclusion d'un contrat de travail à durée déterminée en dehors des cas limités où la loi le prévoit entraîne sa requalification automatique en contrat de travail à durée indéterminée (article L. 1245-1 du Code du travail).

2. Prorogation du contrat à durée déterminée<sup>1</sup>

La durée initiale du contrat peut faire l'objet d'une prorogation. Celle-ci consiste à remplacer le terme extinctif originaire par un autre, postérieur en date (du verbe latin *prorogare*, prolonger, différer et du substantif *prorogatio*).

Sans pour autant la définir<sup>2</sup>, l'article 1213 du Code civil a donné une assise légale à la prorogation volontaire du contrat en général, alors que, jusqu'alors, la loi ne la prévoyait expressément que dans certains contrats, comme le contrat de société.

Aux termes de ce texte :

« Le contrat peut être prorogé si les contractants en manifestent la volonté avant son expiration. La prorogation ne peut porter atteinte aux droits des tiers. »

L'article 1213 codifie les conditions et les effets de la prorogation, tels que le droit positif antérieur les avaient consacrés.

a. Conditions de la prorogation

Comme l'article 1213 l'indique :

- la prorogation suppose, en principe, l'accord des parties, car elle emporte modification du contrat. Cet accord peut soit être conclu entre les parties postérieurement à la conclusion du contrat, soit résulter d'une clause de prorogation insérée initialement dans le contrat<sup>3</sup>.
- En outre, la prorogation doit être convenue avant l'arrivée du terme initial. En effet, la survenance de celui-ci met fin automatiquement au contrat, empêchant *de facto* la prorogation de sa durée<sup>4</sup>. Celle-ci doit donc être convenue antérieurement.

b. Effets de la prorogation

Le contrat initial subsiste, mais son terme initial est remplacé par un terme plus éloigné. En conséquence, ce contrat est prolongé avec toutes ses clauses, principales comme accessoires.

<sup>1</sup> A. Bénabent « La prolongation du contrat », *RDC* 2004, 117.

<sup>2</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 590.

<sup>3</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Deshayes, Génicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1213.

<sup>4</sup> Deshayes, Génicon et Laithier, *op. cit.*, *loc. cit.*

Contrairement au renouvellement ou à la tacite reconduction<sup>5</sup>, la prorogation ne donne ainsi pas naissance à un nouveau contrat entre les parties.

Néanmoins, selon l'article 1213, la prorogation « ne peut porter atteinte aux droit des tiers. » Effectivement, la prorogation affecte potentiellement les droits des tiers, notamment les garants du débiteur, comme une caution. La règle leur évite de voir leur obligation au paiement prolongée dans le temps contre leur gré. Si, toutefois, la prorogation ne peut porter atteinte à leurs droits, les tiers peuvent, en revanche, s'en prévaloir, lorsque tel est leur intérêt (*cf.* art. 2320 du Code civil, pour la caution)<sup>1</sup>.

### 3. Cessation du contrat à durée déterminée

Le contrat à durée déterminée prend fin à l'arrivée du terme, à moins qu'il n'ait fait l'objet d'une rupture anticipée, lorsque celle-ci est possible.

#### a. Arrivée du terme extinctif

Si le contrat prend fin avec l'arrivée du terme, les relations entre les parties se poursuivent souvent après. Le renouvellement du contrat consiste en la conclusion d'un nouveau contrat, identique au contrat expiré. On y assimile la tacite reconduction. On examinera successivement les causes de renouvellement ou de reconduction du contrat, puis ses effets.

##### α) Causes de renouvellement ou de reconduction du contrat

Les textes distinguent le renouvellement du contrat proprement dit et la tacite reconduction, tout en attachant les mêmes effets, on le verra, à ces deux mécanismes.

Le droit au renouvellement n'existe au profit d'une partie que si la loi ou le contrat le prévoit. En effet, comme l'énonce l'article 1212, alinéa 2, du Code civil, en principe :

« Nul ne peut exiger le renouvellement du contrat ».

Et l'article 1214, alinéa 1<sup>er</sup>, précise :

« Le contrat à durée déterminée peut être renouvelé par l'effet de la loi ou par l'accord des parties. »

Sauf clause contractuelle ou disposition législative le prévoyant, aucune partie ne peut donc, en principe, exiger le renouvellement du contrat à durée déterminée à son expiration. La partie qui s'abstient de renouveler le contrat ne faisant qu'exercer un droit<sup>2</sup>, n'a pas à donner de motifs et ceux-ci seraient-ils fallacieux ou non sérieux, qu'ils ne pourraient constituer un abus de sa part<sup>3</sup>. L'exercice du droit pour une partie de ne pas renouveler un contrat à durée déterminée parvenu à son échéance trouve, il est vrai, sa limite, selon la jurisprudence<sup>4</sup>, dans la théorie de l'abus des droits : la partie qui commet un abus dans l'exercice de ce droit engage sa responsabilité civile envers son cocontractant, sur le fondement de l'article 1240 du Code civil (ancien article 1382) et devra, en conséquence, l'indemniser du préjudice subi. Mais cette limite n'intervient que rarement, car la Cour de cassation exige une faute caractérisée, pour que l'abus du droit de ne pas renouveler le contrat soit constitué.

Le législateur impose parfois lui-même un renouvellement du contrat. En particulier, le preneur dispose d'un droit au renouvellement du bail à l'expiration du bail initial, commercial (articles

<sup>5</sup> *Cf. infra* : 3. « Cessation du contrat à durée déterminée », a. « Arrivée du terme extinctif ».

<sup>1</sup> Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit., loc. cit.* ; comp. Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 591.

<sup>2</sup> Com. 2 mai 1990, n° 88-14722.

<sup>3</sup> Com. 25 avril 2001, n° 98-22199, *D.* 2001, *somm.* 3237, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2002, p. 99, n° 11, obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>4</sup> Com. 6 juin 2001, n° 99-10768, *RJDA* 2001, n° 1201, p. 998 ; *RTD civ.* 2002, p. 99, n° 11, obs. J. Mestre et B. Fages ; Com. 15 janvier 2008, n° 06-14698, *JCP* 2008, II, 10105, note N. Dissaux.

L. 145-8, L. 145-17 et suiv. du Code de commerce), rural (articles L. 411-46 et L. 411-47 du Code rural et de la pêche maritime) ou d'habitation (article 15 de la loi du 6 juillet 1989). Le bailleur ne peut alors « reprendre » le bien loué que pour certains motifs prévus pour la loi ou moyennant le paiement d'une indemnité au preneur.

A défaut d'une disposition légale imposant le renouvellement du contrat à durée déterminée ou d'une clause le prévoyant, la poursuite de son exécution à l'expiration du terme entraîne sa tacite reconduction (article 1215 du Code civil)<sup>1</sup>. Ainsi la volonté des parties de reconduire tacitement le contrat se déduit-elle du maintien de leurs relations au-delà du terme.

A la vérité, souvent le contrat à durée déterminée contient une clause dite de « tacite reconduction ». Mais, si tel est le cas, cette clause entraîne, en réalité, un renouvellement du contrat à son échéance, en application de l'article 1214, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil. La tacite reconduction joue, en revanche, et c'est là tout son intérêt, dans le silence du contrat<sup>2</sup>. En effet, confirmant la jurisprudence antérieure<sup>3</sup>, l'article 1215 du Code civil ne subordonne pas la tacite reconduction à la stipulation d'une clause. Il la distingue ainsi du renouvellement proprement dit, dont les parties conviennent par un accord exprès.

Néanmoins une clause du contrat pourrait expressément écarter la tacite reconduction. Dans cette hypothèse, la volonté des parties de reconduire tacitement leur contrat ne pourrait se déduire de la poursuite de leurs relations contractuelles à l'expiration du terme fixé. L'article 1215 du Code civil, texte supplétif de volonté, serait alors inapplicable<sup>4</sup>.

En outre, afin de protéger les consommateurs et les non-professionnels<sup>5</sup> contre une tacite reconduction s'opérant contre leur volonté réelle dans les contrats de prestation de services à durée déterminée, l'article L. 215-1 du Code de la consommation oblige le professionnel à informer le consommateur ou le non-professionnel par écrit (alinéa 1<sup>er</sup>) :

« au plus tôt trois mois et au plus tard un mois avant le terme de la période autorisant le rejet de la tacite reconduction, de la possibilité de ne pas reconduire le contrat qu'il a conclu avec une clause de reconduction tacite. Cette information, délivrée dans des termes clairs et compréhensibles, mentionne, dans un encadré apparent, la date limite de non-reconduction. »

A défaut de cette information, le consommateur pourra résilier son contrat à tout moment à compter de la date de reconduction, gratuitement et sans pénalités (alinéa 2 de l'article).

Cette faculté de résiliation ouverte au consommateur dans ses rapports contractuels avec le professionnel, doit être obligatoirement mentionnée dans les contrats de prestation de services (article L. 215-4 du Code de la consommation) et dans les contrats d'assurance autres que sur la vie à tacite reconduction, couvrant les personnes physiques en dehors de leurs activités professionnelles (article L. 113-15-1 du Code des assurances).

## β) Effets du renouvellement ou de la tacite reconduction du contrat

Les articles 1214, alinéa 2, et 1215 du Code civil prévoient que le renouvellement ou la tacite reconduction donne naissance à un nouveau contrat, dont le contenu est identique au précédent, mais dont la durée est indéterminée.

<sup>1</sup> C. Najm-Makhlouf, *Tacite reconduction et volonté des parties*, préf. H. Lecuyer, LGDJ, 2013 ; B. Amar-Layani « La tacite reconduction », *D.* 1996, *Chr.* 143 ; D. Favre « Contribution à l'étude de la tacite reconduction », *LPA* 7 août 1996, p. 23 ; Bénabent « La prolongation du contrat », *op. cit.*

<sup>2</sup> Fages, *Droit des obligations*, n° 361 ; Bénabent, *Droit des obligations*, n° 332. Cf. article 1738 du Code civil pour le bail.

<sup>3</sup> Com. 16 juillet 1976, n° 75-12982, *B. IV*, n° 231 ; Civ. 3, 6 janvier 2009, n° 08-12436, *RTD civ.* 2009, 530, obs. B. Fages.

<sup>4</sup> Cf. toutefois les hésitations de la doctrine sur la portée d'une telle clause, dans le silence de l'article 1215 : Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1215

<sup>5</sup> Cf. article L. 215-3 du Code de la consommation.



Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Généralisant une solution inscrite à l'article 1738 du Code civil pour le bail<sup>1</sup>, la jurisprudence s'était prononcée en ce sens à propos de la tacite reconduction<sup>2</sup>. La jurisprudence décidait également que, si son contenu est en principe identique à celui de l'ancien, ce nouveau contrat est néanmoins, sauf disposition légale ou clause contraire, à durée indéterminée<sup>3</sup>.

Cependant, l'article 1214, alinéa 2, étant une disposition supplétive de volonté, les parties pourraient très bien l'écarter, en convenant que leur nouveau contrat aura un contenu différent du contrat précédent et/ou lui conférer une durée déterminée<sup>4</sup>.

En outre, certaines dispositions spéciales dérogent à cette disposition, en prévoyant que le nouveau contrat sera d'une durée qu'elles déterminent.

Ex. le contrat de bail de locaux à usage d'habitation ou mixte est tacitement reconduit pour une durée identique à celle du contrat initial, soit trois ans pour les bailleurs personnes physiques et six ans pour les bailleurs personnes morales (article 10, alinéas 1er et 3 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989).

b. Rupture anticipée du contrat à durée déterminée<sup>5</sup>

L'article 1212, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil fait application du principe d'irrévocabilité du contrat<sup>6</sup> inscrit à l'article 1193, en interdisant la rupture unilatérale anticipée du contrat à durée déterminée :

« Lorsque le contrat est conclu pour une durée déterminée, chacune des parties doit l'exécuter jusqu'à son terme. »

Il convient donc de distinguer entre la résiliation conventionnelle ou amiable, en principe toujours possible, et la résiliation unilatérale, interdite sauf lorsque la loi l'a exceptionnellement permise.

α) Résiliation conventionnelle ou amiable du contrat à durée déterminée

Les parties peuvent, en principe, librement la décider. Ce principe est conforme tant au fondement tant individualiste que social de la force obligatoire : le *mutuus dissensus* équivaut au *mutuus consensus*<sup>7</sup>. Il ne contrevient en effet pas au respect de la parole donnée, respecte l'autonomie de la volonté comme la sécurité des transactions.

La révocation mutuelle ne met fin au contrat que pour l'avenir : elle n'a point d'effet rétroactif<sup>8</sup>.

Comme l'article 1193 du Code civil le précise, la modification conventionnelle du contrat est *a fortiori* possible, par exemple du délai, du prix ou des prestations. En effet, qui peut le plus, peut le moins<sup>9</sup>.

Les tolérances passées peuvent soulever des difficultés. On peut se demander en effet si ce sont des modifications tacites ou non apportées au contrat d'un commun accord. Il s'agit d'une question de pur fait relevant du pouvoir souverain des juges du fond.

<sup>1</sup> Article 1738 du Code civil : « si à l'expiration des baux écrits le preneur reste et est laissé en possession, il s'opère un nouveau bail ».

<sup>2</sup> Civ. 3, 10 juin 1998, n° 96-15626, B. III, n° 119 ; *RTD civ.* 1999, p. 93, obs. J. Mestre ; *JCP* 1998, I, 177, n° 6, obs. M. Billiau ; Civ. 3, 27 septembre 2006, n° 05-18168, B. III, n° 185 ; *D.* 2007, *A.J.* 204, obs. Y. Rouquet ; *RDC* 2007, 383, obs. J.-B. Seube. Il en va néanmoins différemment en matière de baux commerciaux, où, selon la Cour de cassation, par dérogation au droit commun, c'est le même bail qui se poursuit par l'effet de la tacite reconduction (Civ. 3, 19 février 1975, n° 73-14018, B. III, n° 70 ; Civ. 3, 30 juin 1999, n° 97-20521, B. III, n° 152 ; Civ. 3, 18 janvier 2011, n° 09-71933).

<sup>3</sup> Civ. 1, 15 novembre 2005, n° 02-21366, B. I, n° 413 ; *D.* 2006, *J.* 587, note critique M. Mekki.

<sup>4</sup> Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1214, p. 457.

<sup>5</sup> Y. Pagnerre, *Essai sur l'extinction unilatérale des engagements*, thèse Paris 2, 2009.

<sup>6</sup> *Cf. supra.*

<sup>7</sup> R. Vatinet « Le *mutuus dissensus* », *RTD civ.* 1987, 252 ; A. Arseguel « Rupture d'un commun accord et transactions », in : *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Université de Toulouse, 1996 ; E. Putman « La révocation amiable », in : *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, PUAM, 1997, 125 et suiv.

<sup>8</sup> Fages, *op. cit.*, n° 357 ; Soc. 20 décembre 2006, n° 05-43057, B. IV, n° 44 ; *RTD civ.* 2007, 117, obs. J. Mestre et B. Fages ; Com. 18 janvier 2011, n° 10-10683, *RTD civ.* 2011, 126, obs. B. Fages.

<sup>9</sup> G. Rouhette « La révision conventionnelle du contrat », *RID comp.* 1986, 369.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Il arrive exceptionnellement que la modification conventionnelle du contrat à durée déterminée soit néanmoins réglementée. Ainsi va-t-il du contrat de mariage : les époux ne pourront convenir de modifier leur régime matrimonial ou d'en changer que deux ans après son application (article 1397 du Code civil)<sup>1</sup>.

### β) Résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée

La résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée avant son échéance est en principe interdite, puisqu'elle contrevient à la force obligatoire du contrat, sauf, indique l'article 1193, « pour les causes que la loi autorise ». Aussi, comme on l'a vu, selon l'article 1212, alinéa 1<sup>er</sup>, en principe :

« Lorsque le contrat est conclu pour une durée déterminée, chaque contractant doit l'exécuter jusqu'à son terme. »

Néanmoins l'article 1212 alinéa 1<sup>er</sup> n'étant pas d'ordre public, ses dispositions peuvent être écartées par une clause contractuelle prévoyant, accordant à une des parties ou à chacune d'elles la faculté de mettre fin unilatéralement au contrat à durée déterminée, de manière anticipée<sup>2</sup>, sauf à ne pas en abuser.

En outre, la faculté de rompre unilatéralement un contrat à durée déterminée est exceptionnellement ouverte par la loi à l'une des parties, soit en raison du caractère particulier du contrat, soit pour la protection de certains contractants.

- Caractère particulier du contrat

Le mandat, parce qu'il repose sur un rapport de confiance entre les parties, est révocable *ad nutum* (art. 2004 et 2007 du Code civil).

De même, le déposant peut mettre fin au contrat de dépôt alors même que le contrat aurait fixé un délai déterminé pour la restitution (art. 1944 du Code civil), car le contrat est conçu dans l'intérêt du déposant. Le délai contractuel, dont l'obligation de restitution du dépositaire est assortie, peut en effet s'analyser soit en un terme suspensif affectant cette obligation, stipulé dans l'intérêt du créancier déposant<sup>3</sup>, soit en un terme extinctif du contrat.

Dans le contrat d'assurance, sauf exception pour certaines assurances, l'assuré comme l'assureur dispose d'une faculté de résiliation chaque année, à la condition de respecter un préavis de deux mois (article L. 113-12 du Code des assurances).

- Protection de certains contractants

Le bail à usage d'habitation portant sur un logement vide a une durée minimale, on l'a vu précédemment, de trois ans. Toutefois le preneur dispose d'une faculté de résiliation unilatérale du bail à tout moment (article 12 de la loi du 6 juillet 1989 précitée), à la seule condition de respecter un préavis de trois mois, réduit à un mois :

- dans certaines hypothèses limitatives comme l'obtention d'un premier emploi, la perte d'emploi ou la mutation professionnelle (article 15 de la loi du 6 juillet 1989)
- ou, d'une manière générale, dans les zones d'urbanisation de plus de 50 000 habitants, où il existe un déséquilibre marqué entre l'offre et la demande de logements, entraînant des difficultés sérieuses d'accès au logement sur l'ensemble du parc résidentiel existant.

<sup>1</sup> Jadis le régime matrimonial était, au contraire, gouverné par un principe d'immutabilité. Celui-ci fut abandonné par la loi du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux.

<sup>2</sup> Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1212 ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 624.

<sup>3</sup> *Cf. supra* : § 1 « La condition et le terme », B. « Le terme », 1. « L'origine du terme suspensif ». a. « Convention des parties », β) « Terme stipulé dans l'intérêt du créancier ».

Lorsque le bail porte sur un logement meublé, la durée du bail est, en principe, d'un an minimum si le logement loué constitue la résidence principale du locataire. Mais le locataire peut résilier le bail à tout moment en respectant un préavis d'un mois (article L. 632-1 du Code de la construction et de l'habitation).

L'article L. 224-10 du Code de la consommation permet au consommateur de résilier unilatéralement son contrat de fourniture d'électricité ou de gaz naturel dans un délai de trois mois à compter de la réception d'un projet de modification, par le fournisseur, des conditions contractuelles, notamment relatives à la détermination du prix de fourniture. Le fournisseur doit lui-même adresser son projet de modification au moins un mois avant la date d'application envisagée. Ce droit de résiliation s'exerce sans pénalité.

L'article L. 113-15-2 du Code des assurances ouvre à l'assuré consommateur une faculté de résiliation unilatérale du contrat d'assurance, à l'expiration du délai d'un an à compter de la première souscription (article L. 113-15-2, alinéa 1er). Ce droit peut être exercé à tout moment, sans frais ni pénalité (*ibid.*)<sup>1</sup>. Ce droit de résiliation unilatérale infra-annuel concerne les contrats d'assurance renouvelables par tacite reconduction, tels les contrats d'assurance-automobile ou les contrats d'assurance multirisque-habitation.

Créé par une loi n° 2017-203 du 21 février 2017, l'article L. 113-12-2 du Code des assurances permet à l'acquéreur contractant un prêt destiné à financer l'acquisition d'un bien immobilier pour ses besoins personnels (article L. 311-1 du Code de la consommation) de résilier le contrat d'assurance garantissant le remboursement du prêt chaque année par lettre recommandée avec accusé de réception notifiée au plus tard quinze jours avant le terme de la période de douze mois en cours.

Le but de cette faculté de résiliation anticipée est de permettre au consommateur de faire baisser le coût de son crédit immobilier en cours de contrat, en y adossant une assurance décès-invalidité et éventuellement perte d'emploi moins onéreuse que celle à laquelle il avait adhéré initialement en souscrivant son prêt et dont la durée est normalement calquée sur celle du remboursement du prêt. En effet, selon l'article L. 313-30 du Code de la consommation : « Le prêteur ne peut pas refuser en garantie un autre contrat d'assurance dès lors que ce contrat présente un niveau de garantie équivalent au contrat d'assurance de groupe initial ». Le texte précise également que « Toute décision de refus doit être motivée. »

## B. Contrat à durée indéterminée

Lorsque les parties ou la loi n'ont pas fixé la durée du contrat, ne lui ont pas assigné de terme extinctif, celui-ci est à durée indéterminée. Parfois la qualification soulève néanmoins des hésitations. Or la question est d'importance, car le régime juridique du contrat, essentiellement la faculté pour une partie d'y mettre unilatéralement fin, ouverte en principe uniquement dans les contrats à durée indéterminée<sup>2</sup>, en dépend.

Ainsi, par exemple, l'article 1888 du Code civil laisse entendre que le prêt à usage est toujours un contrat à durée déterminée, dont le terme peut être certain ou incertain. Il dispose en effet que le contrat ne prend fin

<sup>1</sup> La résiliation prend effet un mois après que l'assuré en a reçu notification, par lettre ou tout autre support durable (*ibid.*). Le contrat d'assurance doit mentionner le droit de résiliation unilatérale et chaque avis d'échéance de prime ou de cotisation d'assurance doit le rappeler (article L. 113-15-2, alinéa 2). Lorsque l'assuré consommateur use de la faculté qui lui est ainsi reconnue, il n'est tenu qu'au paiement que de la partie de la prime ou cotisation correspondant à la période pendant laquelle le risque est couvert, cette période étant calculée jusqu'à la date d'effet de la résiliation (*ibid.*). Le droit de résiliation unilatérale n'est ouvert qu'à l'assuré-consommateur. L'assureur, quant à lui, ne peut résilier unilatéralement le contrat qu'à l'échéance et, lorsque l'assuré est un consommateur, il a l'obligation de motiver sa résiliation (article L. 113-12-1 du Code des assurances). La loi est muette sur la sanction du manquement à cette obligation – absence de motivation ou simple apparence de motivation. Deux solutions peuvent être envisagées. La plus probable, car elle est la plus protectrice de l'assuré, est de considérer la motivation comme une formalité substantielle, privant d'effet la résiliation (J. Bigot « La loi Hamon et le contrat d'assurance », *JCP* 2014, chron. 634). A défaut, on pourrait considérer que le manquement à cette obligation engage la responsabilité contractuelle de l'assureur et se résout en dommages et intérêts, en application des articles 1217 et 1231 et suiv. du Code civil.

<sup>2</sup> Cf. *infra* : 2. « Résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée ».

« qu'après le terme convenu ou, à défaut de convention, qu'après qu'elle [la chose prêtée] a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée. »

Néanmoins, dans son dernier état, la jurisprudence considère qu'en dépit ce que les termes de l'article 1888 suggèrent, le prêt à usage est à durée indéterminée, si la chose empruntée est d'un usage permanent<sup>1</sup>. Elle en déduit que l'emprunteur peut résilier le contrat à tout moment, à la condition de respecter un délai de préavis raisonnable<sup>2</sup>. D'une manière générale, le contrat à durée indéterminée peut effectivement en principe prendre fin à tout moment, soit par la volonté commune des parties, soit à l'initiative d'une seule d'entre elles.

### 1. Résiliation conventionnelle du contrat à durée indéterminée

Comme celle des contrats à durée déterminée, elle est en principe toujours possible, en application des dispositions de l'article 1193 du Code civil<sup>3</sup>. De même en va-t-il, *a fortiori*, pour la modification d'un contrat à durée indéterminée<sup>4</sup> (même texte).

La résiliation conventionnelle est néanmoins parfois réglementée. L'exemple le plus topique est la rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée. Dans un souci de protection du salarié, la loi l'encadre (articles L. 1237-11 à L. 1237-16 du Code du travail), de telle manière que l'employeur n'y recoure pas pour éluder les garanties dont le salarié bénéficie en cas de licenciement économique.

### 2. Résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée

L'article 1211 du Code civil reconnaît une faculté de résiliation unilatérale à chacune des parties dans ces contrats, sauf à encadrer son exercice :

« Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, ou à défaut, un délai raisonnable. »

On étudiera la justification de la règle, puis son domaine et enfin sa mise en œuvre.

#### a. Justification de la faculté de résiliation unilatérale

La règle se justifie par la prohibition des engagements perpétuels, désormais posée par l'article 1210, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil :

« Les engagements perpétuels sont prohibés. »

Aux contrats perpétuels, on assimile ceux dont la durée est excessivement longue au regard de la durée de vie humaine ou professionnelle : par exemple, un bail conclu pour une durée de cinquante ans, un contrat de travail de dix ans<sup>5</sup>...

<sup>1</sup> Civ. 1, 3 février 2004, n° 01-00004, *B. I.*, n° 34 ; *D.* 2004, *J.* 903, note C. Noblot ; *CCC* 2004, n° 53, note L. Leveneur ; *RTD civ.* 2004, 312, obs. P.-Y. Gautier ; *RDC* 2004, 647, obs. Ph. Stoffel-Munck et 714, obs. J.-B. Seube ; Civ. 3, 19 janvier 2005, n° 03-16623, *B. III.*, n° 12 ; *D.* 2005, *J.* 2439, note Y. Dagorne-Labbé ; *CCC* 2005, n° 103, note L. L. ; Civ. 1, 10 mai 2005, n° 02-17256, *B. I.*, n° 204 ; *D.* 2005, *J.* 2439, note Y. Dagorne-Labbé ; *CC* 2005, n° 163, note L. Leveneur ; Civ. 3, 4 avril 2007, n° 06-12195, *B. III.*, n° 56 ; *D.* 2007, *Chr. C. cass.* 2757, obs. A.-C. Monge ; Civ. 1, 3 juin 2010, n° 09-14633, *B. I.*, n° 127 ; *D.* 2010, 1554, note G. Forest ; *JCP* 2010, 983, obs. P. Grosser ; *ibid.* 1146, obs. M. Mekki. *Cf.* Ph. Bihl « Le temps et la restitution dans le prêt à usage », in : *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, 33 et suiv.

<sup>2</sup> Mêmes décisions.

<sup>3</sup> *Cf. supra* : A. « Contrat à durée déterminée », 3. « Cessation du contrat à durée déterminée ».

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> Fages, *op. cit.*, n° 345 ; Bénabent, *op. cit.*, n° 334 ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 612 ; Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1210.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Il résulte de l'article 1210, alinéa 2, que la sanction de la prohibition du contrat perpétuel n'est pas la nullité de celui-ci, mais la faculté reconnue à chaque partie d'y mettre fin à tout moment. En effet, aux termes de ce texte :

« Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée. »

A cet égard, l'article 1211 du Code civil indique, rappelons-le, que c'est « à tout moment » que chaque partie peut y mettre fin.

De nombreux textes du Code civil faisaient déjà explicitement ou implicitement application de ce principe, par exemple l'art. 1780 (interdiction du louage de services à vie), art. 1838 (limitation de la durée des sociétés à 99 ans), l'art. 1709 (interdiction du bail perpétuel)<sup>1</sup>, l'art. 1944 (interdiction du dépôt perpétuel), l'art. 2003 (interdiction du mandat perpétuel).

La prohibition des engagements perpétuels repose traditionnellement sur la défense de la liberté individuelle et s'explique aussi aujourd'hui par des considérations économiques : éviter d'entraver la création et la circulation des richesses en figeant les relations contractuelles.

Le Conseil constitutionnel a reconnu une valeur constitutionnelle à ce principe à l'occasion de l'examen de la loi sur le PACS<sup>2</sup>.

La faculté de rompre unilatéralement, à tout moment, un contrat à durée indéterminée est d'ordre public, puisqu'elle est fondée sur le principe impératif, et même à valeur constitutionnelle, d'interdiction des engagements perpétuels<sup>3</sup>. Une clause du contrat ne saurait donc y faire échec.

#### b. Domaine de la faculté de résiliation unilatérale

Confirmant la jurisprudence antérieure, l'article 1211, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil consacre, d'une manière générale, la possibilité de rompre unilatéralement un contrat à durée indéterminée.

La règle était antérieurement posée expressément pour certains contrats à durée indéterminée : par ex. contrat de travail (art. L. 1231-1 du Code du travail), contrat de bail (article 1736 du Code civil). Mais de ces dispositions législatives éparses, la jurisprudence avait induit le principe général, aujourd'hui codifié : dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n'est prévu, la résiliation unilatérale, que la Cour de cassation rattachait à l'ancien article 1134, alinéa 2, devenu l'article 1193 du Code civil – révocation « pour les causes que la loi autorise » –, est un droit<sup>4</sup>.

#### c. Mise en œuvre de la faculté de résiliation unilatérale

En principe, l'usage de la faculté de résiliation unilatérale est libre, sous certaines limites.

##### α) Principe de la liberté de mettre fin au contrat à tout moment

La faculté de résiliation unilatérale est, certes, un droit encadré par le législateur dans certains contrats, tel le contrat de travail à durée indéterminée au détriment de l'employeur, qui doit justifier d'une cause réelle et sérieuse de licenciement.

<sup>1</sup> Civ. 1, 11 mai 2022, n° 19-22015 (B).

<sup>2</sup> Cons. const. 9 novembre 1999, décision n° 99-419, *J.O.* 16 novembre 1999, p. 16962 ; *JCP* 1999, III, 20173 ; *RTD civ.* 2000, p. 109, n° 4, obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>3</sup> Bénabent, *op. cit.*, n° 334.

<sup>4</sup> Civ. 1, 5 février 1985, n° 83-15895, *B. I.*, n° 54 ; *RTD civ.* 1986, p. 105, obs. J. Mestre ; *Com.* 14 novembre 1989, n° 88-10594, 88-10757, *B. IV.*, n° 286 ; *RTD civ.* 1990, p. 278, n° 11, obs. J. Mestre ; Civ. 1, 11 juin 1996, n° 95-17339, *B. I.*, n° 246 ; *Com.* 5 octobre 2004, n° 02-17338, *B. IV.*, n° 181 ; *RTD civ.* 2005, p. 128, n° 10, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2005, 288, obs. Ph. Stoffel-Munck, cassant Paris 2 mai 2002, *JCP E* 2002, n° 1508, note R. Bertin ; *RDC* 2003, 50, note Ph. Stoffel-Munck ; *Com.* 13 décembre 2005, n° 04-10041.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Lorsqu'en revanche le législateur n'a rien prévu, l'auteur de la rupture peut mettre fin au contrat « à tout moment » (article 1211) et il n'a pas, selon la jurisprudence, à justifier d'un quelconque motif<sup>1</sup> : puisqu'il est dans son droit, il agit *a priori* légitimement.

β) Limites à la liberté de mettre fin au contrat à tout moment

La liberté de rompre le contrat à durée indéterminée à tout moment rencontre deux limites, l'une désormais inscrite dans la loi, l'autre résultant d'une jurisprudence traditionnelle, que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 n'ont pas entendu remettre en cause.

- L'auteur de la rupture doit respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable, selon l'article 1211.

Dans les relations commerciales établies, le législateur a renforcé l'exigence de respect d'un délai de préavis (article L. 442-6, I, 5°, du Code de commerce).

La violation du délai de préavis engage la responsabilité de l'auteur de la rupture. Dans l'opinion dominante, elle oblige son auteur au paiement de dommages-intérêts à l'autre partie, en réparation du préjudice occasionné par la rupture, et non au rétablissement du contrat rompu<sup>2</sup>. Mais certains auteurs sont d'un avis contraire<sup>3</sup>.

Selon la Cour de cassation, le juge des référés a néanmoins le pouvoir, à titre de mesure conservatoire, d'ordonner provisoirement le maintien de la relation contractuelle rompue<sup>4</sup>, sur le fondement soit des articles 809, alinéa 1er ou 873, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de procédure civile, textes d'application générale, soit de l'article L. 442-6, dernier alinéa du Code de commerce<sup>5</sup>, dispositions spécifiques aux relations commerciales.

- Quand bien même le délai de préavis aurait été respecté, et bien que l'article 1211 omette de le préciser, l'exercice de ce droit peut dégénérer en abus et engager la responsabilité de son titulaire<sup>6</sup>, comme la jurisprudence a eu souvent l'occasion de le décider par le passé<sup>7</sup>. De fait, cette faculté de résiliation unilatérale présente un réel danger lorsque la situation professionnelle d'une des parties repose sur le contrat : par exemple, contrat de concession (notamment concession automobile, source de nombreux litiges), contrat de franchise.

Le silence de l'article 1211 ne doit en effet pas s'interpréter comme condamnation de la jurisprudence antérieure<sup>8</sup>. En d'autres termes, il ne faut pas déduire de ce silence que, de judiciairement contrôlée, la faculté de rompre un contrat à durée indéterminée à tout moment serait devenue discrétionnaire. En effet, la théorie de l'abus des droits a vocation à s'appliquer de manière générale à tous les droits, libertés ou facultés, sauf dans les hypothèses exceptionnelles où le législateur leur a conféré, implicitement ou explicitement, un caractère discrétionnaire, non causé<sup>9</sup>. Aussi est-il probablement apparu superfétatoire aux rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2006, de réserver expressément l'abus de la faculté de résiliation unilatérale dans l'article 1211<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> Cf. par ex. Civ. 1, 21 février 2006, n° 02-21240, B. I, n° 82 ; *RTD civ.* 2006, p. 314, n° 3, obs. J. Mestre et B. Fages ; Com. 26 janvier 2010, n° 09-65086, B. IV, n° 18.

<sup>2</sup> Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 581 ; Fages, *op. cit.*, n° 364.

<sup>3</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 585 : ces auteurs fondent cependant leur opinion sur des arrêts de la Cour de cassation qui se sont bornés à approuver des juges de référés d'avoir ordonné provisoirement, à titre conservatoire, le maintien de la relation contractuelle pendant un temps déterminé (cf. *infra*). Or une telle mesure provisoire n'équivaut pas à une réparation en nature au fond, sous la forme d'un maintien forcé définitif du contrat ; Dissaux et Jamin, *op. cit.*, art. 1211 ; A. Etienney de Sainte Marie « Article 1212 : la résiliation du contrat à durée indéterminée », *RDC* 2015, 777.

<sup>4</sup> Bénabent, *op. cit.*, n° 335.

<sup>5</sup> Comp. 10 novembre 2009, n° 08-18337.

<sup>6</sup> Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 582 ; Bénabent, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>7</sup> Cf. par ex. Civ. 1, 21 février 2006, préc. ; Com. 8 octobre 2013, n° 12-22952, B. IV, n° 148.

<sup>8</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 585 ; Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1211 ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 616 ; Fages, *op. cit.*, n° 365.

<sup>9</sup> Cf. *infra* : titre II « Le fait juridique ».

<sup>10</sup> Cf. Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 : « dans le silence du texte, les règles de la responsabilité civile de droit commun trouveront à s'appliquer en cas de faute commise par le cocontractant ».

Certains arrêts<sup>1</sup> ont fondé la responsabilité de l'auteur d'une rupture abusive sur l'alinéa 3 de l'ancien article 1134, devenu l'article 1104, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, c'est-à-dire sur le devoir de bonne foi incombant aux parties dans l'exécution du contrat.

Reste à préciser le critère de l'abus du droit de rompre unilatéralement le contrat à durée indéterminée et sa sanction.

- Le critère de l'abus du droit de résiliation unilatérale réside dans une faute quelconque. En effet, l'abus n'est pas restreint à l'intention de nuire<sup>2</sup>, comme c'est traditionnellement le cas pour l'abus du droit de propriété<sup>3</sup> : un motif illégitime<sup>4</sup> ou une légèreté blâmable<sup>5</sup> suffit à le caractériser, induite le plus souvent des circonstances de la rupture – brutale, vexatoire, etc...<sup>6</sup>.
- Quant à la sanction de l'abus du droit de résiliation unilatérale, elle consiste en la condamnation de son auteur à payer des dommages-intérêts à son cocontractant, à l'exclusion d'un maintien forcé du contrat.

L'article 1212 du projet de la Chancellerie de 2015 reprenait peu ou prou ces acquis jurisprudentiels, sans s'étendre outre mesure, notamment sur le critère de l'abus du droit de rupture unilatérale, dont il se bornait à consacrer la possibilité :

« Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, l'une ou l'autre partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve d'un délai de préavis raisonnable.  
« La responsabilité du contractant qui met fin unilatéralement au contrat ne peut être engagée qu'en cas d'abus. »

Ce texte aurait entraîné l'apparition du mot « abus », dans le titre III du livre III du Code civil, d'où il était jusqu'alors absent, comme pratiquement du reste du Code, au demeurant. La théorie de l'abus de droit est, en effet, en droit français et contrairement à plusieurs droits étrangers, une construction presque exclusivement doctrinale et jurisprudentielle<sup>7</sup>.

### Section 3 : Difficultés d'application de la loi contractuelle

L'application de la loi contractuelle rencontre principalement deux difficultés.

- Tout d'abord, la détermination des obligations suppose fréquemment une interprétation de la volonté des parties, car celle-ci est incertaine, d'où la nécessité de recourir au juge.
- Ensuite, dans les contrats à exécution successive, il arrive que cette volonté, quoique certaine au moment où elle s'est exprimée, ne soit plus adaptée à la réalité, en raison d'un changement des circonstances. La question de la révision judiciaire du contrat se pose alors<sup>8</sup>.

Dans la première hypothèse, l'intervention du juge se fonde essentiellement sur l'autonomie de la volonté et accessoirement sur l'utilité sociale, tandis que dans la seconde, il s'agit de savoir si le juge peut passer outre à la volonté exprimée des parties, pour modifier un contrat devenu déséquilibré<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 1, 21 février 2006 et Com. 8 octobre 2013, préc.

<sup>2</sup> Cf. par ex. Civ. 1, 12 juillet 1994, n° 91-21261 ; Com. 10 décembre 1996, n° 95-20931, B. IV, n° 309.

<sup>3</sup> Req. 3 août 1915, *Clément-Bayard, G.A.*, t. I, n° 81, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *D.P.* 1917, 1, 79.

<sup>4</sup> Com. 26 janvier 2010, préc.

<sup>5</sup> Com. 10 décembre 1996, préc.

<sup>6</sup> Cf. par ex. Civ. 1, 21 février 2006, préc. ; Civ. 1, 16 mai 2013, n° 12-19032.

<sup>7</sup> Cf. *infra* : titre II « Le fait juridique ».

<sup>8</sup> Carbonnier, *op. cit.*, t. II, n° 1058.

<sup>9</sup> *Ibid.*

## § 1 Interprétation des contrats

Pour savoir quelles obligations les parties ont voulu créer par le contrat, il est souvent nécessaire d'interpréter leur volonté. C'est une question très importante en pratique, pour les contrats mal rédigés, obscurs, imprécis. Il s'agit donc de lever l'ambiguïté.

Le problème est parallèle à celui de l'interprétation de la loi, mais très différent à certains égards, car la loi est une, et le contrat multiple. La première suppose donc une interprétation identique partout (et un contrôle de la Cour de cassation), le second non, car il émane d'une volonté et il y a autant de volontés que d'individus<sup>1</sup>.

- Les règles d'interprétation se rapprochent de celles de la loi.
- Mais le contrôle de la Cour de cassation en diffère.

### A. Règles générales d'interprétation des contrats<sup>2</sup>

Ces règles figuraient déjà dans le Code civil de 1804 et sont désormais énoncées aux actuels articles 1188 à 1191 du Code civil, dans un chapitre intitulé « L'interprétation du contrat », intercalé entre ceux consacrés, d'une part, à la « Formation du contrat » et, d'autre part, aux « Effets du contrat »<sup>3</sup>. Cet emplacement intermédiaire s'explique par le fait que, si les litiges relatifs à l'interprétation d'un contrat surviennent la plupart du temps au stade de son exécution, le juge doit, pour les trancher, remonter au moment de sa formation, en recherchant rétrospectivement quelle a été la volonté commune des parties. En outre, l'interprétation du contrat est susceptible de conduire à une remise en cause *a posteriori* de la validité de ce dernier.

Les règles d'interprétation des contrats sont des directives générales données au juge, tandis que les textes sont très lacunaires sur la manière dont il convient d'interpréter la loi. En effet, dans l'interprétation des contrats, le législateur n'a pas abandonné le juge à ses propres lumières et s'est efforcé d'encadrer son intervention.

Ces directives étaient traditionnellement considérées comme de simples conseils donnés au juge<sup>4</sup>, sans caractère impératif. Leur violation ne constituait donc pas un cas d'ouverture du pourvoi en cassation, selon la jurisprudence dominante<sup>5</sup>. Pour certains auteurs, la réforme du 10 février 2016 n'en aura pas globalement changé la nature<sup>6</sup>. Toutefois, d'autres auteurs<sup>7</sup> soulignent que la jurisprudence antérieure n'était pas toujours parfaitement ferme<sup>8</sup>. Ils soulignent en outre que l'épuration des règles d'interprétation, désormais resserrées en trois textes cohérents remplaçant le guide désordonné et prolix des dispositions de 1804, pourraient conduire à conférer un caractère impératif à ces règles à l'avenir.

<sup>1</sup> Carbonnier, *op. cit.*, t. II, n° 1058

<sup>2</sup> G. Dereux, *De l'interprétation des actes juridiques de droit privé*, thèse 1905 ; F. Terré « L'interprétation », in : *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009, p. 301 et s. ; B. Fauvarque-Cosson « L'interprétation du contrat : observations comparatives », *RDC* 2007, 481 ; C. Grimaldi « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », *RDC* 2008, 207 ; G. Chantepie « L'exigence de clarté dans la rédaction du contrat », *RDC* 2012, 989 ; *varii auctores* « L'interprétation : une menace pour la sécurité des conventions ? », *RDC* 2015, 145.

<sup>3</sup> Pour la discussion du choix de cet emplacement, cf. Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 500 ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 497.

<sup>4</sup> Req. 18 mars 1807, S. 07, 1, 361.

<sup>5</sup> Civ. 1, 6 mars 1979, n° 77-14827, B. I, n° 81 ; Com. 19 janvier 1981, n° 79-14485, B. IV, n° 34 ; Soc. 3 juin 1981, n° 79-17157, B. V, n° 490.

<sup>6</sup> Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 500.

<sup>7</sup> Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1188 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 610.

<sup>8</sup> Cf. *infra*, pour le caractère de l'ancien article 1156.



Quoi qu'il en soit, ces règles répondent à deux idées : recherche de la volonté des parties, d'une part ; recherche de l'utilité sociale, d'autre part.

Les textes actuels se substituent aux anciens articles 1156 à 1164 du Code civil. Ces derniers étaient insérés dans un chapitre intitulé « De l'interprétation des conventions »<sup>1</sup> et trouvaient leur origine directement dans Pothier<sup>2</sup> et, indirectement, dans Domat<sup>3</sup>. La doctrine avait souligné la « faible charge normative »<sup>4</sup> de ce « petit guide-âne »<sup>5</sup> et les évidences, pour ne pas dire les lapalissades, de certaines de ses dispositions<sup>6</sup>. Aussi les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont-ils supprimé nombre de ces règles<sup>7</sup>, jugées inutiles, ce qui n'est pas l'avis de certains<sup>8</sup>. Ils en ont néanmoins maintenu certaines, quitte à les modifier ou à les adapter.

La question se pose de savoir si les règles d'interprétation des articles 1188 et suivants du Code civil ne s'appliquent qu'aux contrats ou bien ont vocation à s'étendre à tous les actes juridiques. En effet, l'article 1100-1, alinéa 2, du Code civil, énonce que, d'une manière générale les actes juridiques « obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats. » Il ne soumet donc pas, *expressis verbis*, les actes juridiques autres que les contrats aux règles d'interprétation gouvernant ces derniers. Néanmoins on voit mal l'interprétation de ces actes juridiques obéir à un régime différent. En dépit de la maladresse de la rédaction de l'article 1100-1, alinéa 2, il convient donc de la soumettre aux règles d'interprétation des contrats, comme la jurisprudence le faisait naguère<sup>9</sup>. Les articles 1188 et suivants doivent ainsi être considérés comme instituant un droit commun de l'interprétation des actes juridiques.

## 1. Recherche de la volonté des parties

Cette préconisation de la recherche de la volonté des parties est à rapprocher de la doctrine de l'exégèse pour la loi. C'est l'élément essentiel, qui correspond au principe de l'autonomie de la volonté, « la règle des règles », selon l'expression de Demolombe<sup>10</sup> paraphrasant Montaigne<sup>11</sup>. La recherche de la commune intention des parties doit toutefois s'accompagner d'un respect de la cohérence du contrat et, au-delà, de l'opération globale si plusieurs contrats y concourent.

### a. Principe de base : recherche de la commune intention des parties

Aux termes de l'article 1188 du Code civil :

« Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes. »

« Lorsque la commune intention des parties ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation. »

L'alinéa 1<sup>er</sup> de cet article est une invitation à une recherche psychologique (par opposition à la théorie de la déclaration de volonté) : le juge doit privilégier la volonté réelle à la volonté déclarée<sup>12</sup>. L'esprit l'emporte sur la lettre<sup>13</sup>. D'aucuns tiennent cette disposition pour impérative<sup>14</sup>, ainsi qu'un arrêt de la Cour de cassation l'avait jadis retenu pour l'ancien article 1156 du Code civil<sup>15</sup>, que l'article 1188,

<sup>1</sup> Carbonnier, *op. cit.*, t. II, n° 1058 ; J. Dupichot « Pour un retour aux textes : défense et illustration du petit guide-âne des articles 1156 à 1164 du Code civil », in : *Etudes offertes à Jacques Flour*, p. 179 et s. ; O. Deshayes « Les directives d'interprétation du Code civil : la cohérence des textes », *RDC* 2015, 159.

<sup>2</sup> Pothier, *Traité des obligations*, n° 91 et suiv. Cf. Carbonnier, *op. cit.*, t. II, n° 1062 ; H. Trofimoff « Les sources doctrinales de l'ordre de présentation des articles 1156 à 1164 sur l'interprétation des contrats », *Rev. hist. dr.* 1994, 203.

<sup>3</sup> Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1<sup>re</sup> partie, livre I, titre I, sect. 2, n° 8 et suiv.

<sup>4</sup> *Sic* : Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 500.

<sup>5</sup> *Sic* : Carbonnier, *op. cit.*, t. II, n° 1062.

<sup>6</sup> Bénabent, *op. cit.*, n° 291.

<sup>7</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 610 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 500 et 504 ; Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, p. 365 et s.

<sup>8</sup> P.-Y. Gautier « De la subsistance, à titre de principes ou de raison écrite, d'articles de loi supprimés à tort », in : *Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 399 et s.

<sup>9</sup> Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, p. 367 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 500 ;

<sup>10</sup> Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXV, n° 3.

<sup>11</sup> « Car c'est la règle des règles, et générale loi des lois, que chacun observe celles du lieu où il est » (Montaigne, *Essais*, livre I, chap. XXIII). Le philosophe employait donc l'expression à un tout autre propos que celui de Demolombe.

<sup>12</sup> Carbonnier, *op. cit.*, t. II, n° 1062 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 502.

<sup>13</sup> Carbonnier, *op. cit.*, n° 1058 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 609.

<sup>14</sup> Bénabent, *op. cit.*, n° 291.

<sup>15</sup> Civ. 1, 20 janvier 1970, n° 68-11420, *B. I*, n° 24. Cf. ég. Com. 17 mai 1988, n° 86-17708, *B. IV*, n° 167.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

alinéa 1<sup>er</sup>, remplace. Toutefois, d'autres arrêts de la Cour de cassation avaient, au contraire, dénié un caractère impératif à l'ancien article 1156<sup>1</sup>. Il n'est donc pas certain que la Cour de cassation reconnaîtra une valeur impérative à l'article 1188 actuel et notamment à son alinéa 1<sup>er</sup>.

Ex. supériorité des clauses manuscrites sur celles imprimées<sup>2</sup>.

Remarque : dans l'interprétation de la loi, on procède de manière inverse ; le texte prévaut et la recherche de l'intention du législateur ne s'impose que s'il est obscur ou imprécis<sup>3</sup>.

L'alinéa second de l'article 1188 complète l'alinéa 1<sup>er</sup>, par une directive générale subsidaire d'interprétation à caractère abstrait<sup>4</sup>, objectif<sup>5</sup>, applicable quand la commune intention des parties demeure inconnue.

La « personne raisonnable » placée dans la même situation renvoie aux contractants raisonnables, dont la volonté probable doit être recherchée, à défaut de la volonté des parties elles-mêmes, introuvable<sup>6</sup>. Le juge doit donc s'abstraire de sa propre conception du raisonnable<sup>7</sup>, et rechercher rétrospectivement ce que les parties auraient pu vouloir. L'appréciation *in abstracto* que le texte lui impose, est néanmoins tempérée par la nécessité d'avoir égard à la « situation » dans laquelle les parties sont placées<sup>8</sup>.

Mais, en pratique, le juge peut détourner le pouvoir qui lui est ainsi conféré, pour imposer « l'interprétation » qui lui paraît la plus conforme à l'équité<sup>9</sup>, en s'aidant au besoin du renfort de l'article 1194 du Code civil.

b. Directive complémentaire : respect de la cohérence de l'acte ou de l'opération globale

Aux termes de l'article 1189 du Code civil :

« Toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier.  
Lorsque, dans l'intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci. »

Des diverses recettes qui figuraient dans les anciens textes<sup>10</sup>, jugées souvent inutiles, l'ordonnance du 10 février 2016, n'en a ainsi conservé qu'une seule : les clauses s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier (article 1189, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil)<sup>11</sup>. Mais cette première règle est désormais complétée par une seconde (article 1189, alinéa 2), applicable aux ensembles contractuels et invitant le juge à avoir égard à l'opération globale, quand il interprète un contrat qui s'inscrit dans une telle opération.

Pour certains auteurs, l'article 1189 mériterait d'être érigé en norme impérative, dont la Cour de cassation contrôlerait le respect par les juges du fond<sup>12</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 1, 19 décembre 1995, n° 94-10478, B. I, n° 466 ; *RTD civ.* 1996, 611, obs. J. Mestre ; Com. 24 mai 2018, n° 17-14697.

<sup>2</sup> Com. 7 janvier 1969, n° 67-12.764, B. IV, n° 8 ; *JCP* 1969, II, 16121, note R. Prieur ; Com. 14 octobre 2008, n° 07-18955, *RDC* 2009/1, p. 56, obs. Y.-M. Laithier ; *Rép. Defrénois* 2008, art. 38874-2, p. 2504, obs. R. Libchaber : clause de style dépourvue de valeur juridique.

<sup>3</sup> Carbonnier, *op. cit.*, t. II, n° 1058.

<sup>4</sup> Bénabent, *op. cit.*, n° 291.

<sup>5</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 503 ; Deshayes, Génicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1188 ; Fages, *op. cit.*, n° 262 ; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 460 ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 503.

<sup>6</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Deshayes, Génicon et Laithier, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 463.

<sup>9</sup> Bénabent, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>10</sup> Anciens articles 1161, 1163 et 1164 du Code civil.

<sup>11</sup> Pour une application : Civ. 1, 6 novembre 2024, n° 22-16580 (B).

<sup>12</sup> Deshayes, Génicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1189. Rapp. Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 610.

## 2. Recherche de l'utilité sociale

Elle est à rapprocher de la théorie, chère à François Gén<sup>1</sup>, de la libre recherche scientifique pour le sens à attribuer à la loi. Elle reste subsidiaire, pour le cas où l'ambiguïté ne peut pas être levée par les recettes précédentes, et où la recherche de la volonté, *in concreto* ou même *in abstracto*, devient trop aléatoire.

Deux directives subsidiaires illustrent cette recherche de l'utilité sociale du contrat :

- sauver le contrat ;
- privilégier une interprétation du contrat favorable au contractant le plus faible.

En outre, l'article 1194 du Code civil, rappelons-le, invite le juge à recourir aux usages supplétifs de la volonté des parties, pour compléter cette dernière.

### a. Sauver le contrat

Selon l'article 1191 du Code civil<sup>2</sup> :

« Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, celui qui lui confère un effet l'emporte sur celui qui ne lui en fait produire aucun »<sup>3</sup>.

### b. Le doute profite au contractant le plus faible

Aux termes de l'article 1190 du Code civil, directement inspiré de l'article 5:103 des principes du droit européen des contrats :

« Le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé. »

En effet, l'article 1110 du Code civil, rappelons-le<sup>4</sup>, distingue ces deux types de contrats de la manière suivante :

« Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties.  
« Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties. »

Dans les contrats de gré à gré, le contractant le plus faible est donc le débiteur, tandis que dans un contrat d'adhésion, c'est la partie qui n'a d'autre choix que d'adhérer en bloc au contrat proposé ou de le refuser. Or cette partie peut être, selon les cas, le créancier ou le débiteur. D'où la règle d'interprétation différente des deux contrats énoncée par l'article 1190.

L'ancien article 1162 du Code civil disposait : « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation »<sup>5</sup>. Mais sa traduction jurisprudentielle était déjà que le doute profite au cocontractant le plus faible dans les contrats d'adhésion<sup>6</sup>.

L'article L. 211-1 du Code de la consommation prévoit, en outre, une disposition similaire à l'article 1190 pour les contrats passés entre professionnels et non professionnels ou consommateurs<sup>7</sup> :

<sup>1</sup> F. Gén<sup>y</sup>, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif (essai critique)*, préf. R. Saleilles, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1919, t. II, n° 155 et s.

<sup>2</sup> Ancien article 1157 du Code civil, très légèrement modifié.

<sup>3</sup> Pour une application : Civ. 1, 6 novembre 2024, n° 22-16580 (B).

<sup>4</sup> Cf. *supra* : chap. préliminaire : « Notions générales », section 3 « Classifications des contrats », § 1 « Classifications fondées sur les conditions de formation des contrats », B. « Contrats de gré à gré et contrats d'adhésion ».

<sup>5</sup> Ph. Stoffel-Munck « De l'article 1162 du Code civil », *JCP* 2008, n° hors série 2, *Quatre-vingts ans de la Semaine juridique*, p. 79.

<sup>6</sup> Civ. 1, 10 mai 1989, n° 87-11920. Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 507.

<sup>7</sup> M. Lamoureux « L'interprétation des contrats de consommation », *D.* 2006, *chr.* 2848.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

« Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou non professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible.  
« Elles s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non professionnel ».

La Cour de cassation attribue une valeur impérative à ce dernier texte, dont elle contrôle l'application par les juges du fond, transformant ainsi le conseil selon lequel le doute profite à la partie la plus faible en un devoir s'imposant au juge<sup>1</sup>. Il serait logique qu'il en aille de même de l'article 1190 du Code civil<sup>2</sup>. Mais cela risquerait d'avoir pour conséquence d'évincer l'article 1188 dans les contrats d'adhésion, en partant du principe que la conclusion de tels contrats n'est pas le fruit de la volonté commune des parties, qu'il serait dès lors vain de rechercher<sup>3</sup>.

## B. Contrôle de la Cour de cassation

Les juges du fond disposent en principe d'un pouvoir souverain pour interpréter le contrat, mais ce principe connaît des tempéraments.

### 1. Pouvoir souverain en principe des juges du fond pour interpréter un contrat

Depuis le début du dix-neuvième siècle, la Cour de cassation reconnaît aux juges du fond un pouvoir souverain pour interpréter la volonté des parties à une convention<sup>4</sup>.

Justifications<sup>5</sup> :

- La Cour de cassation a pour rôle d'assurer l'unité d'interprétation de la loi, c'est-à-dire d'un texte unique. Or chaque contrat peut différer et diffère souvent des autres, au sein d'une même catégorie. Le contrat n'est que la loi des parties qui l'ont conclu.
- La Cour de cassation est juge du droit, non du fait. Or l'interprétation du contrat relève du domaine du fait, car elle implique une recherche psychologique de la volonté des parties : par exemple, examen des documents de la cause, procédure d'enquête, comparution personnelle des parties qui n'existent pas devant la Cour de cassation. La Cour de cassation est également désireuse d'éviter la multiplicité des recours. Elle ne veut pas se transformer en troisième degré de juridiction.

### 2. Tempéraments au pouvoir souverain des juges du fond pour interpréter un contrat

Ils sont au nombre de trois. La Cour de cassation contrôle en effet la qualification du contrat, l'interprétation des contrats-types et enfin la dénaturation des clauses claires et précises.

#### a. Contrôle de la qualification du contrat

Aux termes de l'article 12, alinéas 1<sup>er</sup> et 2, du Code de procédure civile :

<sup>1</sup> Civ. 1, 21 janvier 2003, n° 00-13342 et 00-19001, B. I, n° 19 ; D. 2003, J. 2600, note H. Claret ; RTD civ. 2003, p. 292, n° 8, obs. J. Mestre et B. Fages ; RDC 2003, 91, obs. M. Bruschi ; Civ. 2, 13 juillet 2006, n° 05-18104, B. II, n° 214 ; BICC 1<sup>er</sup> décembre 2006 ; RDC 2007, 347, obs. D. Fenouillet ; Civ. 1, 22 mai 2008, n° 05-21822, B. I, n° 145 ; D. 2008, 1954, note D. R. Martin ; JCP 2008, II, 10133, note A. Sériaux ; *ibid.* I, 179, n° 8, obs. P. Grosser ; *ibid.* I, 2008, I, 218, n° 11, obs. N. Sophanor-Brouillaud ; RTD civ. 2008, 477, obs. B. Fages ; RDC 2008, 1135, obs. D. Mazeaud ; Civ. 2, 1<sup>er</sup> juin 2011, n° 74-40455, B. II, n° 126 ; D. 2011, 1612, obs. T. Ravel d'Esclapon.

<sup>2</sup> Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1190 ; comp. Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 508.

<sup>3</sup> *Contra* : Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1190 ; comp. Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 505.

<sup>4</sup> Cass. sect. réunies 2 février 1808, *Lubert, G.A.*, t. II, n° 188, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *S. chron.* ; *D. Jur. Gén.*, V° Cassation, n° 1573, concl. Merlin. Cf. par ex. Civ. 1, 5 février 2002, n° 00-10250, B. I, n° 43 ; Civ. 1, 19 février 2013, n° 11-23287, B. I, n° 22 ; Civ. 1, 20 février 2019, n° 17-50056 (P) ; Civ. 1, 12 novembre 2020, n° 19-16964 (P).

<sup>5</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 617.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

« Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.  
« Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. »

Ces dispositions légales, qui seront étudiées de manière plus approfondie en procédure civile, d'une part, définissent la mission essentielle du juge comme celle de « dire le droit », d'autre part, précisent qu'il accomplit cette mission en attribuant ou en restituant leur exacte qualification aux faits et actes litigieux. La qualification est donc bien, d'après ce texte, une question de droit. La qualification du contrat, c'est-à-dire son rattachement à une catégorie juridique, pour en déduire le régime applicable, s'opère ainsi sous le contrôle de la Cour de cassation<sup>1</sup>. Elle commande l'application des règles de droit de tel ou tel contrat nommé. Aussi les parties ne sont-elles pas maîtres de la qualification : il appartient au juge de la redresser si elle est erronée ou mensongère, et à la Cour de cassation, on l'a dit, de la contrôler.

b. Contrôle de l'interprétation des contrats-type

En principe, la Cour de cassation ne devrait pas contrôler l'interprétation des contrats-type, car ce sont des contrats comme les autres. Mais il existe une uniformité de certaines clauses, qui se retrouvent partout. Il serait alors très regrettable que plusieurs interprétations de ces clauses puissent coexister en France. Cela mènerait tout droit à l'injustice, puisque la solution de chaque litige dépendrait alors du tribunal compétent, c'est-à-dire, en définitive, des règles de la compétence territoriale.

La Cour de cassation s'est, de fait, engagée dans la voie d'un contrôle de l'interprétation de certains contrats-type, tels les conventions collectives<sup>2</sup>, les contrats d'assurance pour certaines de leurs clauses<sup>3</sup>.

En outre, on l'a vu, elle considère que l'article L. 211-1 du Code de la consommation, selon lequel, en cas de doute, la clause insérée dans un contrat conclu entre un professionnel non professionnel ou consommateur s'interprète en faveur de ce dernier, revêt un caractère impératif pour le juge et elle en contrôle donc l'application<sup>4</sup>. Et elle pourrait être tentée d'attribuer un caractère également impératif à l'article 1190 du Code civil, en sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016<sup>5</sup>.

Non seulement le législateur a implicitement reconnu ce pouvoir de la Cour de cassation d'interpréter les contrats-type, mais encore il a entendu en faciliter la mise en œuvre. En effet, l'article L. 441-4, alinéa 2, du Code de l'organisation judiciaire prévoit que les juridictions du fond peuvent solliciter l'avis de la Cour de cassation, avant de statuer sur l'interprétation d'une convention ou d'un accord collectif présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges.

c. Contrôle de la dénaturation des clauses claires et précises<sup>6</sup>

Aux termes de l'article 1192 du Code civil :

« On ne peut interpréter les clauses claires et précises, à peine de dénaturation. »

Dans ce texte, le pronom indéfini « On » vise, bien entendu, les juges du fond, auxquels les articles 1188 et suivants sont destinés.

<sup>1</sup> Cf. par ex. Civ. 3, 30 mai 1969, n° 67-14.058, B. III, n° 437 ; Com. 14 mai 1985, n° 83-14328, B. IV, n° 149 ; Civ. 3, 3 décembre 2020, n° 19-19670 (P) et Civ. 3, 3 décembre 2020, n° 20-10122 (P) ; JCP 2021, note J.-S. Borghetti.

<sup>2</sup> Ass. plén. 6 février 1976, n° 74-40223, B. ass. plén., n° 2 ; JCP 1976, II, 14481, note H. Groutel ; Ass. plén. 12 mai 1989, 3 arrêts, n° 86-41740, n° 86-44845, n° 86-43232, B. ass. plén., n° 1 ; JCP 1989, II, 21322.

<sup>3</sup> Civ. 1, 24 janvier 1984, n° 82-14677, B. I, n° 28 ; Civ. 1, 2 mai 1990, B. n° 87-18835, I, n° 89.

<sup>4</sup> Civ. 1, 21 janvier 2003 et Civ. 2, 13 juillet 2006, préc.

<sup>5</sup> Cf. *supra* : A. « Règles générales d'interprétation des contrats », 2. « Recherche de l'utilité sociale », b. « Le doute profite au contractant le plus faible ».

<sup>6</sup> J. Voulet « Le grief de dénaturation devant la Cour de cassation », JCP 1971, I, 2410 ; J. Boré « Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », RTD civ. 1972, 249 et suiv. ; C. Marraud, *La notion de dénaturation*, thèse Nancy, 1974.

Ce texte codifie une règle jurisprudentielle traditionnelle, en des termes dont la rigueur laisse toutefois à désirer. Depuis longtemps, la Cour de cassation interdit en effet aux juges du fond de dénaturer les clauses claires et précises d'une convention, sous couvert de l'interpréter<sup>1</sup>. La dénaturation était censurée au visa de l'ancien article 1134 du Code civil, affirmant le principe de la force obligatoire des conventions en son alinéa 1<sup>er</sup>.

De fait, le but de cette règle est d'éviter un usage arbitraire de l'article 1188<sup>2</sup>, par l'interdiction imposée aux juges du fond de refaire le contrat en équité sous prétexte d'interprétation, en violation de l'article 1103 du Code civil – ancien article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>. En effet, les clauses claires et précises n'ont, par définition même, pas à être interprétées<sup>3</sup> : elles doivent être simplement appliquées. Au contraire, l'ambiguïté ou l'imprécision d'une clause rend nécessaire son interprétation par les juges du fond, exclusive de toute dénaturation<sup>4</sup>.

Jean Carbonnier a dénoncé l'arbitraire de la distinction entre la dénaturation, sujette à cassation de la décision attaquée par le pourvoi, et la mauvaise interprétation, insusceptible d'être utilement critiquée devant la Cour de cassation<sup>5</sup>. En effet, la dénaturation constitue une erreur sur la portée du contrat, quoique, d'une gravité particulière, elle saute aux yeux. C'est donc, en réalité, une mauvaise interprétation, souligne-t-il.

Pour déterminer s'il y a eu dénaturation ou interprétation d'un acte, la Cour de cassation doit examiner la clause litigieuse, pour vérifier si elle est claire et précise ou, au contraire, obscure ou ambiguë. C'est en effet elle qui en décide, et pas les juges du fond. S'il en était autrement, ceux-ci pourraient impunément se soustraire à son contrôle en qualifiant d'obscur ou ambiguë une clause en réalité claire et précise. Bien qu'elle ne soit, en principe, que juge du droit, la Cour de cassation se trouve ainsi amenée à empiéter sur les faits. Son appréciation sur la clarté et la précision d'une clause n'est pas exempt d'imprévisibilité.

## § 2 Révision des contrats<sup>6</sup>

Le déséquilibre contractuel peut exister *ab initio* ou survenir *a posteriori* :

- Déséquilibre lors de la formation du contrat

La justice contractuelle n'est pas, en principe, une condition de validité du contrat. Le juge pourra néanmoins rééquilibrer exceptionnellement le contrat :

<sup>1</sup> Civ. 15 avril 1872, *G.A.*, t. II, n° 189, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *D.P.* 72, 1, 176 ; *S.* 72, 1, 232 ; Civ. 6 juin 1921, *D.P.* 1921, 1, 73, rap. A. Colin ; Civ. 1, 30 novembre 1971, n° 70-12190, *B. I.*, n° 300 ; Civ. 3, 17 janvier 1973, n° 71-13441, *B. III.*, n° 55 ; Civ. 1, 24 janvier 1984, n° 82-14841, *B. I.*, n° 31 ; Civ. 3, 20 juin 1990, n° 89-12283, *B. III.*, n° 152 ; Civ. 3, 18 décembre 2013, n° 12-29395 ; Civ. 2, 3 mars 2016, n° 15-12464.

<sup>2</sup> Ancien article 1156 du Code civil.

<sup>3</sup> Cf. par ex. Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 510-511.

<sup>4</sup> Cf. par ex. Civ. 1, 9 juin 1970, n° 68-13358, *B. I.*, n° 191 ; Civ. 3, 6 mai 1980, n° 78-15675, *B. III.*, n° 88 ; Civ. 2, 7 octobre 1981, n° 80-11247, *B. II.*, n° 180 ; Com. 26 avril 1984, n° 82-12048, *B. IV.*, n° 140 ; Civ. 1, 21 juin 1988, n° 86-15356, *B. I.*, n° 200 ; Civ. 1, 10 mars 1998, n° 96-11886, *B. I.*, n° 96 ; Civ. 1, 5 février 2002, n° 01-10250, *B. I.*, n° 43 ; Civ. 1, 14 novembre 2012, n° 11-16439, *B. I.*, n° 240 ; Civ. 1, 6 novembre 2024, n° 22-16580 (B).

<sup>5</sup> Carbonnier, *op. cit.*, t. II, n° 1063.

<sup>6</sup> K. Zweigert et H. Kötz, *Comparative law*, 3<sup>e</sup> éd., trad. T. Weir, Oxford University Press, 1998, 516 et s. ; C. Stoyanovitch, *De l'intervention du juge dans le contrat en cas de survenance de circonstances imprévues. Théorie de l'imprévision*, thèse Aix, 1941 ; Ph. Stoffel-Munck, *Regards sur l'imprévision*, PUAM, 1994 ; L. Thibierge, *Le contrat face à l'imprévu*, thèse Paris 1, préf. L. Aynès, Economica, 2011 ; R. David « L'imprévision dans les droits européens », in : *Etudes offertes à Alfred Jauffret*, Aix-Marseille, 1974, 211 et s. ; D. Tallon « La révision pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », in : *Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Paris : Litec, 1997, 403 et s. ; R. Cabrillac « Perspectives d'évolution en matière d'imprévision à la lumière du droit comparé », in : *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, 227 ; P. Lokiec « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.* 2007, *Chr.* 321 ; B. Fauvarque-Cosson « Le changement de circonstances », *RDC* 2004, 67 ; Ch. Jamin « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Dr. et patr.* 1998, 46 ; *Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique* (Actes du colloque du 22 octobre 2009), *RDC* 2010, 379 et s. ; L. Thibierge « La résistance de la force obligatoire du contrat à la révision pour imprévision », in : D. Houtcieff (dir.), *Le renouveau de la force obligatoire du contrat*, *RDC* 2024/4, 116 et s. ; D. Philippe « Le juge et la révision du contrat : le bouleversement de l'économie contractuelle », in : P. Wery et S. Stuns (éds.), *Le juge et le contrat*, Bruxelles, Die Keure/La Charte, 2014, 373, <http://www.philippelaw.eu>

- lorsque la loi le permet (rescision pour lésion)
- lorsqu'il s'est arrogé *proprio motu*, à titre exceptionnel, ce pouvoir : réduction des honoraires des mandataire, agent d'affaires et autres prestataires de service, certains cas d'absence de cause...<sup>1</sup>

- Déséquilibre postérieur à la formation du contrat

La situation assez différente de la précédente. Souvent le déséquilibre *ab initio* s'explique par l'inexpérience de l'une des parties ou une contrainte résultant d'un rapport de forces défavorable à l'une des parties. Au contraire, un déséquilibre ultérieur s'explique par un défaut de prévision.

Il s'agit fréquemment d'un contrat de longue durée, comportant des prestations réciproques, les unes en nature, les autres en argent, et le créancier de sommes d'argent n'a pas pensé à se prémunir contre les effets de l'érosion monétaire. Ou encore, un participant de produits finis, qui aura promis de livrer une quantité importante à un prix déterminé, va se trouver affecté par une hausse brutale des matières premières ou des taux de change si bien qu'au lieu de réaliser un bénéfice, il va devoir à perte : l'expérience démontre qu'il est malaisé de prévoir l'évolution des prix des matières premières, qu'il s'agisse de produits pétroliers, de l'acier ou de métaux rares.

D'où le terme d'« imprévision » dont on qualifie les déséquilibres postérieurs à la conclusion du contrat. Longtemps, le droit français a exclu, par principe, la révision judiciaire du contrat déséquilibré, à rebours de différents droits étrangers et malgré les exhortations d'une partie de la doctrine. Mais avec l'ordonnance du 10 février 2016, le législateur a franchi le Rubicon. L'article 1195 du Code civil, en sa rédaction issue de cette ordonnance, a en effet, octroyé au juge une pouvoir de réviser le contrat, à défaut pour les parties d'être tombées d'accord sur sa renégociation :

« Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

L'article 1195 du Code civil représente une des innovations les plus importantes de la réforme du droit des contrats. En effet, alors que la plupart des dispositions de l'ordonnance ont conforté le droit existant, ce texte renverse la règle qui prévalait jusqu'alors : il ouvre au contractant victime d'une imprévision, la faculté de renégocier le contrat et, en cas de refus ou d'échec de la renégociation, le droit d'en obtenir éventuellement une révision judiciaire<sup>2</sup>.

Avant l'ordonnance du 10 février 2016, la Cour de cassation avait rejeté la révision pour imprévision et le législateur ne l'avait admise que dans des cas particuliers, tandis que la doctrine en avait vivement débattu *de lege ferenda*.

- Arguments contre la révision pour imprévision

Les adversaires de la théorie de l'imprévision invoquaient, tout d'abord, des arguments de texte. En effet, l'ancien article 1134 du Code civil, en ses alinéas 1<sup>er</sup> et 2, s'opposait *a priori* à toute révision du contrat par le juge. En principe, d'après l'alinéa 2, la

<sup>1</sup> Cf. *supra* : sous-titre I « La formation du contrat », chap. II « La validité du contrat », section 3 « Le contenu du contrat », § sous-section 3 « Équilibre contractuel », § 1 « L'équilibre global du contrat », A. « Contrat synallagmatique lésionnaire », 1. Domaine de la lésion », c. « Contrats rescindables ou révisibles pour lésion ».

<sup>2</sup> J.-S. Borghetti « La force obligatoire des contrats », *Dr. et patr.* 2016, n° 258, p. 67 ; Ch.-E. Bucher « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *CCC* 2016, dossier 6 ; Th. Revet « Le juge et la révision des contrats », *RDC* 2016, 373 ; Ph. Stoffel-Munck « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », in : *Réforme du droit des contrats : quelles innovations*, *RDC* hors série, avril 2016, p. 30 et suiv. ;

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

révision ne pouvait être faite que du consentement mutuel des parties<sup>3</sup>. Il en résultait que le juge n'avait pas le pouvoir de réviser le prix en cas de déséquilibre des prestations.

On avançait, en outre, des arguments d'opportunité. Tout d'abord, la sécurité des transactions s'oppose à l'admission d'un principe général de révision pour imprévision. Ensuite, des raisons économiques peuvent également être avancées en ce sens. En effet, le bouleversement économique est souvent la conséquence soit d'une dépréciation monétaire, soit d'une hausse du prix des matières premières. Or l'admission d'un principe général de révision pour imprévision entraînerait une révision en chaîne de tous les contrats, d'où une spirale inflationniste (voir l'hostilité de la B.C.E. à l'indexation des salaires sur le coût de la vie).

• Arguments en faveur de la révision pour imprévision

Ses partisans invoquaient trois arguments principaux : l'interprétation de la volonté des parties reposant sur une clause *rebus sic stantibus*, l'obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat, l'équité.

- Selon la clause *rebus sic stantibus*, dont l'origine remonte au droit canonique, le consentement est subordonnée à la persistance de l'état de fait qui existait au jour où il a été exprimé. Cette clause était explicitement visée par l'article 1135-1 de l'avant-projet Catala, mais dans ce projet elle devait être convenue entre les parties. Cependant une telle clause aurait pu être sous-entendue dans tous les contrats de longue durée, ce qui n'est pas totalement invraisemblable.

La théorie anglo-saxonne de la *frustration*, qu'on rapproche quelquefois de celle, continentale, de l'imprévision, repose d'ailleurs sur une interprétation de la volonté raisonnable des parties, sur une sorte de clause *rebus sic stantibus* implicite<sup>1</sup>. Cependant, alors que la notion d'imprévision renvoie à un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties survenu en cours d'exécution du contrat, celle de *frustration* paraît plutôt désigner une impossibilité d'exécution au sens large, le débiteur n'étant pas en mesure de fournir la prestation convenue, mais un *aliud*.

- On avait proposé aussi d'utiliser l'ancien article 1134, alinéa 3, du Code civil (devenu l'article 1104), mais pour réviser directement le contrat et non plus simplement engager la responsabilité de la partie qui se refuse à le renégocier. De fait, dans plusieurs droits européens, le principe de bonne foi a servi de fondement à l'admission de la révision judiciaire des contrats pour imprévision des contrats gravement déséquilibrés.
  - Ainsi la jurisprudence suisse dérive-t-elle la révision pour imprévision de la prohibition de l'abus de droit, constitutif d'une violation de l'obligation de bonne foi incombant aux parties dans l'exécution de leurs obligations, selon les termes de l'article 2 du Code civil suisse.
  - De même, en droit allemand, la jurisprudence s'était servie du fameux § 242 du *B.G.B. Leistung nach Treu und Glauben* (« Le débiteur est obligé d'exécuter la prestation avec loyauté et bonne foi, en considération de ce que la pratique des affaires exige à cet effet »)<sup>2</sup>, pour admettre, à des conditions assez strictes, la théorie de l'imprévision, avant qu'une disposition spécifique, le nouveau § 313 du *B.G.B.* ne vienne consacrer le *Wegfall der Geschäftsgrundlage* (« disparition du fondement contractuel »), concept servant de base à une révision judiciaire du contrat<sup>3</sup>.
  - D'une manière assez proche, l'article 357, § 1, du *Kodeks cywilny* polonais, issu d'une loi du 28 juillet 1990, permet cette même révision judiciaire du contrat pour imprévision, lorsqu'elle apparaît conforme aux « principes de la vie en société », lesquels ont remplacé l'obligation de bonne foi inscrite dans le Code polonais des obligations de 1933.
  - De même enfin le droit portugais fonde la révision sur imprévision sur le principe de bonne foi.

Mais, en droit français, la Cour de cassation a exclu toute révision judiciaire du contrat sur le fondement de l'ancien article 1134, alinéa 3, du Code civil – devenu l'article 1104 –, que ce soit pour imprévision ou pour d'autres motifs. En effet, selon la jurisprudence fondée par l'arrêt de la Chambre commerciale du 10 juillet 2007 déjà cité<sup>4</sup>, le principe selon lequel les conventions doivent être exécutées de bonne foi n'habilite pas le juge à porter atteinte à la substance même des droits et des obligations convenus entre les parties.

- Enfin, faisait-on valoir, l'équité commanderait la révision des contrats pour imprévision. En effet, la justice commutative est violée par le déséquilibre contractuel. On aurait donc pu se référer à l'ancien article 1135 du Code civil – devenu l'article 1194 –, selon lequel les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donne l'équité. La référence à l'équité faite par ce texte aurait pu justifier l'intervention du juge pour réviser un contrat devenu

<sup>3</sup> Cf. *supra* : section 1 « Domaine d'application de la loi contractuelle », sous-section 2 « Domaine d'application de la loi contractuelle dans le temps », § 2 « Durée des contrats ».

<sup>1</sup> Zweigert et Kötz, *op. cit.*, p. 528 et suiv. ; David *op. cit.*, p. 214-215 et p. 222-223 ; Tallon, *op. cit.*, p. 407-408, insistant tout particulièrement sur les différences avec l'imprévision ; Lokiec, *op. cit.*, 326.

<sup>2</sup> Brox & Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, § 7, 1 ff

<sup>3</sup> Brox & Walker, *op. cit.*, § 27, 1 ff.

<sup>4</sup> Cf. *supra* : section 1 « Domaine d'application de la loi contractuelle », sous-section 1 « Domaine d'application de la loi contractuelle dans l'espace », § 2 « Obligations rattachées au contrat », B. « Obligations complémentaires », 1. « Devoir d'exécuter le contrat de bonne foi ».



Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

gravement déséquilibré. Cependant, dans l'arrêt *Canal de Craponne*, la Cour de cassation a exclu toute référence à l'équité à cet effet<sup>1</sup>.

En droit positif, contrairement à la jurisprudence administrative, la jurisprudence judiciaire s'était montrée hostile à la révision pour imprévision, tandis que le législateur ne l'avait permise que ponctuellement.

- La jurisprudence

Les juridictions de l'ordre judiciaire et celles de l'ordre administratif adoptèrent, sur la question de la révision pour imprévision, des perspectives très différentes<sup>2</sup>.

Dans la célèbre affaire du *Canal de Craponne*<sup>3</sup>, la Cour de cassation repoussa formellement toute révision du contrat, en se fondant sur l'ancien article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil.

Le litige avait pour origine l'utilisation de l'eau d'un canal par les paysans, concédée par Adam de Craponne au 16<sup>ème</sup> siècle, pour l'irrigation de la plaine d'Arles. En contrepartie de cette utilisation, les paysans s'étaient obligés à payer une redevance, fixée à l'époque à 3 sols par cartierade, devenue symbolique au fil du temps. Le Marquis de Galiffet, héritier d'Adam de Craponne, avait saisi la justice pour obtenir un relèvement de cette redevance, en faisant valoir qu'elle n'était plus en rapport avec les frais d'entretien du canal de Craponne. La cour d'appel d'Aix-en-Provence avait accueilli cette demande, en s'arrogeant un pouvoir de révision des contrats à exécution successive aux fins de rétablir l'égalité primitive. L'arrêt fut cassé, pour violation de l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil :

« en aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants ».

Cette position de principe de la Cour de cassation ne varia plus ensuite et fut réaffirmée notamment après la guerre de 1914-1918, malgré les dévaluations monétaires successives<sup>4</sup>. Ce ne sont pas des raisons technique qui ont conduit la jurisprudence à repousser la théorie de l'imprévision, puisque les instruments techniques existaient pour contourner l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil<sup>5</sup>, mais des raisons de politique juridique.

La Cour de cassation consacra néanmoins, plus récemment, une obligation d'adapter le contrat aux circonstances économiques nouvelles, qu'elle rattacha au devoir de bonne foi imposé aux parties dans l'exécution du contrat par l'ancien article 1134, alinéa 3, du Code civil<sup>6</sup> (remplacé par l'article 1104 du Code civil). Cependant la Cour de cassation n'attribua qu'une portée limitée à cette obligation de renégocier<sup>7</sup>. En effet, le refus de l'autre partie de renégocier le contrat devenu déséquilibré n'était pas en soi une faute, un abus, qu'il appartient à la partie victime du déséquilibre d'établir<sup>8</sup>. L'idée selon laquelle l'exigence de bonne foi ne saurait permettre au juge de remédier à un déséquilibre contractuel, perdurait donc.

<sup>1</sup> Cf. *infra* : « La jurisprudence ».

<sup>2</sup> H. Hoepffer « Le dualisme de l'imprévision », *RDI* 2022, 617.

<sup>3</sup> Civ. 6 mars 1876, *G.A.*, t. II, n° 194, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *D. P.* 76, 1, 193, note Giboulot.

<sup>4</sup> Civ. 6 juin 1921, *D. P.* 1921, 1, 73, rapp. A. Colin ; *S.* 1921, 1, 193, note L. Huguéney : bail à cheptel stipulant le remboursement des bêtes en valeur de l'époque de la conclusion du bail ; Civ. 30 mai 1922, *D. P.* 1922, 1, 69 ; *S.* 1922, 1, 289, note L. Huguéney ; Civ. 15 novembre 1933, *Verreries de Carmaux c/ Mines de Graissessac*, *Gaz Pal.* 1934, 1, 68 : charbon au prix de 50 centimes ( ? ) les 100 kg, fixé en 1845 ; Com. 18 janvier 1950, *B. III*, n° 26 ; *D.* 1950, 227 ; Com. 18 décembre 1979, n° 78-10763, *B. IV*, n° 339 ; *RTD. civ.* 1980, p. 780, obs. G. Cornu ; Civ. 3, 30 mai 1984, n° 83-12500, *B. III*, n° 108.

<sup>5</sup> Cf. *supra* : A.

<sup>6</sup> Com. 3 novembre 1992, n° 90-18547, *Huard*, *B. IV*, n° 338 ; *JCP* 1993, II, 22164, note G. Virassamy ; *RTD. civ.* 1993, 124, obs. J. Mestre : changement des circonstances exposant un distributeur, lié à son fournisseur par une clause d'approvisionnement exclusif, à une concurrence renforcée ; selon la Cour de cassation, la cour d'appel a pu décider qu'en privant son distributeur des moyens de pratiquer des prix concurrentiel, le fournisseur n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi et avait ainsi engagé sa responsabilité envers ce distributeur ; Com. 24 novembre 1998, n° 96-18357, *B. IV*, n° 277 ; *JCP* 1999, II, 12210, note Y. Picot ; *ibid.* I, 143, n° 6, obs. Ch. Jamin ; *RTD. civ.* 1999, p. 98, n° 10, obs. J. Mestre et p. 646, n° 3, obs. P.-Y. Gautier ; Nancy 26 septembre 2007, *D.* 2008, *J.* 1120, note M. Boutonnet ; *D.* 2008, *Pan.* 2972, obs. S. Amrani-Mekki ; *JCP* 2008, II, 10091, note M. Lamoureux ; *RLDC* 2008, n° 2969, note O. Cachard ; *RTD. civ.* 2008, 295, obs. B. Fages.

<sup>7</sup> J. Cedras « L'obligation de renégocier », *RTD com.* 1985, 265.

<sup>8</sup> Com. 3 octobre 2006, n° 04-13214, *D.* 2007, *J.* 765, note critique D. Mazeaud.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

La pratique réagit au rigorisme de la Cour de cassation en insérant des clauses d'indexation dans tous les contrats successifs et des clauses de *hardship*, c'est-à-dire de renégociation en cas d'imprévision, dans les contrats internationaux commerciaux<sup>1</sup>. Le recours à ces clauses désamorça en partie le problème<sup>2</sup>.

A rebours de la Cour de cassation, les juridictions administratives admirent indirectement la théorie de l'imprévision. Le problème s'est rencontré dans les contrats de concession, c'est-à-dire un mode de gestion d'un service public consistant à la confier à un concessionnaire, recruté contractuellement, agissant à ses risques et rémunéré par des perceptions sur les usagers, où le prix est fixé par l'Administration.

Le Conseil d'État a retenu les solutions suivantes : maintien du prix de livraison aux particuliers, excluant la révision du contrat lui-même, mais condamnation du concédant (c'est-à-dire l'État ou assimilé) à verser au concessionnaire une indemnité « pour charges extra-contractuelles » ayant « bouleversé l'économie du contrat ». Cette seconde solution revient à admettre indirectement l'imprévision, car le concédant est ainsi « invité » à accepter un relèvement des tarifs<sup>3</sup>. Divers textes ont consacré cette jurisprudence, par exemple une circulaire du 20 novembre 1974 pour les marchés publics.

L'attitude fondamentalement différente de la juridiction administrative s'explique par le principe de la continuité du service public, lequel ne se retrouve pas pour les contrats de droit privé.

- Le législateur

Il s'abstint longtemps de consacrer un principe général de révision pour imprévision qui serait venu tenir en échec ou, tout au moins, déroger à la règle de l'ancien article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil (devenu l'article 1103 du Code civil). Il intervint simplement pour remédier à certains déséquilibres postérieurs à la formation du contrat, par des dispositions de portée limitée<sup>4</sup>.

Tout en éludant la notion d'imprévision, l'avant-projet Catala ouvrait, en ses articles 1135-2 et 1135-3, une faculté de s'adresser au juge aux fins de voir ordonner une nouvelle négociation, à « la partie qui perd son intérêt dans le contrat » et en cas d'échec, exempt de mauvaise foi, de résilier le contrat sans frais ni dommage.

Sans aller jusqu'à permettre au juge d'imposer une révision judiciaire du contrat pour imprévision, l'article 1194 du projet de la Chancellerie de 2015 permettait au juge de procéder à l'adaptation du contrat, s'il était saisi d'une demande faite d'un commun accord des parties en sens, à défaut d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixait, à la demande d'une des parties.

Bien qu'il allât plus loin que l'avant-projet Catala en conférant le pouvoir au juge d'adapter le contrat, à la condition que les parties fussent d'accord pour le saisir à cette fin, l'article 1194 était rédigé plus timidement que d'autres textes. L'article 6:111 (3) des Principes du droit européens des contrats, notamment, attribue le pouvoir au juge d'adapter le contrat même en l'accord des parties<sup>5</sup>.

Inspiré de cette dernière disposition, l'article 1195 du Code civil consacre, d'une manière générale, la révision judiciaire du contrat pour imprévision, comme solution subsidiaire aux difficultés rencontrées par la partie dont les prévisions ont été bouleversées.

Adopté sous l'influence de lobbies économiques, l'article L. 211-40-1 du Code monétaire et financier exclut néanmoins toute révision pour imprévision des « obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers », tels que définis par l'article L. 211-1 du même code, en y déclarant inapplicable l'article 1195 du Code civil. Le législateur a, en effet, considéré que ces opérations et contrats intégraient,

<sup>1</sup> Com. 31 mai 1988, n° 86-16937, *B. IV*, n° 189 ; *RTD civ.* 1989, 171, obs. J. Mestre : reconnaissance *a contrario* de la validité de la clause. Cf. B. Oppetit « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de "hardship", *JDI* 1974, 474 ; Ph. Fouchard « L'adaptation des contrats à la conjoncture économique », *Rev. arb.* 1979, 74 ; R. Fabre « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTD civ.* 1983, 1 ; C. Jarosson « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in : *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, 141 ; Y. Lequette « De la difficulté des clauses de hardship », in : *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2014, 267.

<sup>2</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 534.

<sup>3</sup> Cf. CE 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, *Rec.* 125, concl. Chardenet ; *S.* 1916, 3, 17, concl. Chardenet, note M. Hauriou ; *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 24<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2023, n° 28, obs. M. Long, P. Weil, G. Brabant, P. Devolvé et B. Genevois ; CE 9 décembre 1932, *Tramways de Cherbourg*, *D. P.* 1933, 3, 17, note Pelloux ; *S.* 1933, 3, 9, note Laroque.

<sup>4</sup> Dispositions conjoncturelles : Les lois du 21 janvier 1918, dite « Loi Faillot », et du 23 avril 1949 ont admis la résolution – mais non la révision – des contrats à exécution successive passés avant la première et la seconde guerre mondiale ; dispositions permanentes spéciales : L'article L. 131-5 du Code de la propriété intellectuelle ouvre la révision pour imprévision au profit de l'auteur d'une œuvre de l'esprit, qui en cède les droits d'exploitation ; semblablement, l'article 900-2 du Code civil issu de la loi n° 85-562 du 4 juillet 1984 ouvre la révision pour imprévision au donataire dans la donation avec charges.

<sup>5</sup> C. Cousin, H. Guiziou, M. Leveneur-Azémar, B. Moron-Puech et A. Stévignon « Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *D.* 2015, 1115 ; O. Deshayes « Les effets du contrat entre les parties », *JCP* 2015, suppl. au n° 21, p. 43.

par essence même, un risque financier que les parties ont accepté de courir et dont elles ne sauraient se plaindre s'il se réalise<sup>1</sup>.

Sous cette réserve, pour d'application générale qu'il soit, l'article 1195 du Code civil n'en subordonne pas moins la révision pour imprévision à certaines conditions. Il précise aussi comment elle peut être mise en œuvre.

## A. Conditions de la révision pour imprévision

Aux termes de l'article 1195, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, trois conditions cumulatives sont requises, qu'il appartient à la partie sollicitant une renégociation du contrat et, à défaut, sa révision, d'établir :

- un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat
- rendant l'exécution excessivement onéreuse pour une partie,
- qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque.

### 1. Changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat

Peu importe la nature du changement, pourvu qu'il soit imprévisible.

#### a. Indifférence de la nature du changement de circonstances

On pense au premier chef à un bouleversement économique ou monétaire. Cependant le texte étant général, peu importe la nature du changement de circonstances : juridique, factuel, politique, économique ou monétaire, environnemental<sup>2</sup>...

#### b. Nécessité pour le changement de circonstances d'être imprévisible

Quel que soit sa nature, le changement doit avoir été imprévisible lors de la conclusion du contrat. Ce n'est en effet qu'à cette condition qu'il semble juste de desserrer l'étau de la force obligatoire des contrats, en sacrifiant la sécurité juridique au détriment de l'autre partie<sup>3</sup>. Le terme même d'imprévision le suggère.

Que le changement devienne prévisible en cours d'exécution n'interdirait pas, en revanche, au contractant de se prévaloir de l'article 1195, s'il était bien imprévisible au moment de la conclusion.

Lorsque le contrat était à durée déterminée et qu'il a fait l'objet d'un renouvellement ou d'une tacite reconduction, l'imprévisibilité doit s'apprécier au moment où celui-ci intervient, et non à la date de la conclusion du contrat initial<sup>4</sup>. En effet, le renouvellement et la tacite reconduction donnent naissance, selon les articles 1214, alinéa 2, et 1215 combinés, à un nouveau contrat<sup>5</sup>.

Bien que le législateur ne l'ait pas précisé<sup>6</sup>, l'imprévisibilité semble devoir s'apprécier *in abstracto* : l'événement imprévisible est celui qu'une personne raisonnable, normalement diligente n'aurait pas

<sup>1</sup> Mekki « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 », *op. cit.*, n° 37 ;

<sup>2</sup> Fages, *op. cit.*, n° 351 ; Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1195.

<sup>3</sup> Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1195.

<sup>4</sup> *Ibid.*, art. 1195.

<sup>5</sup> Cf. *supra* : section 1 « Domaine d'application de la loi contractuelle », sous-section 2 « Domaine d'application de la loi contractuelle dans le temps », § 2 « La durée du contrat », A. « Contrat à durée déterminée », 3. « Cessation du contrat à durée déterminée », a. « Arrivée du terme extinctif ».

<sup>6</sup> Alors qu'il l'a précisé pour la force majeure libérant le débiteur de ses obligations, à l'article 1218, alinéa 2, du Code civil et que la force majeure et l'imprévision sont des notions présentant une parenté évidente. Cf. les critiques de Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 451.

davantage prédit que le contractant considéré<sup>1</sup>, au moment de la conclusion du contrat. Il n'est pas un événement simplement imprévu par cette partie.

## 2. Exécution excessivement onéreuse pour une partie

Si l'onérosité doit être excessive, elle peut être directe ou indirecte.

### a. Onérosité excessive

Un simple renchérissement du coût de l'exécution serait insuffisant, comme le suggère l'adverbe « excessivement »<sup>2</sup>. L'article 1195 ne doit pas servir à tourner le principe de la force obligatoire du contrat, inscrit à l'article 1103. Une partie ne saurait se soustraire à ses obligations, au seul motif que le contrat est devenu désavantageux pour elle ou son exécution plus difficile. Le surcoût de l'exécution du contrat doit être, pour elle, insoutenable, insupportable, ruineux<sup>3</sup> ; le déséquilibre du contrat, d'une particulière gravité, criant, manifeste. A la partie qui invoque le bénéfice de l'article 1195 de le démontrer. Mais les juges du fond disposeront probablement d'un pouvoir souverain pour apprécier ce caractère « excessivement » onéreux de l'exécution de l'obligation, sauf à devoir motiver leur décision sur ce point.

### b. Onérosité directe ou indirecte

L'article 1195, alinéa 1er, ne doit toutefois pas être interprété restrictivement. En effet, l'excessive onérosité ne saurait s'entendre uniquement dans le sens exagérément étroit d'une prestation devenue plus onéreuse pour le débiteur. Le texte s'applique également quand la valeur de cette prestation demeure inchangée, tandis que c'est la contre-prestation qui diminue en valeur, car le contrat devient alors indirectement plus onéreux pour le créancier de cette contre-prestation<sup>4</sup>.

Ainsi l'article 1195, alinéa 1er, vise-t-il tant l'onérosité directe que l'onérosité indirecte, à la condition toutefois qu'elle soit excessive<sup>5</sup>. On comprendrait mal, au demeurant, qu'il en fût autrement, alors que, dans l'affaire emblématique du *Canal de Craponne*, c'était bien d'onérosité indirecte dont il s'agissait<sup>6</sup>.

## 3. Défaut d'acceptation du risque par le contractant

La condition est négative. En effet, la partie ayant accepté d'assumer le risque d'un déséquilibre du contrat, est irrecevable à se prévaloir des dispositions de l'article 1195. L'acceptation peut être expresse, mais aussi, sans doute, tacite.

### a. Défaut d'acceptation expresse

Les parties pourraient convenir à l'avance d'écarter les dispositions de l'article 1195 au moyen d'une clause contractuelle, Cette condition négative, prévue par le texte, implique que celui-ci n'est pas d'ordre public<sup>7</sup>. Les travaux parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi de ratification confirment d'ailleurs le caractère supplétif de volonté du texte<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 524 ; Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1195.

<sup>2</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 526 ; Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1195 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 538 ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 466.

<sup>3</sup> Comp. Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 451.

<sup>4</sup> Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1195 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>5</sup> Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1195 ; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 451.

<sup>6</sup> Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1195.

<sup>7</sup> Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>8</sup> Mekki « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016... », *D.* 2018, 900, n° 19 et les réf. ; Deshayes, Genicon et Laithier « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations... », *JCP* 30 avril 2018, *doctr.* 529, n° 7 et les réf. ; J.-S. Borghetti « Fixation et révision du prix », in : *Le nouveau droit des obligations après la loi de*

b. Défaut d'acceptation tacite

En l'absence de clause expresse de renonciation à la révision pour imprévision dans le contrat, une recherche de la volonté des parties par le juge pourrait conduire à déceler l'acceptation tacite du risque par une d'entre elles<sup>1</sup>.

B. Mise en œuvre de la révision pour imprévision

Lorsque les conditions précédentes sont réunies, la partie victime de l'imprévision peut solliciter une renégociation du contrat. En cas de refus ou si celle-ci échoue, une révision judiciaire du contrat est possible.

L'article 1195, alinéa 2, organise en effet une procédure en plusieurs étapes, pour remédier au déséquilibre du contrat. Cette procédure privilégie la recherche d'un accord entre les parties. La menace d'une intervention judiciaire, que le texte rend possible, incitera le créancier à ne pas refuser systématiquement une renégociation, à moins, naturellement, que les parties ne soient convenues, dans le contrat, d'écarter l'application de l'article 1195, ce qu'ils peuvent toujours faire, on l'a vu.

1. Renégociation du contrat à l'amiable entre les parties

La partie qui prend l'initiative d'une renégociation, comme l'article 1195, alinéa 2, l'y autorise, doit continuer d'exécuter ses obligations dans l'intervalle, ainsi que le texte le spécifie. La renégociation n'a pas d'effet suspensif, contrairement à la grève dans le contrat de travail, par exemple. L'article 1195 n'ouvre pas une voie de justice privée. Le législateur a voulu décourager « les contestations dilatoires »<sup>2</sup>.

De fait, le caractère excessivement onéreux de l'exécution de l'obligation ne rendant pas celle-ci impossible, ne constitue pas un cas de force majeure libérant le débiteur de son obligation en application des articles 1218 et 1351 du Code civil<sup>3</sup>. Certes, le changement de circonstances était, par hypothèse, imprévisible lors de la conclusion du contrat. Mais il ne constitue pas un obstacle insurmontable et irrésistible à l'exécution de l'obligation, comme l'est la force majeure. Le débiteur ne saurait donc légitimement invoquer une situation d'imprévision à l'appui d'une exception d'inexécution ou *a fortiori* pour prétendre que le contrat s'est trouvé résolu de plein droit.

2. Révision judiciaire du contrat

L'autre partie est libre de refuser de renégocier le contrat. A défaut de renégociation à l'amiable ou d'échec de cette renégociation les parties peuvent, toujours selon l'article 1195, alinéa 2 :

- soit procéder à la résolution conventionnelle du contrat,
- soit saisir le juge d'un commun accord pour qu'il procède à une adaptation du contrat.

A défaut d'accord dans un délai raisonnable, une des parties peut saisir unilatéralement le juge, afin qu'il révise le contrat ou bien qu'il y mette fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

Dans l'esprit du législateur, la révision judiciaire du contrat apparaît donc comme un remède ultime, dont le contractant ne peut obtenir l'administration qu'à défaut d'avoir convaincu son cocontractant de renégocier ou de résoudre le contrat ou, à tout le moins, d'avoir saisi ensemble le juge pour résoudre conventionnellement le contrat ou l'adapter aux circonstances nouvelles. On doit en conclure que le

*ratification du 20 avril 2018, RDC 2018/hors série, p. 25 et s., n° 68 et les réf.*

<sup>1</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 525 ; Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1195 ; Fages, *op. cit.*, n° 351 ; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>2</sup> Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 527.

<sup>3</sup> *Cf. infra* : chap. II « L'inexécution du contrat », section 2 « Le sort du contrat inexécuté », § 2 « La défaillance d'exécution ».

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

contractant serait irrecevable à saisir unilatéralement d'emblée le juge, sans avoir tenté au préalable un règlement amiable selon les modalités inscrites dans l'article 1195<sup>1</sup>.

Cette possibilité de révision n'en constitue pas moins une importante innovation par rapport au droit antérieur, dominé par la jurisprudence *Canal de Craponne*.

---

<sup>1</sup> Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 538, justifiant cette solution par le rapprochement avec la jurisprudence relative aux clauses de conciliation ou de médiation préalable (Ch. mixte 14 février 2003, n° 00-19423 et 00-19424, *B. mixte* 2003, n° 1 ; *BICC* 1<sup>er</sup> mai 2003, avis A. Benmakhlouf, rap. P. Bailly ; *D.* 2003, 1386, note P. Ancel et M. Cottin ; *ibid.* 2480, obs. Th. Clay ; *JCP* 2003, I, 128, n° 17, obs. L. Cadiet ; *ibid.*, I, 164, n° 9, obs. Ch. Seraglini ; *RTD civ.* 2003, 294, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.*, 349, obs. R. Perrot ; *Procédures* 2003, n° 96, obs. H. Croze ; *RDC* 2003, 182 et 189, obs. L. Cadiet et X. Lagarde ; *CCC* 2003, n° 84, note L. Leveneur ; *Rev. arb.* 2003, 403, note Ch. Jarosson ; Civ. 1, 30 octobre 2007, n° 06-13366, *B. I.*, n° 329 ; Civ. 3, 19 mai 2016, n° 15-14464, *B. III.*, n° 65 ; *D.* 2016, 1145 ; *ibid.* 2377, note V. Mazeaud ; *Gaz. Pal.* 30 août 2016, p. 61, obs. L. Mayer ; *RTD civ.* 2016, 621, obs. H. Barbier ; *Constr. et urb.* n° 7-8, juillet 2016, *comm.* 103, note Ch. Sizaire ; *LEDC* juillet 2016, p. 2, obs. G. Guerlin). *Cf.* H. Barbier, obs. *RTD civ.* 2024, 390, à propos des décisions en ce sens de certaines juridictions du fond.

## CHAPITRE II L'INEXÉCUTION DU CONTRAT

Le contrat ayant force obligatoire, son inexécution est contraire au droit. Elle appelle donc normalement une sanction, à moins que l'exécution n'ait été rendue impossible par la force majeure. Pour remédier aux carences du Code civil en sa rédaction de 1804, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont entrepris, dans l'article 1217 du Code civil issu de cette ordonnance, de dresser un tableau exhaustif de ces sanctions attachées à l'inexécution d'un contrat<sup>1</sup>.

Inspiré de la *Common Law* et des Principes du droit européen du contrat<sup>2</sup>, l'article 1217 inaugure la section 5 « L'inexécution du contrat » du chapitre IV « Les effets du contrat » du sous-titre I « Du contrat » du titre III « Des sources d'obligations ». Il est ainsi rédigé :

« La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :

- refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;
- poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;
- obtenir une réduction du prix ;
- provoquer la résolution du contrat ;
- demander réparation des conséquences de l'inexécution.

« Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter. »

L'article 1217 du Code civil se borne à faire une synthèse des différentes sanctions attachées à l'inexécution du contrat, dont les articles 1219 et suivants déterminent le régime. C'est donc un texte d'annonce, qui n'a sans doute pas de portée normative<sup>3</sup>.

En sa rédaction de 1804, le Code civil ne dressait, en revanche, aucun inventaire des sanctions attachées à l'inexécution du contrat, dont il traitait à des endroits différents.

L'ancien article 1184, alinéas 1<sup>er</sup> et 2, du Code civil énonçait, malgré tout, un principe fondamental, étendu aujourd'hui par l'article 1217 du Code civil à tous les contrats, selon lequel l'inexécution d'un contrat synallagmatique ouvre au créancier une option entre l'exécution forcée du contrat lorsqu'elle est possible et sa résolution avec dommages-intérêts :

« La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

« Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. »

Ce texte encourait diverses critiques.

- L'article 1184 était inséré dans une division consacrée à l'obligation conditionnelle, dans le chapitre IV du titre III traitant des « diverses espèces d'obligations ». Guère judicieux, cet emplacement s'expliquait par le fait que les rédacteurs du Code civil avaient

<sup>1</sup> H. Boucard « Le nouveau régime de l'inexécution contractuelle », in : R. Schulze, G. Wicker, G. Mäsch et D. Mazeaud (ss. la dir. de), *La réforme du droit des obligations en France*, 5<sup>e</sup> journée franco-allemande, Soc. lég. comp., vol. 20, 2015, p. 153 ; M. Mekki « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 30 avril 2015, n° 120, p. 37 ; P. Grosser « Les sanctions de l'inexécution », *Dr. et patr.* mai 2016, 70 ; Y.-M. Laithier « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *RDC* 2016, 39 ; H. Lécuyer « L'inexécution du contrat », *CCC* 2016, dossier 7 ; M. Mignot « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *LPA* 2016, n° 67, p. 5 ; D. Vigneau « Le juge de l'inexécution », in : D. Houtcieff (dir.), *Le renouveau de la force obligatoire du contrat*, *RDC* 2024/4, 122 et s.

<sup>2</sup> Houtcieff, *Droit des contrats*, n° 939 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *Droit des obligations*, n° 557 ; Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse Paris 1, préf. H. Muir-Watt, LGDJ, 2004 ; M. Fontaine et G. Viney, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé*, Bruylant, 2001 ; D. Tallon « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, 223 ; Laithier « Les règles relatives à l'inexécution... », *op. cit.*, n° 2.

<sup>3</sup> Deshayes, Génicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1217, p. 475 ; cf. néanmoins les hésitations de Chantepeit et Latina, *op. cit.*, n° 614.

assigné, de manière contestable, un fondement contractuel à la résolution du contrat synallagmatique inexécuté, en la faisant dériver d'une clause tacite, qu'il assimilait abusivement à une condition, au sens de modalité de l'obligation<sup>1</sup>.

- Le texte semblait restreindre le champ d'application de l'exécution forcée et, plus clairement encore, de la résolution aux contrats synallagmatiques inexécutés. Or, d'une part, le créancier a, en principe, le droit d'exiger l'exécution forcée de l'obligation issue de n'importe quel contrat et, au-delà, de toute obligation quelle qu'en soit la source, et non pas seulement de l'obligation née d'un contrat synallagmatique. D'autre part, outre les contrats synallagmatiques, les contrats unilatéraux à titre onéreux – par exemple un prêt qui ne serait pas remboursé – pouvaient également être résolus, selon la jurisprudence<sup>2</sup>.
- Enfin, et ce n'était pas le moins grave, l'article 1184 était incomplet, car l'inexécution d'un contrat entraîne d'autres sanctions qu'il ne mentionnait pas, mais qui n'en sont pas moins acquises en droit positif.

Cela dit, l'article 1217 du Code civil – comme c'était déjà le cas, du reste, l'ancien article 1184 – a, en réalité, un double objet. D'une part, il énumère les droits du créancier de l'obligation inexécutée, d'autre part, complété en cela par l'article 1218, il règle le sort du contrat en lui-même, en prévoyant soit sa suspension, soit sa résolution.

## Section 1 : Les droits du créancier de l'obligation inexécuté

L'article 1221 du Code civil consacre le droit du créancier à l'exécution forcée, en nature de l'obligation, toutes les fois qu'elle est possible, sous réserve de respecter un principe de proportionnalité :

« Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier. »

A défaut pour cette exécution en nature d'être possible ou en cas de disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier, ce dernier doit se contenter de dommages-intérêts, destinés à réparer le préjudice que l'inexécution contractuelle lui a causé.

### § 1 L'exécution forcée en nature de l'obligation contractuelle<sup>3</sup>

L'emplacement de l'article 1221 suggère qu'il ne concerne que l'exécution forcée des obligations contractuelles, puisqu'il se trouve dans un chapitre du sous-titre I du titre III du livre III consacré aux effets du contrat.

Toutefois, si on se reporte à son contenu, on s'aperçoit qu'il énonce, en réalité, des principes gouvernant l'exécution de l'obligation indépendamment de la source de celle-ci, contractuelle, quasi-contractuelle, délictuelle, quasi-délictuelle ou directement légale. Du reste, le principe qu'il énonce, à savoir le droit du créancier à l'exécution de l'obligation, est repris dans une autre disposition, moins précise, l'article 1341 du Code civil. Or cette dernière disposition se trouve insérée dans un chapitre III « Les actions ouvertes au créancier » du titre IV du livre III consacré au régime général des obligations, applicable à celles-ci quelle que soit leur source. Elle est ainsi rédigée

« Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation ; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi. »

On évoquera brièvement le principe du droit à l'exécution forcée en nature et ses limites.

<sup>1</sup> Cf. *infra* : section 2 « Le sort du contrat inexécuté ».

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> D. Mazeaud « L'exécution en nature dans la réforme du droit des contrats », *D.* 2016, 2477.



## A. Principe du droit à l'exécution forcée en nature

L'exécution forcée en nature peut être directe ou, à défaut, indirecte.

### 1. Exécution forcée directe en nature

Elle va de soi pour les obligations de payer une somme d'argent, mais elle est possible également pour les autres obligations.

#### a. Obligations de payer une somme d'argent

Aux termes de l'article 2284 du Code civil :

« Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. »

Et l'article 2285 du Code civil ajoute :

« Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ».

Malgré les apparences, ces textes ne reconnaissent pas une sûreté légale, un gage au profit des créanciers. Ils signifient simplement que le créancier a le pouvoir de procéder à l'exécution forcée de l'obligation, par la saisie des biens composant l'actif du patrimoine de son débiteur, sous réserve, en principe, de détenir ou d'avoir obtenu préalablement un titre exécutoire (acte notarié, jugement...).

Le « droit de gage général » du créancier est simplement le corollaire du caractère obligatoire de l'obligation, de l'exécution de laquelle le débiteur doit répondre sur son patrimoine, sur ses biens, à défaut d'un pouvoir de contrainte reconnu sur sa personne (abolition par la loi du 22 juillet 1867 de la contrainte par corps en matière civile, c'est-à-dire de l'emprisonnement pour dettes).

L'exécution forcée des obligations de payer une somme d'argent s'opère donc au moyen de voies d'exécution sur le patrimoine du débiteur : saisie vente, saisie immobilière, saisie des salaires, etc...

Le Code des procédures civiles d'exécution régleme en détail ces différentes voies d'exécution.

#### b. Obligations autres que le paiement d'une somme d'argent

L'exécution forcée en nature directe est parfois possible, par exemple jugement valant titre translatif de propriété, rendu à l'encontre du vendeur qui se refuse à transférer la propriété de la chose vendue à l'acquéreur et à exécuter son obligation corrélatrice de délivrance de cette chose.

L'article 1222 accorde, en outre au créancier une faculté de remplacement<sup>1</sup> : le créancier peut, en cas d'inexécution, faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur, par un tiers. Ce texte dispose en effet :

« Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin. »

La mise en œuvre de cette faculté est donc subordonnée, indique le texte, à une mise en demeure préalable du débiteur et doit intervenir « dans un délai et à un coût raisonnable », ce qu'il appartiendra au juge de vérifier *a posteriori*. Contrairement au droit antérieur<sup>2</sup>, l'article 1222 ne

<sup>1</sup> L'ancien article 1144 du Code civil la lui accordait déjà (Malinvaud, Mekki et Seube, *Droit des obligations*, n° 965 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Droit des obligations*, n° 1531).

<sup>2</sup> Soc. 5 juin 1953, *D.* 1953, *J.* 601 ; Civ. 3, 29 novembre 1972, n° 71-14198, *B.* III, n° 642 ; Civ. 3, 16 juillet 1997, n° 95-20884, *CCC* 1997, 175, note L. Leveneur.

subordonne plus, en effet, l'exercice de la faculté de remplacement à une autorisation préalable du juge<sup>1</sup> : cette « nouvelle conquête de l'unilatéralisme » est, pour certains, discutable, car l'exigence d'une autorisation du juge, accordée le cas échéant en référé, ne compromettrait pas substantiellement, font-ils valoir, les droits du créancier<sup>2</sup>.

L'article 1344 du Code civil précise, d'une manière générale, la forme qu'une mise en demeure adressée au débiteur doit revêtir, pour être efficace :

« Le débiteur est mis en demeure de payer soit par une sommation ou un acte portant interpellation suffisante, soit, si le contrat le prévoit, par la seule exigibilité de l'obligation. »

La sommation consiste en un exploit d'huissier signifié au débiteur. Elle présente une sécurité juridique certaine, puisque c'est un acte authentique accompli par un officier ministériel. Mais son coût non négligeable constitue un inconvénient. Aussi l'article 1344 admet-il que la mise en demeure puisse résulter d'un autre acte qu'une sommation, pourvu qu'il interpelle suffisamment le débiteur.

A cet égard, l'ancien article 1139 du Code civil, que l'article 1344 nouveau remplace, prévoyait que l'acte équivalent à une sommation pouvait consister en une lettre missive. Même si l'article 1344 ne le précise plus désormais expressément, une lettre continuera de valoir mise en demeure, s'il en résulte une interpellation suffisante du débiteur<sup>3</sup>. Rien n'indique en effet que les auteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 aient entendu condamner le droit antérieur sur ce point. Pour des motifs de sécurité juridique, la lettre de mise en demeure est systématiquement adressée au débiteur en recommandé avec demande d'avis de réception.

Enfin l'article 1222 donne la possibilité au créancier, cette fois-ci sur autorisation préalable du juge, de détruire ce qui aurait été fait en violation de l'obligation<sup>4</sup>.

## 2. Exécution forcée indirecte en nature

Elle consiste en une astreinte, applicable lorsque l'exécution directe, en nature, se révèle impossible, ainsi pour certaines obligations de faire ou de ne pas faire.

Création prétorienne remontant au dix-neuvième siècle, ce moyen de contrainte indirecte a été consacré et réglementé par une loi du 5 juillet 1972, puis par la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution. Les articles L. 131-1 à L. 131-4 et R. 131-1 à R. 131-4 du Code des procédures civiles d'exécution en ont codifié les dispositions.

On évoquera brièvement le mécanisme de l'astreinte, puis sa liquidation.

### a. Mécanisme de l'astreinte

A la demande du créancier, le juge condamne le débiteur à exécuter la prestation promise et assortit cette condamnation d'une astreinte, c'est-à-dire une condamnation à une somme forfaitaire, le plus souvent par jour de retard dans l'exécution de l'obligation s'il s'agit d'une obligation de faire ou d'une obligation de donner, ou par infraction constatée lorsqu'il s'agit d'une obligation de ne pas faire.

Il s'agit donc d'une peine privée destinée à inciter le débiteur à s'exécuter. Aussi l'astreinte est-elle indépendante des dommages-intérêts (article L. 131-2, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code des procédures civiles d'exécution, auxquels le créancier a droit, en tout état de cause, au titre de la responsabilité contractuelle de son débiteur.

<sup>1</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>2</sup> Mekki « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 30 avril 2015, n° 120, p. 37 et suiv., n° 11.

<sup>3</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 977.

<sup>4</sup> L'ancien article 1143 du Code civil reconnaissait déjà ce droit au créancier.

b. Liquidation de l'astreinte

Ultérieurement le créancier reviendra devant le juge pour faire liquider l'astreinte, soit que la décision la prononçant ait finalement été exécutée, soit qu'il soit avérée qu'elle ne le sera jamais, auquel cas l'astreinte a manqué son but.

Le plus souvent l'astreinte est provisoire (article L. 131-2, alinéa 2, du Code des procédures civiles d'exécution), c'est-à-dire qu'elle est révisable dans son montant lors de sa liquidation, « en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter » (article L. 131-4, alinéa 1er, du Code des procédures civiles d'exécution).

## B. Limites au droit à l'exécution forcée en nature

L'article 1221 du Code civil, on l'a vu, reconnaît le droit à l'exécution forcée en nature au créancier, sauf si celle-ci est « impossible », d'une part, ou « s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier », d'autre part.

### 1. Impossibilité de l'exécution forcée en nature

L'impossibilité d'une exécution en nature peut tenir à des obstacles de fait ou de droit.

#### a. Obstacle de fait à l'exécution forcée en nature

La destruction de la chose prêtée ou déposée, constitue, par exemple, un obstacle de fait à l'exécution en nature de l'obligation de restitution incombant à l'emprunteur ou au dépositaire.

#### b. Obstacle de droit à l'exécution forcée en nature

Ainsi en est-il lorsque la prestation est devenue juridiquement illicite, par exemple le service en laquelle elle consistait, est désormais prohibé ou encore le bien que le débiteur s'était obligé à livrer, a été cédé à un tiers qui en est devenu propriétaire<sup>1</sup>.

L'exécution forcée bute aussi sur un obstacle de droit, lorsque l'obligation présente un caractère éminemment personnel pour le débiteur, si bien que le contraindre à l'exécution porterait atteinte à une liberté fondamentale ou à sa dignité : par exemple, on ne peut contraindre un peintre à dresser le portrait qu'il s'était engagé à faire ou un médecin à ausculter son patient.

L'ancien article 1142 du Code civil dressait un obstacle de droit de principe à l'exécution en nature des obligations de faire ou de ne pas faire. En effet, il disposait que toutes ces obligations se résolvent en dommages-intérêts en cas d'inexécution. Mais la Cour de cassation avait passé outre à la généralité de ce texte, en décidant que l'exécution forcée d'une obligation de faire ou de ne pas faire doit être ordonnée par le juge, lorsqu'elle est possible<sup>2</sup>, c'est-à-dire toutes les fois que cette obligation ne présente pas un caractère éminemment personnel. Dans le sillage de la jurisprudence, l'article 1221 renverse le principe qui était inscrit à l'ancien l'article 1142 du Code civil<sup>3</sup>. D'une manière générale, on le sait, d'ailleurs, l'ordonnance du 10 février 2016 ne distingue plus les obligations de faire, de ne pas faire et de donner.

### 2. Disproportion manifeste entre le coût de l'exécution forcée et son intérêt

<sup>1</sup> Pour un autre exemple d'impossibilité de droit, cf. Civ. 2, 13 octobre 2016, n° 15-25483.

<sup>2</sup> Civ. 1, 16 janvier 2007, n° 06-13983, B. I, n° 19 ; D. 2007, J. 1119, note O. Gout ; *ibid.* 2966, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; RDC 2007, 719, obs. D. Mazeaud et 741, obs. G. Viney ; JCP 2007, I, 161, obs. M. Mekki ; CCC 2007, 144, note L. Leveneur ; RTD civ. 2007, 342, obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>3</sup> Cf. *supra* : « Introduction générale », section 5 « Classifications des obligations », § 1 « Classifications fondées sur l'objet des obligations », A. « Obligations de donner, de faire et de ne pas faire », 2. « Intérêt de la classification ».

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Cette seconde limite au droit à l'exécution forcée en nature est une innovation importante de l'ordonnance du 10 février 2016<sup>4</sup>, car elle n'existait pas dans le droit antérieur.

Sans doute, en effet, quelques décisions avaient-elles limité ce droit, en se fondant sur la théorie de l'abus de droit<sup>2</sup>. Mais la jurisprudence dominante de la Cour de cassation affirmait le droit pour le créancier d'exiger l'exécution forcée en nature, quel qu'en fût le coût pour le débiteur et si minime que fût le manquement que ce débiteur eût commis à ses obligations<sup>3</sup>.

Certains<sup>4</sup> ont vu une application implicite de la théorie de l'abus de droit, dans la limite au droit à l'exécution en nature que l'article 1221 du Code civil instaure de la sorte. En effet, le créancier se voit interdire d'exercer son droit à l'exécution forcée en nature sans utilité économique pour lui-même, en détournant ainsi son droit de sa destination socio-économique, ce qui correspond au critère téléologique de l'abus de droit ardemment défendu par Josserand<sup>5</sup>. Mais, dès lors que la limite apportée au droit du créancier est désormais légale, point n'est besoin de faire appel à cette théorie<sup>6</sup>, à laquelle la jurisprudence ne recourt *a posteriori* que pour tempérer l'exercice critiquable d'un droit à l'intérieur même des limites tracées *a priori* par le législateur.

Pour que le débiteur puisse s'opposer efficacement à l'exécution forcée en nature de son obligation, il faut, aux termes mêmes de l'article 1221 précité, que deux conditions soient cumulativement remplies, l'une subjective tenant à la bonne foi du débiteur, l'autre objective, tenant à la disproportion manifeste entre le coût de l'exécution forcée pour le débiteur et son intérêt pour le créancier.

a. Bonne foi du débiteur

La nécessité, pour le débiteur, d'être de bonne foi pour pouvoir invoquer les dispositions de l'article 1221 du Code civil, constitue un ajout de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 portant ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit des contrats, le régime général et la preuve des obligations. En effet, dans sa version initiale, issue de l'ordonnance, l'article 1221 ne mentionnait pas cette condition.

L'article 1104, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil pose déjà le principe général directeur selon lequel « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. » L'exigence d'une bonne foi du débiteur va donc, en réalité, de soi et sa mention expresse dans l'article 1221 est destinée à souligner que l'exception d'ordre économique que ce texte institue, à l'exécution forcée en nature, ne doit pas permettre à des débiteurs indécidés de se soustraire à leurs obligations<sup>7</sup>.

La bonne foi se présument (article 2274 du Code civil), c'est au créancier qu'il appartiendra de démontrer que le débiteur ne peut se prévaloir des dispositions de l'article 1221 du Code civil en raison de sa mauvaise foi. Reste à savoir comment la jurisprudence entendra la notion de bonne foi, concept fort malléable, dans l'interprétation de ce texte<sup>8</sup>.

b. Disproportion manifeste

La condition objective posée par l'article 1221 du Code civil se dédouble. Le texte exige en effet une « disproportion » « entre le coût de l'exécution forcée pour le débiteur et son intérêt pour le créancier », d'une part, que cette disproportion soit « manifeste », d'autre part.

<sup>4</sup> Fages, *op. cit.*, n° 298 ; Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 12216 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 638.

<sup>2</sup> Cf. Bénabent, *op. cit.*, n° 379 et les décisions citées.

<sup>3</sup> Civ. 3, 11 mai 2005, n° 03-21136, *B. III*, n° 103 ; *RDC* 2006, 323, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2005, 596, obs. J. Mestre et B. Fages ; Civ. 3, 6 juin 2015, n° 14-14612, *RDC* 2015, 839, obs. Th. Genicon.

<sup>4</sup> Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 ; Bénabent, *op. cit.*, n° 379 ; cf. Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1221 et les réf. doctrinales.

<sup>5</sup> Cf. *infra* : titre II « Le fait juridique ».

<sup>6</sup> Cf. les réticences de Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1221, p. 487 ; Fages, *op. cit.*, n° 298.

<sup>7</sup> M. Mekki « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 : une réforme de la réforme ? », *D.* 2018, 900, n° 35 ; D. Mazeaud « Quelques mots sur la réforme de la réforme du droit des contrats », *D.* 2018, 912, n° 12.

<sup>8</sup> Mazeaud, *op. cit.*, *loc. cit.*

α) Disproportion entre le coût de l'exécution forcée et son intérêt

Le coût de l'exécution forcée pour le débiteur doit être mis en balance avec son intérêt pour le créancier. Il ne suffirait donc pas au débiteur d'invoquer le coût élevé d'une exécution forcée en nature, pour prétendre s'y soustraire : l'article 1221 du Code civil ne saurait servir de prétexte à une réécriture, à un rééquilibrage indirect du contrat, par une dispense accordée au débiteur d'exécuter une obligation trop onéreuse pour lui<sup>1</sup>. Le coût de l'exécution forcée doit s'apprécier relativement à l'intérêt qu'elle présente pour le créancier, notamment l'avantage réel qu'elle lui procure<sup>2</sup>. Cet intérêt s'apprécie donc subjectivement, par rapport au créancier, et non objectivement, en fonction de l'intérêt économique que l'exécution du contrat présente<sup>3</sup>.

L'article 1221 du projet de la Chancellerie se bornait à prévoir que l'exécution forcée en nature pouvait être refusée « si son coût est manifestement déraisonnable. » Mais cette expression inspirée de la *Common Law* avait été très critiquée, parce qu'elle conférait au juge un large pouvoir d'appréciation fondées sur des données économiques. Aussi le texte définitif a-t-il été réécrit pour formuler de manière plus précise la limite apportée au droit à l'exécution forcée en nature<sup>4</sup>.

S'il y a disproportion entre l'intérêt du créancier et le coût pour le débiteur, l'article 1221 a vocation à s'appliquer, mais à la condition que cette disproportion soit manifeste.

β) Disproportion manifeste

La disproportion doit être évidente, flagrante, pour que le droit à l'exécution forcée du créancier puisse être légalement tenu en échec. Le législateur a en effet voulu éviter que l'article 1221 du Code civil n'affaiblisse trop sensiblement ce droit, au profit de débiteurs cherchant à se soustraire à leurs obligations<sup>5</sup>. Bien qu'elle présente un caractère objectif, cette exigence corrobore donc celle, subjective, tenant à la bonne foi du débiteur, que la loi de ratification du 20 avril 2018 a ajoutée.

## § 2 La réparation des conséquences de l'inexécution

Cette réparation consiste en une somme d'argent que le débiteur devra payer au créancier, à défaut d'avoir exécuté le contrat. Cette obligation de remplacement est construite comme une responsabilité, une obligation de réparer le dommage causé à autrui<sup>6</sup>.

Les règles relatives à l'exécution par équivalent de l'obligation contractuelle constituent, plus précisément, ce qu'on appelle la responsabilité contractuelle, par opposition à la responsabilité extracontractuelle (article 1240 et suiv. du Code civil), naguère appelée délictuelle ou quasi-délictuelle (anciens articles 1382 et suiv. du Code civil).

La responsabilité contractuelle est un concept qui s'est installé dans le droit français au terme d'une évolution ayant débuté au dix-neuvième siècle. Tout en consacrant cette évolution, l'ordonnance du 10 février 2016 conserve à la responsabilité contractuelle son autonomie par rapport à la responsabilité civile extracontractuelle. Elle lui dédie en effet des dispositions distinctes, dans une sous-section 5 de la section 5 consacrée à l'inexécution du contrat et intitulée « La réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat » (articles 1231 et suiv.).

<sup>1</sup> Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1221.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 638.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> Fages, *op. cit.*, n° 298.

<sup>6</sup> Carbonnier, *Droit civil*, t. II, n° 1070.

Ces dispositions reprennent, à quelques détails près, les dispositions, remontant à 1804, des anciens articles 1146 et suivants du Code civil<sup>1</sup>. Il s'agit donc, sur ce point, d'une reprise à droit constant.

Il résulte des explications qui précèdent que la responsabilité contractuelle remplit une double fonction<sup>2</sup>, d'où son régime juridique parfois ambivalent.

## A. Double fonction de la responsabilité contractuelle

La responsabilité contractuelle remplit à la fois une fonction de paiement et une fonction de réparation.

### 1. Fonction de paiement de la responsabilité contractuelle

La responsabilité contractuelle tend à réaliser l'exécution par équivalent de l'obligation contractuelle. Les dommages-intérêts dus par le débiteur représentent en effet l'équivalent monétaire de la prestation dont le créancier a été indûment privé.

Cette fonction explique qu'en 1804, les rédacteurs du Code civil en aient traité (anciens articles 1146 à 1155) dans une section intitulée « Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation », dans le chapitre III « De l'effet des obligations », du titre III de l'ancien livre III.

Un éminent auteur, M. Philippe Rémy, a voulu réduire la responsabilité contractuelle à cette fonction de paiement. Il a soutenu, en effet, qu'elle n'est que l'exécution forcée par équivalent de l'obligation contractuelle<sup>3</sup>. Toutefois, parler d'exécution par équivalent « forcée », comme le fait cet auteur, semble discutable : c'est le jugement exécutoire déclarant le débiteur responsable, qui fera l'objet d'une exécution forcée, par le recours aux voies d'exécution instituée pour recouvrer les dettes de somme d'argent, et non l'obligation contractuelle elle-même.

### 2. Fonction de réparation de la responsabilité contractuelle

Si, indirectement, la source de l'obligation à réparation qui pèse sur le débiteur est le contrat, directement elle réside dans le fait juridique de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'une obligation contractuelle, à l'origine d'un dommage pour le créancier.

La responsabilité contractuelle assure ainsi l'indemnisation des dommages causés par l'inexécution ou la mauvaise exécution de l'obligation contractuelle. Il s'agit d'une compensation de ce dont le créancier a été privé du fait de l'inexécution. C'est, du reste, la raison pour laquelle l'article 1217 du Code civil énonce que les dommages-intérêts peuvent toujours s'ajouter à l'une des autres sanctions de l'inexécution du contrat qu'il énumère.

D'où l'appel, largement, aux mécanismes de la responsabilité civile.

## B. Régime juridique de la responsabilité contractuelle

Ce régime juridique consiste en une application des règles de la responsabilité civile, sauf à adapter ces règles pour tenir compte de l'origine du dommage, l'inexécution d'une obligation contractuelle. Cette adaptation nécessaire se manifeste tant à propos du fait générateur de la responsabilité contractuelle qu'à celui du dommage réparable.

<sup>1</sup> Deshayes, Génicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1231, p. 517 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 674.

<sup>2</sup> J. Huet, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle – Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse Paris II, 1978, préf. G. Viney, éd. Panthéon-Assas, 2020 ; Flour, Aubert et Savaux, *L'acte juridique*, n° 931 et s. ; G. Durry « La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle », *Cours Mc Gill*, Montréal : 1986 ; *contra* : Ph. Rémy « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, 323 et s. ; V. Wester-Ouisse « Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : fusion des régimes à l'heure internationale », *RTD civ.* 2010, 419 et s. ; E. Juen, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, thèse Dijon, préf. E. Loquin, LGDJ, 2016.

<sup>3</sup> Rémy, *op. cit.*, *passim*.

## 1. Fait générateur de la responsabilité contractuelle

Depuis les travaux de Demogue<sup>1</sup>, on s'accorde à considérer que les conditions de la responsabilité contractuelle du débiteur diffèrent, selon que son obligation est de moyens ou de résultat. Le silence que l'ordonnance du 10 février 2016 a conservé sur cette distinction, systématiquement employée par la jurisprudence, ne signifie pas qu'elle est condamnée.

On rappellera rapidement le contenu et l'intérêt de la distinction<sup>2</sup>, puis on précisera son critère.

### a. Contenu et intérêt de la distinction des obligations de moyens et de résultat

On évoquera successivement l'obligation de moyens, puis l'obligation de résultat.

#### α) Obligation de moyens

Le débiteur d'une obligation de moyens ne s'engage envers son créancier qu'à faire diligence, sans garantir de résultat : par exemple le médecin s'oblige à soigner son patient, mais non à le guérir<sup>3</sup>, l'avocat à défendre au mieux son client<sup>4</sup>, mais non à gagner le procès.

La responsabilité contractuelle du débiteur est alors subordonnée à la preuve d'une faute, consistant à avoir manqué à la diligence promise, à l'origine d'un dommage pour le créancier<sup>5</sup>.

#### β) Obligation de résultat

Le débiteur d'une obligation de résultat s'engage à un résultat envers son créancier : par exemple le transporteur devant amener son passager sain et sauf à destination, est débiteur d'une obligation de sécurité de résultat<sup>6</sup> ; l'obligation du vendeur d'un fonds de commerce de ne pas faire concurrence à son acheteur est une obligation de résultat.

La responsabilité contractuelle du débiteur est alors engagée du seul fait que le résultat n'a pas été atteint et qu'il en est résulté un dommage pour le créancier, peu importe que ce soit, ou non, par la faute de ce débiteur. Ce dernier ne peut s'exonérer de sa responsabilité qu'en prouvant que l'inexécution de l'obligation est imputable à un cas de force majeure, imprévisible, irrésistible et insurmontable<sup>7</sup>.

Il existe toutefois des obligations intermédiaires, dans lesquelles, si la faute du débiteur et son lien de causalité avec le dommage subi par le créancier sont présumés, le débiteur peut, en revanche, s'exonérer en prouvant soit l'existence de la force majeure, soit même son absence de faute<sup>8</sup>. On parle alors d'obligation de moyens renforcée.

<sup>1</sup> Demogue, *Traité des obligations en général*, t. V, n° 1237. Cf. *supra* : « Introduction générale », section 5 « Classifications des obligations », § 1 « Classifications fondées sur l'objet de l'obligation », B. « Obligations de moyens et obligations de résultat »

<sup>2</sup> Cf. *supra* : « Introduction générale », section 5 « Classification des obligations », § 1 « Classifications fondées sur l'objet de l'obligation », B. « Obligations de moyens et obligations de résultat ».

<sup>3</sup> Civ. 20 mai 1936, *Mercier*, D.P. 1936, 1, 88, concl. P. Matter, rapp. L. Josserand ; S. 1937, 1, 321, note A. Breton ; G.A., t. II, n° 190, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde.

<sup>4</sup> Cf. par ex. Civ. 1, 20 février 2019, n° 17-50056 (P).

<sup>5</sup> Civ. 1, 20 février 2019, préc.

<sup>6</sup> Civ. 21 novembre 1911, D.P. 1913, 1, 249, note L. Sarrut ; S. 1912, 1, 73, note Ch. Lyon-Caen ; G.A., t. II, n° 311, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; Civ. 25 juillet 1922, D. P. 1923, 1, 210 ; Civ. 1, 20 avril 1966, B. I, n° 228 ; Civ. 1, 3 juillet 2002, n° 99-20217, B. I, n° 183 ; D. 2002, J. 2631, note J.-P. Gridel ; D. 2002, I.R. 2306, nldr ; RTD. civ. 2002, p. 821, n° 3, obs. critiques P. Jourdain ; Civ. 1, 21 novembre 2006, n° 05-10783, B. I, n° 511 ; D. 2007, I.R. 15, obs. I. Gallmeister.

<sup>7</sup> Civ. 1, 20 avril 1966, Civ. 1, 3 juillet 2002 et Civ. 1, 21 novembre 2006, préc.

<sup>8</sup> Cf. par ex. Civ. 1, 11 mai 2022, n° 20-19732 (B) : obligation d'entretien et de réparation d'un véhicule incombant au garagiste, auquel son client a confié ce véhicule.

b. Critère de distinction de l'obligation de moyens et de l'obligation de résultat

A quoi reconnaît-on qu'une obligation est de moyens ou de résultat ? C'est un problème qui se pose en permanence au juge et qu'il tranche de façon intuitive, en considération de la personne de la victime qu'il veut ou non favoriser. Selon les cas, plusieurs critères sont utilisés.

α) Volonté des parties

Les parties peuvent qualifier leurs obligations et en faire des obligations de résultat, même si *a priori* elles apparaissent de moyens. Mais l'inverse peut être discuté si l'ordre public de protection est en jeu.

β) Loi

La loi elle-même peut édicter des obligations de résultat.

Ex. obligation incombant au constructeur, dans ses relations avec le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage. En effet, aux termes de l'article 1792 du Code civil :

« Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination. Une telle responsabilité n'a point lieu si le constructeur prouve que les dommages proviennent d'une cause étrangère. »

Ex. obligation de résultat d'ordre public pesant sur le fournisseur d'accès à Internet envers son client (articles 14, alinéas 1 et 2, et 15, I, de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique)<sup>1</sup>.

γ) Caractère certain ou aléatoire du résultat poursuivi

La certitude ou l'aléa du résultat poursuivi dépend du domaine considéré et de l'évolution de la technique en ce domaine : par exemple, la guérison pour le médecin, la ponctualité pour la SNCF (défense de rire)<sup>2</sup>.

δ) Rôle actif ou passif du créancier de l'obligation

Ce critère est notamment utilisé dans les contrats de transport. La participation ou non de l'utilisateur à l'action, avec un rôle actif dans le premier cas et passif dans le second, commande la qualification de l'obligation, de résultat ou de moyens.

Ex. obligation de sécurité de résultat du transporteur envers le passager d'un train (rôle passif), *idem* pour l'obligation de sécurité de l'organisateur d'une activité de saut à l'élastique à l'égard d'un participant<sup>3</sup>, pour celle de l'organisateur d'excursions envers un touriste juché sur un âne pour la visite d'un site escarpé<sup>4</sup> ; au contraire, simple obligation de sécurité de moyens envers un cavalier expérimenté louant un cheval dans un manège et conduisant l'animal à son gré<sup>5</sup> (rôle actif) ou pour l'exploitant d'une salle d'escalade<sup>6</sup> (*idem*).

<sup>1</sup> Civ. 1, 13 mars 2024, n° 22-12345 (B).

<sup>2</sup> Civ. 1, 14 janvier 2016, n° 14-28227, B. I, n° 18.

<sup>3</sup> Civ. 1, 30 novembre 2016, n° 15-25249, B. I, n° 233 ; D. 2017, 198, note D. Mazeaud.

<sup>4</sup> Civ. 1, 25 avril 1967, n° 66-10.113, B. I, n° 148 : rôle passif et absence d'aléa.

<sup>5</sup> Civ. 1, 22 mars 1983, n° 82-13399, B. I, n° 106 ; Civ. 1, 26 novembre 2001, n° 99-19197, B. I, n° 310 ; JCP 2002, II, 10010, note Lièvremont.

<sup>6</sup> Civ. 1, 25 janvier 2017, n° 16-11953, B. I, n° 26.



La distinction de l'obligation de moyens et de l'obligation de résultat est inconnue de la responsabilité extracontractuelle, où l'origine du dommage est étrangère à l'inexécution d'une obligation contractuelle. C'est dire qu'on ne peut faire abstraction, en expliquant la responsabilité contractuelle, de sa fonction de paiement par équivalent.

## 2. Dommage réparable dans la responsabilité contractuelle

La responsabilité extracontractuelle est gouvernée par le principe de la réparation intégrale du dommage. En revanche, dans la responsabilité contractuelle, aux termes de l'article 1231-3 du Code civil<sup>1</sup> :

« Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive. »

La réparation y est donc en principe limitée, à moins d'une faute lourde ou dolosive du débiteur.

### a. Limitation de la réparation en principe au dommage prévu ou prévisible<sup>2</sup>

Plus précisément, la réparation est limitée :

- au dommage prévu, par une clause limitative de responsabilité ou une clause pénale,
- ou, à défaut, au dommage prévisible lors de la conclusion du contrat.

La justification de cette règle est la suivante : en s'engageant, le contractant a dû pouvoir mesurer les conséquences de son éventuelle défaillance. Aussi n'a-t-il pu raisonnablement accepter par avance de répondre d'un dommage imprévisible lors de la conclusion du contrat<sup>3</sup>.

Selon la jurisprudence actuelle, le dommage prévisible doit s'entendre de la quotité prévisible<sup>4</sup>, et non de la cause prévisible du dommage. L'appréciation de la prévisibilité du dommage relève du pouvoir souverain des juges du fond<sup>5</sup>.

Ex. lors d'un transport, un colis contenait des diamants se perd<sup>6</sup>, une malle s'égaré, qui contenait des manuscrits de la plus grande valeur, ce que le transporteur ne pouvait prévoir : le dommage est imprévisible.

Ex. manque à gagner sur honoraires, perte de crédibilité vis-à-vis du client, inquiétude et énervement d'un avocat au barreau de Limoges n'ayant pu se rendre à une audience à Paris en raison d'un retard de quatre heures de son train à l'arrivée : le dommage est imprévisible, contrairement au dommage, lui prévisible lors de la conclusion du contrat, consistant dans le fait d'avoir inutilement payé un billet de train<sup>7</sup>.

### b. Déplafonnement de la réparation en cas de faute lourde ou dolosive du débiteur

L'article 1231-3, qui limite le montant des dommages-intérêts en matière de responsabilité contractuelle, réserve le cas où l'inexécution du contrat serait due à une faute lourde ou dolosive du débiteur. A titre de peine privée, pour avoir manqué à son obligation de bonne foi<sup>8</sup> (article 1103 du Code civil), celui-ci doit alors répondre de l'intégralité du dommage, du préjudice que l'inexécution a causé au créancier.

<sup>1</sup> Ancien article 1150 du Code civil.

<sup>2</sup> I. Souleau, *La prévisibilité du dommage contractuel*, thèse Paris 2, dir. G. Durry, 1979.

<sup>3</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 832-833 ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 586 ; Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 616 ; Bénabent, *op. cit.*, n° 429 ; Fages, *op. cit.*, n° 329.

<sup>4</sup> Civ. 29 décembre 1913, *D. P.* 1916, 1, 117 ; Civ. 3, 14 mars 2012, n° 01-10695, *RDC* 2012/3, 768, obs. Y.-M. Laithier ; *contra* : Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 616.

<sup>5</sup> Civ. 1, 18 juillet 1962, *B. I.*, n° 388.

<sup>6</sup> Civ. 7 juillet 1924, *S.* 1925, 1, 321, note P. Lescot ; *D.P.* 1927, 1, 119.

<sup>7</sup> Civ. 1, 26 septembre 2012, n° 11-13177, *B. I.*, n° 185 ; rappr. Civ. 1, 14 janvier 2016, préc.

<sup>8</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 834.

Malgré le particularisme de certaines des règles qui lui sont applicables, la responsabilité contractuelle est subordonnée à des conditions empruntées à la responsabilité en général : fait générateur, dommage, lien de causalité. Il est donc difficile d'en parler en détail avant d'avoir étudié celle-ci. On traitera donc la responsabilité contractuelle de manière exhaustive, à propos du paiement, mode d'extinction des obligations – puisqu'elle constitue un paiement par équivalent – dans la seconde partie de ce cours, consacrée au régime général des obligations.

## Section 2 : Le sort du contrat inexécuté

Le problème se pose surtout dans les contrats synallagmatiques, où il y a interdépendance des obligations réciproques. *Quid* si, en effet, l'une n'est pas exécutée ? L'autre survit-elle ?

La doctrine antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 s'était efforcée de justifier une réponse négative à cette dernière question. Pour Capitant<sup>1</sup>, le rôle de la cause s'étendait à l'exécution du contrat synallagmatique : l'inexécution d'une obligation priverait de cause l'autre obligation. D'autres ont préféré s'en tenir, plus prosaïquement, à la notion d'interdépendance entre les obligations<sup>2</sup> ou à l'idée de la bonne foi qui doit présider à l'exécution du contrat<sup>3</sup>.

Trois mécanismes traditionnels traduisent l'interdépendance entre les obligations :

- Si l'autre obligation n'est pas encore exécutée, son débiteur peut s'y refuser ou suspendre cette exécution, en invoquant l'exception d'inexécution.
- Si l'autre obligation a été exécutée, le créancier a le choix entre poursuivre l'exécution forcée de l'obligation lorsqu'elle est possible et demander la résolution du contrat, outre des dommages et intérêt au titre de la responsabilité contractuelle, avec restitution de sa prestation, si l'inexécution est fautive ou présumée telle.

Les articles 1217 et 1223 du Code civil ouvrent cependant désormais au créancier, on le verra, une autre alternative en cas d'inexécution imparfaite du contrat : la réduction du prix.

- Si l'inexécution de l'une des obligations est due à un cas de force majeure, l'autre tombe automatiquement : c'est la théorie des risques, dont l'application entraîne une résolution de plein droit du contrat.

Dans la lignée du droit antérieur, les articles 1217 et suivants du Code civil règlent ainsi distinctement le sort du contrat inexécuté, selon qu'il y a une défaillance d'exécution, imputable au débiteur, ou bien une impossibilité d'exécution.

### § 1 La défaillance d'exécution

On traitera successivement de l'exception d'inexécution, de la réduction du prix et de la résolution pour inexécution.

<sup>1</sup> Capitant, *De la cause des obligations*, op. cit., n° 14 et n° 120 et suiv. ; dans le même sens : Bénabent, *Droit des obligations*, 14<sup>e</sup> éd., 2014, n° 344 et n° 389.

<sup>2</sup> S. Bros, *L'interdépendance contractuelle*, thèse Paris II, dir. Ch. Larroumet, 2001 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 795.

<sup>3</sup> Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n° 76.

## A. L'exception d'inexécution<sup>1</sup>

On désigne encore l'exception d'inexécution sous son appellation latine : *exceptio non adimpleti contractus*. Sa définition et son origine historique méritent d'être rappelées.

- Définition

Aux termes de l'article 1219 du Code civil :

« Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et que cette inexécution est suffisamment grave. »

L'exception d'inexécution est donc la possibilité de refuser l'exécution à celui qui n'a pas lui-même exécuté. Dans les contrats synallagmatiques, l'exécution doit être faite trait pour trait, donnant donnant, car les obligations sont réciproques et interdépendantes<sup>2</sup>. L'exception d'inexécution est « une sorte de légitime défense contractuelle »<sup>3</sup>.

- Origine

Malgré le nom latin sous lequel il est également connu, l'origine de ce mécanisme n'est pas romaine mais canonique. L'exception d'inexécution repose sur la justice commutative – « *non servandi fidem, non est fides servanda* » (« à ceux qui ne gardent pas la foi, la foi n'est pas due »). En d'autres termes, son fondement est moral<sup>4</sup>, au moins au sens large du terme.

Dans sa rédaction de 1804, le Code civil ne contenait aucune disposition générale sur l'exception d'inexécution. Mais plusieurs textes, notamment dans le titre VI du livre III consacré à la vente, en font ponctuellement application. La jurisprudence a induit de ces dispositions spéciales à certains contrats une règle générale<sup>5</sup>, devenue très ferme.

L'ordonnance du 10 février 2016 entérine la jurisprudence, en consacrant, d'une manière générale, l'exception d'inexécution (articles 1217, 1219 et 1220 du Code civil). Le régime de l'exception d'inexécution (articles 1219 et 1220) fait l'objet d'une sous-section 1 intitulée « L'exception d'inexécution », à l'intérieur de la section 5 « L'inexécution du contrat » du chapitre IV « Les effets du contrat » du sous-titre I « Le contrat » du nouveau titre III « Des sources d'obligations ». L'article 1219 consolide, pour l'essentiel, les acquis jurisprudentiels, tandis que l'article 1220 crée une exception d'inexécution préventive, que le législateur ne reconnaissait, jusqu'alors, qu'en droit spécial de la vente, dans l'article 1653 du Code civil.

L'exception d'inexécution ne peut jouer, comme on y reviendra et comme l'article 1219 le suppose, que s'il résulte du contrat que les obligations sont l'une et l'autre exigibles. Comme il appartient aux parties d'en convenir, on peut en déduire que les dispositions des articles 1217, 1219 et 1229 ne sont pas probablement pas d'ordre public, si bien que les parties devraient pouvoir s'interdire contractuellement de recourir au mécanisme de l'exception d'inexécution<sup>6</sup>.

On examinera successivement les conditions, la mise en œuvre et les effets de l'exception d'inexécution.

### 1. Conditions de l'exception d'inexécution

<sup>1</sup> R. Cassin, *De l'exception d'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus). Et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, thèse Paris, Sirey, 1914 ; J.-F. Pillebout, *Recherches sur l'exception d'inexécution*, préf. P. Raynaud, LGDJ, 1971 ; C. Malecki, *L'exception d'inexécution*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1999 ; W. Dross « L'exception d'inexécution : essai de généralisation », *RTD civ.* 2014, 1 et s.

<sup>2</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 763 et n° 767 et s.

<sup>3</sup> Bénabent, *Droit des obligations*, n° 373.

<sup>4</sup> Marty et Raynaud, *Les obligations*, t. I, n° 321.

<sup>5</sup> Soc. 2 mars 1960, *B. IV*, n° 240 ; Com. 19 décembre 1962, n° 60-10.159, *B. III*, n° 523 ; Soc. 31 mai 1967, n° 65-40.242, *B. IV*, n° 433.

<sup>6</sup> Bénabent, *Droit des obligations*, n° 372 ; Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1219.

Ces conditions, résultant aujourd'hui de l'article 1219, sont au nombre de deux : d'une part, des obligations réciproques ; d'autre part, l'inexécution d'une des obligations.

#### a. Obligations réciproques

La source et l'échéance respective des obligations réciproques permettant d'invoquer l'exception d'inexécution appellent des précisions. A cet égard, le droit positif tend vers un assouplissement progressif des conditions pour invoquer l'exception.

##### α) Source des obligations réciproques

On exige traditionnellement que les obligations réciproques soient nées d'un même contrat synallagmatique<sup>1</sup>. Tel est le cas dans les applications de l'exception d'inexécution que le Code civil connaît (articles 1612 et 1653 du Code civil en matière de vente, article 1704 en matière d'échange). De son côté, la jurisprudence rappelle, à l'occasion, que cette condition est nécessaire<sup>2</sup>.

L'article 1219 du Code civil paraît n'envisager l'exception d'inexécution que dans ce cadre, encore que tout dépende du sens qu'il convient d'attribuer au mot « partie », qu'il emploie à deux reprises. Toutefois, la condition relative à la source contractuelle unique des obligations réciproques avait été triplement assouplie par une jurisprudence que les rédacteurs de l'ordonnance du 20 février 2016 n'ont sans doute pas entendu condamner.

- D'une part, la jurisprudence a étendu le domaine d'application de l'exception d'inexécution à tous les contrats synallagmatiques, aussi bien parfaits qu'imparfaits<sup>3</sup>. En effet, le créancier de l'obligation inexécutée peut demander la résolution d'un contrat synallagmatique imparfait. Or, qui peut le plus peut le moins, de sorte qu'on doit aussi lui accorder le bénéfice de l'*exceptio non adimpleti contractus*.
- D'autre part, l'exception d'inexécution peut être invoquée dans des rapports réciproques consécutifs à l'anéantissement d'une convention, pour refuser la restitution d'une prestation<sup>4</sup>.
- Enfin, l'exception d'inexécution peut être invoquée lorsque les obligations réciproques sont nées de contrats différents, mais relevant d'un ensemble contractuel unique<sup>5</sup>.

##### β) Échéance des obligations réciproques

On exige, traditionnellement là encore, que les obligations soient à échéance identique, pour que l'exception d'inexécution puisse être légitimement invoquée. En d'autres termes, les obligations doivent être soit au comptant, soit stipulées au même terme.

Ainsi l'exception d'inexécution ne saurait-elle être opposée à la partie qui, contrairement à son cocontractant, bénéficie d'un délai pour s'exécuter, par exemple l'acheteur à crédit. Il en va toutefois différemment s'il y a eu déchéance du terme, par application de l'article 1305-4 nouveau du Code civil<sup>6</sup>. Ce délai pour s'exécuter peut résulter du contrat ou des usages (article 1194 du Code civil).

<sup>1</sup> Bénabent, *op. cit.*, n° 372.

<sup>2</sup> Civ. 1, 20 mai 2003, n° 00-19751, B. I, n° 120.

<sup>3</sup> Sur la distinction des contrats synallagmatiques parfaits et imparfaits, *cf. supra* : chap. préliminaire : « Notions générales », section 3 « Classification des contrats », § 2 « Classifications fondées sur le contenu du contrat », A. « Contrats synallagmatiques et contrats unilatéraux », 1. « Contenu de la distinction ».

<sup>4</sup> Civ. 27 juillet 1892, S. 93, 1, 67 ; Civ. 17 décembre 1928, D.H. 1929, 52.

<sup>5</sup> Com. 12 juillet 2005, n° 03-12507, RTD civ. 2006, 307, obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>6</sup> *Cf. supra* : chap. I « L'exécution du contrat », section 1 « Domaine d'application de la loi contractuelle », sous-section 2 « Domaine d'application de la loi contractuelle dans le temps », § 1 « La condition et le terme », B. « Le terme », 3. « Extinction du terme suspensif », c. « Déchéance du terme ».

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Ex. on ne paie l'hôtel qu'à la fin de son séjour, à moins qu'on n'ait payé d'avance en effectuant sa réservation via *internet*, on ne paie l'addition au restaurant qu'après avoir mangé, son taxi qu'une fois qu'il vous a mené à destination...

La question de savoir si l'exécution d'une obligation doit précéder l'autre, et laquelle, prête parfois à hésitation. Ainsi, dans la vente, l'acquéreur paie au comptant en s'acquittant du prix au moment de la délivrance de la chose, règle applicable à défaut de convention contraire des parties, selon l'article 1651 du Code civil. En théorie, les parties doivent donc exécuter simultanément leurs obligations, le vendeur son obligation de délivrance, l'acquéreur son obligation de payer le prix. Mais, en pratique, l'exécution d'une des obligations doit bien précéder l'autre, à peine de s'enfermer dans un cercle vicieux<sup>1</sup>.

L'article 1612 du Code civil pourrait laisser supposer que le paiement du prix doit précéder la délivrance. En effet, aux termes de ce texte, « Le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose, si l'acheteur n'en paie pas le prix, et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le payement. »

Néanmoins la jurisprudence donne, à rebours, la priorité à l'obligation de délivrance. Selon la Cour de cassation, en effet, « le prix de vente ne devient exigible qu'avec la délivrance »<sup>2</sup>. Elle précise même que « sauf convention particulière, l'obligation, pour l'acheteur, de payer le prix de vente résulte de l'exécution complète par le vendeur de son obligation de délivrance »<sup>3</sup>. La Cour de cassation dénie, en conséquence, le droit au vendeur de se prévaloir de l'article 1612 du Code civil pour refuser la délivrance de la chose, lorsque l'acquéreur entend y subordonner le paiement du prix<sup>4</sup>.

Ainsi, concrètement, à défaut de stipulation contraire des parties, l'exécution de l'obligation de délivrance doit-elle précéder, serait-ce immédiatement, celle de payer le prix<sup>5</sup> : seule la délivrance rend le prix exigible<sup>6</sup>.

#### b. Inexécution d'une obligation

Depuis l'ordonnance du 10 février 2016, le Code civil distingue deux catégories d'exceptions d'inexécution : la première, traditionnelle, suppose une inexécution actuelle ; la seconde, qui représente une innovation de l'ordonnance, au moins en droit des contrats en général, joue en présence d'un risque manifeste d'inexécution.

##### α) Inexécution avérée d'une obligation

L'inexécution de l'obligation peut être totale ou simplement partielle<sup>7</sup>. Mais, comme le précise l'article 1219 du Code civil reprenant une exigence traditionnelle, elle doit être suffisamment grave. Il revient aux juges du fond, saisis *a posteriori* par le débiteur auquel le créancier a opposé l'exception d'inexécution, d'apprécier souverainement si tel est le cas<sup>8</sup>.

Effectivement, prendre prétexte d'une inexécution minime pour se soustraire à l'exécution de ses propres obligations serait manquer à la bonne foi contractuelle<sup>9</sup> (article 1104 du Code civil) : cette bonne foi postule une certaine tolérance du créancier.

<sup>1</sup> Malaurie, Aynès et Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, n° 256.

<sup>2</sup> Civ. 1, 30 juin 1992, n° 90-14903, *Club français du Livre* ; J. Huet, G. Decocq, C. Grimaldi et H. Lecuyer, *Les principaux contrats spéciaux*, in : *Traité de droit civil*, ss. la dir. de J. Ghestin, 3<sup>e</sup> éd., Lextenso LGDJ, 2012, n° 11440.

<sup>3</sup> Civ. 1, 19 novembre 1996, n° 94-18502, *B. I*, n° 411 ; *JCP* 1997, II, 22862, note J. Huet ; *CCC* 1997, n° 45, note L. Leveneur ; dans le même sens : Civ. 3, 26 mars 2014, n° 13-10984, *B. III*, n° 45 ; *D.* 2014, 825.

<sup>4</sup> Civ. 1, 19 novembre 1996 et Civ. 3, 26 mars 2014, préc. ; sur cette difficulté, cf. Raynard et Seube, *Contrats spéciaux*, n° 243, texte et note 1001 ; Leveneur, note préc.

<sup>5</sup> Malaurie, Aynès et Gautier, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>6</sup> Bénabent, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, n° 161 ; Raynard et Seube, *op. cit.*, n° 243.

<sup>7</sup> Civ. 1, 18 juillet 1995, n° 93-16338, *B. I*, n° 322 ; *RTD civ.* 1996, 395, obs. J. Mestre.

<sup>8</sup> Soc. 21 octobre 1954, *B. IV*, n° 613 ; *JCP* 1955, II, 8563 ; Civ. 1, 26 mai 1961, n° 59-12.892, *B. I*, n° 264 ; Civ. 1, 27 décembre 1961, *B. I*, n° 630 ; Civ. 3, 12 mars 1969, n° 67-13.993, *B. III*, n° 220 ; Com. 27 janvier 1970, n° 67-13764, *JCP* 1970, II, 16554, note A. Huet ; Civ. 3, 5 mars 1970, n° 69-10252, *B. III*, n° 173 ; Com. 11 mars 1974, n° 73-10099, *B. IV*, n° 83 ; Com. 30 janvier 1979, n° 77-13151, *B. IV*, n° 41 ; Com. 31 mai 1983, n° 82-10457, *B. IV*, n° 162, *a contrario* ; Civ. 3, 23 mai 2013, n° 11-26095, *B. III*, n° 63.

<sup>9</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 770 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 629.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Ex. le locataire ne saurait tirer prétexte de l'inexécution par le bailleur de son obligation d'entretien, pour suspendre le paiement de son loyer<sup>1</sup>, pour autant, du moins, qu'il ne trouve pas dans l'impossibilité d'user du bien loué<sup>2</sup>.

En revanche, l'origine de l'inexécution importe peu : elle peut être imputable au débiteur ou à un cas de force majeure, c'est-à-dire à un événement échappant au contrôle du débiteur, imprévisible et irrésistible (article 1218, alinéa 2, du Code civil)<sup>3</sup>.

Une doctrine éminente<sup>4</sup> estimait déjà que l'exception d'inexécution devait pouvoir être invoquée dans les deux hypothèses. Les textes issus de l'ordonnance du 10 février 2016 rendent possible le maintien de cette thèse<sup>5</sup>.

- D'une part, en effet, les articles 1219 et 1220 ne mentionnent à aucun moment que l'inexécution doit être imputable au débiteur : ils se bornent à exiger que celui-ci n'exécute pas son obligation, pour que le créancier puisse légitimement invoquer l'exception d'inexécution.
- D'autre part, l'article 1218, alinéa 2, prévoit que si la force majeure n'empêche que temporairement l'exécution d'une obligation, cette exécution est « suspendue »<sup>6</sup>. En raison de l'interdépendance existant entre les obligations issues d'un même contrat synallagmatique, le créancier de l'obligation inexécutée doit donc corrélativement pouvoir suspendre l'exécution de sa propre obligation.

Encore faut-il, comme le précise l'article 1218, alinéa 2, du Code civil, sur les termes duquel on reviendra ultérieurement, que l'empêchement d'exécuter soit « temporaire ». En effet, s'il était définitif, l'exécution de l'obligation ne serait pas suspendue, mais cette obligation inexécutée serait éteinte (article 1218, alinéa 2, et 1351 du Code civil). Le créancier de l'obligation serait alors irrecevable à se prévaloir de l'exception d'inexécution et la seule question qui se poserait serait de savoir s'il est corrélativement libéré de sa propre obligation<sup>7</sup>.

#### β) Inexécution anticipée d'une obligation

Traditionnellement la simple crainte d'une inexécution (*exceptio timoris*) ne justifiait pas le recours à l'exception d'inexécution<sup>8</sup>. Mais l'article 1220 du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016, a rompu avec cette tradition, en consacrant l'exception d'inexécution préventive :

« Une partie peut suspendre l'exécution de sa prestation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais. »

Comme on peut le lire, l'article 1220 subordonne néanmoins le jeu de l'exception d'inexécution préventive à de strictes conditions de fond et de forme :

- les conditions de fond sont au nombre de deux :
  - il doit d'ores et déjà être manifeste que le débiteur ne s'exécutera pas à l'échéance ;
  - les conséquences de l'inexécution sont suffisamment graves pour le créancier, ce qu'il appartiendra, là encore, en cas de contestation, aux juges du fond, saisis par le débiteur *a posteriori*, d'apprécier souverainement.

<sup>1</sup> Civ. 1, 10 juin 1963, n° 61-13.833, B. I, n° 305 ; Gaz. Pal. 1963, 2, 441 ; Civ. 1, 28 avril 1965, n° 61-12.647, B. I, n° 266 ; D. 1965, J. 626 ; Civ. 3, 31 octobre 1978, n° 77-11355, B. III, n° 329.

<sup>2</sup> Soc. 10 avril 1959, n° 57-11.590, B. IV, n° 450 ; D. 1960, J. 61 ; Civ. 3, 31 octobre 1978, préc. ; Civ. 3, 21 décembre 1987, n° 86-13861, B. III, n° 212 ; RTD civ. 1988, 371, obs. Ph. Rémy ; Civ. 3, 2 décembre 2014, n° 13-22609 ; Civ. 3, 6 juillet 2023, n° 22-15923 (B) ; comp. Civ. 3, 1<sup>er</sup> mars 1995, n° 93-13812, B. III, n° 60 ; Gaz. Pal. 1996, 1, 125, note Barbier ; RDI 1995, 600, obs. F. Collard Dutilleul.

<sup>3</sup> Cf. *infra* : § 2 « L'impossibilité d'exécution ».

<sup>4</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 770 ; J. Carbonnier, obs. RTD civ. 1957, 327.

<sup>5</sup> Laithier « Règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles », *op.cit.*, n° 11.

<sup>6</sup> Cf. déjà : Civ. 1, 24 février 1981, n° 79-12710, B. I, n° 65 ; D. 1982, J. 479, note D. Martin.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> A. Pinna « L'exception pour risque d'inexécution », RTD civ. 2003, 31.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

- Pour ce qui est de sa forme, la suspension de l'exécution doit être notifiée au débiteur dans les meilleurs délais.

Antérieurement, il existait déjà une dérogation légale au principe selon lequel les obligations doivent être à échéance identique pour que l'exception d'inexécution puisse être invoquée, limitée au droit de la vente. L'article 1653 du Code civil reconnaît en effet à l'acquéreur le bénéfice d'une exception d'inexécution préventive :

« Si l'acheteur est troublé ou a juste sujet de craindre d'être troublé par une action, soit hypothécaire, soit en revendication, il peut suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble, si mieux n'aime celui-ci donner caution, ou à moins qu'il n'ait été stipulé que, nonobstant le trouble, l'acheteur payera. »

Ce texte autorise ainsi l'acquéreur à se prévaloir de l'exception d'inexécution non seulement lorsqu'une action tendant à son éviction a d'ores et déjà été intentée contre lui, mais encore, préventivement, lorsque la menace d'une telle action lui donne « juste sujet » de redouter son éviction<sup>1</sup>.

Pour autant qu'elle soit fondée sur des motifs sérieux, la simple crainte d'une éviction, alors même qu'aucune action en justice n'a été engagée et que, partant, l'inexécution par le vendeur de ses obligations n'est pas avérée, justifie donc le refus de l'acquéreur de payer le prix de vente. En revanche, « la crainte d'un danger chimérique »<sup>2</sup> ou a fortiori « des motifs de crainte dont la sincérité serait douteuse »<sup>3</sup> n'autoriseraient pas l'acquéreur à suspendre le paiement.

L'article 9:201 des Principes du droit européen des contrats reconnaît l'exception pour risque d'inexécution au créancier, mais en la subordonnant à des conditions strictes. Ce texte a inspiré l'article 1220 du Code civil.

## 2. Mise en œuvre de l'exception d'inexécution

L'exception d'inexécution est une voie de justice privée, tout comme le droit de rétention, dont elle doit néanmoins être distinguée.

### a. L'exception d'inexécution, voie de justice privée

Le créancier qui l'invoque le fait de sa propre autorité<sup>4</sup>, sans y avoir été autorisé préalablement par le juge. L'exception d'inexécution constitue, rappelons-le, « une sorte de légitime défense contractuelle ».

Comme on l'a indiqué précédemment, le contrôle judiciaire s'opère *a posteriori*. De fait, si l'exception d'inexécution lui a été opposée à tort, en méconnaissance des conditions auxquelles le Code civil subordonne sa mise en œuvre, l'autre partie ne manquera pas de saisir le juge.

### b. Distinction de l'exception d'inexécution et du droit de rétention

Il convient de distinguer l'exception d'inexécution du droit de rétention<sup>5</sup>, lequel résulte aussi d'une induction jurisprudentielle, mais dont le domaine est différent, quoique parallèle.

#### α) Superposition fréquente des deux mécanismes

Le droit de rétention consiste, de la part d'un créancier, à retenir une chose qui ne lui appartient pas jusqu'au paiement de sa créance. Comme l'exception d'inexécution, le droit de rétention constitue un moyen de pression, une voie de justice privée<sup>6</sup>, que le créancier met en œuvre « de sa propre autorité, sans décision préalable du juge »<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2<sup>e</sup> éd., t. X, par J. Hamel, n° 148 ; Malaurie, Aynès et Gautier, *Droit des contrats spéciaux*, n° 347.

<sup>2</sup> Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. X, par Hamel, n° 149.

<sup>3</sup> Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. V, 6<sup>e</sup> éd., par P. Esmein, § 356, p. 102.

<sup>4</sup> Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, p. 644.

<sup>5</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 768 ; Houtcieff, *op. cit.*, n° 944.

<sup>6</sup> M. Gobert, *com. RTD civ.* 1987, p. 628 et s., n° 1, p. 630, à propos du droit de rétention.

<sup>7</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 768.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Ex. garagiste retenant le véhicule à lui confié pour des réparations, jusqu'au paiement de celles-ci.

Il arrive que les deux institutions se superposent, comme dans l'article 1612 du Code civil. Aux termes de ce texte, en effet :

« Le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose, si l'acheteur n'en paye pas le prix, et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le paiement. »

Ainsi, comme tout créancier impayé partie à un contrat synallagmatique, le vendeur est fondé à invoquer l'exception d'inexécution, en s'abstenant de procéder à la délivrance de la chose vendue, dès lors que l'acquéreur n'est pas en mesure d'en régler le prix<sup>1</sup>. Toutefois le droit que le vendeur impayé tient de l'article 1612 du Code civil consiste simultanément en un droit de rétention sur la chose vendue : le vendeur est autorisé à retenir celle-ci, en exerçant ainsi une pression sur l'acquéreur pour qu'il en paie le prix, comme il s'y était engagé.

L'article 2286 du Code civil, issue de l'ordonnance du 23 mars 2006, le confirme, en énonçant que « Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose » [...], 2°, « celui dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer ».

### β) Différences entre les deux mécanismes

L'exception d'inexécution empruntant son caractère personnel au droit de créance qu'elle a pour objet de garantir, ne peut être invoquée qu'à l'encontre du débiteur.

Au contraire, le droit de rétention existe au profit du créancier détenteur d'une chose appartenant au débiteur ou un tiers, même en dehors de tout contrat. Il constitue, selon la jurisprudence, un droit réel opposable erga omnes<sup>2</sup>. Le titulaire de ce droit peut donc s'en prévaloir à l'encontre des tiers à la dette, notamment le propriétaire de la chose lorsqu'il n'est pas le débiteur de l'obligation inexécutée.

Dès lors, le droit de rétention ne se ramène pas à l'exception d'inexécution, malgré le chevauchement des domaines d'application respectifs des deux institutions dans certains cas.

## 3. Effets de l'exception d'inexécution

L'exception d'inexécution correspond à une situation d'attente pour le créancier. Elle suspend l'exécution de sa propre prestation, comme s'il bénéficiait d'un terme. Mais le contrat subsiste. Elle constitue à la fois une garantie et un moyen de contrainte.

### a. Garantie

<sup>1</sup> La jurisprudence, néanmoins, on l'a vu, amoindrit la portée de ce texte, en décidant que priorité doit être donnée à la délivrance sur le paiement du prix (cf. *supra* : 1. « Conditions de l'exception d'inexécution », a. « Obligations réciproques », β) « Échéance des obligations réciproques »). Il faut donc supposer, pour qu'il s'applique, que le vendeur puisse sérieusement redouter, même la délivrance, que l'acquéreur ne soit pas en mesure de payer le prix. En d'autres termes, l'article 1612 du Code civil n'est susceptible d'être invoqué par le vendeur qu'à l'appui d'une *exceptio timoris*. Sans doute, en l'état actuel du droit positif, celle-ci n'est-elle qu'exceptionnellement admise. Mais, on l'a vu, il en sera différemment demain, avec l'entrée en vigueur du nouvel article 1220 du Code civil.

<sup>2</sup> Civ. 1, 7 janvier 1992, n° 89-15819, B. I, n° 4 ; JCP 1992, I, 3583, n° 16, obs. critiques P. Delebecque et II, 21971, note Ramaroloto-Ratiary ; RTD civ. 1992, 586, obs. critiques P.-Y. Gautier ; Com. 3 mai 2006, n° 04-15262, B. IV, n° 106 ; JCP 2006, I, 195 ; RLDC 2006, 2307, obs. A. Aynès ; RTD civ. 2006, p. 584, n° 1, obs. critiques Th. Revet ; Civ. 1, 24 septembre 2009, n° 08-10152, B. I, n° 178 ; D. 2009, AJ 2275, obs. X. Delpech ; D. 2010, J. 302, note critique N. Borga ; JCP 2009, 380, note A. Aynès et 492, n° 17, obs. Ph. Delebecque ; CCC 2009, n° 284, note L. Leveneur ; Dr. et patr. janvier 2010, 71, obs. J.-B. Seube et Th. Revet ; cf. déjà, consacrant cette opposabilité : Civ. 8 décembre 1868, D. P. 69, 1, 76 ; S. 79, 1, 272 ; Civ. 1, 22 mai 1962, n° 58-12.486, B. I, n° 258 ; G.A., t. II, n° 337, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; D. 1965, 58, note R. Rodière ; Gaz. Pal. 1962, 2, 130 ; Rec. gén. lois 1965, p. 268, n° 259, obs. B. Starck. En faveur du caractère réel du droit de rétention, cf. par ex. Ripert et Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. III, LGDJ, 1957, n° 45. Une doctrine minoritaire conteste cependant le caractère réel que la jurisprudence attribue au droit de rétention, en analysant ce dernier en une modalité de l'obligation de délivrance, une sorte de moratoire, de terme suspensif affectant l'exécution de cette obligation (Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. III, art. 1184, n° 37 ; N. Catala-Franjou « De la nature juridique du droit de rétention », RTD civ. 1967, p. 9 et s., n° 3, 17 et suiv., 29 ; M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 10<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2015, n° 606). Sa distinction d'avec l'exception d'inexécution devient alors plus délicat, bien que ces auteurs soutiennent qu'ils ne se confondent pas pour autant.



Elle permet au créancier de se prémunir contre l'insolvabilité de son débiteur, qui semble ne pas vouloir ou ne pas pouvoir exécuter. De ce point de vue, elle se rapproche du droit de rétention ou encore de la compensation.

b. Moyen de contrainte

L'exception d'exécution est une mesure comminatoire. En effet, celui qui en use à bon escient exerce une pression sur son débiteur, pour le contraindre à exécuter, par exemple l'acquéreur ne règle pas le prix, tant que le vendeur n'a pas satisfait à son obligation de délivrance, le maître d'ouvrage ne paie pas l'entrepreneur tant que les travaux ne sont pas définitivement achevés en conformité avec ce qui avait été convenu.

Mais la situation est provisoire, car le contrat n'est que momentanément gelé. Aussi l'exception d'inexécution doit-elle déboucher finalement soit sur l'exécution, soit sur une réduction du prix, soit, plus radicalement, sur la résolution du contrat.

## B. La réduction du prix

L'article 1217 du Code civil prévoit que la partie envers laquelle le contrat a été imparfaitement exécuté peut « obtenir une réduction du prix ». C'est une innovation de l'ordonnance du 10 février 2016. L'article 1223 du Code civil précise les modalités selon lesquelles cette réduction du prix peut intervenir :

« En cas d'exécution imparfaite de la prestation, le créancier peut, après mise en demeure et s'il n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation, notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix. L'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit.

Si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix. »

La disposition n'apparaissant pas d'ordre public, les parties pourraient, par une clause contractuelle, priver à l'avance le créancier de la faculté de se prévaloir d'une réduction du prix ou bien simplement aménager les modalités de son exercice ou ses effets<sup>1</sup>.

Le droit spécial de la vente reconnaît actuellement à l'acquéreur la faculté d'obtenir une réduction du prix de vente dans différentes hypothèses, notamment les deux suivantes :

- La première, prétorienne, connue sous le nom de réfaction, est propre à la vente commerciale<sup>2</sup>. Elle consiste indirectement en une réduction du prix, à laquelle procèdent les tribunaux lorsque l'obligation de délivrance incombant au vendeur est partiellement inexécutée soit par insuffisance de quantité, soit par insuffisance de qualité. La réfaction peut être demandée par l'acheteur s'il ne souhaite pas faire résoudre la vente mais elle peut aussi lui être imposée à la demande du vendeur qui résiste à l'action en résolution intentée par l'acquéreur. Le tribunal peut donc, le cas échéant, contraindre l'acheteur à conserver la marchandise en réduisant le prix qu'il aura à payer<sup>3</sup>.
- La seconde, légale, est l'action estimatoire ouverte à l'acquéreur dans toutes les ventes, civiles comme commerciale, lorsque la chose vendue est infestée d'un vice caché, le vendeur devant garantir l'acquéreur contre les vices cachés de la chose vendue, aux termes de l'article 1641 du Code civil. En effet, l'article 1644 du Code civil ouvre à l'acquéreur d'une telle chose le choix entre l'action rédhibitoire et l'action estimatoire. Forme d'action en résolution spécifique à la garantie des vices cachés, l'action rédhibitoire tend à obtenir le remboursement du prix en contrepartie de la restitution du prix. L'action estimatoire vise, au contraire, à permettre à l'acquéreur de conserver la chose atteinte d'un vice caché, en contrepartie de la restitution d'une partie du prix.

<sup>1</sup> Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1223 ; Bénabent, *op. cit.*, n° 387.

<sup>2</sup> M. de la Moutte « Les sanctions de l'obligation de délivrance », in : *La vente commerciale*, ouvr. coll. ss. la dir. de J. Hamel, Paris : LGDJ, 1951, 190 et s.

<sup>3</sup> Com. 4 juin 1980, *B. IV*, n° 239.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

A défaut d'habilitation législative, la jurisprudence ne pouvait guère étendre l'un ou l'autre de ces mécanismes à l'inexécution des contrats synallagmatiques en général<sup>1</sup>. Mais le législateur, en revanche, avait le pouvoir de le faire et a ainsi généralisé des solutions applicables en cas d'exécution imparfaite par le vendeur de ses obligations<sup>2</sup>.

On examinera successivement le champ d'application de la réduction du prix, ses conditions, sa mise en œuvre et ses effets.

### 1. Domaine de la réduction du prix

La réduction du prix est susceptible de recevoir application dans tous les contrats dans lesquels l'obligation de l'une des parties consiste dans le versement d'un prix, en contrepartie d'une prestation quelconque. Le contrat doit donc apparemment être synallagmatique et l'une de ses obligations consister dans le paiement d'une somme d'argent.

#### a. Contrat synallagmatique

On songe tout naturellement en premier lieu à la vente, mais la réduction du prix peut s'appliquer à bien d'autres contrats synallagmatiques, notamment le contrat d'entreprise – louage d'ouvrage, selon la terminologie du Code civil de 1804 –, où la rémunération est versée en contrepartie d'une prestation de services.

#### b. Obligation incombant à l'une des parties de payer une somme d'argent

En revanche, le contrat serait-il synallagmatique, la réduction du prix ne saurait, par hypothèse, s'appliquer si aucune des deux obligations contractuelles ne consiste dans le paiement d'une somme d'argent, comme, par exemple, dans un contrat d'échange, dès lors, du moins qu'aucune soule n'est stipulée à la charge d'une des parties.

### 2. Conditions de la réduction du prix

Il résulte de l'article 1223 du Code civil que la réduction du prix est subordonnée à une condition fondamentale : l'exécution imparfaite. Par exemple, le vendeur aura livré une chose inférieure en quantité ou en qualité à ce qui avait été convenu ou bien le vice caché affectant la chose vendue ne la rend pas impropre à l'usage auquel elle est destinée, mais diminue simplement cet usage.

Ex. corrosion d'un véhicule automobile d'occasion<sup>3</sup>, défauts ne rendant pas le navire vendu impropre à la navigation<sup>4</sup>.

Si, en effet, l'inexécution du contrat était totale, le créancier n'aurait d'autre alternative que d'en poursuivre l'exécution forcée ou, à défaut, d'en rechercher la résolution avec dommages-intérêts<sup>5</sup>. En revanche, si l'inexécution du contrat est imparfaite, le créancier ne saurait être contraint d'opter pour la réduction du prix, s'il n'en veut pas. L'article 1223 du Code civil lui ouvre une simple faculté, sans lui interdire de poursuivre l'exécution forcée du contrat ou sa résolution avec dommages-intérêts s'il le préfère.

<sup>1</sup> Sur l'impossibilité, pour le juge, d'ordonner une réfaction, par réduction du prix, d'une vente civile immobilière en cas d'inexécution partielle, par le vendeur, de son obligation de délivrance, *cf.* Civ. 3, 29 janvier 2003, n° 01-02759, *B. III*, n° 23.

<sup>2</sup> *Cf.* par ex. Houtcieff, *Droit des contrats*, n° 956-957.

<sup>3</sup> Civ. 1, 23 mai 1995, n° 93-17367, *B. I*, n° 216 ; *D.* 1996, *somm.* 14, obs. O. Tournafond ; *RTD civ.* 1996, 190, obs. P.-Y. Gautier : mais en l'espèce, l'acquéreur n'en avait pas moins sollicité la résolution judiciaire de la vente, laquelle lui fut accordée.

<sup>4</sup> Civ. 1, 17 octobre 2012, n° 11-15386.

<sup>5</sup> Ainsi, en matière de vente commerciale, la réfaction suppose, selon la jurisprudence, que les différences relevées soient minimales et qu'elles ne rendent pas le bien vendu définitivement impropre à l'usage auquel on le destine (*Req.* 23 mai 1900, *D. P.* 1901, 1, 269 ; Civ. 1<sup>er</sup> avril 1924, *S.* 1925. 1. 371 ; *Com.* 15 décembre 1992, n° 90-19006, *B. IV*, n° 421).

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Néanmoins, on le verra<sup>1</sup>, le juge saisi d'une demande en résolution judiciaire du contrat peut refuser de la prononcer, s'il estime l'inexécution insuffisamment grave et n'allouer au créancier que des dommages-intérêts venant en compensation du prix. Une telle décision équivaut indirectement à une réduction du prix imposée au créancier de la prestation partiellement inexécutée. Dans la résolution, le créancier ne peut en effet soustraire la gravité de l'inexécution au contrôle du juge que s'il a pris soin de se ménager une clause résolutoire dans la convention<sup>2</sup>.

### 3. Mise en œuvre de la réduction du prix

En ses deux alinéas successifs<sup>3</sup>, l'article 1223 distingue la réduction du prix par décision unilatérale du créancier avant paiement (alinéa 1<sup>er</sup>) et la réduction par accord entre les parties ou décision judiciaire après paiement (alinéa 2)<sup>4</sup>.

#### a. Réduction du prix par décision unilatérale du créancier avant paiement

Dans le souci de ne pas prendre l'autre partie au dépourvu, l'article 1223, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil impose au créancier qui n'a pas encore payé en tout ou en partie la prestation, « après mise en demeure », de notifier « sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais ».

Par cette exigence, le législateur s'est efforcé d'encadrer ce qui apparaît comme une nouvelle conquête de l'unilatéralisme en droit des obligations, afin de préserver la sécurité juridique de l'autre partie. Le législateur a clairement voulu interdire au créancier de réclamer une réduction du prix, sans avoir au préalable invité le débiteur à exécuter ses obligations et l'a obligé à l'informer de sa décision de le réduire.

Toutefois l'article 1223, alinéa 1<sup>er</sup>, *in fine* semble, au premier abord, laisser planer un doute sur la faculté pour le créancier de décider unilatéralement d'une réduction du prix. En effet, le texte dispose : « L'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit. » Or une décision unilatérale, par définition même, n'a pas besoin d'être acceptée pour produire effet. Conformément aux travaux préparatoires de la loi de ratification du 20 avril 2018, l'article 1223, alinéa 1<sup>er</sup>, doit donc être interprété en ce sens que, si le créancier peut, avant paiement de tout ou partie de la prestation, réduire unilatéralement le prix sans l'accord du débiteur, l'acceptation écrite par ce dernier de la réduction unilatérale le rend ultérieurement irrecevable à en contester tant le principe que le montant. Ainsi le débiteur qui a accepté la réduction de prix, renonce irrévocablement à contester tant la réalité de ses manquements contractuels que la proportionnalité de la réduction de prix opérée par le créancier<sup>5</sup>.

#### b. Réduction du prix par accord entre les parties ou judiciaire après paiement

Aux termes de l'article 1223, alinéa 2, du Code civil : « Si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix. »

<sup>1</sup> Cf. *infra* : C. « Résolution pour inexécution », 3. « Conditions de la résolution », a. « Inexécution grave ».

<sup>2</sup> Cf. *infra* : C. « Résolution pour inexécution », 4. « Mise en œuvre de la résolution », b. « Résolution de plein droit », a) « Clause résolutoire ».

<sup>3</sup> Version issue de la loi de ratification du 20 avril 2018, applicable à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2018. La rédaction initiale de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1123 avait soulevé des difficultés. En effet, le texte énonçait : « Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix. » Or cette formule était ambiguë (Deshayes, Genicon et Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.*, art. 1223 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 642 ; Mekki « Les remèdes à l'inexécution... », *op. cit.*, n° 13. Dans l'intention des rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 (Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016), le créancier se serait vu attribuer un pouvoir unilatéral de procéder à la réduction du prix, sans avoir, bien évidemment, à recueillir l'accord de l'autre partie (Bénabent, *op. cit.*, n° 384). Mais le verbe « solliciter », que le texte employait, suggérerait que le créancier doit obtenir une décision préalable du juge. Le pouvoir unilatéral du créancier n'existe alors que dans l'hypothèse d'une réduction du prix avant tout paiement. C'est cette solution que la loi de ratification du 20 avril 2018 a consacrée, en réécrivant entièrement l'article 1223.

<sup>4</sup> Deshayes, Genicon et Laithier « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats... », *op. cit.*, n° 18.

<sup>5</sup> Deshayes, Genicon et Laithier « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats... », *op. cit.*, *loc. cit.* ; H. Barbier « L'exécution et la sortie du contrat », *in* : *Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018*, RDC 2018/hors série, p. 40 et s., I, B et les références aux travaux préparatoires.

Ainsi, avec le paiement, partiel ou total, de la prestation imparfaitement exécutée, le créancier perd-il son pouvoir unilatéral de réduire le prix. Si le débiteur s'oppose à la réduction, le recours au juge est donc désormais inévitable pour trancher la contestation et obtenir la condamnation de ce débiteur à restituer une partie de ce prix<sup>1</sup>.

#### 4. Effets de la réduction du prix

La réduction du prix doit être proportionnelle à l'imperfection de l'exécution de l'obligation, soit quantitative, soit qualitative ; dans ce dernier cas, le prorata sera évidemment plus difficile à déterminer<sup>2</sup>. Il y a fort à parier que la Cour de cassation laissera aux juges du fond, en cas de contestation, un pouvoir souverain d'appréciation pour déterminer de quel montant le créancier est fondé à réduire le prix stipulé au contrat, comme elle le fait dans la réfaction de la vente commerciale<sup>3</sup>.

La réduction du prix aboutit ainsi à une réfaction du contrat, à l'image de celle à laquelle la jurisprudence procède depuis longtemps dans la vente commerciale. On pourrait être tenté de considérer qu'elle équivaut indirectement à l'allocation de dommages-intérêts au créancier en réparation du préjudice causé par l'inexécution partielle du contrat et se confond avec elle. Cette conclusion mérite toutefois d'être doublement tempérée.

- D'une part, une différence fondamentale semble exister dans la mise en œuvre des deux institutions. En effet, la faculté de réduire le prix s'exerce sans recours au juge, par la volonté unilatérale du créancier, du moins dans l'hypothèse où ce dernier n'a pas encore payé, tandis que le débiteur de l'obligation inexécutée ne doit réparer les conséquences dommageables de l'inexécution envers le créancier, que si une décision de justice l'a condamné à le faire.
- D'autre part, les deux sanctions ne sont pas exclusives l'une de l'autre<sup>4</sup>. Rien n'interdit, en effet, au créancier, en théorie, d'opérer une réduction de prix et de solliciter parallèlement en justice la condamnation de son débiteur à lui verser des dommages-intérêts : les deux sanctions ne sont pas incompatibles entre elles, au sens de l'article 1217 nouveau du Code civil<sup>5</sup>. En pratique, il est vrai, le montant des dommages-intérêts, que le débiteur sera éventuellement condamné à payer à son créancier, tiendra compte de la réduction de prix unilatéralement exigée par ce dernier<sup>6</sup>.

### C. La résolution pour inexécution<sup>7</sup>

La définition de la résolution pour inexécution, sa différence avec la nullité et les situations qu'elle concerne, seront rapidement indiquées.

- Définition : anéantissement du contrat, pour cause d'inexécution.
- Différence avec la nullité : la résolution a pour cause l'inexécution du contrat, tandis que la nullité sanctionne l'inobservation des conditions de formation du contrat.
- Situations visées : la résolution du contrat dénoue, en pratique, deux situations différentes :
  - L'exception d'inexécution ayant été sans effet, il faut en sortir pour libérer le créancier ;
  - L'obligation réciproque ayant déjà été exécutée, il faut la répéter, c'est-à-dire la restituer.

<sup>1</sup> Bénabent, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1223, p. 494

<sup>2</sup> Bénabent, *op. cit.*, n° 386.

<sup>3</sup> Com. 25 mars 1971, *D.* 1974, *J.* 40, note M. Alter.

<sup>4</sup> Laithier, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Mekki, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>5</sup> Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1223, p. 495.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse Paris 2, préf. L. Leveneur, LGDJ, 2007.

L'article 1217 du Code civil reconnaît aussi au créancier cette option, parmi d'autres sanctions<sup>1</sup>. La résolution du contrat est, en quelque sorte, pour reprendre l'expression suggestive de Josserand, une « voie d'exécution à rebours »<sup>2</sup>.

On étudiera successivement le fondement de la résolution, son domaine, ses conditions, sa mise en œuvre, ses effets.

## 1. Fondement de la résolution pour inexécution

Plusieurs fondements ont été avancés.

### a. Condition résolutoire tacite

Ce fondement est celui que les rédacteurs du Code civil avaient retenu dans l'ancien article 1184 du Code civil : « La condition résolutoire est toujours sous-entendue... ». L'ancien article 1184 figurait dans une section consacrée aux obligations conditionnelles, dans le chapitre relatif aux « diverses espèces d'obligations » du titre III du livre III du Code civil.

L'explication est historiquement exacte<sup>3</sup>. En effet, d'origine romaine, le pacte commissoire, stipulé expressément à l'origine, était devenu tacite et consacré comme tel par la jurisprudence. Mais ce pacte commissoire n'était possible que dans la vente, au profit du vendeur : le droit romain, on s'en souvient, n'avait pas de théorie générale du contrat, mais se bornait à régler des contrats spéciaux. Or Domat<sup>4</sup> et Pothier<sup>5</sup> avaient étendu le mécanisme à tous les contrats synallagmatiques, sans le rattacher à l'idée d'une condition résolutoire tacite. Les rédacteurs du Code civil les ont suivis dans l'ancien article 1184 du Code civil, lequel a rendu la résolution applicable à tous les contrats synallagmatiques. Toutefois, à la suite probablement d'une lecture un peu hâtive de Pothier, ils sont revenus à l'idée romaine d'une condition résolutoire tacite pour justifier le mécanisme<sup>6</sup>.

L'explication est devenue rationnellement fautive<sup>7</sup>, car les conditions de la résolution sont inconciliables avec l'idée de condition tacite, au moins chaque fois qu'elle suppose l'intervention du juge, lequel dispose alors d'un pouvoir d'appréciation<sup>8</sup>.

### b. Cause-contrepartie

C'était l'explication proposée par Henri Capitant<sup>9</sup>. L'inexécution d'une obligation entraîne la disparition de la cause de l'autre obligation, d'où la résolution du contrat. Mais cette explication butait sur deux objections fondamentales<sup>10</sup> :

- L'existence de la cause de l'obligation, selon la jurisprudence, s'appréciait en principe au moment de la formation du contrat, sous réserve de certains tempéraments.
- Les pouvoirs du juge pour prononcer ou non la résolution étaient incompatibles avec l'idée d'absence de cause, qui aurait dû entraîner automatiquement l'anéantissement du contrat.

<sup>1</sup> L'ancien article 1184 du Code civil, posait déjà le principe d'une option du créancier entre l'exécution forcée du contrat si elle est possible ou sa résolution avec dommages-intérêts.

<sup>2</sup> Josserand, *Cours de droit civil positif français*, op. cit., t. II, n° 375 ; Houtcieff, *Droit des contrats*, n° 980.

<sup>3</sup> Marty et Raynaud, op. cit., t. I, n° 339.

<sup>4</sup> Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*.

<sup>5</sup> Pothier, *Traité des obligations*, n° 672.

<sup>6</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, op. cit., n° 795.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Cf. *infra* : 3. « Mise en œuvre de la résolution ».

<sup>9</sup> Capitant, *De la cause des obligations*, n° 14, n° 120, n° 147 et suiv.

<sup>10</sup> Marty et Raynaud, op. cit., t. I, n° 340.

Avec le bannissement de la notion de cause du nouveau titre III du livre III du Code civil, l'explication tirée de l'existence nécessaire de la cause est encore plus difficile à maintenir.

c. Interdépendance des obligations<sup>1</sup>

Moins technique, ce fondement évite les écueils des deux précédents. La résolution aurait un fondement moral, tiré de la justice commutative. Ce principe avait été dégagé par les canonistes : « *frangenti fidem non est fides servanda* ». C'est ce qui expliquerait l'interdépendance entre les obligations du contrat synallagmatique. Toutefois le champ d'application de la résolution excède les contrats synallagmatiques.

Dans une perspective proche<sup>2</sup>, d'aucuns<sup>3</sup> rattachent la résolution à la bonne foi que les contractants se doivent dans l'exécution du contrat (ancien article 1134, alinéa 3, du Code civil, actuel article 1104 du Code civil).

Mais un tel fondement constitue implicitement un aveu d'échec, puisqu'il revient à renoncer à donner une justification véritablement technique, juridique, à la résolution<sup>4</sup>.

## 2. Domaine de la résolution pour inexécution

Les articles 1224 et suivants actuels ne limitent nullement le domaine de la résolution pour inexécution. Le mécanisme est donc d'application générale.

D'après l'ancien article 1184, les contrats synallagmatiques et eux seuls étaient susceptibles de résolution. Cependant, par exception, certains contrats synallagmatique ne peuvent faire l'objet d'une résolution, tandis que la jurisprudence antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, allant au-delà des termes de l'ancien article 1184, avait admis la résolution des contrats unilatéraux réels.

a. Contrats synallagmatiques dont la résolution est exclue

- Cession d'office ministériel, car le cessionnaire fait l'objet d'une nomination par le ministre sur présentation de son prédécesseur.
- Partage avec soulte (non payée), en raison de l'effet rétroactif du partage, d'où il résulte que l'héritier alloti est réputé avoir toujours été propriétaire des biens composant son lot.
- Contrat de rente viagère (article 1978 du Code civil) en cas de non paiement des arrérages, parce que le contrat est aléatoire et que, dès lors, l'évaluation des restitutions dues se heurterait à la même impossibilité que l'évaluation initiale des prestations. Cependant la jurisprudence n'étend pas la solution aux autres contrats aléatoires<sup>5</sup>. En outre, l'article 1978 n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent convenir de l'écartier par une clause résolutoire<sup>6</sup>.

Dans ces hypothèses, par conséquent, et sous réserve d'une volonté contraire des parties dans le contrat de rente viagère, seule l'exécution forcée de l'acte juridique est possible.

b. Contrats unilatéraux dont la résolution est possible

On admet la résolution des contrats unilatéraux à titre onéreux, par exemple celle du prêt à intérêts : le prêteur peut demander le remboursement du capital, lorsque l'emprunteur ne s'acquitte pas des intérêts. Antérieurement à la réforme de

<sup>1</sup> Bros, *L'interdépendance contractuelle*, *op. cit.* ; Carbonnier, *op. cit.*, t. II, n° 1101 ; R. Cassin « Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution », *RTD civ.* 1945, 159 et suiv.

<sup>2</sup> Houtcieff, *op. cit.*, n° 996.

<sup>3</sup> Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, n° 76 ; rapp. Jossierand, *Cours de droit civil positif français*, t. II, n° 379 et s. : la résolution sanctionnerait la mauvaise foi.

<sup>4</sup> Cf. Marty et Raynaud, *op. cit.*, t. I, n° 341 et n° 343.

<sup>5</sup> Civ. 27 mars 1950, *Gaz Pal.* 1951, 1, 132 ; Civ. 1, 8 février 1960, *B. I.*, n° 85 ; *D.* 1960, *J.* 417.

<sup>6</sup> Civ. 1, 6 janvier 1987, n° 85-11527, *B. I.*, n° 6 ; *adde* : Civ. 3, 14 septembre 2023, n° 22-13209 (B) ; *D. Act.* 5 octobre 2023, obs. A.-S. Lebreton : restitution englobant le « bouquet » de la rente, en conséquence de la résolution du contrat de rente viagère par le jeu d'une clause résolutoire, pour non-paiement des arrérages.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

2016, le législateur avait déjà lui-même prévu, du reste, la résolution judiciaire pour inexécution de deux contrats unilatéraux :

- Rente perpétuelle (article 1912 du Code civil : le débiteur peut être contraint au rachat s'il ne paie pas les arrérages).
- Gage avec dépossession (article 2344, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil) : la résolution est prévue si le gagiste ne satisfait pas à son obligation de conservation du gage.

### 3. Conditions de la résolution pour inexécution

La jurisprudence avait exigé une inexécution suffisamment grave du contrat, mais pas qu'elle soit imputable au débiteur, solution qu'une partie de la doctrine avait critiquée. L'ordonnance du 10 février 2016 a néanmoins consacré la jurisprudence.

#### a. Inexécution grave du contrat

La bonne foi, comme la sécurité des transactions, postulent qu'un cocontractant ne puisse prendre prétexte de la moindre bavure dans l'exécution d'un contrat pour en demander la résolution. Il faut donc justifier d'une inexécution grave, à moins que la résolution ne résulte d'une clause résolutoire, comme le précise l'article 1224 du Code civil :

« La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice. »

##### α) Principe : nécessité d'une inexécution suffisamment grave

L'exigence d'une inexécution suffisamment grave conduit, à dire vrai, à distinguer deux situations :

- soit l'inexécution est totale et, en ce cas, pas d'hésitation.
- Soit l'inexécution est partielle en qualité (exécution défectueuse) ou en quantité (exécution d'une partie seulement des obligations). Il appartient alors au juge d'apprécier, dans chaque cas, si l'inexécution est telle que la résolution doit être prononcée ou si, au contraire, la prestation fournie présente un intérêt suffisant pour le créancier, quitte à lui allouer des dommages et intérêts pour compenser la différence.

##### β) Exception : stipulation d'une clause résolutoire

La condition de gravité de l'inexécution n'est toutefois pas exigée, d'après l'article 1224, lorsque la résolution résultant de l'application d'une clause résolutoire. L'existence d'une clause résolutoire prive en effet le juge de son pouvoir d'appréciation de cette gravité<sup>1</sup>. Le seul fait que le débiteur ait manqué à une obligation, dont une clause du contrat impose le respect à peine de résolution automatique de ce dernier, entraîne donc cette résolution, peu important la gravité de l'inexécution.

#### b. Indifférence de la cause de l'inexécution du contrat

Peu importe que l'inexécution de l'obligation soit imputable au débiteur ou à un cas de force majeure qui l'ait définitivement empêché de s'exécuter<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cf. *infra* : 4. « Mise en œuvre de la résolution ».

<sup>2</sup> Com. 18 janvier 2023, n° 21-16812 (B) ; D. 2023, 587, note M. Garnier-Zaffagnini ; *Gaz. Pal.* 9 mai 2023, p. 8, obs. D. Houtcieff ; *RTD civ.* 2023, 99, obs. H. Barbier ; Civ. 1, 8 mars 2023, n° 21-24783 (B).

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

- D'une part, en effet, l'article 1217 du Code civil ouvre la faculté de « provoquer la résolution du contrat » à « La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement ». Le texte ne distingue donc pas selon l'origine de l'inexécution, fait du débiteur ou cas de force majeure.
- D'autre part, l'article 1218, alinéa 2, du Code civil envisage expressément la résolution du contrat en cas d'inexécution d'une obligation imputable à un cas de force majeure, qui empêche cette exécution, selon la formule de l'alinéa 1<sup>er</sup>. L'alinéa 2 distingue, plus précisément, deux situations :

« Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1. »

Ainsi l'empêchement définitif d'exécution de l'obligation dû à la force majeure entraîne-t-il bien, selon ce texte, la résolution du contrat. Toutefois cette résolution opère « de plein droit », c'est-à-dire sans qu'il soit besoin que le juge la prononce<sup>1</sup>, ce que la jurisprudence antérieure ne semblait pas permettre. Si le juge est saisi par l'une des parties, il lui appartient donc uniquement de constater une résolution déjà acquise<sup>2</sup>. Au contraire, la résolution pour inexécution imputable au débiteur n'opère pas toujours de plein droit, loin s'en faut.

La doctrine dominante considérait antérieurement que la résolution suppose une inexécution imputable au débiteur. Cependant la jurisprudence n'exigeait pas cette condition : elle prononçait la résolution judiciaire même dans le cas d'une inexécution non fautive, due à un cas de force majeure<sup>3</sup>. Sous l'empire des textes actuels, la Cour de cassation a reconduit cette solution, on l'a vu<sup>4</sup>.

Les auteurs avaient critiqué la résolution du contrat inexécuté en raison d'un cas de force majeure. Ils avaient en effet reproché à la Cour de cassation de confondre ainsi inexécution fautive et inexécution fortuite<sup>5</sup>. La solution ne contredisait néanmoins par les termes de l'ancien article 1184<sup>6</sup>. En effet, l'alinéa 1<sup>er</sup> du texte se borne à viser le contractant qui « ne satisfera pas à l'engagement », sans distinguer selon l'origine de l'inexécution. Certes, l'alinéa 2, de cet article, qui accordait au créancier l'option entre l'exécution forcée et la résolution judiciaire, ne se concevait que dans la perspective d'une inexécution imputable au débiteur. Mais il n'excluait pas pour autant une résiliation de plein droit du contrat en cas d'inexécution fortuite.

En pratique, la querelle était plus terminologique que réelle, car elle est sans influence sur les solutions : disparition de l'autre obligation. Simplement les auteurs parlaient alors de « théorie des risques », là où la jurisprudence parlait de résolution<sup>7</sup>.

En revanche, le créancier ne saurait obtenir la résolution du contrat en soutenant que la force majeure l'a empêché de profiter de la contrepartie à laquelle il avait droit<sup>8</sup> : seule une inexécution de l'obligation incombant au débiteur, serait-elle imputable à un cas de force majeure, lui permet de solliciter cette résolution<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 677 ; Bénabent, *op. cit.*, n° 361 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 761 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 624.

<sup>2</sup> Bénabent, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>3</sup> Civ. 14 avril 1891, *D.P.* 91, 1, 329, note M. Planiol ; *S.* 94, 1, 391 ; *G.A.*, t. II, n° 210, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; Civ. 1, 27 février 1967, *D.* 1967, *J.* 413 ; Civ. 1, 4 février 1976, n° 74-13837, *B. I.*, n° 53 ; Civ. 1, 12 mars 1985, n° 84-10169, *B. I.*, n° 94 ; *RTD civ.* 1986, 345, obs. J. Mestre ; Civ. 3, 6 mai 2009, n° 08-13824, *JCP* 2009, n° 39, 273, obs. P. Grosser ; Civ. 1, 13 novembre 2014, n° 13-24633, *D.* 2015, 529, obs. M. Mekki et S. Amrani-Mekki ; *CCC* 2015, *Comm.* 30.

<sup>4</sup> Com. 18 janvier 2023, Civ. 1, 8 mars 2023, *préc.*

<sup>5</sup> Carbonnier, *op. cit.*, t. II, n° 1102 ; Marty et Raynaud, *op. cit.*, t. I, n° 329 ; Mazeaud et Chabas, *op. cit.*, n° 1100 ; *contra* : Genicon, *op. cit.*, n° 128 et s.

<sup>6</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 650.

<sup>7</sup> Carbonnier, *op. cit.*, t. II, *loc. cit.*

<sup>8</sup> Civ. 1, 25 novembre 2020, n° 19-21060 (P) ; *Lettre de la première Chambre civile*, n° 1, décembre 2020, p. 2 ; *AJDI* 2021, 118, obs. D. Houtcieff ; *Gaz. Pal.* 2 février 2021, p. 17, note Cl.-M. Pégliion-Zika *D.* 2021, 114, note S. Tisseyre ; *ibid.*, 89, *Point de vue*, C. Grimaldi ; *ibid.* 310, obs. M. Mekki ; *ibid.* 4983, *chr.* X. Serrier ; *RTD civ.* 2021, 126, obs. H. Barbier et 152, obs. P. Jourdain ; *CCC* 2021, n° 1, note L. Leveneur ; *RDC* 2021/1, 17, note M. Latina ; Civ. 3, 30 juin 2022, n° 21-20190 (B), *D.* 2022, 1445, note D. Houtcieff ; *ibid.*, 1398, *Point de vue*, S. Tisseyre ; *RTD civ.* 2022, 912, obs. P.-Y. Gautier ; *RTD com.* 435, étude F. Kenderian ; Civ. 1, 18 mars 2023, *préc.*

<sup>9</sup> Civ. 1, 18 mars 2023, *préc.*



#### 4. Mise en œuvre de la résolution

Aux termes de l'article 1224 du Code civil, rappelons-le :

« La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire, soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice. »

L'article 1227 énonce, quant à lui :

« La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice. »

Ainsi la résolution n'est-elle pas nécessairement judiciaire. Ce n'est que si la voie de la résolution de plein droit lui est fermée, que le créancier optera pour la résolution en justice, toujours possible et qui présente un caractère subsidiaire.

A lire l'ancien article 1184, alinéas 2 et 3, une décision judiciaire était pourtant indispensable au prononcé de la résolution<sup>1</sup>. Mais ce principe connaissait en droit positif des dérogations si importantes, que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont préféré l'abandonner.

Il convient donc de distinguer, avec les articles 1224 et 1227, qui s'inspirent de la jurisprudence antérieure et de l'exemple de divers droits étrangers, la résolution judiciaire et la résolution de plein droit, opérant indépendamment d'un recours au juge.

##### a. Résolution judiciaire

La résolution judiciaire présente un caractère triplement facultatif.

- Caractère facultatif pour le créancier (article 1217 du Code civil), lequel peut demander soit la résolution, soit l'exécution forcée, à son gré, et même modifier sa demande en cours d'instance<sup>2</sup>.
- Caractère facultatif pour le débiteur, qui peut toujours l'éviter en offrant l'exécution, même en cours d'instance.
- Caractère facultatif pour le juge, qui n'est jamais contraint de prononcer la résolution. Les juges du fond ont un pouvoir souverain d'appréciation et de décision pour (articles 1217 et 1228 du Code civil combinés) :
  - ordonner l'exécution du contrat en accordant un délai au débiteur pour exécuter (délai distinct du délai de grâce, en sorte que le juge n'a pas à observer les règles de ce dernier texte pour l'accorder),
  - accorder des dommages et intérêts sans résolution<sup>3</sup>,
  - accorder la résolution, avec ou sans dommages et intérêts, selon qu'il y a ou non préjudice,

le tout selon les circonstances, c'est-à-dire selon qu'il y a ou non inexécution totale ou partielle, et bonne ou mauvaise foi de l'une ou l'autre des parties.

##### b. Résolution de plein droit

La résolution du contrat peut s'opérer sans l'intervention du juge, de plein droit, par l'application d'une clause résolutoire ou par la manifestation de volonté unilatérale du créancier.

<sup>1</sup> « Le contrat n'est point résolu de plein droit... La résolution doit être demandée en justice ».

<sup>2</sup> Req. 16 janvier 1932, *D. H.* 1932, 114 ; Com. 27 octobre 1953, *B.* III, n° 328 ; *D.* 1954, *J.* 201, note H. L.

<sup>3</sup> *Cf.* par ex. Civ. 11 avril 1918, *D. P.* 1921, 1, 224.

α) Clause résolutoire

C'est-à-dire un pacte comissoire exprès, une clause résolutoire de droit à défaut d'exécution. Elle est très fréquente en pratique, notamment pour sanctionner le défaut de paiement d'une somme due à l'échéance, mais pas seulement.

Son but est de supprimer le caractère facultatif de la résolution pour le débiteur et pour le juge, avec les incertitudes qui en résultent pour le créancier, et réserver ce caractère facultatif au créancier, précisément, qui conserve son option.

- Validité de principe de la clause résolutoire

L'article 1224 du Code civil en consacre implicitement, d'une manière générale, la validité. Cependant, cette validité est subordonnée, par l'article 1225, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, à la détermination contractuelle des engagements dont l'inexécution tombera sous le coup de la clause :

« La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat. »

Le juge interprète strictement la volonté des parties, en exigeant une stipulation expresse « de plein droit », laquelle ne suffit pas, en soi, à dispenser le créancier d'une mise en demeure préalable demeurée infructueuse<sup>1</sup>.

Exceptionnellement, la clause résolutoire est interdite pour protéger le contractant réputé le plus faible, ainsi dans le bail à ferme.

- Mise en œuvre de la clause résolutoire

Aux termes de l'article 1225, alinéa 2, du Code civil :

« La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a pas été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution. La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire. »

Dans le sillage de la jurisprudence antérieure, l'article 1225, alinéa 2, du Code civil subordonne donc la mise en œuvre de la clause résolutoire à une mise en demeure infructueuse, s'il n'a été toutefois convenu que celle-ci résulterait de la seule inexécution<sup>2</sup>. La mise en demeure ne produit, en outre, effet, « que si elle mentionne expressément la clause résolutoire ».

En outre, et en application d'une jurisprudence fournie, l'exercice de la clause résolutoire est subordonné à la bonne foi du créancier, sous peine d'une neutralisation des effets de la clause ou d'une condamnation à des dommages-intérêts par le juge<sup>3</sup>. Certes, l'article 1225, alinéa 2, omet de rappeler cette exigence de bonne foi. Mais l'article 1104 du Code civil, on le sait, pose un principe général, selon lequel les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.

- Effets de la clause résolutoire

Les effets sont inchangés pour le créancier, qui conserve son option. En revanche, la résolution devient inévitable pour le débiteur, car le juge se retrouve privé de son pouvoir d'appréciation.

<sup>1</sup> Civ. 1, 3 février 2004, n° 01-02020, B. I, n° 27 ; JCP 2004, II, 10149, note E. Treppoz ; CCC 2004, com. n° 55, note L. Leveneur ; Prop. intell. 2004, 642, obs. A. Lucas.

<sup>2</sup> Civ. 3, 29 juin 1977, n° 76-11024, B. III, n° 293 ; Civ. 1, 3 février 2004, préc.

<sup>3</sup> Cf. supra : Chap. I « L'exécution du contrat », section 1 « Domaine d'application de la loi contractuelle », sous-section 1 « Domaine d'application de la loi contractuelle dans l'espace », § 2 « Obligations rattachées au contrat », B. « Obligations complémentaires », 1. « Devoir d'exécuter le contrat de bonne foi ».

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

Le débiteur ne peut donc éviter la résolution en proposant tardivement d'exécuter ou en excipant de sa bonne foi<sup>1</sup>. Le juge n'a pas à intervenir, sauf en cas de contestation sur la matérialité même de l'inexécution.

Cependant le législateur édulcore les effets de la clause résolutoire dans des contrats où elle est souvent pratiquée, par exemple dans le bail d'habitation ou bail commercial.

Ainsi, dans les baux à usage d'habitation, l'article 4, g de la loi du 6 juillet 1989 énumère limitativement les manquements contractuels que la clause résolutoire peut sanctionner ; l'article 7, g prévoit que la clause résolutoire pour défaut d'assurance contre les risques locatifs ne produit effet qu'un mois après un commandement demeuré infructueux ; l'article 24-I prévoit que la clause résolutoire pour non-paiement du loyer et des charges ou défaut de versement du dépôt de garantie ne produit effet que deux mois après un commandement de payer resté infructueux.

Le locataire va mettre à profit l'intervalle de temps qui sépare le commandement de la prise d'effet de la clause résolutoire pour saisir le juge afin de solliciter le bénéficiaire d'un délai de grâce en application de l'article 1343-5 nouveau du Code civil), allant jusqu'à 24 mois, ce qui permettra de faire échec à l'application de la clause.

### β) Résolution unilatérale à l'initiative du créancier

Dans certaines situations, une solution immédiate est nécessaire. Aussi l'article 1226 du Code civil reconnaît-il une faculté de résolution unilatérale au créancier :

« Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.

La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat.

Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent.

Le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution. Le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution. »

L'article 1226 réserve le droit de l'autre partie à saisir ensuite le juge, pour que celui-ci apprécie la légitimité des motifs de cette résolution unilatérale. Comme le texte l'indique en effet expressément, le créancier procède à la résolution unilatérale « à ses risques et périls »<sup>2</sup>.

En sa rédaction de 1804, le Code civil n'ouvrait la résolution unilatérale au créancier que dans certains cas précis. Le plus connu est celui visé par l'article 1657 du Code civil : dans la vente de marchandises, à défaut de retraitement par l'acheteur dans le délai convenu, la résolution de la vente se produira de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur. La disposition légale s'explique par le dépérissement possible des denrées et par les autres ventes que le vendeur pourrait rater.

La jurisprudence avait généralisé le domaine d'application de la résolution unilatérale à l'initiative du créancier, en la subordonnant à la gravité du comportement de l'autre partie. Selon la Cour de cassation, en effet :

« la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls »<sup>3</sup>, « peu important que le contrat soit à durée déterminée ou indéterminée »<sup>4</sup>.

Il appartenait donc aux juges du fond de contrôler *a posteriori* la légitimité de l'emploi de la faculté de résolution unilatérale, en recherchant si le comportement du débiteur est d'une gravité suffisante pour la justifier, dans l'hypothèse où il les saisit pour le contester<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 3, 24 septembre 2003, n° 02-12474, B. III, n° 161 ; CCC 2003, com. n° 174, note L. Leveneur.

<sup>2</sup> Ce que décidait déjà la jurisprudence antérieure (*cf. infra*).

<sup>3</sup> Civ. 1, 13 octobre 1998, n° 96-21485, B. I, n° 300 ; G.A., t. II, n° 211, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; D. 1999, 197, note C. Jamin et *somm.* 115, obs. P. Delebecque ; JCP 1999, II, 10133, note N. Rzepecki ; RTD civ. 1999, p. 394, n° 14, obs. J. Mestre ; Civ. 1, 20 février 2001, n° 99-15170, B. I, n° 40 ; D. 2001, J. 1568, note Ch. Jamin ; D. 2001, *somm.* 3239, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2001, p. 363, n° 9, obs. J. Mestre et B. Fages ; Civ. 1, 28 octobre 2003, B. I, n° 211 ; RTD civ. 2004, p. 89, n° 5, obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>4</sup> Civ. 1, 20 février 2001, préc. ; Civ. 1, 28 octobre 2003, préc.

<sup>5</sup> Civ. 1, 28 octobre 2003, préc. ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 804.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

La faculté de résolution unilatérale est reconnue au créancier par plusieurs droits étrangers<sup>1</sup>, notamment par les § 323 (1)<sup>2</sup> et § 349 du *B.G.B.*<sup>3</sup>. L'article 1226 du Code civil, on l'a vu, la consacre.

L'article 1226 soumet toutefois la faculté de résiliation unilatérale à l'initiative du créancier à des conditions de fond et de mise en œuvre assez rigoureuses<sup>4</sup> :

- Condition de fond, commune à la résolution unilatérale et à la résolution judiciaire : l'inexécution doit être suffisamment grave (article 1224), ce qu'il appartient au créancier d'établir, en cas de contestation devant le juge (article 1226, alinéa 4).
- Conditions de mise en œuvre :
  - sauf urgence, la résolution unilatérale doit être précédée d'une mise en demeure, notifiée dans un délai raisonnable au débiteur, et restée infructueuse (article 1226, alinéas 1er, 2 et 3). La mise en demeure « mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat. »
  - La résolution unilatérale elle-même doit être notifiée au débiteur et mentionner « les raisons qui la motivent ».

## 5. Effets de la résolution pour inexécution

Dans le droit antérieur, la résolution entraînait, en principe, la disparition rétroactive du contrat, et non pas seulement pour l'avenir. Les effets de la résolution étaient donc normalement très proches de ceux de l'annulation :

« lorsqu'un contrat synallagmatique est résolu pour inexécution par l'une des parties de ses obligations, les choses doivent être remises au même état que si les obligations nées du contrat n'avaient jamais existé »<sup>5</sup>.

S'inspirant des principes du droit européen des contrats (art. 9 : 305), les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont abandonné cette solution générale. En effet, l'article 1229, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, se borne à énoncer que « la résolution met fin au contrat ».

La date de prise d'effet de la résolution différera selon qu'elle résulte ou non d'une clause résolutoire. Son étendue dans le temps n'en doit pas moins, quelle qu'en soit l'origine, être précisée. Il convient, pour s'en convaincre, de se reporter aux dispositions de l'article 1229 dans son intégralité :

« La résolution met fin au contrat.

La résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice.

Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation.

Les restitutions ont lieu dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9. »

### a. Date de prise d'effet de la résolution

<sup>1</sup> C. Popineau-Dehaullon, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Etude comparative*, thèse Paris 2, préf. M. Goré, LGDJ, 2008.

<sup>2</sup> *Erbringt bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß, so kann der Gläubiger, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurücktreten. »*

<sup>3</sup> *« Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil. »*

<sup>4</sup> Houtcieff, *op. cit.*, n° 991 et s.

<sup>5</sup> Civ. 3, 29 janvier 2003, n° 01-03185, *JCP* 2003, II, 10116, note Y.-M. Serinet ; *adde* : Civ. 1, 25 mai 2016, n° 15-17317, *B. I.*, n° 123 ; Civ. 3, 14 septembre 2023, n° 22-13209 (B).

L'alinéa 2 de l'article 1229 distingue, quant à la date où la résolution prend effet, entre les cas où elle est judiciaire ou intervient de plein droit.

α) Résolution de plein droit

Si la résolution est de plein droit, elle prend effet dans les conditions prévues pour la clause résolutoire ou à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier.

β) Résolution judiciaire

Si la résolution est judiciaire, elle prend effet à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice.

b. Étendue de la résolution dans le temps

S'inspirant ainsi d'une distinction d'origine doctrinale<sup>1</sup>, l'article 1229, alinéa 3, décide que la résolution opère avec ou sans rétroactivité selon que le contrat est à utilité globale ou à utilité continue<sup>2</sup>.

α) Contrat à l'utilité globale

L'article 1229, alinéa 3 impose des restitutions des prestations, et donc une certaine rétroactivité, dans l'hypothèse où « elles ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu ». C'est le cas dans une vente, par exemple. Les restitutions obéissent alors aux règles communes prévues aux articles 1352 et suivants du Code civil, ainsi que l'alinéa 4 de l'article 1229 l'indique<sup>3</sup>.

La circonstance que la résolution ait été prononcée aux torts partagés des parties ne fait pas obstacle aux restitutions<sup>4</sup>. Les restitutions sont en effet un mécanisme objectif, étranger par essence aux fautes commises par l'une ou l'autre des parties<sup>5</sup>.

β) Contrat à l'utilité continue

Au contraire, toujours aux termes de l'article 1229, alinéa 3 :

« Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation ».

Tel est le cas, par exemple, dans un bail.

La jurisprudence antérieure adoptait une distinction semblable. Certes, le principe était que la résolution entraîne la remise des choses en leur état antérieur, et donc la répétition des prestations qui auraient été exécutées. Mais ce principe

<sup>1</sup> Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 29 et s. ; obs. *RDC* 2009/1, 70, ss. Civ. 3, 1<sup>er</sup> octobre 2008.

<sup>2</sup> Deshayes, Genicon et Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations...*, art. 1229 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 822 ; *adde* : Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 581 ; Bénabent, *Droit des obligations*, n° 405 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 669. Sur cette distinction, *cf. ég. supra* : chap. I « L'exécution du contrat », section 1 « Domaine d'application de la loi contractuelle », sous-section 2 « Domaine d'application de la loi contractuelle dans le temps », § 1 « La condition et le terme », A. « La condition », 3. « Effets de la condition », b. « Effets de la condition résolutoire », γ) « Condition résolutoire accomplie ».

<sup>3</sup> *Cf. supra* : sous-titre I « La formation du contrat », chap. IV « La nullité, sanction des conditions de formation du contrat », section 2 « Effets de la nullité », § 2 « Restitutions ».

<sup>4</sup> Com. 15 mai 2024, n° 23-13990 (B) ; *Gaz. Pal.* 17 septembre 2024, p. 3, obs. S. Gerry-Vernières ; *RTD civ.* 2024, 648, obs. H. Barbier.

<sup>5</sup> Barbier, obs. préc.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

était tempéré dans les contrats à exécution successive, où la jurisprudence faisait une distinction<sup>1</sup>, proche de celle de l'article 1229 du Code civil actuel :

- Anéantissement rétroactif du contrat, si la résolution était prononcée pour inexécution ou exécution imparfaite dès l'origine.
- Disparition du contrat au jour de l'inexécution, justifiant la résolution seulement, si le contrat avait été exécuté jusque-là de manière satisfaisante.

## § 2 L'impossibilité d'exécution<sup>2</sup>

L'exécution du contrat est impossible, lorsque le débiteur est empêché d'accomplir ses obligations en raison d'un cas de force majeure. Le siège de la matière se trouve à l'article 1218 du Code civil :

« Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.

Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1. »

Le texte précise ainsi les éléments composant la force majeure et ses effets.

### A. Éléments constitutifs de la force majeure

Reprenant, pour l'essentiel, des acquis jurisprudentiels<sup>3</sup>, l'article 1218 du Code civil précise, en son alinéa 1<sup>er</sup>, les éléments constitutifs de la force majeure en matière contractuelle :

« Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. »

L'ancien article 1148 du Code civil ne donnait aucune définition de la force majeure ou du cas fortuit, exonérant le débiteur d'une obligation contractuelle de sa responsabilité contractuelle et éteignant, en outre, cette obligation, pourvu que l'empêchement soit définitif. Avec l'article 1218, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont remédié à cette carence. Ils ont, parallèlement, abandonné la référence superflète au cas fortuit. Les notions de force majeure et de cas fortuit étaient en effet considérées comme très proches, à telle enseigne qu'on ne les distinguait point en pratique<sup>4</sup>.

Il résulte de la définition de l'article 1218, alinéa 1<sup>er</sup>, que la force majeure n'est caractérisée que si trois conditions cumulatives sont remplies<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 3, 30 avril 2003, n° 01-14890, *B. III*, n° 87 ; *JCP* 2003, I, 170, n° 15, obs. A. Constantin ; *ibid.* 2004, II, 10031, note Ch. Jamin ; *RTD civ.* 2003, 501, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2004, 365, obs. J.-B. Seube ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 581 ; B. Vial-Pedroletti « Résiliation ou résolution du bail ? », *Loyers et copr.* 2003, *chr.* 9 ; Civ. 3, 1<sup>er</sup> octobre 2008, n° 07-15338, *B. III*, n° 144 ; *Defrénois* 2008, art. 38874-1, p. 2499, obs. R. Libchaber ; *RDC* 2009/1, p. 70, obs. Th. Génicon et p. 168, obs. J.-B. Seube ; Com. 17 mars 2009, n° 08-14514, *JCP* 2009, n° 39, 273, obs. P. Grosser.

<sup>2</sup> S. Delrieu « L'impossibilité d'exécuter la prestation (force majeure) », in : *Mélanges en l'honneur de Daniel Tomasin*, Dalloz, 2022.

<sup>3</sup> Ass. plén. 14 avril 2006, n° 02-11168, *B. ass. plén.*, n° 5 ; *BICC* 1er juillet 2006, rapp. Petit, concl. de Gouttes ; *G.A.*, t. II, n° 213, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; *D.* 2006, 1577, note P. Jourdain ; *ibid.*, *Pan.* 1933, obs. Ph. Brun et 2645, obs. B. Fauvarque-Cosson ; *JCP* 2006, II, 10087, note P. Grosser ; *CCC* 2006, n° 152, note L. Leveneur ; *RLDC* 2006/29, n° 2129, note M. Mekki ; *RDC* 2006, 1083, obs. Y.-M. Laithier et 1207, obs. G. Viney ; *Defrénois* 2006, 1212, obs. E. Savaux.

<sup>4</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *Les obligations*, n° 748.

<sup>5</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 750 et s. ; Houtcieff, *op. cit.*, n° 1019 et s. ; Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 554 ; A. Hontebeyrie « Le resserrement de la force majeure ? », in : D. Houtcieff (dir.), *Le renouveau de la force obligatoire du contrat*, *RDC* 2024/4, 103 et s.

- l'événement doit échapper au contrôle du débiteur, en l'empêchant d'exécuter son obligation ;
- il a dû être imprévisible au jour de la conclusion du contrat ;
- il doit être irrésistible ou, ce qui revient au même, insurmontable.

## 1. Événement échappant au contrôle du débiteur

On précisera la notion d'événement échappant au contrôle du débiteur, puis on en donnera des illustrations.

### a. Notion d'événement échappant au contrôle du débiteur

Avant la réforme issue de l'ordonnance du 10 février 2016, on enseignait traditionnellement que, pour être constitutif de force majeure, l'événement invoqué devait être extérieur au débiteur. Mais d'aucuns avaient contesté la pertinence de cette exigence en matière contractuelle<sup>1</sup> et la Cour de cassation l'avait explicitement écartée, dans une affaire où elle avait décidé que la maladie du débiteur pouvait constituer un événement de force majeure, « bien » qu'elle ne soit pas « extérieure au débiteur »<sup>2</sup>.

En visant, plus largement, un événement échappant au contrôle du débiteur, les rédacteurs de l'ordonnance ont entendu conforter la jurisprudence antérieure délaissant, en la matière, le critère traditionnel de l'extériorité, « pour ne retenir que ceux d'imprévisibilité et d'irrésistibilité<sup>3</sup>. Peu importe donc l'extériorité de l'événement, pourvu qu'il ne soit pas imputable au débiteur<sup>4</sup>, que celui-ci n'ait pu en éviter la survenance<sup>5</sup>. Néanmoins la Cour de cassation continue d'affirmer qu'à défaut d'extériorité, la force majeure n'est pas constituée, en exigeant une circonstance extérieure à l'activité du débiteur<sup>6</sup>.

### b. Exemples d'événements échappant au contrôle du débiteur

Ainsi, peuvent notamment être constitutifs d'une force majeure :

- un événement anonyme, naturel (tremblement de terre, avalanche, éruption volcanique...) ou humain (mouvement de foule),
- le fait d'un tiers identifié ou non (voleur, individus présents sur les voies ferrées...),
- le fait du créancier lui-même,
- la maladie du débiteur, à la condition qu'il n'ait pas favorisé la survenance de celle-ci et qu'elle ne lui soit donc pas imputable.

## 2. Événement imprévisible

L'article 1218, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil vise un événement « qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat ». Le texte précise ainsi le moment et le mode d'appréciation de l'imprévisibilité de l'événement, allégué comme étant constitutif de force majeure.

<sup>1</sup> P. Jourdain, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, thèse Paris 2, 1982, dir. Jacques Foyer, n° 613 et s. : la condition d'extériorité ne se justifierait que lorsque la force majeure est invoquée comme cause d'exonération de la responsabilité extracontractuelle du fait des choses ou du fait d'autrui ; P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, thèse Montpellier, préf. B. Teyssié, LGDJ, 1992, n° 33 et s., spéc., n° 54 : l'extériorité ne serait qu'un indice du caractère inévitable de l'événement, telle une grève ou une maladie.

<sup>2</sup> Civ. 1, 10 février 1998, n° 96-13316, B. I, n° 53 ; D. 1998, J. 539, note D. Mazeaud ; JCP 1998, I, 185, n° 16, obs. G. Viney ; CCC 1998, n° 70, note L. Leveneur ; RTD civ. 1998, 689, obs. P. Jourdain ; *adde* : Ass. plén. 14 avril 2006, préc.

<sup>3</sup> Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016.

<sup>4</sup> Ou, si on préfère, avec certains auteurs (Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 619-620), l'extériorité se ramène à la non-imputabilité au débiteur. Comp. Malinvaud, Mekki et Seube, *op. cit.*, n° 554, *in fine*.

<sup>5</sup> Deshayes, Genicon et Laithier, *op. cit.*, art. 1318, p. 477.

<sup>6</sup> Ass. plén. 10 juillet 2020, n° 18-18542 18-21814 (P).

a. Moment d'appréciation de l'imprévisibilité

L'imprévisibilité s'apprécie au moment de la conclusion du contrat, comme le décidait déjà la jurisprudence antérieure<sup>1</sup>. Effectivement le contractant serait en faute, s'il avait souscrit un engagement dont il savait ou devait savoir qu'il ne pourrait le respecter.

b. Mode d'appréciation de l'imprévisibilité

Cette imprévisibilité s'apprécie *in abstracto* (« qui ne pouvait être raisonnablement prévu ») et non pas *in concreto*, par rapport aux aptitudes particulières du débiteur<sup>2</sup>. Le législateur recourt donc au standard du raisonnable, comme le faisait déjà la jurisprudence antérieure.

On se souvient que la même précision est absente de l'article 1195 du Code civil relatif à l'imprévision, mais que les interprètes s'accordent à considérer qu'en cette matière aussi, l'imprévisibilité doit être appréciée *in abstracto*<sup>3</sup>.

Ainsi, par exemple, selon les circonstances, une grève<sup>4</sup>, un attentat, une attaque de voyageurs dans un wagon de chemin de fer peuvent être regardées comme imprévisibles ou non.

### 3. Événement irrésistible

L'article 1218, alinéa 1<sup>er</sup>, exige enfin qu'il s'agisse d'un événement « dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées... » L'impossibilité d'exécution s'entend effectivement d'un obstacle insurmontable, et non de simples difficultés, seraient-elles considérables<sup>5</sup>.

En cela, la force majeure se distingue de l'excessive onérosité de l'exécution pouvant désormais ouvrir la voie à une révision du contrat<sup>6</sup>. Il n'existe pas de « force majeure financière »<sup>7</sup>. La force majeure ne se conçoit donc pas à propos de l'inexécution des obligations de payer une somme d'argent<sup>8</sup>.

Cette différence entre la force majeure et l'excessive onérosité se comprend, car la force majeure a des conséquences autrement plus radicales que la situation d'imprévision. En effet, elle permet au débiteur de suspendre l'exécution de son obligation, voire d'en être libéré, alors que l'excessive onérosité permet uniquement de solliciter une renégociation du contrat et, à défaut pour celle-ci d'aboutir, de saisir le juge pour qu'il révisé le contrat ou y mette fin.

## B. Effets de la force majeure

Ces effets diffèrent, selon que l'empêchement affectant l'exécution de l'obligation est temporaire ou définitif.

### 1. Empêchement temporaire

<sup>1</sup> Ass. plén. 14 avril 2006, préc.

<sup>2</sup> Cf. par ex. Com. 16 juin 2015, n° 13-24698 13-25742.

<sup>3</sup> Cf. *supra* : chap. I « L'exécution du contrat », section 2 « Difficultés d'application de la loi contractuelle », B. « La révision du contrat ».

<sup>4</sup> Cf. par ex. Com. 16 juin 2015, préc. : grève imprévue, mais pas imprévisible.

<sup>5</sup> Bénabent, *op. cit.*, n° 354 ; Fages, *op. cit.*, n° 323.

<sup>6</sup> Civ. 4 août 1915, *D.P.* 1916, 1, 22 ; Bénabent *op. cit.*, *loc. cit.* ; Fages, *op. cit.*, *loc. cit.* Cf. *supra* : chap. I « L'exécution du contrat », section 2 « Difficultés d'application de la loi contractuelle », B. « La révision du contrat ». Cf. H. Barbier « D'une figure inconnue du droit français : la révision du contrat pour force majeure », *RTD civ.* 2023, 360.

<sup>7</sup> Bénabent, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>8</sup> Com. 16 septembre 2014, n° 13-20306, *B. IV*, n° 118 ; Civ. 3, 15 juin 2023, n° 21-10119 (FS-B) ; *RTD civ.* 2023, 620, obs. H. Barbier ; Fages, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Bénabent, *op. cit.*, *loc. cit.* ; Andreu et Thomassin, *op. cit.*, n° 671.



Aux termes de l'article 1218, alinéa 2, du Code civil, l'exécution de l'obligation n'est que « suspendue », si l'empêchement imputable à un cas de force majeure est « temporaire », à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat.

## 2. Empêchement définitif

Aux termes de l'article 1218, alinéa 2, du Code civil :

« Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1. »

D'après ce texte, non seulement le débiteur, mais encore l'autre partie sont alors libérés de leurs obligations et le contrat résolu de plein droit, c'est-à-dire sans qu'une intervention du juge soit nécessaire, sauf pour celui-ci à la constater *a posteriori*<sup>1</sup>.

### a. Libération du débiteur empêché d'exécuter son obligation

Le principe selon lequel le débiteur dans l'impossibilité d'exécuter son obligation en raison d'un événement de force majeure est libéré, rencontre des exceptions.

#### α) Le principe

La libération du débiteur signifie que son obligation est éteinte. Applicable à toutes les obligations, quelle que soit leur source, l'article 1351 du Code civil, inséré dans un chapitre consacré à « L'extinction de l'obligation » du titre IV du livre III du Code civil, le confirme :

« L'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure. »

L'article 1231-1 du Code civil tire la conséquence logique de la libération du débiteur définitivement empêché d'exécuter son obligation par force majeure, en prévoyant que ce débiteur est exonéré de la responsabilité contractuelle qu'il aurait pu encourir en raison de l'inexécution de son obligation<sup>2</sup>.

Si, on le verra, cette libération du débiteur peut entraîner corrélativement celle de l'autre partie dans un contrat synallagmatique, le bénéfice des articles 1218, alinéa 2, et 1351 du Code civil est réservé au seul débiteur. Aussi le créancier simplement empêché de profiter de la prestation à laquelle il a droit, ne saurait-il invoquer la force majeure pour obtenir lui-même l'anéantissement du contrat<sup>3</sup>.

#### β) Les exceptions

L'article 1351 du Code civil apporte néanmoins deux exceptions au principe selon lequel le débiteur est libéré. En effet, le débiteur dans l'impossibilité définitive d'exécuter n'est pas libéré, et partant, engagera, le cas échéant, sa responsabilité contractuelle :

<sup>1</sup> Cf. *supra* : § 1 « La défaillance d'exécution », C. « La résolution du contrat », 3. « Conditions de la résolution », b. « Indifférence de la cause de l'inexécution du contrat ».

<sup>2</sup> Ce texte reprend la règle qui figurait dans les anciens articles 1147 et 1148 du Code civil. En effet, les rédacteurs du Code civil de 1804 n'avaient envisagé le sort de l'obligation inexécutée qu'à travers l'irresponsabilité du débiteur. Désormais l'article 1218 prévoit directement ce qu'il advient de l'obligation elle-même.

<sup>3</sup> Civ. 1, 25 novembre 2020, n° 19-21060 (P), préc. ; Civ. 3, 30 juin 2022, n° 21-20190 (B), préc. ; Civ. 1, 18 mars 2023, n° 21-24783 (B), préc. *contra*, antérieurement : Civ. 1 10 février 1998, n° 96-13316, B. 1, n° 53, permettant à l'élève, empêché de suivre un enseignement à distance en raison d'un cas de force majeure, de résilier le contrat d'enseignement privé à distance. L'article L. 444-8 du Code de l'éducation a repris cette solution particulière, applicable uniquement à l'enseignement privé à distance par contrat. Cf. C. Grimaldi « La force majeure invoquée par le créancier dans l'impossibilité d'exercer son droit », D. 2009, 1298.

- s'il est convenu de se charger des cas de force majeure – en d'autres termes, les articles 1218, alinéa 2 et 1351 ne sont pas d'ordre public et les parties peuvent convenir d'y déroger ;
- s'il avait été préalablement mis en demeure d'exécuter – s'il avait exécuté son obligation avec diligence, comme le contrat l'y obligeait, il ne serait pas retrouvé dans l'impossibilité d'exécuter, il est donc normal qu'il doive alors répondre de l'inexécution.

b. Libération corrélative de l'autre partie de son obligation ?

Lorsque dans un contrat synallagmatique, une obligation est éteinte par suite d'un cas de force majeure en empêchant définitivement l'exécution, *quid* de l'autre obligation ? Est-elle encore due, ou non ?

Ex. immeuble loué incendié par la foudre, spectacle rendu impossible par une pluie diluvienne, concert supprimé pour cause d'alerte à la bombe, etc...

Autrement dit, qui va supporter les risques de la force majeure, les conséquences de l'inexécution ?

- Est-ce le débiteur de l'obligation inexécutée pour cause de force majeure, auquel l'autre ne fournira pas non plus la prestation réciproque ?
- Est-ce le créancier de l'obligation inexécutée qui devra néanmoins fournir l'obligation réciproque ?

On distingue traditionnellement selon que le contrat emporte ou non transfert de la propriété d'une chose. Si, en effet, tous les contrats donnent naissance à des obligations (de faire ou de ne pas faire), certains, comme la vente ou l'échange, emportent un transfert de propriété. Dans la première catégorie de contrat, on applique le principe *res perit debitori* (« la chose est aux risques du débiteur »), tandis que dans la seconde, on applique un principe différent, *res perit domino* (« la chose est aux risques du propriétaire »). Les textes actuels font application de cette différence traditionnelle entre le principe applicable à l'une ou l'autre des catégories de contrats.

α) Les contrats non translatifs de propriété : *res perit debitori*

Dans ces contrats, la chose est aux risques du débiteur, principe dont il faut expliquer la signification, puis exposer la justification.

- Signification du principe

L'article 1218, alinéa 2, du Code civil dispose que si l'impossibilité d'exécuter par suite d'un cas de force majeure est définitive :

« le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1. »

Les deux parties sont donc libérées, et pas seulement celle qui se trouve dans l'impossibilité définitive d'exécuter. Si l'une des parties ne peut exécuter, elle ne recevra pas la contrepartie promise par l'autre, qui s'en trouve dégage : tant pis pour la première, qui est victime du sort.

Antérieurement à l'ordonnance du 10 février 2016, la jurisprudence avait induit ce principe d'un certain nombre de textes qui en font application, par exemple les articles 1722 du Code civil pour le louage de chose, 1788 et 1790 pour le louage d'ouvrage.

Dans la jurisprudence antérieure, la résolution devait être judiciaire<sup>1</sup>, au lieu d'être de plein droit, comme l'article 1218, alinéa 2, le prévoit désormais. L'exigence d'une intervention judiciaire était, il est vrai, souvent critiquée en doctrine<sup>2</sup>, encore que défendue par certains<sup>3</sup>. Il n'en reste pas moins que, contrairement à ce que le rapport au président de la République affirme, sur ce point l'ordonnance du 10 février 2016 n'est pas « la codification de solutions dégagées par la jurisprudence »<sup>4</sup>.

- Justification du principe

Son fondement était à rechercher, selon les auteurs, dans l'idée de cause étendue à l'exécution du contrat<sup>5</sup>, celle de justice commutative ou celle, voisine, d'interdépendance entre les obligations nées d'un contrat synallagmatique<sup>6</sup>. Toutefois l'ordonnance du 10 février 2016 ayant pratiqué éliminé la notion de cause du droit des obligations, le premier fondement doit désormais être écarté.

β) Les contrats translatifs de propriété : res perit domino

Situation visée : la chose périt avant d'avoir été livrée à l'acquéreur, si bien que l'obligation de livrer est rendue impossible par la force majeure. L'acheteur doit-il payer le prix ? L'article 1196, alinéa 3, du Code civil répond à cette question :

« Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. »

La signification de ce principe et sa justification méritent quelques explications. Mais ce principe comporte aussi des exceptions, qu'il convient d'indiquer.

- Signification du principe

La chose périt pour celui qui est propriétaire, elle est aux risques du propriétaire<sup>7</sup>. Il est en effet logique que le propriétaire d'une chose supporte les conséquences de sa disparition par force majeure. L'acquéreur demeure donc tenu de son obligation de payer le prix de la chose, si elle a péri fortuitement alors qu'il en était déjà propriétaire. Ainsi faut-il distinguer selon que le transfert de propriété a déjà eu lieu ou non.

- Pour les corps certains, conformément au principe général, le transfert de propriété est immédiat (article 1196, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil)
- En revanche, pour les choses de genre, le transfert de propriété et, partant, des risques, est différé jusqu'à leur individualisation (articles 1196, alinéa 2, prévoyant que le transfert de propriété peut être différé par la nature de la chose, et 1585 du Code civil combinés).

Ex. vente d'une certaine quantité de blé faisant partie d'une récolte entreposée dans un silo pour le peser, d'un certain nombre d'animaux appartenant à un troupeau. Le transfert de propriété et celui,

<sup>1</sup> Civ. 14 avril 1891, *D.P.* 91, 1, 329, note M. Planiol ; *S.* 94, 1, 391 ; *G.A.*, t. II, n° 210, obs. F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde ; Civ. 1, 27 février 1967, *D.* 1967, *J.* 413 ; Civ. 1, 4 février 1976, n° 74-13837, *B. I.*, n° 53 ; Civ. 1, 12 mars 1985, n° 84-10169, *B. I.*, n° 94 ; *RTD civ.* 1986, 345, obs. J. Mestre ; Civ. 3, 6 mai 2009, n° 08-13824, *JCP* 2009, n° 39, 273, obs. P. Grosser ; Civ. 1, 13 novembre 2014, n° 13-24633, *D.* 2015, 529, obs. M. Mekki et S. Amrani-Mekki ; Bénabent, *op. cit.*, n° 361 ; Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 761 ; Chantepie et Latina, *op. cit.*, n° 624. Cf. *supra* : § 1 « La défaillance d'exécution », C. « La résolution pour inexécution », 3. « Conditions de la résolution pour inexécution », b. « Indifférence de la cause d'inexécution du contrat ».

<sup>2</sup> Marty et Raynaud, *op. cit.*, t. I, n° 314-315 et n° 329 (nuancés, cpdt.) ; Carbonnier, *op. cit.*, t. II, n° 1108, p. 2241 et n° 1109, p. 2243-2244 ; Mazeaud et Chabas, *Obligations*, n° 1100.

<sup>3</sup> Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, n° 128 et s.

<sup>4</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 761.

<sup>5</sup> Capitant, *De la cause des obligations*, n° 132 et s. Pour une critique de cette explication : Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, n° 127 et s.

<sup>6</sup> Marty et Raynaud, *op. cit.*, t. I, n° 313 ; Bénabent, *op. cit.*, n° 365.

<sup>7</sup> Com. 5 octobre 2010, n° 08-19408, *B. IV.*, n° 147.

Eric MARTIN-HOCQUENGHEM  
Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Panthéon-Assas  
Obligations I – 2024-2025

corrélatif, des risques, ne s'effectuera qu'avec le pesage du blé ou le comptage des animaux. Jusque-là, l'acquéreur n'en est pas propriétaire, faute pour la chose vendue d'être encore individualisée.

- Justifications du principe

On peut en avancer deux :

- le propriétaire de la chose supporte les risques en tant que propriétaire, et non pas en tant que créancier de l'obligation de livrer. Ce n'est donc pas une exception (*res perit creditor*) au principe selon lequel la chose est aux risques du débiteur (*res perit debitori*)<sup>1</sup>. La situation est différente de celle envisagée pour les contrats autres que translatifs de propriété, car désormais le problème se situe sur le plan des droits réels, non sur celui des obligations.
- D'ailleurs l'effet principal de la vente s'est produit, puisqu'il y a eu transfert de propriété ; la délivrance n'est qu'une obligation accessoire au transfert de propriété. L'acquéreur doit donc exécuter son obligation en contrepartie de ce transfert. On ne voit dès lors pas comment l'adage *res perit debitori* pourrait jouer.

- Exceptions au principe

On en recense trois : l'hypothèse où le vendeur est mis en demeure de livrer, celle d'une clause modifiant la répartition légale de la charge des risques et enfin celle d'un contrat translatif de propriété conclu entre un professionnel et un consommateur.

- Mise en demeure préalable de livrer

L'hypothèse est prévue par l'article 1196, alinéa 3, du Code civil et l'article 1344-2 du Code civil, auquel le premier texte renvoie :

« La mise en demeure de délivrer une chose met les risques à la charge du débiteur, s'ils n'y sont déjà. »

Ainsi la mise en demeure fait-elle passer la chose aux risques du débiteur de la délivrance, en contrepartie de la faute qu'il y a à ne pas se conformer à son obligation de délivrance. Par dérogation au principe *res perit domino*, la disparition fortuite de la chose libérera alors corrélativement le créancier de la délivrance, l'acquéreur dans une vente, de son obligation d'en payer le prix.

Il en va toutefois autrement dans l'hypothèse où, même si le débiteur avait exécuté son obligation de délivrance, la chose aurait péri de la même manière, selon l'article 1351-1, al. 1<sup>er</sup>, du Code civil, dont l'article 1196, alinéa 3, *in fine* réserve expressément l'application :

« Lorsque l'impossibilité d'exécuter résulte de la perte de la chose due, le débiteur mis en demeure est néanmoins libéré s'il prouve que la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été exécutée. »

Effectivement, la perte n'étant alors pas imputable au retard du débiteur dans l'exécution de son obligation de délivrance, il serait injuste qu'il en réponde. On en revient donc au principe *res perit domino*. Toutefois, comme l'indique l'article 1351-1, alinéa 1<sup>er</sup>, la charge de la preuve de prouver que la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été exécutée, incombe au débiteur. C'est l'application du principe général posé par l'article 1353, alinéa 2 :

« celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. »

- Clause modifiant la répartition légale de la charge des risques

<sup>1</sup> Terré, Simler, Lequette et Chénéde, *op. cit.*, n° 350 ; Houtcieff, *op. cit.*, n° 1029.

Une telle clause est licite, car l'article 1196, alinéa 3, n'est pas d'ordre public, pas plus que la plupart des dispositions du sous-titre I sur le contrat du titre III du livre III du Code civil.

La clause est toutefois nulle dans les contrats translatifs de propriété intervenus entre un professionnel et un consommateur, où la loi déroge d'ailleurs au principe posé par l'article 1196, alinéa 3, au bénéfice du consommateur.

- Contrat conclu entre un professionnel et un consommateur

Par dérogation aux dispositions de l'article 1196, alinéa 3, du Code civil, le transfert des risques au consommateur est alors retardé par rapport à la date de la conclusion du contrat translatif de propriété.

Normalement le transfert des risques au consommateur ne s'opère qu'« au moment où ce dernier ou un tiers désigné par lui, et autre que le transporteur proposé par le professionnel, prend physiquement possession » du bien vendu (article L. 216-4 du Code de la consommation)<sup>1</sup>.

Toutefois, « Lorsque le consommateur confie la livraison du bien à un transporteur autre que celui proposé par le professionnel », le transfert des risques intervient dès « la remise du bien au transporteur » (article L. 216-5 du Code de la consommation).

Ces dispositions retardant le transfert des risques au consommateur à un degré variable selon les hypothèses, sont, bien entendu, d'ordre public (article L. 216-6 du Code de la consommation).

---

<sup>1</sup> Civ. 1, 3 février 2021, n° 19-21046 (P) ; D. 2021, 284 ; CCC mars 2021, comm. 20, G. Loiseau ; *ibid.*, avril 2021, comm. 68, S. Bernheim-Desvaux.